

الخبرة في مجال الأحوال الشخصية

"دراسة فقهية في قانون الأحوال الشخصية المصري"

دكتور

حسين محروس قنديل

مدرس الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

إن الحمد لله تعالى على نعمه الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيد الخلق أجمعين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، الحمد لله القائل في كتابه العزيز (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) ^(١) فأمر الله ﷻ عباده وخلقهم أن يسألوا أهل الذكر عند عدم العلم، وحث على الحصول عليه ممن له الخبرة فقال ﷻ (وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ) ^(٢)

أما بعد ،،،

فإن الخبرة وما يتعلق بها من أمور من الموضوعات التي شغلت العديد من الفقهاء والباحثين - قديماً، وحديثاً- سواء في مجال الدراسات الشرعية أو القانونية، وسواء أكان موضوع الخبرة في مسألة من المسائل المدنية أو مسألة من المسائل الجنائية، لما يحتله هذا الموضوع من أهمية للوصول إلى فض المنازعة وللوصول إلى الحقيقة المبتغاة من عرض النزاع على القضاء.

ولقد تناول الفقهاء والباحثون أعمال الخبرة وأهميتها في جوانبه المختلفة وذلك في حل المنازعات المدنية والجنائية، إلا أن موضوع الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية لم يحتل ذات المكانة لدى الباحثين.

وبالنظر إلى الخبرة القضائية بشكل عام فإنها تساعد القاضي بشكل كبير على إيجاد الحلول في العديد من المسائل الفنية والتقنية ذات الصلة بالنزاع القانوني، فعلى الرغم من أن القاضي يعد هو الخبير الأعلى في المسائل القانونية فهو القائم على تطبيق القانون في المسائل المعروضة عليه من حيث تكييفها الصحيح ووضع الحلول القانونية لها، إلا أنه في بعض الحالات قد تعرض له مشكلات فنية تحتاج إلى أخذ رأي أهل الخبرة واستشارتهم فيها وصولاً إلى تطبيق الحق وتحقيق العدالة.

(١) سورة النحل جزء من الآية رقم (٤٣)، وسورة الأنبياء جزء من الآية رقم (٧).

(٢) سورة فاطر جزء من الآية رقم (١٤).

وفي مجال الأحوال الشخصية وبالنظر إلى الأسرة ولما لها من بالغ الأهمية في نظر الشريعة الإسلامية فهي اللبنة الأولى في بناء المجتمع فإذا كانت قوية متماسكة كان المجتمع كله قوياً متماسكاً، وإذا كانت وهنة ضعيفةً ظهر المجتمع ضعيفاً متهاوياً، من أجل ذلك حرص الإسلام على استقرار الأسرة وبنائها على نحو قوي سليم منذ نشأتها لتحقيق مقاصد الشرع من حفظ الدين، والنسل، والعرض، فاهتم الإسلام بعقد الزواج وسماه بالميثاق الغليظ وجعل له من الهيبة والاحترام والاهتمام ما لم يجعله لغيره من العقود فهو السبيل الوحيد المشروع لاستمرار الحياة البشرية على نحو سليم، فأرادت الشريعة الإسلامية لهذا العقد الدوام والاستمرار والاستقرار، فوضعت له الأحكام التي تساهم في استمراره بشكل فيه مودة ورحمة وسكينة، وتعاون على البر والتقوى منذ بدايته ونشأته، بل إن الشريعة الإسلامية حثت المقدمين على الزواج على حسن الاختيار قبل الإقدام على عقد الزواج ذاته، فأرشدت الرجل إلى حسن اختيار المرأة التي يريد الزواج بها فقال ﷺ: [تتكح المرأة لأربع:] "لمالها ولحسبها، ولجمالها، ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك" (٣)، كما أرشد النبي الكريم ﷺ ولي المرأة بحسن اختيار الزوج كذلك فقال ﷺ: [إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير] (٤)، كما أجازت الشريعة الإسلامية للاطبيين أن ينظر

(٣) متفق عليه

رواه البخاري في صحيحه كتاب النكاح باب الأكفاء في الدين، رقم الحديث (٤٨٠٢).
أنظر الجامع الصحيح: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت - لبنان، نسخة محققة قام بها د.

مصطفى ديب البغا

رواه مسلم في صحيحه كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، رقم الحديث (١٤٦٦)

أنظر صحيح الإمام مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت، نسخة محققة قام بها "محمد فؤاد عبد الباقي"

(٤) رواه الترمذي وابن ماجه، ووصحه الألباني.

كل منهما للآخر حتى يؤدم بينهما فقال ﷺ لمن جاء يخبره بأنه خطب امرأة ولم ينظر إليها [أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما]^(٥)

فجاءت هذه الأحكام في الشريعة الإسلامية لتعين الزوجين على الاستقرار الأسري وعدم التنازع فيما بينهما، إلا أنه قد يدب الخلاف بين الزوجين فتثور النزاعات بينهما، فيظهر دور الخبرة في حل ما قد ينشأ من منازعات، ولنظام الخبرة دور هام وكبير في حل العديد من الخلافات.

ولما كان للخبرة دور هام في حل منازعات الأسرة أمام محاكم الأسرة خاصة بعد استحداث ما يسمى بمكاتب التسوية، وكذلك ما استحدثه المشرع من انضمام الخبرة إلى محاكم الأسرة لمعاونتها، فقد عمدت إلى بحث دور الخبرة في مجال الأحوال الشخصية، وبيان موقف الفقه الإسلامي من هذه

رواه الترمذي في سننه كتاب النكاح باب من ترضون دينه وخلقه، رقم الحديث (١٠٨٤).
 أنظر سنن الترمذي "الجامع الصحيح": لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، إحياء التراث العربي - بيروت، ج، ٣، ص ٣٩٤. نسخة محققة قام بها أحمد محمد شاكر"

رواه ابن ماجة في سننه كتاب النكاح، باب (٤٦) الأكلفاء رقم الحديث (١٩٦٧).
 أنظر سنن ابن ماجة " لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، دار الفكر - بيروت، ج ١، ص ٦٣٢، نسخة محققة قام بها: "محمد فؤاد عبد الباقي"
 (٥) رواه النسائي، والترمذي، وابن ماجة، وصححه الألباني.

رواه النسائي في سننه كتاب النكاح، باب إباحة النظر قبل التزوج، رقم الحديث (٣٢٣٥)
 أنظر المجتبى من السنن " السنن الكبرى": لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦ مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب - سوريا، ج ٦، ص ٦٩، نسخة محققة قام بها عبد الفتاح أبو غدة.

ونص الحديث أخبرنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة قال حدثنا حفص بن غياث قال حدثنا عاصم عن بكر بن عبد الله المزني عن المغيرة بن شعبة قال : خطبت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ : " أنظرت إليها؟ قلت : لا، قال: فانظر إليها فإنه أجد أن يؤدم بينكما"

الخبرة، وأطلقت على هذا البحث الخبرة في مجال الأحوال الشخصية " دراسة فقهية في قانون الأحوال الشخصية المصري"

السبب في البحث: إن السبب الرئيس في اختياري لهذا الموضوع راجع إلى عدم وجود دراسة متخصصة في الخبرة في مجال الأحوال الشخصية خاصة بعد استحداث محاكم الأسرة في قانون الأحوال الشخصية المصري، وكذلك الاستعانة بالإخصائيين الاجتماعيين في تسوية العديد من المنازعات أمام محكمة الأسرة، وذلك على اعتبار أن هؤلاء الإخصائيين من ذوي الخبرة في حل منازعات الأحوال الشخصية .

وإلى جانب هذا السبب توجد أسباب أخرى منها:

- إن موضوع الدراسة " الخبرة في مجال الأحوال الشخصية " يتناول موضوعاً هاماً في نطاق الأسرة، وخاصة عند وقوع نزاع فيها.
- بيان موقف الشريعة الإسلامية من الخبرة والاستعانة بالخبراء في مجال الأحوال الشخصية، وما وضعه القانون من شروط وإجراءات تتعلق بالخبرة في مجال الأحوال الشخصية، وذلك بعد استحداث محاكم الأسرة في القانون المصري، ويعد هذا ربط للواقع العلمي بأحكام الشريعة الإسلامية.
- ما يمتاز به موضوع الخبرة القضائية من جانب تطبيقي بما يجعله مادة خصبة في البحث العملي، وفلا يكون البحث قاصراً على الجانب النظري فقط.
- محاولة جمع شتات الموضوع من الناحيتين الشرعية والقانونية في مجال الأحوال الشخصية خاصة في قانون الأحوال الشخصية المصري.
- ما يكتنف هذا الموضوع من صعوبات وتساؤلات شرعية وقانونية منها:
 - أ. ما هو الوصف الفقهي للخبير .
 - ب. ما هي الشروط الواجب توفرها في الخبير .
 - ج. ما هي الموضوعات التي تجوز فيها الخبرة، وما هي الموضوعات التي تخرج عن نطاق الخبرة.

- د. ما قيمة عمل الخبير في حل المنازعات .
- هـ. ما الحكم إذا طلب الخصوم - أو أحدهم - نذب خبير ولم
يقم القاضي بإجابة طلبه، فهل يكون القاضي قد أخل بحق من الحقوق
المكفولة للخصوم؟
- و. ما الحكم إذا لم يقم القاضي - بوجه عام وقاضي الأسرة -
بندب الخبير في النزاع المعروض عليه إذا كانت المسألة من المسائل الفنية
أو كانت المسألة من المسائل التي نص القانون على الاستعانة بالخبير
فيها.

وسوف أحاول جاهداً - إن شاء الله تعالى - الإجابة في هذا البحث
على هذه التساؤلات، وما يتفرع عنها مبيناً آراء الفقهاء في جوانب البحث
المختلفة، متبعاً في ذلك المنهج العلمي.
الدراسات السابقة:

ولقد تناول عدد من الباحثين موضوع الخبرة بوجه عام وكذلك الخبرة
في مجال الأحوال الشخصية من هذه الدراسات :

▪ **الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية: مرجي بركاهم،**
بحث قدم لنيل درجة الماجستير في القانون - لجامعة العقيد أكلي محند
أولحاج بالبوية - الجزائر، عام ٢٠١٤/٢٠١٥ م ، ولقد تناولت الباحثة في
بحثها تمييز الخبرة عن غيرها من النظم التي تشبهها، والجوانب الإجرائية
للخبرة القضائية وأثارها في القانون الجزائري.

▪ **الخبرة القضائية : حجيتها وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية**
الأردنية: د. سليمان سالم سلامة الحمادين، بحث قدم لنيل درجة الدكتوراه لكلية
الدراسات العليا في الجامعة الأردنية عام ٢٠٠٩ م .

▪ **قول الخبير وحجيته في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد**
النكاح: د. عدنان عزابيزة، بحث قدم لندوة القضاء الشرعي في العصر
الحاضر " الحاضر والمأمول" في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة
الشارقة ١١ - ١٣/٤/٢٠٠٦ م، ولقد تناول الباحث التعريف بالخبير وشروطه
والأدلة على حجية قوله في إثبات العيب في الفقه الإسلامي.

▪ **الخبرة القضائية من المنظور الشرعي والقانوني:** د. سعيد خنوش، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية بمركز البصيرة للبحوث العدد (٢٢) عام ٢٠١٥. ولقد تناول الباحث في هذا البحث مشروعية الخبرة، والشروط التي تتعلق بالخبير في الفقه الإسلامي والقانون - الجزائري-.

▪ **إجراءات الخبرة القضائية ودورها في الإثبات:** د. عبد الرزاق أحمد الشيبان، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك بالعراق، العدد (١٥) عام ٢٠١٥م، ولقد تناول الباحث دور الخبرة القضائية في الإثبات أمام القاضي، وبيان الإجراءات التي تتبع في الخبرة، وتقرير الخبير والرقابة القضائية على عمل الخبير.

▪ **قراءة تحليلية في قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م:** د. محمد الشحات الجندي، ولقد تناول سيادته تحليل قانون الأحوال الشخصية بشكل عام والوقوف على مواده والتعليق عليها ومنها الخبرة التي ذكرت في بعض مواد هذا القانون.

▪ **دراسة في القواعد الموضوعية التي تحكم الخبرة القضائية في المسائل المدنية والتجارية وموقف القضاء الكويتي وبعض القضاء المقارن:** د. جمال فاخر النكاس، بحث قدم لمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس العدد الثاني - عام ١٩٩٦م، ولقد تناول الباحث في بحثه لمبدأين الأول فقط هما: حرية المحكمة بندب خبير وتحديد مأموريته والاستثناءات الواردة عليه، الثاني حرية الأخذ برأي الخبير والاستثناءات الواردة عليه، وذلك في المواد المدنية والتجارية .

وبالنظر إلى هذه الأبحاث نجد أنها قد اقتصررت في بحث الخبرة على جانب منها سواء أكان إجرائياً أو موضوعياً، كما أن منها لم تتطرق إلى الفقه الإسلامي وبيان موقف الفقه الإسلامي من الخبرة والخبير - القائم على عمل الخبرة-، كذلك لم تبين الجوانب الإجرائية والموضوعية التي تتبع أمام محاكم الأسرة لذا سأعمل جاهداً - إن شاء الله تعالى - على جمع شتات هذه

الأبحاث سواء في الفقه الإسلامي أو الجانب القانوني في القوانين المنظمة للأحوال الشخصية في مصر.

ونسأل الله تعالى أن يسدد خطانا ويشرح صدورنا لما فيه حق وصواب حسب ما يرضاه سبحانه وتعالى، وهو الموفق والمعين .

منهجي في البحث

ولقد اتبعت في هذا البحث عدداً من المناهج العلمية في البحث. المنهج الاستقرائي: " وذلك بتتبع المسألة محل البحث في كتب الفقه الإسلامي الأصلية، وبيان أقوال الفقهاء فيها، وكذلك بحث العديد من المسائل محل الدراسة في الجوانب القانونية وبيان موقف القانون فيها.

المنهج المقارن: " وذلك بمقارنة العديد من المسائل محل البحث لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في المذاهب المختلفة، وكذلك بيان موقف القانون في جوانب البحث المختلفة.

خطة البحث

ولقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة، ومبحث تمهيدي، وبابين، وخاتمة. فأما المقدمة: فقد عرضت فيها لأهمية الموضوع، وسبب اختياري له، وطرحتها فيها عدداً من المسائل التي يثيرها البحث، وبيّنت منهجي في البحث، وخطة الدراسة.

وأما المبحث التمهيدي: فسأتناول فيه التعريف بالخبرة، وأدلة مشروعيتها.

وأما الباب الأول: فسأتناول فيه الأحكام الموضوعية للخبرة في مجال الأحوال الشخصية وقسمته إلى فصلين:

فأما الفصل الأول: فسأتناول فيه التكييف الفقهي والقانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية. وقسمته إلى مبحثين.

فأما المبحث الأول: فسأتناول فيه التكييف الفقهي للخبرة.

وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه الفرق بين الخبرة وما يشبهها.
وأما المطلب الثاني: فسأتناول فيه الوصف الشرعي للخبرة.
وأما المبحث الثاني: فسأتناول فيه التكييف القانوني للخبرة في
مجال الأحوال الشخصية. وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه التكييف القانوني للخبرة.
وأما المطلب الثاني: فسأتناول فيه الوصف القانوني للخبرة في
مجال الأحوال الشخصية.

وأما الفصل الثاني فسأتناول فيه نطاق الخبرة في مجال الأحوال
الشخصية وقسمته إلى مبحثين:

فأما المبحث الأول: فسأتناول فيه نطاق الخبرة في مجال
الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي. وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه الاستعانة بأهل الخبرة في
دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيب.

وأما المطلب الثاني: فسأتناول فيه الاستعانة بأهل الخبرة في
دعوى النسب.

وأما المبحث الثاني: فسأتناول فيه نطاق الخبرة في مجال
الأحوال الشخصية في القانون المصري. وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه نطاق الخبرة في مجال
الأحوال الشخصية

وأما المطلب الثاني: فسأتناول فيه نطاق الخبرة الفنية في مجال
قانون الأحوال الشخصية المصري

وأما الباب الثاني: فسأتناول فيه الأحكام الخاصة بالخبرة في
مجال الأحوال الشخصية. وقسمته إلى فصلين.

فأما الفصل الأول: فسأتناول فيه الشروط اللازم توفرها في
الخبير في مجال الأحوال الشخصية.

فأما المبحث الأول : فسأتناول فيه الشروط اللازم توفرها في ا
لخبير في الفقه الإسلامي وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه الشروط العامة اللازم توفرها
في الخبير في الفقه الإسلامي.

وأما المطلب الثاني : فسأتناول فيه الشروط اللازم توفرها في
الخبير الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.

وأما المبحث الثاني: فسأتناول فيه الشروط القانونية اللازم
توفرها في الخبير. وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه الشروط القانونية اللازم
توفرها في الخبير في المسائل الفنية.

وأما المطلب الثاني : فسأتناول فيه الشروط القانونية اللازم
توفرها في الخبير الأخصائي.

وأما الفصل الثاني: فسأتناول فيه النظام الإجرائي للخبرة أمام
محكمة الأسرة وقسمته إلى مبحثين:

فأما المبحث الأول : فسأتناول فيه القواعد الإجرائية للخبرة
الفنية في مجال الأحوال الشخصية وقسمته إلى ثلاثة مطالب:

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه بداية عمل الخبرة أمام محكمة
الأسرة.

وأما المطلب الثاني : فسأتناول فيه سير عملية الخبرة أمام
محكمة الأسرة.

وأما المطلب الثالث: فسأتناول فيه انتهاء عملية الخبرة أمام
محكمة الأسرة.

وأما المبحث الثاني : فسأتناول فيه القواعد الإجرائية للخبرة
القضائية في مجال الأحوال الشخصية. وقسمته إلى مطلبين:

فأما المطلب الأول: فسأتناول فيه القواعد الإجرائية للخبرة السابقة على نظر الدعوى.
وأما المطلب الثاني: فسأتناول فيه القواعد الإجرائية للخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة عند نظر الدعوى
وأما الخاتمة فقد تناولت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، وكذلك أهم التوصيات التي ينبغي مراعاتها بشأن هذا الموضوع .

المبحث التمهيدي التعريف بالخبرة، وأدلة مشروعيتها

تمهيد وتقسيم :

لما كان موضوع البحث يدور حول الخبرة ودورها في إنهاء منازعات الأحوال الشخصية، فكان من المناسب التعرض لتعريف الخبرة، وأدلة مشروعيتها، وسوف أتناول التعريف بالخبرة وأدلة مشروعيتها في المطلبين الآتيين:

أتناول في المطلب الأول : تعريف الخبرة.
وأتناول في المطلب الثاني : أدلة مشرعية الخبرة.

المطلب الأول تعريف الخبرة

إن تعريف الخبرة يقتضي الوقوف على تعريفها في اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء لبيان حقيقتها، وماهيتها.
أولاً: تعريف الخبرة في اللغة^(٦):

(الخبرة) اسم من الفعل (اختبرته) أي امتحنته، ويقال استخبره : أي طلب منه الخبر، وامتحن القول: نظرت فيه، ودبرته واستخبر الخبر سأل عنه والشيء عرفه على حقيقته، وفي الحديث أن النبي ﷺ كان يتخبر عن

رواه الترمذي أنظر سنن الترمذي : للإمام الترمذي ، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب النظر إلى المخطوبة، ج ٣، ص ٣٧٩، رقم الحديث (١٠٨٧)، ورواه ابن ماجة في سننه، أنظر سنن ابن ماجة: للإمام ابن ماجة، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، مرجع سابق، رقم الحديث (١٨٦٥).

(٦) القاموس المحيط: لمجموعة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار): دار الدعوة مجمع اللغة العربية، ج ١، ص ٢١٥.

بدر^(٧). وفي حديث الحديبية [أنه بعث عينا من خزاعة يتخبر له خبر قريش] يتعرف على أخبارها.

(والخبير) اسم من أسماء الله Y العالم بما كان وما يكون، وذو الخبرة الذي يخبر الشيء بعلمه وفي التنزيل العزيز قوله تعالى (الرَّحْمَنُ فَأَسْأَلُ بِهِ خَبِيرًا) ^(٨) وفي المثل (على الخبير سقطت) ^(٩).

ثانياً تعريف الخبرة في اصطلاح الفقهاء: لم يستخدم الفقهاء القدامى مصطلح الخبير للتعبير عن الشخص الذي يبيت في مسألة معينة من المسائل، وإنما كانوا يعبرون عن العلم بالمسائل المعروضة بأهل العلم وأهل المعرفة، وأهل البصر وغير ذلك مما يدل على العلم والمعرفة بالمسألة، وهذا يرجع إلى أنهم لم يفردوا لمن يوكل إليه بعمل من أعمال المعرفة والعلم ببحث مستقل، فقد تناول الفقهاء ما يتعلق بالخبرة في أبواب متفرقة من أبواب الفقه منها على سبيل المثال: تناولهم للعيوب التي يثبت بها فسخ عقد البيع، وذلك في كتاب البيوع، وكذلك في تقدير الجراحات والأروش في كتاب الجنایات، وفي كتاب الصيد عند التعدي على صيد الحرم، فلم يفردوا للخبرة أو الخبير كتاباً، أو باباً مستقلاً، ولكنهم قد وضعوا الأحكام الفقهية التي تمكنه من أداء عمله دون التطرق إلى الأمور التفصيلية المستقلة.

وعلى الرغم من ذلك فقد وجدت بعض عبارات الفقهاء التي يمكن الاعتماد عليها للتعرف على الخبير منها^(١٠).

(٧) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي البرهان فوري (المتوفى: ٩٧٥هـ) الطبعة الخامسة، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، صفوة السقا- مؤسسة الرسالة، رقم الحديث (٢٩٩٤١) ونص الحديث (عن علي قال لما قدمنا المدينة أصبنا من ثمارها فاجتويناها وأصابنا بها وعك وكان النبي ﷺ يتخبر عن بدر، فلما بلغنا أن المشركين قد أقبلوا سار رسول الله ﷺ إلى بدر وبدر بئر فسبقنا المشركين إليها).

(٨) سورة الفرقان جزء من الآية رقم (٥٩)

(٩) ومن الألفاظ ذات الصلة بالخبرة العلم، والمعرفة، وعرف كل منهما بأنه: إدراك الشيء على ما هو به" ووجه الاشتراك في التعريف كون كل منهما مسبوقة بالجهل.

أنظر التعريفات: للجرجاني، مرجع سابق، فقرة ١٥٥، ٢١٠.

(١٠) ما جاء في المذهب الحنفي: "إذا ادعى رجل أنها - أي الإجارة - بغبن فاحش رجع القاضي إلى أهل البصر والأمانة ، فإن أخبروا أنها كذلك فسخها"
أنظر: الأشباه والنظائر : لابن نجيم الحنفي، ج ١، ص ٢٦٨.

وجاء في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لدامادا أفندي ج ٢، ص ٥٤٨. يكره التسعير لأن الثمن حق للعاقد فلا ينبغي له أن يتعرض لحقه إلا إذا تعدى أرباب الطعام في القيمة تعدياً فاحشاً فلا بأس حينئذٍ به بمشورة أهل الخبرة لأن فيه صيانة حقوق المسلمين "

وجاء في المذهب المالكي: "قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال: بيعها وقال الذي أخذ المال لا أرى وجهه يبيع فاختلغا في ذلك قال لا ينظر إلى قول واحد منهما ويسأل عن ذلك أهل المعرفة والبصر بتلك السلعة فإن رأوا وجهه يبيع بيعت عليهما وإن رأوا وجهه انتظار انتظر بها"

أنظر الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج ٧، ص ٣٢، كتاب البيوع باب ما جاء في القرض (١٥)، نسخة محققة قام بها سالم محمد عطا - محمد علي معوض.

وجاء في البهجة: "وثبتت العيوب أهل المعرفة"

أنظر البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الطبعة: الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت باب البيوع، فصل في

العيوب، ج ٢، ص ٧٥ نسخة محققة قام بها: محمد عبد القادر شاهين.

وجاء في التاج والإكليل: " وإن كان العيب مما يطلع عليه الرجال فقال محمد وغيره لا يثبت إلا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة أو عيوبها فإن كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم به كالأمراض التي لا يعرف أسرارها إلا الأطباء فلا يقبل إلا قول أهل المعرفة بذلك."

أنظر: التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، طبعة ١٣٨٩ هـ، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٤، ص ٤٦٢، كتاب البيوع، باب في البيع بشرط الخيار.

وتوجد بعض أقوال الفقهاء التي عرفت الخبرة فعرفت بأنها: "العلم ببواطن الأمور"^(١١)، وعرف الخبير بأنه "المطلع على الأمور بحيث لا يخفى عليه منها شيء"^(١٢) ولقد وجد بعض المحاولات من بعض الباحثين في الفقه الإسلامي من وضع تعريف للخبرة والخبير .

وجاء في المذهب الشافعي: "والمرجع في المدة المذكورة إلى أهل الخبرة بالشجر في تلك الناحية"

أنظر أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠، دار الكتب العلمية - بيروت -، ج ٢، ص ٣٩٦، كتاب القراض، نسخة محققة قام بها: د. محمد محمد تامر

وجاء في المجموع شرح المهذب: "والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا فان خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس"

أنظر المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، ج ١٢، ص ٣٠٩، باب بيع المصبرات والرد بالعيب.

وجاء في المذهب الحنبلي: "وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة"

أنظر: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحباني، ١٩٦١م، المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا، ج ٤، ص ٤١٧.

وجاء في الكافي: "والعيوب هي النقائص المعودة عيبا فما خفي منها رجع إلى أهل الخبرة به"

أنظر الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل: لأبي عبد الله بن قدامة المقدسي، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا، ج ٢، ص ٤٨، كتاب البيوع، باب الرد بالعيب.

(١١) التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني، الطبعة الأولى، ١٤٠٥، دار الكتاب

العربي - بيروت، ص ١٣١، رقم ٦٤٥، نسخة محققة قام بها: إبراهيم الأبياري.

(١٢) التعريفات: للجرجاني، مرجع سابق، ص ١٣١، رقم ٦٤٥.

فعرف جانب من الباحثين الخبير بأنه: "شخص ذو دراية عالية، له إلمام بموضوع فني أو علمي أو عملي يستعين به القضاء في أمور تدخل في اختصاصه ولا يجوز للخبير أن يتجاوز المهمة المعهود له بها ويشترط فيه أن يكون إنسانياً واجتماعياً^(١٣)" وعرفه جانب آخر الخبير بأنه: "كل شخص له معرفة وحذق ودراية خاصة في فن من الفنون وصنعة من الصناعات بحيث يصير مرجعاً لأهلها وغيرهم في معرفة دقائقها وخصائصها، وقد حصلها واكتسبها بالدراسة أو بالتجربة وطول المعاشة^(١٤)" وعرف بعض الباحثين الخبرة بأنها: "الاعتماد على رأي المختصين في حقيقة النزاع بطلب من القاضي^(١٥)"، كما عرفها بعضهم بأنها: "الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي^(١٦)"، عرفها البعض الآخر بأنها: "وسيلة إثبات علمية يقوم بها ذوو الشأن والاختصاص في مختلف المواد الجزائية أو المدنية أو الإدارية أو غيرها ... بناءً على طلب القاضي لإبداء رأيهم الفني أو العلمي

(١٣) د. عبد الرزاق أحمد الشيبان: إجراءات الخبرة ودورها في الإثبات، بحث منشور في مجلة كلية القانون والسياسية - جامعة كركوك، عام ٢٠١٥، مجلد ٤، العدد ١٥، ص ٤٢٩، وما بعدها، مشار إليه في موقع دار المنظومة :

<http://search.mandumah.com/Record/909568>

(١٤) د. عدنان عزازية: قول الخبير وحجيته في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد النكاح، بحث قدم إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والأمال في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، بتاريخ ١١-١٣/٤/٢٠٠٦م ص ٧، وقريب من هذا التعريف مرجي بركاهم: الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القانون، قدمت لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة بالجزائر، عام ٢٠١٤/٢٠١٥م ص ٩.

(١٥) الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبه الزحيلي، الطبعة الرابعة ١٩٩٧، دار الفكر، دمشق - سوريا، ج ٨، ص ٦٢٨٨.

(١٦) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية د. محمد الزحيلي، الطبعة الثانية 1994، دار البيان، دمشق - سوريا، ج ٢، ص ٥٩٤.

في المسألة المتنازع فيها قصد إظهار الحقيقة وإنصاف أطراف الخصومة^(١٧) ، وعرفها البعض بأنها : " المهمة الموكولة من قبل المحكمة أو الهيئة القضائية إلى شخص أو عدة أشخاص أصحاب اختصاص أو مهارة أو تجربة في مهنة أو فن أو صناعة أو علم لتحصل منهم على معلومات أو آراء أو دلائل أو إثبات ... لا يمكن لها أن تؤمنها بنفسها وتعتبرها ضرورية لتكوين قناعتها للفصل في نزاع معين"^(١٨)

ومن جماع ما تقدم يمكن أن نعرف الخبير القضائي بأنه : "شخص له معرفة ودراية خاصة في فن من الفنون أو صناعة من الصناعات فيصير مرجعاً لأهل هذا الفن، أو تلك الصناعة أسند إليه القاضي بحث مسألة ما تتعلق بالفن أو الصناعة ليبيدي الرأي فيها حتى يتمكن القاضي الفصل في النزاع المتعلق بها"

فالأساس والمناط الذي تقوم عليه الخبرة هو المعرفة الخاصة والإدراك العميق لأمر من الأمور أو شأن من الشئون وهذا راجع إلى طول المصاحبة والمعاشية لهذا الأمر، وإلى التخصص فيه بالبحث والدراسة حتى صار الشخص عالماً بباطنه وظاهره فصار خبيراً فيه.

المطلب الثاني أدلة مشروعية الخبرة

إن الخبرة بالجملة تعد تصرفاً مشروعاً، واستدل الفقهاء والباحثون على مشروعيتها بالكتاب، والسنة، والمعقول
فأما الكتاب: فأيات كثيرة منها.

(١٧) الخبرة القضائية من المنظور الشرعي والقانوني : د. سعيد خنوش ، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية جامعة الجزائر، العدد الثاني والعشرون ، ٢٠١٥ ، ص ١٣٥ ، مشار إليه في موقع دار النظمه الرابط

<http://search.mandumah.com/Record/646073>

(١٨) الخبرة القضائية من المنظور الشرعي والقانوني : د. سعيد خنوش مرجع سابق ص ١٣٦ .

- قول الله تعالى : (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)^(١٩)
وجه الاستدلال : إن الله I أمر بسؤال أهل الذكر عند عدم العلم، والذكر الوارد في الآية الكريمة يقصد به مطلق العلم، ولا يختص بعلم دون آخر، فيرجع في الأمر إلى من له علم ودراية فيما يختص به^(٢٠).
- قول الله تعالى : (وَلَا تَفْهُمُوا مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا)^(٢١)

وجه الاستدلال : إن الله Y نهى في الآية الكريمة أن يتتبع الإنسان ما ليس به علم من قول أو فعل، فهو نهى عن الحكم بما لا يكون معلوماً، فلا يحق للإنسان أن يحكم بشيء إلا إذا كان عالماً به، فلا بد أن يصدر القول أو الفعل عن فهم وإدراك ومعرفة، وهذه الأمور لا تتوفر إلا عند توفر العلم، والخبرة في الأمر^(٢٢).

(١٩) سورة النحل جزء من الآية رقم (٤٣)

(٢٠) وجاء ذلك في كتاب المبسوط للسرخسي حيث جاء فيه : "إنما يرجع إلى معرفة كل شيء إلى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل في ذلك قوله تعالى (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ) .

أنظر المبسوط : لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠ م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، نسخة محققة قام بها: خليل محي الدين، ج ١٣، ص ١١٠.

وجاء في البدائع للكاساني، فإذا أراد المشتري إثبات كون العيب في السلعة موجوداً للحال في يده وكان مما لا يقف عليه إلا الأطباء والبيطرة فإنه يثبت بقولهم لقوله عز وجل (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ) وهم في هذا الباب من أهل الذكر فيسألون.

أنظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ج ٥، ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٢١) سورة الإسراء الآية رقم (٣٦).

(٢٢) مفاتيح الغيب : للإمام فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م، دار الكتب العلمية - بيروت، ج ٢٠، ص ١٦٦، تفسير

• قول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (٢٣)

وجه الاستدلال : إن التقويم الوارد في الآية عند قتل الصيد في حالة الإحرام يحتاج إلى نظر واجتهاد دون المماثلة في الصورة، وهذا لا يكون إلا عند أهل الخبرة من الناس دون عامتهم^(٢٤)، وقد أمر الله I بأن الحكم يكون لذوي العدل وهم أهل الخبرة.

فأوجب الله I على من قتل صيداً وهو محرم جزاءً يحكم بتقديره عدلان مسلمان خبيران لهما بصارة بقيمة الصيد وما يماثله من النعم^(٢٥).

السراج المنير: لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج ٢، ص ٣٣٦، وذكر: إنها قضية كلية يندرج تحتها أمور كثيرة، ولقد اختلف المفسرون في تفسيرها".

(٢٣) سورة المائدة جزء من الآية رقم (٩٥).

(٢٤) مفاتيح الغيب : للرازي مرجع سابق، ج ١٢، ص ٢٢، وذكر قول ابن عباس " يحكم في جزاء الصيد رجلان صالحان نوا عدل منكم أي من أهل ملتكم ودينكم فقيهان عدلان فينظران إلى أشبه الأشباه به من النعم فيحكمان به"، تفسير القرآن العظيم " المشتهر بتفسير ابن كثير": لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي [٧٠٠ - ٧٧٤ هـ]، الطبعة : الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م، دار طيبة للنشر والتوزيع، ج ٣، ص ١٩٤، باب ٩٤، نسخة محققة قام بها :سامي بن محمد سلامة، معالم التنزيل "المشتهر بتفسير البغوي": لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي [المتوفى ٥١٦ هـ]، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م ، دار طيبة للنشر والتوزيع، ج ٣، ص ٩٧، نسخة محققة قام بها: محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الحرش"، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: لأبي الفضل محمود الألوسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ج ٧، ص ٢٦.

(٢٥) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٩٨، رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين": لمحمد أمين " المشتهر بابن عابدين، ج ٢، ص ٥٦٣،

فالمعتبر في تقدير الجزاء هو قول أهل الخبرة والبصر والمعرفة.

• قول الله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)^(٢٦)

وجه الاستدلال : إن الله Y أمر في حال الخوف^(٢٧) من وقوع الشقاق بين الزوجين أن يتم إرسال حكمين من أهل الزوجين للتوفيق والإصلاح، ويكون الحكمان من أهل العدالة وحسن النظر والبصر في الفقه، حتى يتمكننا من إزالة الخلاف^(٢٨).

كما أن المدقق بالنظر في الآية الكريمة يجد أن الفاصلة تتناسب مع المقام المذكور فذكر الله تبارك وتعالى أنه عليم خبير، وفيه إشعار أنهما وصفان لا بد أن يوجدوا في الحكمين؛ فلا يوصف الشخص بكونه حكماً إلا إذا كان عليمًا بالأمر خبيراً فيه.

• قول الله تعالى في قصة يوسف عليه السلام: (وَشَهِدَ شَاهِدًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَإِنْ كَانَ

الشرح الكبير: للشيخ الدردير، ج، ص ٢٢٢، ٢٢٣، المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٢٣.

(٢٦) سورة النساء الآية رقم (٣٥).

(٢٧) وقال بعض المفسرين أن قوله تعالى (خِفْتُمْ) أي علمتم شقاق بين الزوجين، وهو قول ابن عباس، وهو خلاف (تَخَافُونَ) في قوله تعالى (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ)، فهو محمول على الظن.

أنظر مفاتيح الغيب : للفخر الرازي، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٧٤، في تفسير سورة النساء، الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ج ٥، ص ١٧٥، روح المعاني : للألوسي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٦، تفسير القرآن العظيم: لابن كثير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩٦.

(٢٨) المراجع السابقة ذات الصفحات.

قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَّبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۚ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ
قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ۚ (٢٩)

وجه الاستدلال (٣٠): إن الشاهد الذي شهد ليوسف عليه السلام كان خبيراً فعمل بالإمارات والعلامات حتى يصل إلى الحكم الصائب، والدليل على هذا أنه لم يعاين واقعة أنهما قد استبقا الباب، ولكنه أخذ بالإمارات والعلامات التي تدل على من كان يدافع من، فدل هذا على جواز العمل بالخبرة والإمارات حتى يتم الوصول إلى الحكم (٣١).

وأما السنة: فأحاديث منها ما هو من السنة القولية، ومنها ما هو من السنة الفعلية، ومنها ما هو من السنة التقريرية:

فأما من السنة الفعلية، والقولية :

• فما روي عن أبي حميد الساعدي ٢ قال : [خرجنا مع رسول الله ﷺ غزوة تبوك فأتينا وادي القرى على حديقة لامرأة فقال رسول الله ﷺ احرصوها فحرصناها وحرصها رسول الله ﷺ عشرة أوسق وقال احصوها حتى نرجع اليك ان شاء الله، ثم أقبلنا حتى قدمنا وادي القرى فسأل رسول الله ﷺ المرأة عن حديقته كم بلغ ثمرها فقالت عشرة أوسق] (٣٢)

(٢٩) سورة يوسف الآيات رقم (٢٦ - ٢٧ - ٢٨).

(٣٠) ونستند في هذا الوجه من الاستدلال إلى الرواية التي تقول بأن الشاهد كان رجلاً

حكيماً من حاشية العزيز وليس طفلاً صغيراً - رضيعاً - أنظر لاحقاً الهامش التالي.

(٣١) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، مرجع سابق، ج ٩، ص ١٧٣ حيث جاء فيه : أنه

رجل حكيم ذو عقل كان الوزير يستشير في أموره، وكان من جملة أهل المرأة وكان مع

زوجها فقال : قد سمعت الاستبدار والجلبة من وراء الباب، وشق القميص، فلا يدري

أيكما كان قدام صاحبه؛ فإن كان شق القميص من قدامه فأنت صادقة، وإن كان من

خلفه فهو صادق، فنظروا إلى القميص فإذا هو مشقوق من خلف؛ هذا قول الحسن

وعكرمة وقتادة والضحاك ومجاهد أيضا والسدي. قال السدي : كان ابن عمها؛ وروي

عن ابن عباس ، وهو الصحيح في الباب ، والله أعلم."

(٣٢) متفق عليه

وجه الاستدلال : إن في الحديث دليل على جواز الخرص^(٣٣)، لفعله ﷺ وأمره أصحابه أن يخرصوا الثمار، والخرص نوع من أنواع التقدير والخبرة، فيدل على مشروعية الخبرة في العموم.

• وما روي عن أم المؤمنين السيدة عائشة - رضي الله عنها - وهي تذكر شأن خبير - قالت: [كان النبي ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة إلى يهود فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود يأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق]^(٣٤).

أخرجه البخاري كتاب الزكاة، باب جواز خرص الثمر (٥٣)، رقم الحديث (١٤١١، ١٧٧٣، ٢٩٩٠، ٣٥٨٠، ٤١٦٠)، ج ٢، ص ٥٣٩.

أخرجه مسلم كتاب الفضائل، باب معجزات النبي (٣)، رقم الحديث (١٣٩٢).

(٣٣) ومعنى الخُرصُ : "بفتح الخاء وسكون الراء" وهو حرز ما على النخل من ثمر، أي تقدير ما عليها بظن. وقيل الخُرصُ مصدر، والخُرصُ الاسم منه.

أنظر مختار الصحاح : لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، طبعة : ١٤١٥ - ١٩٩٥ مكتبة ناشرون، لبنان - بيروت، ص ١٩٦، باب الخاء، تاج العروس من جواهر القاموس: لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بالمرتضى الزبيدي، طبعة دار الهداية، كتاب الصاد باب الخاء المعجمة مع الصاد، ج ١٧، ص ٥٤٤، لسان العرب : محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، الطبعة الأولى، دار صادر - بيروت، ج ٧، ص ٢١، كتاب الصاد، باب الخاء، المصباح المنير في الشرح الكبير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ج ١، ص ١٦٦.

(٣٤) رواه أبو داود، وابن ماجه، والبيهقي، والدارقطني.

أنظر سنن أبي داود: للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار الفكر، بيروت - لبنان، كتاب الزكاة، باب متى يخرص الثمر، ج ١، ص ٥٠٥، رقم الحديث (١٦٠٦)، وقال الألباني حديث ضعيف نسخة محققة قام بها : "محمد محيي الدين عبد الحميد"

وجه الاستدلال : إن في الحديث دليلاً على أن النبي ﷺ كان يبعث من له خبرة في التقدير ويعتمد قوله، فلو لم يكن عبد الله ﷺ خبيراً لما أرسله النبي ﷺ ولأرسل غيره، إلا أن النبي ﷺ أرسل عبد الله ﷺ لعلمه ﷺ بأنه خبير فيما أرسله، فيكون قول الخبير حجة ويعتمد عليه.

وأما من السنة التقريرية :

• **فما روي عن أم المؤمنين السيدة عائشة - رضي الله عنها -**
قالت: [دخل علي قائف والنبي ﷺ شاهد وأسامة بن زيد، وزيد بن حارثة مضطجعان فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض قال فسر بذلك النبي ﷺ وأعجبه فأخبر به عائشة] (٣٥)

أنظر سنن ابن ماجه: للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، دار الفكر، - بيروت، كتاب الزكاة، باب خرص النخل والعنب، ج ١، ص ٥٨٣، رقم الحديث (١٨٢٠) نسخة محققة قا بها: "محمد فؤاد عبد الباقي"

أنظر السنن الكبرى : للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، ١٤١٤ - ١٩٩٤، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة- السعودية، كتاب الزكاة، باب خرص التمر والدليل على أن له حكماً، ج ٤، ص ١٣٣، رقم الحديث (٧٢٣١)، نسخة محققة قام بها "محمد عبد القادر عطا.

أنظر سنن الدارقطني : للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ، دار المعرفة - بيروت، كتاب الزكاة ، باب في قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار، ج ٢، ص ١٣٤، رقم الحديث (٢٥) نسخة محققة قام بها : "السيد عبد الله هاشم يمانى المدني"
 (٣٥) متفق عليه . "واللفظ للبخاري".

أنظر صحيح البخاري: للإمام البخاري ، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٣٦٥، رقم الحديث (٣٥٢٥) كتاب فضائل الصحابة، باب (١٧) مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ .

وفي رواية أن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ دخل علي مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: [ألم تري أن مجزرا نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض] كتاب الفرائض، باب القذف، رقم الحديث (٦٣٨٨).

وجه الاستدلال : إن في الحديث إقراراً من النبي ﷺ لقول مجزز - وهو قائف خبير بالأنساب- ، وهذا دليل على مشروعية وحجية قول القائف وحكمه في إلحاق النسب^(٣٦)، لأن النبي ﷺ لا يسر بباطل ولا يقره ، فاعتبار قول القائف في إلحاق النسب اعتبار لقول الخبير وحجية حكمه وأما المعقول: فمن وجوه منها^(٣٧) :

- إن الشريعة الإسلامية قد جاءت لتحقيق العدل والإنصاف بين الناس وهو مقصد من مقاصد الشريعة، فيجب على القاضي أن يحكم بالعدل والإنصاف بين الناس إذا كان عالماً بالحق مدركاً للمسألة محل النزاع، أما إذا كان غير عالم بالحق لعدم علمه بالمسألة محل النزاع فيجب عليه أن يعتمد رأي أهل الخبرة فيها حتى يصل برأيهم إلى تحقيق العدالة.

- إن الخبرة القضائية وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى مقصود الشرع من تشريع القضاء وهو إقامة العدل بين الناس ولقد قرر الفقهاء قاعدة فقهية وهي " الأمور بمقاصدها" ولما كان المقصود من الخبرة إعانة القضاء على كشف ملاسبات النزاع ودقائقه ولا يتم واجب إقامة العدل إلا باعتبارها وتفعيلها فكانت بذلك من الواجبات ومقصد من مقاصد الشرع الحنيف.

- إن في عدم اعتبار قول الخبير في المسألة التي لا يدركها القاضي ضياع للحقوق وسبب في إتلاف الأنفس والأموال، وهي أمور نهى

أنظر صحيح مسلم : للإمام مسلم، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٨١، رقم الحديث (١٤٥٩) كتاب الرضاع، باب (١١) إلحاق القائف الولد.

(٣٦) وهذا عند من يقول من الفقهاء بحجية قول القائف في إثبات النسب بالقيافة.

(٣٧) أنظر تفصيلاً في ذلك قول الخبير وحجتيه في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد

النكاح : د.عدنان عزابرة ، بحث قدم إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر :

الواقع والآمال في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، بتاريخ ١١-

٢٠٠٦م / ٤/١٣ ، الخبرة القضائية من المنظور الشرعي والقانوني: د. سعيد خنوش،

مرجع سابق، ص ١٤٥، وما بعدها.

عنها الشارع الحكيم لما فيها من المفسدة، فيجب اعتبار قول الخبير للحفاظ على حقوق الناس وعدم ضياعها وذلك فيما لا يدركه إلا أهل الخبرة.

الباب الأول

الأحكام الموضوعية للخبرة في مجال الأحوال الشخصية
تمهيد وتقسيم :

لما كان موضوع البحث هو " الخبرة في مجال الأحوال الشخصية" فإن الخبير الذي يتولى أعمال الخبرة ويؤكل إليه بذلك يتعلق به عدد من الأحكام منها: ما يتعلق بالوصف الشرعي والقانوني للخبرة ذاتها، ومن يقوم بها، ومنها ما يتعلق بالموضوعات التي يجوز إعمال الخبرة فيها بصفة هامة وكذلك في مجال الأحوال الشخصية.

ولهذه الأمور أهمية في مجال البحث حيث يتحدد من خلالها مدى صحة قيام الخبير بالعمل المناط له القيام به، وما هو الوصف الشرعي والقانوني للخبير في العمل القضائي، وكذلك ما هو نطاق الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية.

ولما كان لهذا الأمر هذه الأهمية فقد خصصت هذا الباب لبحثه، وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول: التكيف الفقهي والقانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية.

الفصل الثاني : نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية.

الفصل الأول

التكيف الفقهي، والقانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم :

يثور في بحث التكيف الفقهي والقانوني للخبرة تساؤل هام ألا وهو ما هو الوصف الشرعي والقانوني للخبير القضائي فهل الخبير يعد من أعوان القاضي، ومن ثم توصف أعماله وتصرفاته أنها من قبيل أعمال السلطة القضائية في المسألة المعروضة - موضوع الخبرة - أم أن عمله يعد من قبيل الأدلة، ومن ثم يخرج عن كونه من أعمال السلطة القضائية؟ وسوف نتناول الإجابة على هذا التساؤل في المبحثين الآتيين:
أتناول في المبحث الأول : التكيف الفقهي للخبرة.
وأتناول في المبحث الثاني : التكيف القانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية.

المبحث الأول التكيف الفقهي للخبرة

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتكيف الفقهي للخبرة : الوصف الشرعي للخبرة والخبير، فهل تعد الخبرة من قبيل الأدلة التي يستند إليها القاضي في تكوين عقيدته، أم أن الخبير يعد من أعوان القاضي في آدائه وظيفته ؟
ولتحديد المركز الفقهي - الوصف الشرعي - للخبير وتصرفاته أهمية في مجال البحث، وتظهر هذه الأهمية في عدد من الأمور منها : بيان الوصف الشرعي لعمل الخبير القضائي، وبيان الشروط اللازم توفرها في الخبير حتى يصح عمله.

ولبيان الوصف الشرعي للخبرة نبين أولاً الفرق بين الخبرة وبين ما يشبهها، ثم نعرض آراء الفقهاء في الوصف الشرعي للخبرة، وذلك في المطلبين الآتيين:

أتناول في المطلب الأول: الفرق بين الخبرة وما يشبهها.
وأتناول في المطلب الثاني: الوصف الشرعي للخبرة.

المطلب الأول

الفرق بين الخبرة وما يشبهها

يوجد عدد من الإجراءات التي تشبه الخبرة أمام القضاء التي قد تؤدي إلى ذات النتيجة في تكوين عقيدة القاضي في النزاع، ووصولاً للحكم فيه، إلا أن الخبرة لها مركز مستقل عن غيرها من الإجراءات والأنظمة، ولبيان هذا نقارن بين الخبرة والشهادة، والخبرة والمعينة، والخبرة والتحكيم باعتبارها من الإجراءات التي تقترب من الخبرة وتشبهها.

أولاً : التمييز بين الخبرة والشهادة:

من الأمور التي تشبه الخبير الشاهد، باعتبار أن كلاً من الشاهد والخبير يدلي بقوله في النزاع المعروف - المسألة المثارة -، كما أن كلاً منهما يؤدي اليمين القضائية قبل إدلائه قوله، إلا أن التمييز بين الخبير والشاهد يظهر في عدد من النقاط، وهي^(٣٨):

■ من حيث التعيين:

فالشاهد: تتعلق الشهادة بعينه فهو شخص معين، فلا يجوز الإتيان بغير من عاين الشهادة ليشهد على أمر لم يره أو يعاينه، فإن فعل فهو شاهد زور.

(٣٨) قول الخبير وحجته في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد النكاح: د. عدنان عزايعة، مرجع سابق، ص ٧، الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية : مرجي بركاهم ، مرجع سابق، ص ١٦، وما بعدها، الخبرة القضائية : حجيتها وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية: سليمان سالم سلامة الحمادين، رسالة دكتوراة ، قدمت إلى الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، عام ٢٠٠٩م ، ص ٣١ وما بعدها، الاستعانة بأهل الخبرة في القضاء " دراسة تأصيلية تطبيقية": فهد بن نايف بن عبد العزيز الصغير، بحث منشور في مجلة الجمعية العلمية القضائية السعودية - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد السابع، أكتوبر عام ٢٠١٦م، ص ٤٥ وما بعدها مشار إليه في موقع دار المنظومة الرابط :

أما الخبير : فليس شخصاً معيناً فيمكن استبداله وتغييره، فموضوع الخبرة ليس الإخبار عما شاهده وإنما هو بيان للرأي العلمي، وإظهار للحقيقة في بواطن الأمور، وهي أمور لا تتعلق بشخص بعينه، بل يستطيع كل شخص خبير في مجال الخبرة القيام بها، فلو تعذر على الخبير الحضور عند القاضي جاز استبداله بخبير آخر، وهذا غير ممكن في الشهادة.

▪ من حيث الأداء :

فالشاهد يؤدي ما شاهده بإحدى حواسه - ببصره، أو سمعه - بغير زيادة أو نقصان، فلا يجوز له أن يزيد على ما شاهد أو أن ينقص منه، أو أن يعدل فيه، أو يستنتج شيئاً يتعلق بمحل الشهادة.

أما الخبير فيستدل على الأمر الباطن بالشيء الظاهر، ويربط النتائج بالمقدمات والأسباب والمسببات، ويدرس الأمر ويحلله ويستنبط منه النتائج حسب خبرته ومعرفته بناءً على الحقائق الثابتة والقواعد العلمية.

▪ من حيث الدلالة:

فالشاهد: تقوم شهادته على الظن، فالشهادة دلالتها ظنية فهي تقيد الظن، ولا تقيد اليقين، لاحتمال تطرق الكذب إليها.

أما الخبير : فعمله في بعض المجالات قد يصل إلى حد القطع واليقين كما في حالات إثبات الشخصية بالبصمة، وتحليل الدم وغيرها.

▪ من حيث اشتراط الاجتهاد:

فالشاهد لا يشترط أن يكون مجتهداً في المسألة محل الشهادة، فيكفي فيه توفر الشروط اللازمة في المعاينة.

أما الخبير : فيشترط أن يكون مجتهداً عالماً ذا خبرة في المسألة التي يؤخذ رأيه فيها.

▪ من حيث مدى جواز رد كل منهما:

فالشاهد لا يمكن رده، أو استبداله إذا توفرت الشروط اللازمة للشهادة في حقه، لأنه هو من عاين الواقعة .

أما الخبير: فيمكن رده كما يمكن استبداله بغيره من الخبراء في ذات المجال محل الخبرة.

▪ من حيث المجال :

فالشاهد يمكن أن يشهد في كافة المجالات، فمجال الشهادة يتسع لكافة الأمور منها: الجرائم، والمعاملات، والأنكحة، وغيرها. أما الخبير: فمجال الخبرة خاص بشيء بعينه وهو محل الخبرة دون غيره، فالخبير لا يدلي برأيه إلا في الأمور التي يكون خبيراً فيها.

▪ من حيث صلاحية القاضي في كل منهما :

فأما صلاحية القاضي أن يكون شاهداً : فالقاضي لا يصلح أن يكون شاهداً في الواقعة التي يحكم فيها، فلا يقض القاضي بعلمه في المسألة - وهذه المسألة محل اختلاف بين الفقهاء - .

وأما صلاحية القاضي أن يكون خبيراً : فالقاضي الأصل فيه أن يكون خبيراً في الأمور عالماً بها، فيجب عليه استخدام خبرته ومعرفته في تصور المسائل وإدراك الأمور على حقيقتها حتى يصل إلى الحقيقة ويحكم بالعدل.

ثانياً: التمييز بين الخبرة والتحكيم:

من الأمور أيضاً التي تشبه الخبرة التحكيم وذلك باعتبار أن كلا من الخبير والمحكم شخص خارج عن القضاء يتدخل في الخصومة بإبداء الرأي فيها^(٣٩)، كما أن كلاهما لا بد فيه من توفر شروط معينة يخضعان لها عند ممارسة العمل الموكل القيام به بما يحفظ الحياد والاستقلال، إلا أن التمييز بين الخبير والمحكم يظهر في عدد من النقاط، وهي^(٤٠):

▪ من حيث ماهية كل منهما:

(٣٩) مع ملاحظة أن رأي المحكم يكون ملزماً للخصمين بعد انتهاء عملية التحكيم.

(٤٠) قول الخبير وحججه في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد النكاح د. عدنان عزازيرة،

مرجع سابق، ص ٧، وما بعدها، الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية: مرجع

بركاهم، بحث لنيل درجة التخصص " الماجستير " في القانون، قدم إلى كلية القانون

والعلوم السياسية جامعة النوبة، بالجزائر، عام ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ١٦، وما بعدها.

فالمحكم: فهو شخص يتم توليته من قبل الخصمين ليحكم بينهما في النزاع^(٤١).

أما الخبير: فهو شخص له معرفة ودراية خاصة في فن من الفنون أسند إليه القاضي بحث مسألة ما تتعلق بالفن أو الصنعة ليبدى الرأي فيها حتى يتمكن القاضي الفصل في النزاع المتعلق بها^(٤٢).

فالمحكم يقضي، ويحكم في النزاع بين الخصمين - فهو نوع من القضاء، أما الخبير فلا يقضي في المسألة وإنما يبدى رأيه فيها دون أن يحكم.

▪ **من حيث التعيين:**

فالمحكم: يتم تعيينه من قبل - المحكمين - الخصمين، ولا يجوز استبداله بشخص آخر إلا إذا وافق الخصمان على ذلك.

أما الخبير: فهو شخص غير معين بالذات، فيجوز استبداله بغير ممن تتوفر فيهم الخبرة اللازمة لإبداء الرأي في المسألة.

▪ **من حيث طبيعة كل منهما:**

فالمحكم: - طبقاً للرأي السائد في الفقه - هو قاضي يفصل بين الخصمين في النزاع بينهما.

أما الخبير: فهو شخص يساعد القاضي في النزاع المعروض بإبداء الرأي في المسائل الفنية، فهو ليس قاضياً بل هو من أعوان القاضي.

▪ **من حيث معيار اختيار كل منهما:**

فمعيار اختيار المحكم: ليس راجعاً إلى خبرته الفنية في المسألة، فالمعيار الأساسي لاختيار المحكم هو ثقة الخصمين فيه وقدرته للفصل في النزاع.

(٤١) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار "المشتهر بحاشية ابن عابدين":

لمحمد أمين عابدين، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٥، ص ٤٢٨ الموسوعة الفقهية:

تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية، ج ١٠، ص ٢٣٤.

(٤٢) راجع ما سبق في تعريف الخبير ص (٢٠) من هذا البحث.

أما معيار اختيار الخبير: فخبيرته الفنية في المسألة محل النزاع، وإبداء الرأي الفني فيها حتى يتمكن القاضي - أو المحكم - الفصل فيها.

▪ **من حيث أداء كل منهما العمل:**

فالمحكم: يقوم بالفصل في كافة المسائل المعروضة عليه في النزاع دون التقيد بالمسائل الفنية.

أما الخبير: فيتقيد بإبداء الرأي في المسائل الفنية دون التعرض للفصل في المسألة.

▪ **من حيث طبيعة ما يصدر من كل منهما:**

فالمحكم: - طبقاً للرأي السائد في الفقه- يصدر منه حكم قضائي يحوز حجية بين الخصوم.

أما الخبير: فما يصدر منه ليس حكماً قضائياً بل رأياً فنياً في المسألة، ولا يحوز حجية، فيجوز استبعاده وعدم التقيد به.

ثالثاً: التمييز بين الخبرة والمعينة:

من الأمور التي تشبه الخبرة المعينة وذلك لأن كلا منهما يعد إجراءً من الإجراءات التي تهدف إلى كشف الحقيقة، ويشترط في كل منهما العدالة كما أن يستند إليها القاضي في تكوين عقيدته، فهما من الأدلة المباشرة في الدعوى، إلا أن التمييز بينهما يظهر في عدد من النقاط منها:

▪ **من حيث ماهية كل منهما:**

فالمعينة: إجراء يقوم به شخص بإثبات واقعة أو حدث معين قد يساعد في إظهار الحقيقة^(٤٣).

(٤٣) ولقد ضرب الفقهاء عدداً من الأمثلة في مسألة المعينة منها:

ما جاء في كتب الأحناف في مسألة: "زقاق غير نافذ قد اشترى رجل داراً في القصى جعل الخان لنزول الناس فيه كالمسجد ولو أراد أن يجعلها طريقاً خاصاً له قال الفقيه أبو القاسم يرفع أهل السكة الأمر إلى القاضي فيوجه عدلين بصوران له الأمر على كاغدة فإن كان ضرراً فاحشاً منعه وإلا لا" البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج، ٧ ص ٣٢.

أما الخبرة: فتقوم على إبداء الخبير رأيه في المسألة محل النزاع - محل الخبرة -، فتستند الخبرة على المعاينة التي يقوم بها الخبير^(٤٤).

▪ من حيث طبيعة كل منهما:

فالمعاينة: وصف مادي للشيء محل النزاع دون إبداء رأي فني فيه. أما الخبرة: فتقوم على تقدير الأدلة وإبداء الفني والعلمي فيها، فهي إجراء فني يقوم به شخص مؤهل لذلك.

▪ من حيث توفر شروط القائم بها:

فالمعاينة يمكن أن يقوم بها كل من يختاره القاضي لذلك دون اشتراط توفر شروط معينة في حقه. أما الخبرة: فيشترط أن تتوفر في الخبير شروطاً معينة بحيث يكون مؤهلاً لمباشرة ما أسند إليه من عمل^(٤٥).

المطلب الثاني

الوصف الشرعي للخبرة

قبل التعرض للوصف الشرعي للخبرة، والخبير نبين أولاً آراء الفقهاء في محل الخبرة ذاته - أي المسائل التي يجوز للقاضي الاستعانة برأي غيره فيها.

وما جاء في كتب المالكية: "إن القاضي يشترط على أرباب البصر بالمباني أن لا يحكموا بالحائط لأحد . وحسبهم أن يصفوه فقط بوصف يزيل الإشكال ويرفع الاحتمال ، ثم ينظر القاضي بعد أداء شهادتهم فيه ويحكم" أنظر البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٨٣.

(٤٤) ويذهب جانب من الفقه القانوني إلى اطلاق مصطلح الخبير المعين على الشخص الذي تقوم المحكمة بانتدابه لمعاينة أو إثبات واقعة معينة، وجعله من أنواع الخبرة . أنظر النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانونين المصري والكويتي: د.سيد أحمد محمود ، عام ٢٠٠٧م ، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر، ص ٣٤، وما بعدها.

(٤٥) أنظر لاحقاً في الشروط اللازم توفرها في الخبير

فما هي المسائل التي يجوز للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة والاعتماد على رأيهم فيها؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي أن نفرق بين ثلاثة أنواع من المسائل.

النوع الأول : المسائل التي بها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع المعبر .

النوع الثاني : المسائل التي لا نص عليها من الكتاب أو السنة أو الإجماع ويستند الحكم فيها على رأي الخبرة.

النوع الثالث : إذا كانت المسألة خالية من النص عليها من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وكانت محل للاجتهاد الفقهي فقط .

فأما بالنسبة للنوع الأول المسائل التي بها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع المعبر : فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للقاضي مشاورة غيره إذا كان في المسألة نص من الكتاب أو السنة، أو الإجماع.

لأن الحاجة منتفية في مشاورة القاضي غيره، فالقاضي لا بد أن يكون عالماً بالكتاب والسنة وما في المسألة من إجماع معتبر، فإذا كان غير عالم فلا يجوز له أن يتقلد القضاء .

وأما بالنسبة للنوع الثاني: إذا كانت المسألة خالية من النص عليها من الكتاب أو السنة أو الإجماع ويستند الحكم فيها على رأي الخبرة: فهنا أيضاً موطن اتفاق بين الفقهاء في أنه يجب الرجوع إلى أهل الخبرة في المسألة والاعتماد على رأيهم^(٤٦).

وأما بالنسبة للنوع الثالث : إذا كانت المسألة خالية من النص عليها من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وكانت محلاً للاجتهاد الفقهي فقط : فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز مشاورة القاضي غيره، واعتماد رأيه إذا كانت المسألة خالية من الدليل عليها من الكتاب، والسنة، والإجماع، وكان اختلافهم على ثلاثة آراء:

(٤٦) أنظر ما سبق من هذا البحث ص(٢٠) وما بعدها.

الرأي الأول: يرى أصحابه استحباب مشاورة القاضي غيره في المسألة إذا كانت خالية من الدليل.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٤٧)، وقول عند المالكية^(٤٨)، والشافعية^(٤٩)، والحنابلة^(٥٠).

الرأي الثاني: يرى أصحابه وجوب مشاورة القاضي غيره في المسألة إذا كانت خالية من الدليل، وعُنت له المسألة ولم يكن من أهل المعرفة فيها.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول^(٥١).

الرأي الثالث: يرى أصحابه عدم جواز مشاورة القاضي غيره في المسألة المعروضة وإن كان يرى أن عنده علماً بها.

وإلى هذا الرأي ذهب الظاهرية^(٥٢).

(٤٧) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٧، ص ٥، المبسوط: لشمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج ١٦، ص ١٣٧. "القاضي وإن كان عالماً فينبغي له أن لا يدع مشاورة العلماء"

(٤٨) الشرح الكبير: للدردير، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣١، باب القضاء وذكر في صفات القاضي أنه " (مستشير) لأهل العلم في المسائل فلا يستقل برأيه وإن كان مجتهداً لأن الصواب لا يتقيد به بل ربما ظهر الصواب على يد جاهل".

(٤٩) الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤) الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج ٦، ص ٢١٦، وذكر فيه: "وأحب للقاضي أن يشاور ولا يشاور في أمره إلا عالماً بكتاب وسنة وأثار وأقاويل الناس وعاقلاً يعرف القياس ولا يحرف الكلام ووجوهه ولا يكون هذا في رجل حتى يكون عالماً بلسان العرب"

(٥٠) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: ١٣٩٢هـ)، الطبعة الأولى - ١٣٩٧ هـ، ج ٧، ص ٥٢٧.

(٥١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٩، تبصرة الحكام: لابن فرحون، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٤ وذكر قول ابن رشد: "ولا يقال أنه يستشير أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه؛ لأننا نقول: هو مأمور بأن يستشير وإن كان فقيهاً".

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: باستحباب مشاوره القاضي غيره في المسألة الخالية من النص عليها بالكتاب والسنة والأثر.

فأما الكتاب: فقوله تعالى (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ)^(٥٣)

وجه الاستدلال: إن الآية عامة في وجوب المشاورة في الأمور على كل من ولي أمراً، والقضاء من باب الولاية، والأمر الوارد في الآية يقتضي الوجوب ما لم يرد الدليل على صرفه من الوجوب إلى غيره، ولم يرد الدليل على صرفه إلى غيره فيبقى على الوجوب.

وأما السنة: فما روي عن أبي هريرة ؓ قال ما رأيت أحداً أكثر مشاوره لأصحابه من رسول الله ﷺ ^(٥٤).

وجه الاستدلال: إن النبي ﷺ كان يشاور أصحابه مع استغنائه عن مشاورتهم وإنما أراد أن يستن بذلك الحكام بعده، وقد شاور النبي ﷺ أصحابه في مواطن كثيرة منها مشاورته، وفي لقاء الكفار يوم بدر، وفي أسارى بدر، ويوم الخندق.

وأما الأثر: فعدد من الآثار منها :

○ إن أبا بكر الصديق شاور الناس في ميراث الجدة وعمر في دية الجنين وشاور الصحابة في حد الخمر.

○ وروي أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف إذا نزل به الأمر شاورهم فيه.

(٥٢) المحلى بالأثر: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج ٩، ص ٣٦٣ رقم المسألة (١٧٧٥).

(٥٣) سورة آل عمران جزء من الآية رقم (١٥٩).

(٥٤) السنن الصغير: للبيهقي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٢٩، باب مشاوره القاضي .

○ وروي أن عمر بن عبد العزيز سأل عن قاضي الكوفة وقال : القاضي لا ينبغي أن يكون قاضياً حتى يكون فيه خمس خصال : عفيف، حليم، عالم بما كان قبله، يستشير ذوي الألباب، لا يبالي بملامة الناس^(٥٥)

وجه الاستدلال : إن هذه الآثار تدل على استحباب مشاورة القاضي غيره في المسألة وإن كان من أهل الاجتهاد فيها، وإن من بين الخصال التي ذكرت في القاضي أنه يستشير ذوي الألباب فتكون مشاورة القاضي غيره مستحبة، ومدنوبة.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بوجوب مشاورة القاضي في السألة إذا كانت خالية من النص عليها المعقول:

فقالوا: إن القاضي يجب عليه إيصال الحق لأصحابه، فإذا كانت المسألة خالية عن الدليل وعنّت له ولم يكن من أهل المعرفة فيها وجب عليه أن يشاور أهل المعرفة فيها.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل : بعدم جواز مشاورة القاضي في السألة إذا كانت خالية من النص عليها بالسنة ، والمعقول:

فأما السنة : فما روي من حديث معاذ بن جبل حينما أرسله النبي ﷺ قاضياً إلى اليمن : [قال : ﷺ يا معاذ بم تقضي؟ قال بكتاب الله. قال ﷺ : فإن لم تجد؟ قال فبسنة رسول الله، قال ﷺ : فإن لم تجد؟ قال اجتهد رأيي ولا آلو، فضرب النبي ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله]^(٥٦)

(٥٥) المرجع السابق ذات الصفحة، رقم الحديث (٣٢٥٠)

(٥٦) السنن الكبرى: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، ١٤١٤ - ١٩٩٤، ج ١٠، ص ١١٤ رقم الحديث (٢٠١٢٦) نسخة محققة قام بها : محمد عبد القادر عطا، الجامع الصحيح سنن الترمذي :لابي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت ج ٣، ص ٦١٦، رقم الحديث (١٣٢٧) نسخة محققة قام بها : أحمد محمد شاكر وآخرون، وقال الألباني حديث ضعيف.

وجه الاستدلال: إن معاذاً - ط - ذكر الأدلة التي يستند إليها إذا عرضت له مسألة ولم يكن من بينها مشاورة غيره، وقد أقره النبي ﷺ على ذلك فيلزم عليه الاجتهاد في المسألة دون مشاورة غيره، فلا يجوز للقاضي أن يشاور غيره بل عليه الاجتهاد في المسألة.

ويناقد هذا الاستدلال: بأن معاذاً - ط - لم يذكر المشورة من الأدلة التي يستند إليها لأن النبي ﷺ قد أرسله معلماً وقاضياً إلى قوم حديثي العهد بالإسلام فلا يوجد فيهم أهل الرأي والمشورة.

وأما المعقول: فلا يحل للقاضي إذا كان جاهلاً أن يشاور من يرى أن عنده علماً ثم يحكم بقوله، لأنه لا يدرى أفتاه بحق أم بباطل.

ويناقد هذا الاستدلال: بأن القاضي حينما يطلب المشورة لا يطلبها إلا ممن يثق في أمانته وعلمه، وعليه أن يتحرى ذلك، فإن وجد من هو أفقه منه في المسألة شاوره فيها، وهذا لا يقدر في علم القاضي واجتهاده فقد كان عمر بن الخطاب - ط - يشاور غيره من الصحابة كما ورد في الأثر.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذه المسألة هو الرأي الأول، القائل باستحباب مشاورة القاضي غيره إذا كانت المسألة خالية من الدليل، حتى يصل إلى حكم في المسألة. والله أعلم

““

نخلص من هذا : أن المسائل التي يجوز للقاضي أن يأخذ فيها رأي ذوي الخبرة - التي هي محل للخبرة - هي المسائل التي لا نص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع المعتبر وليست من قبيل الاجتهاد الفقهي، بل يعتمد للحكم فيها رأي أهل الخبرة، والمعرفة فيها.

أما الوصف الشرعي للخبرة والخبير فقد تناوله الفقهاء عند تعرضهم لأعمال القاضي والأشخاص الذين يمكن للقاضي الاستعانة بهم في نظر الدعوى.

ولقد اختلف الفقهاء في الوصف الشرعي للخبرة ذاتها، وكان اختلافهم على رأيين :

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الخبرة من باب الإشهاد، وليست من قبيل الإخبار.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف - في بعض كتبهم -^(٥٧)، والمالكية في الراجح عندهم^(٥٨)، والشافعية في الراجح^(٥٩)، والحنابلة في الراجح^(٦٠).

(٥٧) الدر المختار : لابن عابدين مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٢، فجاء فيها : "وكرر في

البيزانية من خيار العيب أنه يحتاج إلى تقويم عدلين لمعرفة النقصان"

(٥٨) أنظر الذخيرة : لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ١٩٩٤م، دار العزب، بيروت

- لبنان، ج ١٠، ص ٢٥٧ نسخة محققة قام بها "تحقيق محمد حجي" : قال صاحب

المنتقى اختلف في القائف هل هو من باب الشهادة أو من باب الخبر، قال ابن القاسم

لا يكفي الواحد لأنه شهادة وعن ابن القاسم يكفي الواحد لأنه خبر..... قال العبدري

المتردد بين الشهادة والخبر سبع القائف والترجمان والكاشف عن البيئات وقائس الجرح

والناظر في العيوب كالبيطار والطبيب قال ابن حبيب ولو كان البيطار فاسقا لأنه علم

وضعه الله فيه والمستنك للسكران إذا أمر الحاكم بذلك وأما الشهادة على الشرب فلا بد

فيه من اثنين كالتقويم لسلع والعيوب والرقبة والصيد في الحج"

وذكر صاحب الشرح الكبير : أنه يكفي الواحد من أهل الخبرة على ما رجه هنا - أي إن

اختلف الرهن والمرتهن في قيمة الرهن إذا تلف". انظر الشرح الكبير : للشيخ الدردير،

دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٣، ص ٢٦٠.

وذكر صاحب حاشية الدسوقي : "يخرج الخلاف فيه على الخلاف في الترجمان ومقتضاه

أن التخريج للمازري من عنده والذي في المواق عن ابن عرفة وأجراه التونسي وابن

محرز على الخلاف في القائف الواحد والترجمان" حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة

الدسوقي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٢، ص ٤٩٧" فصل يجب الاستبراء

حاشية الخرشي شرح مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشي، دار الفكر،

بيروت لبنان، ج ٥، ص ٢٦١، كتاب الرهن، "ثم يدعى له المقومون فإن اتفقا على

الصفة فإن أهل الخبرة تقومها ويقضى بقولهم وهو من باب الشهادة، فلا بد من التعدد

لا من باب الإخبار"

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن الخبرة من قبيل الأخبار وليست من قبيل الإشهاد.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٦١) المالكية في قول^(٦٢) والشافعية في المرجوح^(٦٣) والحنابلة في المرجوح^(٦٤).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بأن الخبرة من قبيل الإشهاد، ويشترط أن يكون الخبير من أهل الشهادة بالمعقول.

فقالوا: أن الخبرة من قبيل الأدلة والإثبات التي يعتمد القاضي عليها في حكمه في المسألة المتنازع فيها، فهي من قبيل الإشهاد، ويشترط أن يكون الخبير ممن تقبل شهادته أمام القاضي ولا يكون متهماً في أدائه عمله.

(٥٩) حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي: مرجع سابق، ج ٦، ص ١٨٠ وجاء فيها "ومتى اختلفا في التعدي عمل بقول عدلين من أهل الخبر فإن لم يوجد فالقول قول الأجير" الأشباه والنظائر : للسيوطي، مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٦٠) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي (المتوفى : ٨٨٥هـ) الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان، ج ٦، ص ٤٥٩. "وذكر أن بعض الأنواع قد يتردد فيها بين كونه شاهداً أو حاكماً كما في القائف"

(٦١) حاشية الدر المختار : لابن عابدين ، مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٢، وجاء فيها: قوله (في تقوم) أي تقوم الصيد الذي أتلغه المحرم وكذا في متلف بأن كسر شخص لشخص شيئاً فادعى أن قيمته مبلغ كذا فأنكر المدعى عليه أن يكون ذلك القدر فيكفي في إثبات قيمته قول العدل الواحد"

(٦٢) الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٥٧، البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٨٢، باب الشهود، فصل في مسائل من الشهادات.

(٦٣) الأشباه والنظائر : للسيوطي، مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٦٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرادوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٥٩.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن الخبرة من قبيل الأخبار وليست من قبيل الإشهاد، وبالتالي لا يشترط أن يكون الخبير من أهل الشهادة بالمعقول.

فقالوا: إن الخبرة هي من قبيل الإخبار في الموضوع محل النزاع أمام القضاء، وليست من قبيل الشهادة فالخبير ليس شاهداً بل مخبر للقاضي عن محل الخبرة؛ فلا يشترط فيه أن يكون ممن تقبل شهادته، فيكفي أن يقبل القاضي قول واحد في المسألة.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القاضي في أغلب الحالات يعتمد رأي الخبير ويستند إليه، فالخبرة نوع من الأدلة، كما أن الخبرة من قبيل الولاية لإثبات الحق ومن ثم فهي من قبيل الإشهاد والإثبات، فيشترط في الخبير أن يكون ممن تقبل شهادته.

الأثر المترتب على الاختلاف: يظهر أثر الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى اشتراط عدد من الشروط في الخبير منها: "العدد، والذكورة، والإسلام، والعدالة".

فمن رأي من الفقهاء أن الخبرة هي من قبيل الشهادة التي يقوم بها الخبير اشترط أن يكون الخبير من أهل الشهادة: "أي ممن تقبل شهادتهم" واشترط لصحة الخبرة: العدد، والإسلام، والذكورة، والعدالة.

ومن رأى من الفقهاء أن الخبرة تعد من قبيل الإخبار لم يشترط أن يكون الخبير من أهل الشهادة، ومن ثم لم يشترط في قبول قول الخبير العدد، ولا الإسلام، ولا الذكورة في الخبير.

الرأي المختار في الوصف الشرعي للخبير

بعد عرض آراء الفقهاء في الوصف الشرعي للخبير في هذه المسألة يتبين لنا أن الخبير له وصف شرعي - تكييف فقهي - خاص فهو يتردد بين الإشهاد والإخبار والحكم فهو يجمع بين هذه الأمور ولا يختص بواحدة منها. **فأما كونه من قبيل الإشهاد:** فيشترط فيه ما يشترط في الشاهد لقبول قوله إلا أنه في الوقت ذاته لا يعد شاهداً لأنه لم يشاهد الواقعة التي يطلب أخذ رأيه فيها.

وأما كونه من قبيل الإخبار: فهو مخبر عن رأيه في الواقعة إلا أنه في الوقت ذاته يشترط لقبول الأخذ برأيه توفر شروط معينة منها العدد والذكورة .
 وأما كونه حكماً : لأن رأيه في كثير من المسائل يعد ملزماً للقاضي فلا يجوز للقاضي استبعاد رأيه والحكم بمخالفة قول الخبير إلا أنه في ذات الوقت الحكم ينسب للقاضي ولا ينسب للخبير فالخبير ليس حكماً في المسألة.
 والوصف الشرعي للخبرة ذاتها فيمكن اعتبارها أنها من قبيل الأدلة وإثبات الحقوق، ويرتبط الوصف الشرعي للخبير كذلك بعمل الخبرة ذاته، والموضوع الذي يؤخذ فيه رأي الخبير، وحسب مكانة الخبرة.

من ذلك العديد من المسائل التي تتعلق بالخبرة والخبير منها : " في مدى قبول قول الخارص^(٦٥)، والمقوم^(٦٦)، والقائف^(٦٧)، والقاسم، والبيطار - في

(٦٥) الخارص : اسم فاعل من الخرص، يقال خرص العدد يخرصه ويخرصه خرصاً

وخرصاً، والخرص هو الحرز والتحدس والتخمين، والخارص : هو الحازر العارف.

أنظر تاج العروس من جواهر القاموس: لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى، الزبيدي، دار الهداية، ج ١٧، ص ٥٤٥، كتاب الصاد فصل الخاء المعجمة مع الصاد، لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، الطبعة الأولى، دار صادر - بيروت، ج ٧، ص ٢١.

أنظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، مكتبة الثقافة الدينية، ج ٣، ص ١٢٠٨، كتاب البيوع. البهجة في شرح التحفة :

للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٤، باب البيوع فصل في القسمة.

(٦٦) هو المقوم لما تلف من الأشياء .

(٦٧) القائف هو من يحسن تتبع الأثر، وجمعه قافة. وهو من يعرف النسب بفراسته ونظرة

إلى المولود. والقيافة هي: إلحاق الأولاد بأبائهم وأقاربهم استناداً إلى علامات وإلى شبه بينهم.

أنظر : تاج العروس من جواهر القاموس : للزبيدي، مرجع سابق، ج ٢٤، ص ٢٩١، باب

الفاء فصل القاف مع الفاء، لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ٥، المبسوط :

لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠ م،

إثبات عيوب الدواب- ، والطبيب - في إثبات العيوب والجراحات - .
والله أعلم ،،،

المبحث الثاني التكليف القانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية تمهيد وتقسيم:

يقصد بالتكليف القانوني للخبرة: الوصف القانوني للخبرة والخبير،
والخبير هو الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة - .

ويثار في هذا المقام تساؤل مؤداه : ما هو الوصف القانوني للخبرة
بصفة عامة، فهل الخبرة تعد من قبيل الأدلة، أم أنها تعد من الوسائل
المساعدة للقاضي، أم أن الخبير يقتصر دوره على أداء شهادة فنية في
الموضوع محل النزاع؟

وإذا انتقلنا إلى مجال البحث يثار تساؤل يتعلق بالخبرة في مجال
الأحوال الشخصية ألا وهو : ما هو الوصف القانوني للخبرة في مجال الأحوال
الشخصية، فهل الخبرة في مجال الأحوال الشخصية لها وضع خاص يختلف
عن الخبرة في باقي الموضوعات أم أنها لا تختلف عن باقي أنواع الخبرة
القضائية؟

وسوف نتناول الإجابة على هذا التساؤل في هذا المبحث وقد قسمته
إلى مطلبين :

أتناول في المطلب الأول : التكليف القانوني للخبرة.

وأتناول في المطلب الثاني : التكليف القانوني للخبرة في مجال
الأحوال الشخصية.

دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، نسخة محققة قام بها: خليل محي
الدين الميسص ٣٧٧٥.

المطلب الأول التكليف القانوني للخبرة

تعددت آراء فقهاء القانون في بيان المركز القانوني للخبرة إلى عدد من الآراء والاتجاهات الفقهية - طبقاً للقانون المنظم للخبرة- وسوف نعرض لهذه الاتجاهات :

الاتجاه الأول: الخبرة وسيلة مساعدة للقاضي: حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخبرة القضائية تعد وسيلة من الوسائل المساعدة والمعاونة للقاضي في تكوين عقيدته، فهي إجراء من الإجراءات المساعدة فيلجأ إليها القاضي عندما يصعب عليه إدراك الحقيقة، إلا أن القاضي حر في انتداب الخبير، وفي تقدير رأيه فيجوز له الاعتماد على الخبرة، كما يجوز له طرحها وعدم الأخذ بها، فالفصل في النزاع يرجع إلى القضاء^(٦٨).

ويسود هذا الاتجاه الفقهي في الأنظمة الأنجلو أمريكية وذلك على اعتبار أن الخبرة تقوم بدور هام وأساسي في تقريب المسائل الفنية المعقدة إلى فهم المحكمة، وبهذا الاتجاه أخذ القضاء في هذه الأنظمة^(٦٩).

إلا أنه قد وجه الانتقاد إلى هذا الاتجاه على أساس أنه يوسع من دور المحكمة في كافة المسائل المتعلقة بالخبرة من انتداب الخبير والإشراف عليه والاعتماد على رأيه أو عدم الأخذ به؛ فالأمر ليس على إطلاقه فانتداب الخبير - مثلاً- قد يكون بطلب من الخصوم أو بنص قانوني.

الاتجاه الثاني: الخبرة دليل من الأدلة:^(٧٠) فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخبرة تعد دليلاً من الأدلة التي يجوز للمحكمة الأخذ أو عدم الأخذ به،

(٦٨) أنظر إجراءات الخبرة ودورها في الإثبات: د. عبد الرزاق أحمد الشيبان، مرجع سابق، ص ٤٢٩ .

(٦٩) أنظر الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية: مرجي بركاهم ، مرجع سابق، ص ١٣، وما بعدها.

(٧٠) دعوى الخبرة " دراسة في الخبرة الوقائية في القانون الفرنسي، وإثبات الحالة بواسطة خبير في القانون المصري : د. مصطفى المتولي قنديل، طبعة ٢٠٠٨م ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، ص ٤٦، وما بعدها.

على اعتبار أن ما يقوم به الخبير يخضع لتقدير القاضي، فيجوز لمحكمة الموضوع عدم الاعتداد بنتيجة ما أمرت به من إجراء الخبرة بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها، وهذا ما أخذ به قانون الإثبات المصري مادة (م٩/إثبات)^(٧١)

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في كثير من أحكامها منها ما قضت به: "إن نذب الخبير في الدعوى خو مجرد وسيلة إثبات يقصد بها التحقق من واقع معين يحتاج الكشف عنه إلى معلومات فنية خاصة ولا شأن له في الفصل في نزاع قانوني أو الموازنة بين الآراء الفقهية لاختيار أحدها فهو من صميم واجب القاضي لا يجوز له التخلي عنه"^(٧٢) كما قضت بأن: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن تقرير الخبير عنصر من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون معقب"^(٧٣)

ويناقش هذا الاتجاه : بأن الخبرة ذاتها لا تعد دليلاً من الأدلة بل هي تعين المحكمة التي انتدبت الخبير على تقدير الدليل من خلال ما يقدمه الخبير من شهادة تتعلق بعمله وخبرته في الدليل المقدم.

الاتجاه الثالث : الخبرة شهادة فنية: فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخبرة تعد من قبيل الشهادة إلا أنها شهادة فنية، تتعلق بشق معين في المسألة، فالخبير يبدي رأيه وأقواله في المسألة المعروضة، وهو يؤدي اليمين كالشاهد.

ونوقش هذا الاتجاه : بوجود اختلاف بين الخبرة والشهادة، فعلى الرغم من وجود تشابه بينهما في بعض الأوجه منها: أداء اليمين، والإدلاء بأقواله^(٧٤)، إلا أن كلاً منهما له ما يميزه عن الآخر^(٧٥)

(٧١) حيث نصت المادة التاسعة من قانون الإثبات المصري على: "للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.

(٧٢) (طعن نقض رقم ١٣٩٦ لسنة (٥٢) ق بجلسة ١٢/٥/١٩٨٢ م).

(٧٣) (طعن نقض رقم ٤٨٧ لسنة ٧٣ ق بجلسة ١٢/٥/٢٠٠٥ م).

الاتجاه الرابع: الخبرة وسيلة لتقدير الدليل: فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخبرة وسيلة لتقدير الدليل أمام القاضي، فالدليل موجود أمام القضاء أما الخبير فيقوم بتقدير هذا الدليل، فهو لا يقدم دليلاً ولكنه يقيم هذا الدليل للقاضي سواء أكان مادياً أو معنوياً، فالخبرة ليست دليلاً ولا وسيلة إثبات. **ونوقش هذا الاتجاه^(٧٦):** إن القول بأن مجرد تعيين الخبير لتقدير الدليل، والاستعانة به للمساعدة والتحري في المسألة أمر قاصر، فالخبير في نفس الوقت يقدم دليلاً يقرب الحقيقة إلى القاضي ويسهل عليه مهمته في تقدير الأدلة واستنباط الأحكام، فالخبرة لا تخرج عن كونها دليلاً من الأدلة. **ويناقش هذا الاتجاه - أيضاً -:** بأن الذي يقدر الدليل وقيمه هو القاضي ذاته، أما الخبير فلا يقدر الدليل، ولكنه يعاون القاضي ويساعده في فهم الدليل ذاته وأثر هذا الدليل على النزاع .

والراجع في التكييف القانوني للخبرة القضائية- والخبير القضائي - كما ذهب إليه جانب من الفقه القانوني ونحن نؤيده- : أن الخبرة الفنية وسيلة من الوسائل التي تعين المحكمة على فهم دليل من الأدلة الفنية " أو العلمية" عن طريق شهادة فنية يقدمها الخبير تتعلق بعمله وآرائه وأبحاثه في المسألة المعروضة على المحكمة، بهدف تبصير المحكمة للوصول إلى الحقيقة والقضاء بها.

فوظيفة الخبير وظيفية معاونة للقضاء في التعرف على حقيقة الأمر في مسألة من المسائل الفنية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى، فمهمة

(٧٤) أنظر الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية : مرجي بركاهم ، مرجع سابق، ص ١٣، ص ١٤.

(٧٥) راجع ما سبق ص (٣١) من هذا البحث.

(٧٦) أنظر الخبرة القضائية حجيتها وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في الأردن: د. سليمان سالم سلامة الحمادين، مرجع سابق، ص ٢٩، وما بعدها، الخبرة القضائية في مجال

الأحوال الشخصية : مرجي بركاهم ، مرجع سابق، ص ١٣، ص ١٤.

الخبير تقوم على إرشاد القاضي إلى القواعد الفنية التي يحتاجها لتأكيد الواقعة محل الإثبات أو لاستخلاص نتيجها الموضوعية^(٧٧).

المطلب الثاني

الوصف القانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية

يتحدد الوصف القانوني للخبرة في مجال الأحوال الشخصية بعدد من الأمور منها: "من حيث طبيعتها، ومن حيث مدى لزومها، ومن حيث إلزاميتها.

وسوف نتناول الوصف القانوني للخبرة في الأحوال الشخصية في الأفرع الثلاثة الآتية:

(٧٧) أنظر الوسيط في قضاء المدني : د. فتحي والي، طبعة ١٩٩٣، مطبعة جامعة القاهرة، ص ٥٦٢، فقرة ٣٠٨، التنظيم القضائي : محمد عبد الخالق عمر، طبعة ١٩٧٨ م ، دار النهضة العربية ، ص ٤٥٥ ، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٣٢،

الفرع الأول الخبرة باعتبار طبيعتها

يتوقف معرفة الوصف القانوني للخبرة أمام محكمة الأسرة باعتبار طبيعتها على نوع الخبرة أمام هذه المحكمة. وبالنظر في أنواع الخبرة أمام محكمة الأسرة نجد أنها تتنوع إلى ثلاثة أنواع^(٧٨):

النوع الأول : الخبرة السابقة على نظر الدعوى.

النوع الثاني : الخبرة المعاونة للمحكمة حال نظر الدعوى.

النوع الثالث: الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة.

فأما بالنسبة للنوع الأول : الخبرة السابقة على نظر الدعوى:-

ويقصد بها الخبرة في مكتب تسوية المنازعات الأسرية - فهذا النوع من الخبرة قد استحدثه المشرع في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ م حيث أوجب على الأطراف المتنازعة اللجوء إلى مكتب التسوية حال رفع دعوى من دعاوى الأحوال الشخصية ويكون ذلك بتقديم طلب لمكتب التسوية^(٧٩)، ويقوم مكتب التسوية بمحاولة الإصلاح بين الأطراف المتنازعة وعدم الوصول بالنزاع إلى المحكمة.

(٧٨) وإلى جانب هذه الأنواع الثلاثة يوجد نوع آخر يطلق عليه شهادة الاستكشاف وهي التي يلجأ إليها القاضي في النفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن وهذه الشهادة أطلقها جانب من الباحثين على استخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكي فاعتبر أن شهادة أهل الخبرة من قبيل شهادة الاستكشاف، ولقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص عليها في المادة (١٧٩) من اللائحة الشرعية.

أنظر : أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية القواعد الموضوعية والإجرائية : أنور العمروسي، طبعة ١٩٧٩م، ص ٨١٠، ف ٣٤٠.

(٧٩) فيختص مكتب التسوية بالنظر في كافة دعاوى الأحوال الشخصية إلا عدداً من الدعاوى التي نص القانون على عدم اختصاص مكتب التسوية بها وهي:

١- الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح.

٢- الدعاوى المستعجلة.

وهذا النوع من الخبرة لا يعد درجة من درجات التقاضي كما أنه لا يعد جزءاً من تشكيل محكمة الأسرة ولكنه يعد إجراءً شكلياً لا بد من اتباعه لقبول الدعوى جزءاً، فلا يجوز رفع الدعوى أمام المحكمة إلا بعد التقدم إلى مكتب التسوية وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م حيث على أنه "لا تقبل الدعوى التي ترفع ابتداءً إلى محاكم الأسرة بشأن المنازعات التي تختص بها، في المسائل التي يجوز فيها الصلح طبقاً للمادة ٦ دون تقديم طلب التسوية إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص ليتولى مساعي التسوية بين أطرافها وفقاً لحكم المادة ٨. وللمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المكتب المختص للقيام بمهمة التسوية وفقاً لأحكام هذا القانون، وذلك بدلاً من القضاء بعدم قبول الدعوى"، فاللجوء إلى مكتب التسوية يعد شرطاً لقبول الدعوى أمام محكمة الأسرة.

وبناءً على هذا تكون الخبرة التابعة لمكتب التسوية إجراءً شكلياً لقبول الدعوى.

وأما بالنسبة للنوع الثاني: الخبرة المعاونة للمحكمة حال نظر الدعوى: ونفرق في هذا النوع من الخبرة بين نوعين النوع الأول: الخبرة أمام محكمة الأسرة، النوع الثاني: الخبرة أمام الدوائر الاستئنافية.

النوع الأول: الخبرة أمام محكمة الأسرة - أول درجة- : فقد استحدث المشرع أيضاً نوعاً من الخبرة يعاون محكمة الأسرة حال نظر الدعوى فنص في المادة الثانية من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على أن "تؤلف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء".

٣- الدعاوى المتعلقة بمنازعات التنفيذ .

٤- الدعاوى المتطلب فيها أمراً من الأمور الوقتية.

وذهب جانب من الفقه القانوني^(٨٠): إلى أن عدم وجود الخبيرين المنصوص عليهما في المادة الثانية يترتب عليه بطلان تشكيل المحكمة، وبطلان الحكم الصادر في الدعاوى المنصوص عليها في المادة الحادية عشرة^(٨١)، حيث أوجب المشرع حضور الخبيرين في هذه الدعاوى، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام فيجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز التمسك به أمام الدائرة الاستئنافية^(٨٢).

بينما ذهب القضاء ممثلاً في المحكمة الدستورية العليا إلى أن الخبيرين المنصوص عليهما لا يندرجان في تشكيل المحكمة، وهذا الأمر يستفاد من حكم المحكمة الدستورية حيث قضت بأن: "وجوب حضورهما - أي الخبيرين - جلسات المحكمة يقصد منه تقديم الخبرة والمشورة الفنية المتخصصة - كل في مجاله - من أجل معاونة القضاء في الإحاطة بجوانب النزاع دون أن يندرجا في تشكيل محكمة الأسرة"^(٨٣).

ومن جانبنا يمكن القول بأن الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة تعد جزءاً من الهيكل التنظيمي للمحكمة في الدعاوى التي نصت عليها المادة الحادية عشرة، إلا أنه في ذات الوقت لا تعد الخبرة جزءاً من الهيكل القضائي فلا يدخل هذا النوع من الخبرة في التشكيل القضائي لمحكمة الأسرة، فهي جزء من الهيكل التنظيمي فقط للمحكمة فيقتصر دورهما - أي الخبيرين - على حضور الجلسات وتقديم التقرير الذي أوجب القانون على كلٍ منهما إيداعه كل في مجال تخصصه، دون أن يشتركا في المداولة التي تسبق صدور الحكم إذ هي قاصرة على هيئة المحكمة دون غيرها.

(٨٠) محاكم الأسرة: أشرف مصطفى كمال ، طبعة خاصة بنقابة المحامين ، ج ١ ، ص ٣٤ .

(٨١) والدعاوى التي نصت عليها المادة الحادية عشرة هي: "الطلاق، والتطليق، والتفريق الجسماني، والفسخ، وبطلان الزواج، وحضانة الصغير، ومسكن حضانتها، وحفظه، ورؤيته، وضمه، والانتقال به، وكذلك في دعاوى النسب، والطاعة.

(٨٢) محاكم الأسرة: أشرف مصطفى كمال ، مرجع سابق، ج ١ ، ص ٣٤ .

(٨٣) (الطعن رقم ٥٦) لسنة ٢٧ ق الصادر في الحادي عشر من إبريل عام ٢٠١٥ م) .

ويترتب على عدم حضور الخبيرين وعدم إبداء رأيهما في الدعوى عدم صحة الحكم الصادر من المحكمة إذا أن المشرع قد أوجب حضورهما في الجلسات فعدم حضورهما يؤثر في صحة الحكم ويبطله وهذا البطلان يعد بطلاناً إجرائياً.

النوع الثاني : الخبرة المعاونة للدائرة الاستئنافية: فقد أجاز المشرع للدائرة الاستئنافية الاستعانة بهذا النوع من الخبرة - أي بمن ترى الاستعانة به من الأخصائيين - دون أن يكون هذا النوع من الأخصائيين جزءاً من تشكيل المحكمة - قضائياً أو تنظيمياً - فهي أقرب لكونها خبرة فنية تستعين بها المحكمة في فهم الظروف الاجتماعية والنفسية لأطراف النزاع.

وأما بالنسبة للنوع الثالث : الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة: ويقصد بهذا النوع من الخبرة: هي الخبرة في مسألة فنية أو علمية معينة يمكن للمحكمة الاستعانة بها فهي من قبيل الوسائل التي تعين المحكمة على فهم الدليل للوصول إلى الحقيقة والقضاء بها^(٨٤)

فهذا النوع من الخبرة لا يعد شرطاً لقبول الدعوى - فيجوز للمحكمة أن تقضي في الدعوى دون اللجوء إلى الخبرة - وكذلك لا يعد جزءاً من الهيكل التنظيمي للمحكمة؛ فهو لا يعدو أن يكون وسيلة من الوسائل التي تعين المحكمة على فهم الدليل المعروض أمام المحكمة أو شهادة لإثبات حالة معينة.

الفرع الثاني

الخبرة باعتبار مدى لزومها

يقصد بالخبرة باعتبار مدى لزومها هل الخبرة واللجوء إليها يعد أمراً وجوبياً - بحيث يجب اللجوء إليها - أم أنه أمر جوازي - يجوز اللجوء إليه ؟ يتوقف معرفة كون الخبرة أمراً وجوبياً أو جوازياً على نوع الخبرة ذاته، لذا سوف نتناول مدى كون الخبرة أمراً وجوبياً أو جوازياً على نوع الخبرة.

النوع الأول : الخبرة السابقة على نظر الدعوى.

(٨٤) راجع ما سبق ص (٤٩) من هذا البحث.

النوع الثاني : الخبرة المعاونة للمحكمة حال نظر الدعوى

النوع الثالث: الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة.

فأما بالنسبة للنوع الأول : الخبرة السابقة على نظر الدعوى: فقد جعل

القانون اللجوء إلى الخبرة التابعة لمكتب التسوية بالتقدم بطلب لمكتب التسوية أمراً وجوبياً وقد نصت المادة (٦) من القانون (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على أنه: "في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز الصلح فيها والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والأمور الوقتية يجب على من يرغب إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص" وقد رتب القانون على عدم التقدم لمكتب التسوية عدم قبول الدعوى، فيجوز للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لعدم عرض النزاع على مكتب التسوية، كما أن تحيل الدعوى لمكتب التسوية المختص بدلاً من الحكم بعدم القبول.

وأما بالنسبة للنوع الثاني : الخبرة المعاونة للمحكمة حال نظر الدعوى:

فهذا النوع من الخبرة جعله المشرع جزءاً من التشكيل التنظيمي لمحكمة الأسرة ورتب على عدم اشتراك الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين - أهل الخبرة - في تشكيل المحكمة بطلان التشكيل وبطلان الحكم الصادر من المحكمة^(٨٥)؛ فيعد هذا النوع من الخبرة وجوبياً في محكمة الأسرة، كما أوجب كذلك أن يكون أحد الخبيرين - على الأقل - من النساء.

أما بالنسبة للدوائر الاستئنافية فقد أجاز المشرع لها الاستعانة بهذا النوع من الخبرة - الخبرة من الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين - فيكون الأمر جوازياً بالنسبة للدوائر الاستئنافية. وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م، حيث نصت على "وتؤلف الدائرة الاستئنافية، من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف، والدائرة أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين".

(٨٥) راجع ما سبق ص(٥٤) من هذا البحث

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها^(٨٦) وأما بالنسبة للنوع الثالث : الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة: إن الأصل والقاعدة التي تحكم هذا النوع من الخبرة أمام محكمة الأسرة هو الأصل العام الذي يحكم الخبرة الفنية بصفة عامة - باعتبارها إجراءً من الإجراءات أمام المحكمة- ما لم يوجد نص خاص يتعلق بهذا النوع من الخبرة. ولقد نص القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م - باعتباره قانوناً إجرائياً ينظم إجراءات التقاضي أمام محكمة الأسرة- في المادة الأولى منه على أنه "تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقوف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية" وبناءً على هذا إذا وجد نص خاص يتعلق بتنظيم هذا النوع من الخبرة أمام محكمة الأسرة في مسائل الأحوال الشخصية يطبق هذا النص، أما إذا لم يرد نص خاص فإن قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات هو الذي يتم تطبيقه. وبالنظر في قوانين الأحوال الشخصية المصرية نجد أنه لم يرد نص خاص ينظم الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة لذا تطبق القواعد والإجراءات التي تتعلق بالخبرة الفنية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإثبات بما يتفق مع طبيعة منازعات الأحوال الشخصية.

(٨٦) أنظر طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٧ قضائية " دستورية" وذلك في جلسة السبت الحادي عشر من إبريل عام ٢٠١٥، الموافق الثاني والعشرين من جمادى الآخرة لعام ١٤٣٦هـ، المنشور في العدد (١٦) (ج) مكرر من الجريدة الرسمية في ٢٢/٤/٢٠١٥ حيث تم الطعن على المواد (٢)، (١١)، (١٤) بعدم الدستورية وقضت المحكمة بدستورية هذه المواد وبينت المحكمة في هذا الحكم أن الخبيرين اللذين نص عليهما القانون هما معاونان للمحكمة في الدعوى التي تنظرها ويجب أن يشتركا في الدعاوى التي أوجب القانون حضورهم فيها أمام محكمة الأسرة.

والقاعدة والأصل العام في هذا النوع من الخبرة أن محكمة الموضوع يجوز لها الاستعانة بأهل الخبرة في المسائل الفنية التي ترى المحكمة اللجوء إليهم لفهم المسألة حتى يتسنى لها القضاء فيها^(٨٧)، فاللجوء إلى الخبرة يعد أمراً جوازياً للمحكمة. (م ١٣٥ / إثبات) ^(٨٨).

ولقد أكدت محكمة النقض في العديد من أحكامها هذه القاعدة فقضت بأن: "يجوز للمحكمة أن تحكم بسلامة عقل المطلوب الحجر عليه بعد مناقشته ومناقشة طالب الحجر دون أن تستعين برأي طبيب في الأمراض العقلية، وللمحكمة أن ترفض طلب نذب خبير مقدم من أحد الخصوم متى وجدت في دفاع الطرفين ومستنداتهما ما يكفي لتكوين عقيدتها في النزاع" ^(٨٩) كما قضت بأن: "طلب نذب خبير ليس حقاً للخصوم وليست المحكمة ملزمة بإجابة طلب تعيينه" ^(٩٠).

إلا أن قانون الأحوال الشخصية قد خرج عن هذه القاعدة في الاستعانة بأهل الخبرة في بعض الحالات فجعل الاستعانة بأهل الخبرة أمراً وجوبياً فيجب على المحكمة الاستعانة بأهل الخبرة وذلك في دعوى التفريق لوجود عيب: فقد أوجب القانون على المحكمة في دعوى التفريق بسبب العيب - خاصة - أن تستعين بأهل الخبرة في إثبات العيب وهذا ما نصت عليه المادة

(٨٧) النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود ، مرجع سابق، ص ٤٠ وما بعدها هامش رقم (١).

(٨٨) حيث نصت هذه المادة على: "للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بنذب خبير واحد أو ثلاثة"

(٨٩) (طعن نقض مدني رقم ١٤٠٢، ٤٨ ق جلسة ٢١/١١/١٩٨٢م)، (طعن نقض رقم ١٨٤٤ لسنة ٧٠ جلسة ٢٤/١٢/٢٠٠١).

(٩٠) (طعن نقض مدني رقم ٥٧١، ٤٩ ق جلسة ٦/٦/١٩٨٢م)، (طعن نقض رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ جلسة ١/٢٤/١٩٦٧م).

الحادية عشرة من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ على أنه "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها".^(٩١) وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث قضت بأن حالة طلب الزوجة التفريق للعيب المستحکم في الزوج بأن شرطه طبقاً للمادتين التاسعة والحادية

(٩١) ولنا تعقيب على نص هذه المادة على النحو الآتي: "إن نص المادة جعل الاستعانة بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها. حيث جاء نص المادة على النحو الآتي: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها" والصواب أن يكون نص المادة على النحو التالي: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب التفريق بين الزوجين من أجلها" وذلك اتساقاً مع نص المادة العاشرة من هذا القانون - التي تسبق هذه المادة - . وذلك لأن المشرع جعل الفرقة بين الزوجين بسبب العيب طلقاً بئنة، وليس فسخاً. وهناك فارق بين الفرقة بفسخ الزواج، والفرقة بالطلاق - التطلق - ويظهر الفارق بينهما في عدد من الأمور منها:

من يملك الفرقة بفسخ عقد الزواج، أو بالطلاق، والآثار التي تترتب على كل منهما، ومنها مدى تأثير الحكم بالفرقة على عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

○ فمن حيث من يملك الفرقة: فالذي يملك الفرقة بالطلاق هو الزوج أو من ينوب عنه، أما الفرقة بفسخ عقد الزواج يستوي فيه الزوج والزوجة.

○ ومن حيث الآثار: فإن الآثار التي تترتب على فسخ الزواج هي إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد إن أمكن ذلك، ويترتب على ذلك سقوط الحقوق المالية للمرأة بفسخ عقد الزواج.

أما الطلاق - وهو إنهاء لعقد العقد في المستقبل - فلا يؤثر على حقوق المرأة المالية فلا تسقط هذه الحقوق إن كانت الفرقة بين الزوجين بالطلاق.

○ ومن حيث مدى التأثير على عدد الطلقات التي يملكها الزوج: فالحكم بفسخ عقد الزواج لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الحكم بالطلاق - التطلق - ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

راجع في ذلك تفصيلاً مؤلفنا: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية المصري، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٧م، ص ١٧٣، وما بعدها.

عشرة من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر^(٩٢)

فالقاعدة : أن اللجوء إلى الخبرة الفنية أمر جوازي للمحكمة ما لم تكن المسألة من المسائل الفنية المعقدة التي تحتاج إلى ندب خبير، والاستثناء أنه يجب على المحكمة ندب خبير إذا ألزم القانون المحكمة بذلك أو كانت المسألة من المسائل الفنية المعقدة .

الفرع الثالث

الخبرة باعتبار القوة الملزمة لها

يقصد بهذا الأمر أن التقرير المقدم من الخبير في مجال الأحوال الشخصية هل له قوة إلزامية بحيث يجب على المحكمة أن تستند إليه في الحكم الذي يصدر منها أم أنه إجراء استشاري وليس له قوة إلزامية؟ إن القاعدة العامة في مدى اعتبار التقرير المقدم من الخبير إلزامياً أو استشارياً هي أن تقرير الخبير يعد أمراً استشارياً للمحكمة بحيث يجوز للمحكمة الأخذ به والاعتماد عليه أو تركه كله أو بعضه فرأي الخبير لا يقيد المحكمة^(٩٣) وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٦/ إثبات) حيث نصت على أن: " رأي الخبير لا يقيد المحكمة"

(٩٢) (طعن نقض رقم ٨ لسنة ٤٣ جلسة ١١/١٩/١٩٧٥/ ٢٦ ص ١٤٢٦ ق ٢٧٠) ، (طعن نقض رقم ٢٠ لسنة ٤٦ جلسة ١٢/١٤/١٩٧٧/ ٢٨ ع ٢ ص ١٨٠٤ ق ٣٠٨) ، (طعن نقض رقم ٣٠ لسنة ٥٩ جلسة ١١/١٩/١٩٩١/ ٤٢ ع ٢ ص ١٦٤٦ ق ٢٥٨) .

(٩٣) النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د.سيد أحمد محمود، ص ٨٣، ٨٤، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة : د. سحر عبد الستار إمام يوسف ، ٢٠٠٢ ، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص ٥٤٧، ف ٣٠٥

وهذا ما أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها حيث قضت بأن: "المحكمة غير ملزمة بالأخذ برأي الخبير؛ ذلك أن هذا الرأي لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها"^(٩٤)

فإذا رأت المحكمة صحة تقرير الخبير وسلامة الأسس والأسباب التي قام عليها فيمكن أن تأخذ به في حكمها وتستند إليه، ويعتبر أخذ المحكمة بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير أخذاً بالأسباب التي استخلصت منها هذه النتيجة مادام أن المحكمة لم تستند إلى أسباب أخرى توصلت إلى تلك النتيجة فالمحكمة لها السلطة التقديرية الكاملة بأن تكتفي برأي الخبير متى اقتنعت بصحته^(٩٥).

إلا أنه إذا رأت المحكمة عدم الأخذ برأي الخبير وحكمت بغير ما توصل إليه رأي الخبير فعليها أن تبين هذا في حكمها - وهذا يعد تطبيقاً للقاعدة العامة في الخبرة بوجه عام -^(٩٦).

وبالنظر في نصوص قوانين الأحوال الشخصية نجد أن القانون لم ينص على إلزام المحكمة بالأخذ برأي الخبير في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وبالتالي يكون رأي الخبير في المسألة المعروضة أمام المحكمة هو رأي استشاري يجوز للمحكمة أن تستند إليه كما يجوز لها ألا تأخذ به، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في حكم صادر بشأن الطعن على عدم دستورية المادتين الثانية، والحادية عشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م حيث قضت: *إن إنشاء محاكم الأسرة التي يقوم عليها قضاة مؤهلون*

(٩٤) (طعن نقض رقم ٣٣٣ جلسة يوم ٠٢/٠٦/١٩٥٥ لسنة ٢١ق)، (طعن نقض رقم ٢١٤٧ جلسة يوم ٢٦/١٢/١٩٨٨، سنة ٥٣ ق)، (طعن نقض رقم ١٣٠، الصادر بجلسته يوم ٢٦/٠٥/١٩٧٠ لسنة ٣٦ق).

(٩٥) دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة: د. سحر عبد الستار مرجع سابق، ص ٥٤٩، ف ٣٠٥.

(٩٦) النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود، ص ٨٣، ٨٤، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة: د. سحر عبد الستار مرجع سابق، ص ٥٤٧، ف ٣٠٥.

ومتخصصون يعاون المحكمة خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين يكون أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورهما جلسات محكمة الأسرة وجوبياً في دعاوى "....." ويبدأ دورهما بعد أن فشلت محاولات الصلح في مكتب تسوية المنازعات الأسرية بالمحكمة وأضحى لزاماً تسوية النزاع قضائياً فيقع على عاتقهما عبء معاونة القضاة عن طريق بحث الحالة النفسية والاجتماعية ... ويقدم كل منهما تقريراً إلى المحكمة بما أسفر بحثه للحالة المعروضة ولا يعدو هذا التقرير كونه تقريراً استرشادياً^(٩٧)»

(٩٧) (طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٧ ق دستورية وذلك في جلسة السبت الحادي عشر من إبريل عام ٢٠١٥، الموافق الثاني والعشرين من جمادى الآخرة لعام ١٤٣٦هـ، المنشور في العدد (١٦) مكرر من الجريدة الرسمية في ٢٢/٤/٢٠١٥م) .

الفصل الثاني نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم :

يقصد بنطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية الموضوعات التي يمكن أن تدخل فيها الخبرة ويعتد بها سواء أكان هذا الأمر وجوبياً أو جوازياً؛ ويثار في هذا المقام تساؤل مؤداه ما هي الموضوعات التي تشملها الخبرة في مجال الأحوال الشخصية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل له أهمية في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون حيث يتحدد من خلال الإجابة عليه الموضوعات التي يجوز الاستعانة بأهل الخبرة فيها، والموضوعات التي تخرج عن نطاق الخبرة، لذا سوف نتناول موقف الفقه الإسلامي والقانون المصري في مجال الأحوال الشخصية، ولقد خصصت هذا الفصل للإجابة على هذا التساؤل وقسمته إلى مبحثين:
أتناول في المبحث الأول: نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.

وأتناول في المبحث الثاني: نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية في القانون المصري.

المبحث الأول

نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي تتعدد الموضوعات التي تدخل في نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي منها: إثبات عيوب الزوجين، وإثبات النسب، وتقدير النفقة، وتقدير مهر المثل، وإثبات سن الصغير، وغير ذلك من الموضوعات التي يمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة فيها. وتعد دعوى إثبات العيوب ودعوى النسب من أظهر الموضوعات التي تدخل في نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية، ولهما أهمية في مجال الأحوال الشخصية.

ولما كان لهذين الموضوعين أهمية فسوف أتناول أقوال الفقهاء في الاستعانة بأهل الخبرة فيهما وذلك في المطلبين الآتيين:
انتاول في المطلب الأول: الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى التفريق بسبب العيب.

واتناول في المطلب الثاني: الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى النسب.

المطلب الأول

الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيب

من الدعاوى التي يظهر فيها دور الخبرة ظاهراً جلياً في الفقه الإسلامي دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، فما مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيوب؟ وترتبط مسألة مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيوب بمسألة أخرى ألا وهي مدى جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب^(٩٨)، وذلك لأن الحكم بالتفريق بين الزوجين مبني على قول بأهل الخبرة، فالاستعانة بأهل الخبرة تعد مقدمة لجواز الحكم بالتفريق بين الزوجين عند الفقهاء.

لذا سوف نبين آراء الفقهاء في مدى جواز الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب العيب، ونبين آراء الفقهاء في مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات العيب وأثره.

آراء الفقهاء في مدى جواز الحكم بالتفريق بسبب العيب: نفرق في مسألة التفريق بين الزوجين بسبب العيب ومدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة بين أمرين :

الأول : إذا كان العيب في جانب الزوج.

الثاني : إذا كان العيب في جانب الزوجة.

فأما بالنسبة للأمر الأول: إذا كان العيب في جانب الزوج: فقد يكون الزوج "عنياً، أو مجبوباً، أو خصياً، أو مجنوناً، أو أبرصاً، أو أجنماً، أو غير ذلك"؛ فنفرق في هذا الأمر بين نوعين من أنواع العيوب.

النوع الأول : إذا كان العيب من العيوب التي تمنع الجماع "كالعنة والجب والخصاء"

النوع الثاني : إذا كان العيب من العيوب التي لا تمنع الجماع، بأن كان من العيوب الأخرى "كالجنون، والبرص، والجذام، وغيرها"

(٩٨) حيث تعد هذه المسألة هي الأثر المترتب على الاستعانة بأهل الخبرة.

أولاً : إذا كان العيب من العيوب التي تمنع الجماع : كالعنة^(٩٩)، أو الجب^(١٠٠)، أو الخصي^(١٠١): فقد اتفق جمهور الفقهاء - الأحناف^(١٠٢)، والمالكية^(١٠٣)، والشافعية^(١٠٤)، والحنابلة^(١٠٥) - على أنه إذا وجد بالزوج عيب

(٩٩) والعنين : في اللغة : "من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن أو يصل إلى الثيب دون البكر" أنظر التعريفات : للرجاني، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٠٤، رقم (١٠٢١)، وفي الاصطلاح : عرف بأنه : "العاجز عن الوطء للين الذكر وعدم انتشاره فلا يقدر على إيلاجه" أنظر الحاوي الكبير : للماوردي ، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٨. (١٠٠) والجب : في اللغة القطع، والمجبوب في الاصطلاح: مقطوع الذكر والأنثيين وعرف بأنه " من لا يبقى له شيء يولجه في محل الختان" أنظر التاج والإكليل : للعبدي، مرجع سابق، ٣، ص ٤٨٥.

(١٠١) ومعنى الخصي: الخصية في اللغة : هي البيضة، والخصيتان هما البيضتان وقيل الجلدة التي فيهما البيضتان، أنظر القاموس المحيط: للفيروزآبادي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٥١، وفي الاصطلاح: الخصي " من نزع خصيتاه وبقي نكره " أنظر : البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٤.

(١٠٢) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٣، وما بعدها، تبيين الحقائق : للزيلعي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢١.

(١٠٣) الاستتكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، ج ٦، ص ١٩٣، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الطبعة : الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج ٢، ص ٥٦٤، نسخة محققة قام بها محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني

(١٠٤) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق ، ج ٩، ص ٣٦٨، تكملة المجموع : للمطيعي، مرجع سابق ، ج ١٦، ص ٢٧٧.

(١٠٥) الشرح الكبير : لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٥٩٦، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمردواي ، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٣٨.

من هذه العيوب كان للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها على التفصيل الآتي:

أ. إذا كان الزوج عنيماً : اختلف الفقهاء في مدى جواز التفريق بين الزوجة وزوجها إذا طلبت التفريق وثبت عجزه عن وطئها بأن كان عنيماً وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز التفريق بين الزوج وزوجته إذا كان الزوج عنيماً ويؤجل مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها. وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف^(١٠٦)، والمالكية^(١٠٧)، والشافعية^(١٠٨)، والحنابلة^(١٠٩)، وهو قول جماعة من الصحابة^(١١٠).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم جواز التفريق بين الزوج وزوجته بسبب العنة.

وإلى هذا الرأي ذهب الحكم بن عيينة، وداود الظاهري^(١١١).
الأدلة:

(١٠٦) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٣، وما بعدها، تبيين الحقائق: للزيلعي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢١.

(١٠٧) الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر القرطبي، ج ٦، ص ١٩٣، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٤.

(١٠٨) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٨، تكملة المجموع: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٦، ص ٢٧٧.

(١٠٩) الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٥٩٦.

(١١٠) وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحمام بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الأمصار. المرجع السابق ذات الصفحة.

(١١١) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٨، الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٥٩٦.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بجواز التفريق بين الزوجين إذا كان الزوج عنيماً ويؤجل مدة يختبر فيها ويعلم حاله فيها بالأثر، والإجماع، والقياس.

فأما الأثر: فما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أنه قال في العنين يؤجل سنة فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما"^(١١٢)

وجه الاستدلال: إن قول عمر بن الخطاب إن العنين يؤجل سنة هو أمر يتوقف فيه ولا اجتهاد فيه فكأنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم.

وأما الإجماع: فإجماع الصحابة على جواز التفريق بين الزوج وزوجته إذا كان الزوج عنيماً وقد روي ذلك عن جمع من الصحابة "عمر، وعلي، وابن مسعود، والمغيرة، وابن عمر، وجابر" ولم يعلم مخالف فكان إجماعاً^(١١٣)، وقال الشافعي في إثبات الإجماع: "لا أحفظ عن لقينته خلافاً في ذلك فإن جامع وإلا فرق بينهما"^(١١٤).

وأما القياس: فمن وجوه منها :

○ قياس جواز التفريق بسبب العنة باعتبارها عيباً على جواز التفريق بسبب الجب بجامع المنع من الوطاء في كل.

○ قياس العنين على المولي بجامع التفريق في كل وهو قياس الأولى لأن التفريق في العنين أولى من المولي لأن المولي تارك للإصابة مع القدرة أما العنين فهو تارك للإصابة مع عجزه عنها.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بعدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب العنة بالسنة.

بما روته السيدة عائشة - رضي الله عنها - أن امرأة رفاعة القرظي أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: كنت عند رفاعة فطلقني فأبت طلاقي

(١١٢) السنن الكبرى : للبيهقي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٢٦ رقم الحديث (١٤٠٦٧)
باب أجل العنين، سنن الدارقطني: للدارقطني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٠٥، رقم الحديث (٢٢١).

(١١٣) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٥.

(١١٤) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٨.

فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما له مثل هدية الثوب فقال [تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسلتيك] (١١٥)
وجه الاستدلال: إن النبي ﷺ لم يفرق بين المرأة وزوجها بسبب كونه عنيماً ولم يضرب له مدة لاختباره.

ونوقش هذا الاستدلال: من وجوه :

الأول: إن الخبر لا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما، وقد روي أن الرجل قال "إني لأعركها عرك الأديم"

الثاني: قال ابن عبد البر قد صح إن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ (تريدين أن ترجعي إلى رفاعة) ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها.

الثالث: إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدية الثوب مبالغة، ولذلك قال النبي ﷺ (حتى تذوق عسيلته) والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك (١١٦).

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مسألة مدى جواز التفريق بين الزوجين لكونه عنيماً هو الرأي الأول القائل بجواز التفريق بين الزوجين إذا كان الرجل عنيماً وثبت ذلك بالبينة أو الإقرار ويؤجل مدة يعلم من خلالها حاله نعله يصل إليها فيها. والله أعلم

(١١٥) متفق عليه واللفظ للبخاري

أنظر صحيح البخاري: للإمام البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٣٣، رقم الحديث (٢٤٩٦) وأنظر صحيح مسلم: للإمام مسلم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٤، رقم الحديث (٣٥٩٩) .

(١١٦) الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٥٩٦، كما أن علياً قد روي عنه أنه قال: "يؤجل العنين سنة فإن أصابها وإلا فهي أحق بنفسها" أنظر مصنف عبد الرزاق: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ، المكتب الإسلامي - بيروت، ج ٦، ص ٢٥٤، رقم الحديث (١٠٧٢٥). نسخة محققة قام بها "حبيب الرحمن الأعظمي"

«، كيفية احتساب المدة: اتفق الفقهاء على أن المدة التي يؤجل فيها العنين لاختباره سنة تبدأ من وقت رفع الزوجة الأمر للقاضي^(١١٧).
والعلة: في مدة التأجيل سنة لاحتمال أن يكون العيب لأصل الخلقة، وقد يكون لعلة طارئة تزول بتغير الفصول التي تشتمل عليها السنة، فممرور السنة يتبين العجز عن الوصول^(١١٨).

دور أهل الخبرة في إثبات العنة في حق الزوج بعد إمهال الزوج المدة:

نفرق في كيفية إثبات العنة بين أمرين:

الأول: إقرار الزوج بعدم الإصابة.

الثاني: اختلاف الزوجين في الإصابة.

فإذا أقر الزوج بعدم الإصابة: فقد اتفق الفقهاء على ثبوت العنة في حقه ولا حاجة إلى أخذ رأي أهل الخبرة في هذه الحالة ويثبت حق الزوجة في التفريق بينها وبين زوجها^(١١٩).

وإذا اختلف الزوجان في الإصابة: فإذا اختلف الزوجان في الإصابة فتقول الزوجة لم يصبني ويقول الزوج أصبتها : فتثبت العنة بقول أهل الخبرة، والذي ينظر إلى المرأة في كونها بكرًا أو ثيبًا هن النساء وهذا مأخوذ من أقوال الفقهاء .

○ **ف عند الأحناف:** " إن طريقة إثبات العنة يرجع فيه إلى قول

النساء بعد النظر إلى المرأة من حيث كونها بكرًا أو ثيبًا. وجاء ذلك في البدائع في قوله: "وإن اختلفا وادعت المرأة أنه لم يصل إليها وادعى الزوج الوصول

(١١٧) البحر الرائق: لابن نجيم مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٤، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: للقرطبي مرجع سابق، ج ٦، ص ١٩٣، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٩ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٣٨.

(١١٨) ولقد وضع الشافعية شرطين لاعتبار الزوج عنيًا وحتى يثبت الخيار للزوجة.

الأول: أن لا يكون قد أصابها قط ، فإن أصابها مرة زال عنه حكم العنة .

الثاني: أن لا يقدر على إيلاج حشفة الذكر، فإن قدر على إيلاج الحشفة - وإن استعان بيده - زال عنه حكم العنة . أنظر الحاوي: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٩.

(١١٩) المراجع سابق الإشارة إليها.

فإن كانت المرأة ثيباً فالقول قوله مع يمينه لما قلنا وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء فإن قلن: هي بكر فالقول قولها، وإن قلن: هي ثيب فالقول قوله^(١٢٠)

○ **وعند المالكية:** إن طريقة إثبات العنة هو قول امرأتين ثقتين ينظران إلى المرأة بعد فراغ زوجها من جماعها إن كان بها أثر مني أو لا وجاء ذلك في الاستدكار: "روى الوليد بن مسلم عن الأوزاعي ومالك بن أنس أنهما قالا: يدخل إليها زوجها وهناك امرأتان فإذا فرغ نظرنا في فرجها فإن كان فيه المنى فهو صادق وإلا فهو كاذب"^(١٢١)

○ **وعند الشافعية:** إن طريقة إثبات العنة وعدمها قول النساء العدول في كونها بكرًا أو ثيبًا وجاء ذلك في الحاوي الكبير: "ولو قالت: لم يصبني، وقال: قد أصبتها، فالقول قوله: لأنها تريد فسخ نكاحها وعليه اليمين، فإن نكل وحلفت فرق بينهما، وإن كانت بكرًا أربعا من النساء عدول، وذلك دليل على صدقها، فإن شاء أحلفها ثم فرق بينهما، فإن نكلت وحلف، أقام معها: وذلك أن العذرة قد تعود فيما يزعم أهل الخبرة بها إذا لم يبلغ في الإصابة"^(١٢٢)

○ **وعند الحنابلة:** إن إثبات العنة يكون بقول أهل الخبرة من النساء الثقات وجاء ذلك في الكافي حيث جاء فيه: "وإن ادعى أنه وطئها فادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فإن شهدن بما قالت فالقول قولها وإلا فالقول قوله"^(١٢٣)

(١٢٠) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٥.

(١٢١) الاستدكار الجامع لفقهاء الأمصار: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٩٥ وعند المالكية أن العنين الذي يؤجل هو المعترض عن امرأته فلا يطأها ويطأ غيرها، وكذلك كل من لا يقدر على الوطء لعارض "أنظر ذات المرجع ج ٦، ص ١٩٤. ورد الشافعية على هذا الرأي بأنه غير صحيح: "لأن العنين قد ينزل بغير إيلاج وقد يولج بغير إنزال. أنظر تكملة المجموع شرح المهذب: للطيعي، مرجع سابق، ج ١٦ ص ٢٨٢.

(١٢٢) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٧٩.

(١٢٣) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢.

ومن هنا يظهر دور أهل الخبرة في إثبات العنة: فيكون طريقة إثبات كون الزوج عنيماً هو قول أهل الخبرة من النساء في كون الزوج قد أصابها أو لم يصبها، وكونها بكرةً أو ثيباً^(١٢٤).

ب. إذا كان الزوج محبوباً: فإذا ادعت الزوجة بأن زوجها محبوب وطالبت الفرقة بينها وبينه فما هو دور أهل الخبرة وما أثر قولهم؟

فأما عن دور أهل الخبرة في إثبات الحب في حق الزوج: فقد اتفق الفقهاء على أن القاضي يرسل رجلاً أميناً^(١٢٥) يثبت كونه محبوباً أو لا، ويكون ذلك من فوق الثياب إن أمكن وإلا فمن تحت الثياب للضرورة على ذلك^(١٢٦).

(١٢٤) وإلى جانب هذه الأقوال قول لمعاوية بن أبي سفيان - رضي الله عنه - بما حكى أن امرأة ادعت عنة رجل عند سمرة بن جندب واختلف في الإصابة، فكتب بها إلى معاوية يسأله عنها فكتب إليه معاوية: زوجه امرأة ذات جمال وحسن، توصف بدين وستر، وسبق إليها مهرها من بيت المال لتختبر حاله، ففعل سمرة ذلك، فقالت المرأة: لا خير عنده، فقال سمرة: ما دنا؟ فقالت: بلى، ولكن إذا دنا شره، أي أنزل قبل الإيلاج" وهذا مذهب لمعاوية ليس عليه دليل، ولا له في الأصول نظير. ورد الشافعية على هذا القول بأنه غير صحيح لأن الرجل - العنين - قد يكون عنيماً في حق امرأة ولا يكون عنيماً في حق غيرها. أنظر الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٧٨.

(١٢٥) لا بد أن تتوفر فيه الشروط الواجب توفرها في الخبر أنظر لاحقاً ص من هذا البحث

(١٢٦) حاشية ابن عابدين: لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٩٥ وجاء فيه: "لو اختلفا في كونه محبوباً فإن كان لا يعرف بالمس من وراء الثياب أمر القاضي أميناً أن ينظر إلى عورته فيخبر بحاله لأنه يباح عند الضرورة" مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٥٥ وجاء فيه "وجس على ثوب منكر الحب ونحوه" روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥ هـ، بيروت - لبنان، ج ٧، ص ٢٠٢، وذكر "أنه ينبغي أن يرى أهل الخبرة".

وأما عن أثر قول أهل الخبرة في ثبوت الجب في حق الزوج: فنفرق في أثر قول أهل الخبرة بين فرضين^(١٢٧):

الأول: إن ثبت أن الزوج محبوب ولم يبق له من ذكره شيء .

الثاني: إن ثبت أن الزوج محبوب وبقي له من ذكره ما يقع موقع ذكر الرجل^(١٢٨).

فأما بالنسبة للفرض الأول: إن أثبت الخبير أن الزوج محبوب ولم يبق من ذكره شيء^(١٢٩) فرق القاضي بينهما في الحال دون حاجة إلى إمهاله مدة كما في العنين^(١٣٠).

والعلة من عدم التأجيل أنه عاجز في الحال والمآل فلا فائدة من التأجيل بخلاف العنين لأن العنين يرجى برؤه خلال المدة.

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إن أثبت الخبير أن الزوج محبوب وبقي له من ذكره قدر ما يقع موقع ذكر الرجل فنفرق في هذا الفرض بين أمرين:

الأول: إذا كان يقدر على إيلاج ما بقي داخل الفرج.

الثاني: إذا كان لا يقدر على إيلاج ما بقي داخل الفرج.

فأما بالنسبة للأمر الأول: إذا كان يقدر على إيلاج ما بقي داخل الفرج فلا حق لها في التفريق فيقوم ما بقي من الذكر مقام كامله^(١٣١).

وأما بالنسبة للأمر الثاني: إذا كان لا يقدر على إيلاج ما بقي من ذكره داخل الفرج فقد اختلف الفقهاء في حكمه على رأيين:

(١٢٧) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٠٢ .

(١٢٨) وذكر بعض الفقهاء إن بقي له من ذكره قدر الحشفة، والحشفة هي: "رأس الذكر"

لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٧ .

(١٢٩) ويطلق عليه بعض الفقهاء الممسوح. وهو مقطوع الذكر والأنثيين.

(١٣٠) تبيين الحقائق: للزيلعي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٢، ويلحق بالمحبوب من كان

ذكره صغيراً كالزهر .

(١٣١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق ج ٤، ص ١٣٣،

المجموع شرح المهذب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٦، ص ٢٨٥" وذكر هذا إذا اتفق

الزوجان على قدرة الزوج على الجماع"

الرأي الأول: يرى أصحابه أن القاضي يفرق بينهما في الحال. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١٣٢)، والشافعية في وجه^(١٣٣).
الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه يؤجل أجل العنين. وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في وجه ثان^(١٣٤).

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بالتفريق في الحال للمحبوب الذي بقي له من ذكره قدر موقع ذكر الرجل ولا يمكن إيلاجه في الفرج بالمعقول .
فقالوا: إن المحبوب الذي لا يقدر على الإيلاج داخل الفرج لا يرجى برؤه؛ وعجزه متحقق فيأخذ حكم من لا ذكر له بجامع عدم القدرة على الإيلاج في كل فيفرق بينهما في الحال .
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بالتأجيل للمحبوب الذي بقي له من ذكره موقع ذكر الرجل كالعينين بالمعقول .
فقالوا: إن المحبوب الذي بقي له من ذكره قدر موقع ذكر الرجل يمكن أن يصيب امرأته فيؤجل أجل العنين لإمكان الإصابة.
ويناقش هذا الاستدلال: بأن قياس المحبوب على العينين قياس مع الفارق في هذه الصورة لأن العنة يمكن أن تكون لأمر طارئ فيرجى شفاؤه، أما المحبوب فهو مقطع الذكر وليس لديه آلة يمكن إيلاجها في الفرج فافترقا فلا يؤجل المحبوب ولكن يفرق بينهما في الحال.
الرأي المختار: إن الرأي المختار في حكم المحبوب الذي بقي له من ذكره قدر موقع ذكر الرجل ولكنه لا يمكنه إيلاجه داخل الفرج هو الرأي الأول القائل بالتفريق بينه وبين زوجته في الحال ولا يؤجل . والله أعلم ،،،

(١٣٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم، مرجع سابق ج ٤، ص ١٣٣.

(١٣٣) المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج١٦، ص ٢٨٥، وذكر في هذا الوجه أن للزوجة الخيار في الحال.

(١٣٤) الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ١٣٩٣هـ ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان، ج ٥، ص ٤٠، المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٦، ص ٢٨٥.

ج. إذا كان الزوج خصياً: فإذا ادعت الزوجة بأن زوجها خصي وطالبت الفرقة بينها وبينه فما هو دور أهل الخبرة وما أثر قولهم؟
فأما عن دور أهل الخبرة في إثبات كون الزوج خصياً: فقياساً على المحبوب يرسل القاضي رجلاً أميناً يثبت كونه خصياً أم لا، ويكون ذلك من فوق الثياب إن أمكن وإلا فمن تحت الثياب للضرورة على ذلك^(١٣٥).
وأما عن أثر قول أهل الخبرة في ثبوت كون الزوج خصياً: فنفرق في أثر قول الخبير بين فرضين:
الأول: إذا أثبت أهل الخبرة أن الزوج خصي وقادر على الجماع وكان يمني.
الثاني: إذا أثبت أهل الخبرة أن الزوج خصي وغير قادر على الجماع وكان لا يمني.
فأما بالنسبة للفرض الأول: إذا أثبت الخبير أن الزوج خصي وكان قادراً على الجماع، فقد اختلف الفقهاء في حكمه على رأيين:
الرأي الأول: يرى أصحابه عدم ثبوت خيار التفريق للزوجة.
والى هذا الرأي الأحناف^(١٣٦)، والمالكية^(١٣٧)، والشافعية في والحنابلة في وجه^(١٣٩)
الرأي الثاني: يرى أصحابه ثبوت خيار التفريق للزوجة.
والى هذا الرأي ذهب الشافعية في وجه ثان^(١٤٠)، والحنابلة^(١٤١).
الأدلة:

(١٣٥) راجع ما سبق في حكم المحبوب ص (٧٢) من هذا البحث.

(١٣٦) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٤.

(١٣٧) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٢٥.

(١٣٨) المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٦، ص ٢٨٦.

(١٣٩) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢.

(١٤٠) المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٦، ص ٢٨٦.

(١٤١) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بعدم ثبوت الخيار للزوجة إذا كان الزوج خصياً وقادر على الجماع بالمعقول .
فقالوا: إن قطع الخصيتين وبقاء الذكر لا يخل بمقصود النكاح ولا يؤثر على الوطاء أو الاستمتاع فلا يعد ذلك عيباً، ولا يثبت للزوجة الخيار.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بثبوت الخيار للزوجة إذا كان الزوج خصياً وقادر على الجماع بالمعقول.

فقالوا: إن الخصي عيب في الرجل تعافه النفس فيثبت للزوجة الخيار.
ويناقد هذا الاستدلال: بأن ليس كل عيب تعافه النفس يؤدي إلى ثبوت خيار التفريق، كما أن الخصي إذا كان ذكره ينتشر ويستطيع الجماع فلا يؤثر ذلك على حق الزوجة في الوطاء أو الاستمتاع، بل ذهب بعض الفقهاء إلى أنه قد يكون أكثر استمتاعاً من غيره.

الرأي المختار: إن الرأي في مسألة مدى ثبوت حق الزوجة في خيار التفريق لكون الزوج خصياً وقادر على الجماع هو الرأي الأول القائل بعدم ثبوت الحق للزوجة لقدرة الزوج على الجماع. والله أعلم

““

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إذا أثبت الخبير أن الزوج خصي وكان غير قادر على الجماع، فيثبت الحق للمرأة في الخيار ويؤجل كالعنين^(١٤٢).
ثانياً: إذا كان العيب من العيوب التي لا تمنع الجماع: فقد اختلف الفقهاء في مدى ثبوت حق الزوجة طلب التفريق بسبب وجود عيب في الزوج من العيوب التي لا تمنع الجماع على رأيين:
الرأي الأول: يرى أصحابه جواز الحكم بالتفريق بين الزوجين إذا كان بالزوج عيب من العيوب التي لا تمنع الجماع، وعدم اقتصار العيوب على العيوب التي تمنع الجماع فقط.
والى هذا الرأي ذهب المالكية^(١٤٣)، والشافعية^(١٤٤)، والحنابلة^(١٤٥)، والإمام محمد بن الحسن من الأحناف^(١٤٦).

(١٤٢) المراجع سابق الإشارة إليها في المسألة السابقة.

(١٤٣) الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٦،

مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٥، ص ص ١٤٥، ١٤٦.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه لا يجوز الحكم بالتفريق إذا كان الزوج عيب من غير العيوب التي لا تمنع الجماع" وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو حنيفة، والإمام أبو يوسف من الأحناف، وهو قول جماعة من التابعين^(١٤٧).
الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأنه يجوز للزوجة طلب التفريق إذا كان بالزوج عيب من العيوب التي تمنع الجماع، أو غيرها مما ينفر منه الطباع، والحكم لها بالتفريق بالقياس، والمعقول .

فأما القياس : فقياس العيب الذي يصيب الزوج من غير العيوب التي تمنع الجماع على العيوب التي تمنع الجماع كالعنة، والجب، والخصاء بجامع وجود الضرر في كل منها.

وأما المعقول: فإن الزوجة قد يصيبها ضرر إذا كان بالزوج عيب من العيوب التي تنفر منه الطباع، ولا يقتصر ذلك على العيوب الجنسية فقط، بل إن الضرر الذي يصيب الزوجة حال جنون الزوج أو إصابته بالبرص أو غير ذلك قد يكون أشد.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بأنه لا يجوز للزوجة طلب التفريق إذا كان بالزوج عيب من غير العيوب التي تمنع الجماع بالمعقول .

(١٤٤) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٤١، تكملة المجموع : للمطيعي مرجع سابق، ج ١٦، ص ٢٦٥.

(١٤٥) الإقناع : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٩٩، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : للمرداوي، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٤٤.

(١٤٦) البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٧، رد المختار : لابن عابدين، مرجع سابق ج ٣، ص ٥٠١، بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٧.

(١٤٧) البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٧، فتح القدير : لابن الهمام، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٤٢ "باب العنين وغيره"، وذكر أنه قول عطاء، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، وأبي زياد، وأبي قلابة، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، والثوري، والخطابي، وداود الظاهري وأتباعه.

فقالوا: إن حق الزوجة في طلب التفريق بسبب وجود عيب في الزوج قاصر على العيوب الجنسية التي تكون بالزوج - العنة، والجب، والخصاء، لأن هذه العيوب تتنافى مع المقصود من عقد الزواج أصالة وهو التوالد والتناسل، وهذه العيوب لا تقبل الزوال، أما غير هذه العيوب فلا تمنع المقصود من الزواج، فلا يحق لها طلب التفريق بسببها.

وبناقش هذا الاستدلال: بان المقصود الأصلي من عقد الزواج هو السكن والمودة والرحمة مصداقاً لقول الله **I (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)**^(١٤٨) وهذه الأمور لا تستقيم بوجود مثل هذه العيوب فيجوز للزوجة طلب التفريق عند تحقق واحد منها ويحكم لها بالتفريق حينئذٍ.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مسألة مدى جواز التفريق بين الزوجين بسبب وجود عيب من العيوب غير الجنسية هو الرأي الأول القائل بجواز الحكم بالتفريق بين الزوجين عند وجود عيب من العيوب التي يصاب بها الزوج وتحدث ضرراً بالزوجة، وفي ذلك تطبيق للقاعدة الشرعية "أن الضرر يزال" و"لا ضرر ولا ضرار" فيجب إزالة الضرر الذي قد يصيب الزوجة ويكون ذلك بالحكم لها بالتفريق بينها وبين زوجها. والله أعلم،،،

ويثار في هذا المقام تساؤلٌ ألا وهو ما هي تلك العيوب التي يجوز التفريق بين الزوجين بسببها إذا وجدت في الزوج؟

ف نجد في هذه المسألة عند الفقهاء القائلين بجواز التفريق بين الزوجين إذا وجد في الزوج عيب من العيوب التي لا تمنع الجماع موطن اتفاق وموطن اختلاف.

فأما موطن الاتفاق: فقد اتفق الفقهاء على أن العيوب هي الجنون والبرص والجذام^(١٤٩).

(١٤٨) سورة الروم الآية رقم (٢١).

(١٤٩) الكافي في فقه أهل المدينة : لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٦، مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٦، المهذب : للشيرازي، مرجع

وأما موطن الاختلاف: فقد اختلف الفقهاء في غير هذه العيوب على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن كل عيب منفر يكسر شهوة التواق يجيز التفريق بين الزوجين بسببه.

ذهب بعض الشافعية^(١٥٠)، وبعض الحنابلة^(١٥١).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم جواز التفريق بين الزوجين بغير الجنون والبرص والجذام.

والى هذا الرأي ذهب المالكية^(١٥٢)، وأكثر الشافعية^(١٥٣)، وأكثر الحنابلة^(١٥٤).

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن العيوب لا تقتصر على الجنون والجذام والبرص بالمعقول.

فقالوا: إنه لا توقيف ولا حصر في العيوب فكل عيب يكسر شهوة التواق فيتعد الاستمتاع به إذ لو اعتبر امتناع الاستمتاع لاقتصر على الرق، وكل عيب يجري ما يؤثر في التنفير تأثير الجذام والبرص يأخذ حكمه.

سابق، ج ٢، ص ٤٨، الإقناع: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٩٩، المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٨.

(١٥٠) الوسيط في المذهب: للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٦٠، وبه قال القاضي حسين من الشافعية.

(١٥١) المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٨، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٤٤. وبه قال: "ابن القيم"، المرجع السابق، ج ٨، ص ١٤٧.

(١٥٢) الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٦، مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٦.

(١٥٣) المذهب: للشيرازي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٨.

(١٥٤) الإقناع: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٩٩، المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٨.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: باقتصار العيوب على الجنون

والجذام والبرص بالمعقول .

فقالوا: إن هذه العيوب - الجنون والجذام والبرص - هي العيوب التي تخل بمقصود النكاح في إمكان الوطء ولأنها تنفر الطباع، أما غير هذه العيوب فلا تخل بمقصود النكاح فلا يثبت الخيار بغيرها.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن المقصود الأصلي من عقد النكاح هو السكن والمودة والرحمة بين الزوجين فإن وجد في الزوج ما يخل بهذا المقصود ثبت الحق للزوجة في التفريق ويرجع فيها إلى أهل الخبرة في ذلك.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مسألة العيوب التي يجوز التفريق بين الزوجين بسببها إذا وجدت في الزوج هي كل عيب منفر تنفر منه الطباع ولا تستقيم معه الحياة الزوجية.

وأما بالنسبة للأمر الثاني: إذا كان العيب في جانب الزوجة:

بأن كانت الزوجة بها عيب من العيوب التي تمنع الجماع كالرتق أو القرن، أو العفل، أو كان العيب جنوناً أو جذاماً أو برصاً أو غير ذلك؛ فما مدى ثبوت خيار التفريق للزوج بسبب وجود عيب في الزوجة، وما مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة؟

فأما عن مدى ثبوت الحق في خيار التفريق للزوج بسبب وجود عيب

في الزوجة: فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه ثبوت الحق في خيار التفريق للزوج إذا كان

بالزوجة عيب من العيوب التي تمنع الجماع كالرتق والقرن والإفشاء، أو كان بها عيب من العيوب التي لا تمنع الجماع كالجنون أو الجذام أو البرص.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(١٥٥)، والشافعية^(١٥٦)، والحنابلة^(١٥٧)

(١٥٥) الكافي في فقه أهل المدينة : لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٦،

مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٦، وما بعدها، القوانين الفقهية :

لابن جزى، مرجع سابق، ص

(١٥٦) المهذب : للشيرازي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٨، الحاوي الكبير : للماوردي،

مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٤٢، وما بعدها.

الرأي الثاني : يرى أصحابه عدم ثبوت الحق في خيار التفريق للزوج بسبب وجود عيب في الزوجة، سواء أكان عيباً من العيوب التي تمنع الجماع أم لا .

والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١٥٨).
الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول : القائل ثبوت الحق في خيار التفريق للزوج إذا كان بالزوجة عيب بالقياس، والمعقول .

فأما القياس : فقياس ثبوت الحق للزوج بسبب وجود عيب في الزوجة على ثبوت الحق للزوجة عند وجود عيب في الزوج بجامع وجود العيب في كل في ذات العقد.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأن قياس الزوج على الزوجة في إثبات خيار التفريق قياس مع الفارق لأن الزوجة لا تملك الفرقة بإنهاء عقد الزواج - بالطلاق - بينما الزوج يملكه فافتراقا.

ويرد على هذه المناقشة : بأن كلاً من الزوج والزوجة يملك الفرقة بالفسخ إذا وجد ما يخل بالمقصود من عقد الزواج، ولأن الخلو من العيب هو شرط لزوم في عقد الزواج فيثبت لكلا الطرفين.

وأما المعقول : إن المقصود من النكاح السكن، والمودة، والرحمة فإذا وجد عيب في الزوجة لم يتحقق هذا المقصود سواء أكان العيب يمنع الجماع أو ينفر الطباع فيحق للزوج أن يطالب بالفرقة بينه وبين زوجته ويكون ذلك بثبوت الخيار للزوج وذلك لعدم تحقق المقصود من النكاح.

واستدل أصحاب الرأي الثاني : القائل بعدم ثبوت الحق في خيار التفريق للزوج إذا كان بالزوجة عيب بالمعقول.

(١٥٧) الإقناع : للحجاوي، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ١٩٩ ، المبدع شرح المقنع : لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٩٨ .

(١٥٨) رد المختار: لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٠١، الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٢٦، بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٦٥

فقالوا: إن خلو الزوجة من العيوب ليس بشرط لزوم في عقد الزواج فإذا وجد الزوج عيباً في الزوجة كان له أحد أمرين إما أن يرضى بها مع وجود العيب، وإما أن لا يرضى بوجود العيب فإن لم يرض كان له الحق في الطلاق وهو يملكه، فلا يجوز له أن يطالب بفسخ عقد النكاح بسبب وجود العيب، ولأن عقد الزواج من العقود التي لا تقبل الفسخ بعد الانعقاد، ولكنه يقبل الإنهاء، وإنهاؤه بالطلاق.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن خلو الزوجة من العيوب هو شرط لزوم في عقد النكاح، كما الأصل في المعقود عليه أن يكون خالياً من العيوب، ولما كان المعقود عليه في عقد الزواج هو الزوجة فالأصل أن تكون خالية من العيوب فإذا وجد الزوج بالزوجة عيباً ثبت له الحق في فسخ العقد، وذلك لوجود فارق بين الفسخ والطلاق، يظهر في أمور منها عدم تحمل الزوج الأعباء المالية المترتبة على الطلاق.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مسألة مدى ثبوت الحق للزوج في خيار الفرقة إذا ثبت بالزوجة عيب من العيوب التي تخل بالمقصود من عقد الزواج هو الرأي الأول القائل بثبوت الحق للزوج في خيار الفرقة عند ثبوت العيب في الزوجة، ولأن الزوجة قد تغر الزوج في ذلك. **والله أعلم،،،**
وأما عن دور أهل الخبرة في إثبات عيوب الزوجة: فيظهر دور أهل الخبرة في إثبات عيوب الزوجة إذا اختلف الزوجان في وجود العيب.

وهذا ما جاء في كتب وأقوالهم الفقهاء:

➤ **فعدن المالكية:** جاء في القوانين الفقهية: "إن ادعى الرجل عيباً بالمرأة في الفرج وأنكرت نظر إليها النساء" (١٥٩)

➤ **وعند الشافعية:** جاء في الحاوي الكبير: "فلو اختلفا فيه فادعى الزوج أن بها جذاماً، وقالت: بل هو زعر وقف عليه عدلان من علماء الطب، فإن قال: هو جذام ثبت فيه الخيار، وإن قال: زعر فلا خيار فيه، وإن أشكل فالقول قولها مع يمينها أنه زعر ولا خيار فيه: لأن الأصل عدم الخيار" (١٦٠)

(١٥٩) القوانين الفقهية: لابن جزي الكلبي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٣.

(١٦٠) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٤١.

➤ **وعند الحنابلة:** جاء في الكافي في فقه الإمام أحمد: "وإذا اختلفا في عيب المرأة أريت النساء الثقات فرجع إلى قولهن^(١٦١)."

وأما عن أثر قول أهل الخبرة في إثبات عيوب الزوجة: فقد اختلف الفقهاء القائلون بنبوت خيار التفريق للزوج إذا وجد في الزوجة عيباً في العيوب التي تثبت الخيار في أثر قول أهل الخبرة في بإثبات العيب .

○ **ف عند المالكية:** لا يثبت للزوج خيار التفريق بسبب العيب في غير العيوب التي ذكرت وهي: "الجنون والجدام والبرص، أو ما يمنع من الجماع مثل القرن والرتق والافضاء" فلا ترد المرأة بغير هذه العيوب^(١٦٢) .

○ **وعند الشافعية:** لا يثبت للزوج خيار التفريق إلا في أربع: "الجدم، والبرص، والرتق، والجنون" فلا يثبت بغير هذه العيوب^(١٦٣) .

○ **وعند الحنابلة:** اختلف الحنابلة في غير العيوب التي ذكرت ويثبت بها خيار التفريق للزوج كالبحر واستطلاق البول والنجو والقروح، السيلة في الفرج والناصور والباسور والوجع وفي كونه خنثى على وجهين،

(١٦١) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٢ .

(١٦٢) الكافي في فقه اهل المدينة : لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٥، وجاء فيه: "ولا ترد المرأة بالعمى ولا بالسواد ولا بالعمور ولا بأنها غير عذراء لان العذرة تزول بوجوه كثيرة ولا بأنها ولدت زنى ولا بشيء من العيوب كلها غير ما نكرنا إلا أن يشترط السلامة في ذلك فان اشترطها ثم وجد العيب كان له الرد إن شاء"

(١٦٣) تكملة المجموع شرح المذهب: للشيرازي، مرجع سابق ج ١٦، ص ٢٠٧ وذكر أن الشافعي قد بسط في أحكام العيب فقال: ولو تزوج الرجل امرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزا قبيحة معدمة قطعاً ثيباً أو عمياء أو بها ضر ما كان الضر غير الأربع التي سميها فيها الخيار يعنى الجدما والبرصاء والرتقاء والمجنونة فلا خيار له"

أحدهما: لا يثبت الخيار في هذه العيوب ثانيهما: يثبت الخيار بهذه العيوب وغيرها (١٦٤)

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذه المسألة هو الرأي القائل بأن كل عيب منفر تنفر منه الطباع ويؤثر في المقصود من عقد الزواج يثبت به الخيار، دون حصر ذلك في عيوب محددة. والله أعلم،،،

المطلب الثاني

الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى النسب

المقصود بدعاوى النسب: إثبات نسب الولد لمن يدعيه، أو نفيه عنه، ويتصور وجود هذه الدعاوى في عدد من الفروض منها (١٦٥):

- وجود لقيط في ديار الإسلام ويدعي بنوته أكثر من شخص.
- حالات التنازع على مجهول النسب (١٦٦).
- حالات الاشتباه في المواليد في مراكز الولادة والمستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال، ومراكز الإخصاب الاصطناعي.

(١٦٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٨، ص ص ١٤٤، ١٤٥. بل نقل عن ابن القيم أنه يسوغ الفسخ بكل عيب ترد به الجارية في البيع من العمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك، لأن هذه الأمور من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين، والاطلاق ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً. قال والقياس أن كل عيب ينفر أحد الزوجين منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع"

(١٦٥) ومحل هذه الفروض هو وجود تنازع على إثبات نسب الولد دون نفي نسب الولد عن طريق اللعان حيث إن نفي الولد عن طريق اللعان له مجال آخر في بحثه ولن نتعرض له في طيات هذا البحث

(١٦٦) سواء أكان ذلك راجعاً لاختلاف الأدلة أو تساويها، أو وجود وطء بشبهة

○ حالات فقد الأطفال وضياعهم من ذويهم في الكوارث والحوادث وتعذر معرفتهم.

ومسألة مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب ونفيه لها طريقان :

الطريق الأول: "التقليدي" وهو مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب او نفيه عن طريق القيافة .

الطريق الثاني: "الحديث" وهو مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب عن طريق الوسائل المستحدثة وهو ما يعرف بالبصمة الوراثية"

ولقد بحث الفقهاء مسألة مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في دعاوى النسب فيما يعرف في الفقه الإسلامي بالقيافة، ومدى ثبوت نسب الولد، أو نفيه بقول القائف^(١٦٧). لذا سوف نقوم ببحث مسألة مدى جواز ثبوت النسب بالقيافة في الفقه الإسلامي باعتباره طريقاً من الطريق القديمة ثم نعقبه - إن شاء الله - بمدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب بالبصمة الوراثية ومدى جواز الاعتماد عليها في إثبات النسب ونفيه. وذلك في الفرعين الآتيين:

أتناول في الفرع الأول: آراء الفقهاء في الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب ونفيه عن طريق القيافة، وأتناول في الفرع الثاني : مدى جواز الاستعانة بالطرق الحديثة في إثبات النسب.

الفرع الأول

آراء الفقهاء في الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب بالقيافة
بحث الفقهاء قديماً مسألة مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في دعوى النسب فيما يعرف في الفقه الإسلامي بالقيافة، ومدى ثبوت نسب الولد بقول القائف.

ولقد اختلف الفقهاء في مدى جواز الاستعانة بالقائف في إثبات النسب على ثلاثة آراء:

(١٦٧) راجع ما سبق ص (٥٦) من هذا البحث .

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز الاستعانة بقول القائف في إثبات النسب مطلقاً.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول^(١٦٨)، والشافعية^(١٦٩)، والحنابلة^(١٧٠) والظاهرية^(١٧١).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم جواز إثبات النسب بقول القائف مطلقاً. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١٧٢).

الرأي الثالث: يرى أصحابه جواز الاستعانة بقول القائف في إثبات نسب الإمام دون الحرائر أي في ملك اليمين لا في النكاح.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول وهو المشهور في المذهب^(١٧٣).
الأدلة:

(١٦٨) تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام: لابن فرحون، في باب القضاء بالقافة، مسألة ولا تعتمد القافة إلا على أب موجود بالحياة.

(١٦٩) الحاوي الكبير: للمواردي، مرجع سابق ج ١٧، ص ٣٨٩ وما بعدها. وقد ذكر الشافعية مدى جواز الاستعانة بالقائف في إثبات النسب في عدد من الأبواب منها باب اللقيط، وما يحرم من الرضاعة، وفي الأفضية من كتاب الدعوى والبيئات.

(١٧٠) الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ٤١٠، الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٢٩. (باب اللقيط) وهو مروى عن عمر وأنس وعطاء والأوزاعي والليث بن سعد، والزهرى الشرح الكبير: لابن قدامة مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٠٢، ٤٠٣.

(١٧١) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٣٥، مسألة رقم (١٨٠٦).
(١٧٢) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٩٧، "باب الاستيلاء"، بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٤ "كتاب الدعوى باب تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين.

(١٧٣) تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام: لابن فرحون، في الباب التاسع والستون القضاء بالقافة، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي الشهير (بابن رشد الحفيد) المتوفى سنة ٥٩٥ هـ، ج ١، ص ٦٨٧.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بجواز الاستعانة بالقائف في إثبات

النسب مطلقاً - في الإماء والحرائر - بالسنة، والأثر، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن أم المؤمنين السيدة عائشة - رضي الله عنها - قالت: [دخل علي قائف والنبى ﷺ شاهد وأسامة بن زيد، وزيد بن حارثة مضطجعان فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض قال فسر بذلك النبي ﷺ وأعجبه فأخبر به عائشة] (١٧٤)

وجه الاستدلال : إن في الحديث دلالة على أن القيافة علم جائز العمل

به ولو لم يكن علماً لقال له: لا تقل هذا: لأنك إن أصبت في شيء لم آمن عليك أن تخطئ في غيره، وفي خطئك كذب محصنة، أو نفي نسب، وما أقره إلا أنه رضي، وراه علماً، ولا يسر إلا بالحق ﷺ فجاز العمل بالقيافة في إلحاق الولد بأبيه (١٧٥).

ونوقش هذا الاستدلال : بأن فرح النبي ﷺ وترك الرد والنكر لاحتمال

أنه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة، بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله ﷺ لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحمتم لا يصلح حجة (١٧٦).

ويمكن أن يرد على هذه المناقشة: بأن القول إن فرح النبي ﷺ بقول

القائف إظهار لبطلان قول الكفار ورداً على طعنهم بما يعتقدون من صحة قول القائف لديهم يكون صحيحاً إذا أظهره النبي ﷺ للكفار ونكره لهم، إلا أن الحديث بين أن النبي أظهر فرحه للسيدة عائشة ولم يظهره لمن يطعنون على نسب أسامة لزيد.

(١٧٤) متفق عليه . "واللفظ للبخاري". سبق تخريجه أنظر ص من هذا البحث

(١٧٥) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ١٧، ص ٣٨٠.

(١٧٦) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٤.

وأما الأثر: فما روي أن رجلين ادعيا نسب ولد فدعا عمر بن الخطاب **ع** القائف فقال: اشتركا فيه فقال عمر وال أيهما شئت^(١٧٧).

وجه الاستدلال: أن عمر **ع** استعان بالقائف في إثبات نسب الولد إلا أنه قد لبث على القائف من أبوه لذا قال له عمر وال أيهما شئت. **واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل:** بعدم جواز الاستعانة بالقائف في إثبات النسب مطلقاً، بالإجماع والمعقول.

فأما الإجماع: فما روي أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول بوجود الإجماع من الصحابة على عدم اعتبار قول القائف وعدم الاستعانة به في إثبات النسب منقوض بعدد من الروايات منها أن عمر بن الخطاب نفسه قد استند إلى قول القافة في أكثر من حادثة وكان يستعين بهم في إثبات النسب.

(١٧٧) انظر السنن الكبرى: للبيهقي، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٦٣ رقم الحديث (٢١٧٩٩)، عن سليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان، كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف: لقد اشتركا فيه فضربه عمر بن الخطاب بالدرّة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني خبرك. فقالت: كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن، وتظن أنه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها فأهريق دمها ثم خلف عليها هذا، - تعني الآخر - ، فلا أدري من أيهما هو؟ فكبر القائف فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت.

أنظر كنز العمال من سنن الأقوال والأفعال: لعلاء الدين البرهاني، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٤، رقم الحديث (١٥٣٥٧).

أنظر الموطأ: للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة، الطبعة الأولى ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الإمارات، ج ٤، ص ١٠٧٢، رقم الحديث (٢٧٣٨) نسخة محققة قام بها (محمد مصطفى الأعظمي).

وأما المعقول فمن وجوه منها :

أ- إن قول القائف لو كان معتبراً لرجع إليه في اللعان في نفي الولد، ولم ينف الولد بالجهل وهذا دليل على أن قوله غير معتبر.
ويناقش هذا الاستدلال : بأن اللعان قائم على الأيمان، واليمين دليل قاطع في الشرع فلا ينتقل من القطع إلى الظن ولو كان راجحاً.
ب- إن الاستعانة بالقائف والاعتماد على قوله كان جائزاً في الجاهلية فيكون العمل به من حكم الجاهلية وهو مما نهى الله عنه قال تعالى (أَفْحَكُمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ) (١٧٨)

ويناقش هذا الاستدلال : بأن القيافة ليست من حكم الجاهلية لإقرار النبي ﷺ بالعمل بها كما ورد في حادثة أسامة بن زيد بن حارثة، وكذلك اعتماد عمر بن الخطاب قول القائف وابن عباس وأنس بن مالك وغيرهم من الصحابة.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل : بجواز الاستعانة بالقائف في إثبات النسب في الإماء دون الحرائر بالسنة، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن أم المؤمنين السيدة عائشة - رضي الله عنها- قالت قال رسول : [الولد للفراس وللعاهر الحجر] (١٧٩)

وجه الاستدلال : إن المراد بالفراس الوارد في الحديث فراس الأمة لأنها تصير فراشاً بإقرار السيد بالوطء، فخص الفرأس الوارد في الحديث بالفراس في ملك اليمين فيكون المعنى أن الولد لصاحب الفرأس في الإماء.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن لفظ الفرأس الوارد في الحديث لفظ عام يشمل الإماء في ملك اليمين كما يشمل الحرائر في النكاح ولا دليل على اختصاص أحدهما دون الآخر.

وقد يرد على هذه المناقشة : بأن الحادثة التي ذكر فيها الحديث كانت تنازع على ولد في ملك اليمين خاصة.

ويرد على هذا: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

(١٧٨) سورة المائدة جزء من الآية رقم (٥٠).

(١٧٩) متفق عليه . "واللفظ للبخاري". سبق تخريجه أنظر ص من هذا البحث

وأما المعقول : فمن وجهين :

الأول: إن اختصاص القافة بالإماء، لأن الأمة قد تكون بين جماعة فيطؤونها في طهر واحد فقد تساوا في الملك والوطء، وليس أحدهما بأقوى من الآخر فالفرشان مستويان، وكذلك الأمة إذا ابتاعها رجل وقد وطئها البائع ووطئها المبتاع في ذلك الطهر، لأنهما استويا في الملك، وأما الحرة فإنها لا تكون زوجا لرجلين في حالة واحدة، فلا يصح فيها فرشان مستويان.

الثاني : إن ولد الحرة لا ينتفي إلا باللعان، وولد الأمة ينتفي بغير لعان، والنفي بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد، فلا ينقل ولد الحرة من اليقين بالاجتهاد ولما جاز نفي ولد الأمة بمجرد الدعوى جاز نفيه بالقافة.

ونوقش وجه الاستدلال أيضاً : بأن هذا القول معارض للحديث الذي روته السيدة عائشة - رضي الله عنها - من حادثة زيد بن حارثة وأسامة أن أسامة كان ابن حرة وليس ابن أمة (١٨٠)

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في عدد من المسائل منها:

- إذا ادعى رجلان ولداً ولم يكن لهما بينة على دعواهما أو تساوت بينتهما.
- إذا ادعت امرأتان ولداً ولم يكن لإحدهما بينة أو تساوت بينتهما.

فبناءً على الرأي الأول القائل: بجواز الاستعانة بالقافة يعرض عليهم فإن أحقوه بأحدهما لحق، وإن اشبه عليهما يقرع بينهم.
وبناءً على الرأي الثاني القائل: "بعدم جواز الاستعانة بالقافة مطلقاً" إن الولد ينسب إليهما ولا يعرض على القافة (١٨١).

(١٨٠) المحلى : لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٣٥ ، مسألة رقم (١٨٠٦).

(١٨١) بل إن أصحاب هذا الرأي - وهم الأحناف - قد ذكروا أنه لو ادعاه ثلاثة أو أربعة أو خمسة لم يعرض على القافة وهو بينهم على اختلاف في المذهب .

فعند أبي حنيفة هو بينهم، وقال أبو يوسف: لا يثبت لأكثر من اثنين، وقال محمد : لا يثبت لأكثر من ثلاثة. أنظر بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٤

وبناءً على الرأي الثالث القائل: "بجواز الاستعانة بالقافة في الإيماء دون الحرائر" لا يعرض على القافة لأنهم لا يختصون بإثبات النسب في الحرائر. **الرأي المختار:** إن الرأي المختار في مسألة مدى جواز الاستعانة بالقائف في إثبات النسب هو الرأي الأول القائل بجواز الاستعانة بالقائف في إثبات النسب لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة، ولأن القيافة علم يستند إليه حال الاشتباه وعند وجود تنازع ولا يوجد بينة لأحد المتنازعين في إثبات النسب، أو تساوت البيئات ولما في هذا الرأي من استناد للعمل بالسنة، وللعلم والمنطق العقلي السليم . والله أعلم ،،،

الفرع الثاني

مدى جواز الاستعانة بالطرق الحديثة في إثبات النسب

تدق مسألة الاستعانة بالطرق الحديثة في إثبات النسب أو نفيه في الوقت الحاضر خاصة بعد ظهور العديد من المشكلات من ضياع وفقد الأطفال في المستشفيات ومراكز الولادة، ومراكز رعاية الأطفال حديثي الولادة من جانب ومن جانب آخر ندرة القائمين على القيافة ومعرفة الأنساب في الوقت الحاضر.

فقد يوجد - بل يوجد بالفعل - في الوقت الواحد وفي الساعة الواحدة أكثر من حالة ولادة في مكان واحد وقد يختلط بعضهم ببعض نتيجة الإهمال أو تعدد ذلك؛ الأمر الذي لم يكن موجوداً قديماً حيث كانت المرأة تضع مولودها في بيتها برعاية من أقربائها وذويها دون أن يحدث ضياع أو اختلاط . وقد يحدث نزاع حال اختلاط المواليد في أحد هذه الأماكن فيثور التساؤل ألا وهو ما مدى ثبوت نسب الولد باستخدام الوسائل الحديثة في إثبات النسب؟

فأجازوا ثبوت نسب ولد واحد لأكثر من شخص وهو أمر لا يستقيم شرعاً ولا عقلاً، فإن الله قد خلق الخلق كله من ذكر وأنثى قال تعالى I (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى) فهو دليل على أن الخلق كله من ذكر واحد وأنثى واحدة فلا يكون أكثر من ذلك، وقال I (أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُضَى) فيكون الخلق من مني واحد من ذكر واحد لا أكثر من ذلك.

تحرير المسألة : يثار في هذا المقام تساؤل مؤداه : هل الوسائل الحديثة كالבصمة الوراثية (D N A)^(١٨٢) تعد دليلاً على إثبات النسب ونفيه ومن ثم يجوز الاستعانة بها أم لا؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في الفقه الإسلامي في هذه المسألة بين مؤيد للأخذ بهذه الوسائل في إثبات النسب ونفيه على الإطلاق وبين معارض للأخذ بها، بينما ذهب جانب آخر إلى التفصيل.

وبذلك يمكن أن نقول إن هذه المسألة اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون على ثلاثة آراء :

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز الاستعانة بالوسائل الحديثة مطلقاً أي في إثبات النسب ونفيه^(١٨٣).

(١٨٢) وهو اختصار علمي "Deoxy Ribo Nuclec Acid" ويقصد بها : "البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه" وهذا التعريف ما تبنته ندوة الوراثة والهندسة الوراثية في الكويت (١٤١٩هـ) واعتمده المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي (١٤٢٢هـ) .

وقد عرفها بعض الباحثين بأنها : "المادة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية هي مثل تحليل الدم، أو بصمات الأصابع، تبين مدى التشابه والتماثل بين الشئيين أو الاختلاف بينهما فهي الشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات وتجزم بوجود الفرق أو التغيرات بين المختلطات عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان في ظل علم الوراثة أحد علوم الحياة" أنظر : إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية : د. محمد جبر الألفي، طبعة ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م ، الرياض، ص ٩ "

بحث منشور على موقع الألوكة www.alukah.net

(١٨٣) وإلى هذا الرأي ذهب: د. محمد رأفت عثمان، د. مازن إسماعيل هنية، د. أحمد ذياب شويدح، د. سعد الدين هلال، محمد مختار السلامي (المفتي السابق لتونس).

أنظر : المادة الوراثية " الحينوم" د. محمد رأفت عثمان :مرجع سابق ، ص ٣٢١، وما بعدها. وانظر : نفي النسب في الفقه الإسلامي: د. مازن إسماعيل هنية، د. أحمد ذياب شويدح، بحث نشر في مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، الجامعة

واستند هذا الجانب من الفقه إلى أن الوسائل الحديثة كالبصمة الوراثية تعد قرينة قوية على ثبوت النسب ونفيه، فهي وسيلة من الناحية العلمية لا تكاد تخطئ في الولادة البيولوجية والتحقق من الشخصية، وهي تمثل تطوراً عظيماً في مجال القيافة التي أخذ بها جمهور الفقهاء .

واستندوا كذلك إلى أن العلم الحديث قد توصل حالياً إلى وجود تشابه بين الأصول والفروع يتمثل في الجين الوراثي بينهم، وإذا لم يوجد هذا التشابه فهذا يدل دلالة قوية على عدم وجود النسب بينهم، والعمل بالدلائل والإمارات موجود ومشروع في الفقه الإسلامي وهذه الوسيلة تعد أمانة وعلامة على وجود النسب بين الأصول والفروع كما أنها تعد علامة أيضاً على نفي النسب بينهم. كما أن جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية قد أخذوا بالعمل بالقيافة واستندوا إليها باعتبارها من القرائن والأدلة التي يمكن الاعتماد عليها في إثبات النسب ونفيه^(١٨٤).

وذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا حاجة إلى اللعان إذا طالبت الزوجة المقذوفة من زوجها الاحتكام إلى البصمة الوراثية^(١٨٥)

الرأي الثاني : يرى أصحابه عدم جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه^(١٨٦).

الإسلامية غزة فلسطين المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ص ١ - ص ٢٥ يونيو

٢٠٠٨ ، تحت رابط <http://www.iugaza.edu.ps/ara/research>

وانظر : نفي النسب بالبصمة الوراثية : د. محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص ٤٦ .

(١٨٤) راجع ما سبق ص (٨٦) ، (٨٧) من هذا البحث.

(١٨٥) المادة الوراثية " الجينوم: د. محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص ٣٥١، ٣٥٢.

ويشير سيادته إلى فتوى صادرة في مجلة اللواء الإسلامي في ٢٥ ربيع الآخر عام

١٤٣٠ هـ - ١٦ من إبريل ٢٠٠٩ م .

(١٨٦) وأصحاب هذا الرأي هم المنتمون للمذهب الحنفي الذين يقولون بعدم جواز العمل

بالقيافة وما يشبهها من وسائل في إثبات النسب ونفيه. راجع ما سبق ص (٨٥) من هذا

البحث في عرض الرأي الحنفي .

واستند أصحاب هذا الرأي إلى أن البصمة الوراثية يمكن الأخذ بها في مجالات عديدة أما قضايا النسب فإنه يحتاط لها ما لا يحتاط في غيرها لاحتمال وجود الخطأ فيها والنسب والقضايا التي تتصل به في الإثبات أو النفي يقوم على القطع ولا يقوم على الظن والاحتمال.

الرأي الثالث: يرى أصحابه التفصيل في المسألة فقالوا "بجواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، وعدم جواز الأخذ بها في نفي النسب" وإلى هذا الرأي ذهب مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة^(١٨٧) ولجنة الفتوى التابعة للأزهر الشريف^(١٨٨).

ولقد استند أصحاب هذا الرأي في اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب إلى أن البصمة الوراثية هي يقينية في حالة الإثبات لأنها تدل على هوية الإنسان من حيث كونها البنية الجينية له فهي محددة له بعينه ولقد أثبتت البحوث العلمية والميدانية أنها وسيلة تمتاز بالدقة وتكاد تكون قطعية في نسبة الأولاد إلى الوالدين ويمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم أو

(١٨٧) في الدورة السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ شوال عام

١٤٢٢ هـ الموافق ٥ - ١٠ من يناير عام ٢٠٠٢ م ، والأبحاث التي قدمت فيها .

(١٨٨) وذلك في الفتوى الصادرة من لجنة الفتوى الرئيسية بالأزهر الشريف بما أحالته إليها

محكمة استئناف القاهرة لشئون الأسرة دائرة (١١٣) أحوال بشأن أخذ رأيها في دعوى

رقم (٢٩٣٦) لسنة ٢٠١٢م حيث تخلص وقائع هذه الدعوى بأن رجلاً قد تزوج امرأة

بعقد زواج شرعي صحيح في ١٧/٧/٢٠٠٨م وعاشرها معاشرة الأزواج، ولسبب ما

تركت الزوجة المنزل في ١/١٠/٢٠١٠م الموافق (الجمعة ٢٢ من شوال ١٤٣١هـ)

ولم تعد، وفي ٢١/١٢/٢٠١١م (١١ من جماد الآخر ١٤٣٥هـ) أنجبت بنتاً - أي بعد

مضي أكثر من سنة على تركها المنزل- ، مما دفع الزوج لرفع الدعوى رقم ٢٩٣٦

لسنة ٢٠١٢م طالباً فيها نفي نسب الصغيرة منه وقامت المحكمة بנדب خبير من

مصلحة الطب الشرعي لأخذ عينة من الزوج والزوجة والبنات لإجراء أبحاث الحمض

النووي وإظهار البصمة الوراثية وإجراء الاختبار الجيني وكتابة تقرير طبي معلمي.

وانتهى التقرير في ١٢/٤/٢٠١٤م إلى نتيجة مؤداها استحالة نسب الصغيرة للزوج.

اللعاب أو من غيرهما، والخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك^(١٨٩) أما استناد أصحاب هذا الرأي في عدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لنفي النسب فقد استندوا إلى دليلين:

الأول: إن البصمة الوراثية تعد دليلاً من المعقول والنتائج التي يتوصل إليها من خلال البصمة الوراثية مبناها على العقل؛ أما نفي النسب في الفراش الصحيح فإن طريقه ثابت بالمنقول في آيات اللعان وذلك في قول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۚ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ)^(١٩٠) ولا يقدم المعقول على المنقول فلا يلجأ إلى البصمة الوراثية لنفي النسب وإنما يكون نفي النسب باللعان وهو الطريق الشرعي له.

الثاني: إن العمل بنفي النسب بالبصمة الوراثية يستند إلى وجوب وجود مشروع الطفرة الوراثية وهو يسمى Mutation (ميوتيشن) أي التحوير وهذا المشروع ليس موجوداً في مصر وكذلك الدول العربية لكنه موجود في بريطانيا وأوروبا ومن ثم فالنتائج التي يتوصل بها من خلال البصمة الوراثية في نفي النسب صحيحة - إلى حد بعيد - في الدول التي قامت بمشروع الطفرة الوراثية، أما الدول التي لم يتم فيها مشروع الطفرة الوراثية فلا يمكن القول بإعمال البصمة الوراثية في نفي النسب فيها، لذا يجب رفض عمل البصمة الوراثية في حالة نفي النسب بدون هذا المشروع ديانة^(١٩١).

(١٨٩) أنظر في ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي في الدورة السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة سابق الإشارة إليه.

(١٩٠) سورة النور الآيات رقم (٦ - ٧ - ٨ - ٩).

(١٩١) أنظر في ذلك الفتوى الصادرة من لجنة الفتوى الرئيسية بالأزهر الشريف سابق الإشارة إليها د. عطا عبد العاطي السنباطي، أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، وعضو لجنة الفتوى الرئيسية بالأزهر الشريف.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مسألة مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب أو نفيه باستخدام الطرق الحديثة ومنها البصمة الوراثية هو الرأي القائل بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية وذلك إذا توفرت الشروط والضوابط للعمل بها لأن الشرع الحنيف يتتوق إلى إثبات النسب بكافة الطرق المشروعة، وتعد البصمة الوراثية من الطرق المشروعة في إثبات النسب، مع ملاحظة أن المراد بإثبات النسب من الناحية الشرعية هو النسب الشرعي لا النسب الطبيعي لذا فإن أعمال البصمة الوراثية لا يكون إلا عند تنازع فراشين معتبرين شرعاً وذلك إذا فقدت البيئات أو تساوت البيئات، أما إذا كان أحد الفراشين معتبر والآخر غير معتبر فلا يجوز العمل بهذه الوسيلة لإثبات النسب أو نفيه، فالطريق الوحيد في نفي النسب في هذه الحالة هو الطريق الشرعي وهو اللعان.

بالإضافة إلى ذلك عدم أعمال الطرق الحديثة - البصمة الوراثية - في نفي النسب من فراش شرعي ولكن الطريق لنفي النسب حينئذ هو الطريق الشرعي لللعان دون غيره فلا تتقدم الوسائل الحديثة ومنها البصمة الوراثية على اللعان وهو الطريق الشرعي. والله أعلم ،،،

المبحث الثاني نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية في القانون المصري

يقصد بنطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية الموضوعات التي يمكن أن تدخل فيها الخبرة سواء أكان هذا التدخل بالنص القانوني أو من قبل المحكمة، فيثار في هذا المقام تساؤل مؤداه ما هي الموضوعات التي تشملها الخبرة في مجال الأحوال الشخصية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي أن نفرق بين أنواع الخبرة أمام المحاكم التي تختص بالنظر في منازعات الأحوال الشخصية.

وتتنوع الخبرة إلى نوعين:

النوع الأول: الخبرة الأخصائية - الأخصائي الاجتماعي والنفسي -.

النوع الثاني: الخبرة الفنية .

لذا سوف أتناول نطاق الخبرة في منازعات الأحوال الشخصية في
مطلبين:

أتناول في المطلب الأول: نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية.
وأتناول في المطلب الثاني: نطاق الخبرة الفنية في مجال الأحوال
الشخصية.

المطلب الأول

نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية

يقصد بالخبرة في مجال الأحوال الشخصية هي الخبرة التي يعهد بها إلى
الأخصائي الاجتماعي والنفسي أمام محكمة الأسرة - ولقد استحدث القانون
هذا النوع من الخبرة في منازعات الأحوال الشخصية لبحث الجوانب
الاجتماعية والنفسية لأطراف النزاع. وتتنوع هذه الخبرة إلى نوعين:
النوع الأول: الخبرة السابقة على نظر الدعوى.
النوع الثاني : الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة.
وسوف نتناول نطاق هذا النوع من الخبرة القانونية في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

نطاق الخبرة السابقة لنظر الدعوى

يقصد بنطاق الخبرة السابقة على نظر الدعوى : الموضوعات التي
تختص بها الخبرة التابعة لمكتب تسوية المنازعات.
ولقد نصت المادة السادسة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على
أنه: "في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى
المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والأمور الوقتية يجب على من يرغب إقامة
دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة
أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص"

وبالنظر فيما تختص به محاكم الأسرة نجد أن الاختصاص النوعي لهذه المحاكم قد حددته المواد (٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م (١٩٢)

ومن ثم يتسع نطاق الموضوعات التي تختص بنظرها الخبرة التابعة لمكتب التسوية لتشمل كافة الموضوعات التي تتعلق بالأحوال الشخصية غير ما أخرجها المشرع من اختصاصها.

والموضوعات التي أخرجها المشرع من اختصاص مكتب تسوية

المنازعات هي :

١. الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح: يقصد بالدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح - وبصفة عامة - هي الدعاوى التي تتعلق بالحالة الشخصية أو النظام العام طبقاً لأحكام المادة (٥٥١) من القانون المدني، فيتعين أن يكون موضوع الدعوى مما يجوز الصلح فيه شرعاً وألا يكون فيه إخلال بحق من حقوق الله تعالى فلا يجوز التصالح على الزواج بالمحرمات نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة كما لا يجوز التصالح في دعاوى النسب، والتصالح في دعاوى الميراث لتوريث غير المسلم من المسلم (١٩٣).

٢. الدعاوى المستعجلة: يقصد بها الدعوى المتعلقة بالمسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت ويكون الحق المطلوب فيها اتخاذ قرار عاجل لا يمس أصل الحق المراد حمايته وقتياً، فصفة الاستعجال تفرض طابع السرعة على إجراءات مباشرة هذه الحماية، فتكمن طبيعة القضاء المستعجل في إسباغ الحماية المؤقتة التي تعمل على حفظ الحق إلى أن يتمكن القضاء من حمايتها موضوعياً وتنفيذياً (١٩٤).

٣. الدعاوى المتعلقة بمنازعات التنفيذ: ويقصد بها الدعاوى التي تتعلق بالتنفيذ الجبري إذا تعلق موضوعها بالتنفيذ سبباً ومحللاً، ويؤثر الادعاء

(١٩٢) أنظر نصوص هذه المواد في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م .

(١٩٣) محكمة الأسرة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي: د. سحر عبد الستار

إمام يوسف، ٢٠٠٥م دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص ١٣٠.

(١٩٤) المرجع ص ١٣٢.

فيها سلباً أو إيجاباً في التنفيذ ومن هذه الدعاوى الادعاء ببطلان التنفيذ وطلب إلغائه، أو الادعاء بصحته والاستمرار فيه ، وسواء أكانت المنازعة موضوعية أو وقتية (١٩٥).

٤. الدعاوى المتطلب فيها أمراً من الأمور الوقتية: ويقصد طلب إصدار أمرٍ على عريضة من رئيس محكمة الأسرة في المسائل المنصوص عليها في المادة رقم (١) من مواد إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م وذلك بصفته قاضي الأمور الوقتية وهذه الأوامر هي قرار يصدر من القاضي بناءً على عريضة يقدمها الطالب دون مواجهة الطرف الآخر (١٩٦).

والغرض من إخراج هذه الدعاوى من اختصاص مكتب التسوية قد يرجع إلى طبيعة المنازعة كما في الدعاوى التي لا يجوز الصلح فيها، وقد يكون راجعاً إلى صفة الاستعجال في المنازعة، أو كونها من الأمور الوقتية.

(١٩٥) المرجع ص ١٣٢.

(١٩٦) المرجع ص ١٣٢.

الفرع الثاني نطاق الخبرة المعاونة

ترتبط الخبرة المعاونة للمحكمة حال نظر الدعوى بنوع المحكمة ذاتها فقد تكون الخبرة معاونة لمحكمة الأسرة في الدرجة الأولى، وقد تكون الخبرة معاونة للمحكمة في دائرة الاستئناف، ولكل نوع من هذين النوعين نطاقه الذي يختص به، وسوف نتناول نطاق كل منهما في النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى: الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة: سبق أن ذكرنا أن المشرع قد استحدث هذا النوع من الخبرة في القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م محكمة الأسرة عند نظر دعاوى، وجعل المشرع هذا النوع من الخبرة جزءاً من تشكيل المحكمة وذلك عند نظر عدد من الدعاوى وهذا ما نصت عليه المادة (١١) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م حيث نصت على أن: "يكون حضور الخبيرين المنصوص عليهما في المادة (٢) من هذا القانون جلسات محكمة الأسرة وجوباً في دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير، ومسكنه، ورؤيته وضمه، والانتقال به، وكذلك دعاوى النسب والطاعة"

ومن ثم تكون الموضوعات التي تدخل في اختصاص الخبرة المعاونة

لمحكمة الأسرة وجوباً هي :

- ١- الطلاق.
- ٢- التطليق.
- ٣- التفريق الجسماني.
- ٤- الفسخ.
- ٥- بطلان الزواج.
- ٦- حضانة الصغير.
- ٧- مسكن الصغير.
- ٨- حفظ الصغير .
- ٩- رؤية الصغير.
- ١٠- ضم الصغير .
- ١١- الانتقال بالصغير من محل الإقامة إلى مكان آخر .

١٢ - دعاوى النسب.

١٣ - دعاوى الطاعة.

أما غير ذلك من الدعاوى فالاستعانة بهذا النوع من الخبرة "الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين" فهو أمر **جوازي** للمحكمة أن تستعين بهم إذا رأت ضرورة لذلك، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م فنصت على: "وللمحكمة أن تستعين بهما في غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية إذا رأت ضرورة بذلك" ومن ثم يمكن القول بأن الموضوعات التي تدخل في نطاق هذا النوع من الخبرة هي كافة مسائل الأحوال الشخصية سواء أكانت هذه المسائل من المسائل التي أوجب المشرع تدخل الخبرة فيها أم كانت من المسائل التي يجوز للمحكمة الاستعانة المحكمة بها ويكون ذلك عند الضرورة التي تقدرها المحكمة.

النقطة الثانية: الخبرة المعاونة للدائرة الاستئنافية: الخبرة المعاونة للدوائر الاستئنافية: أجاز القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م للدوائر الاستئنافية الاستعانة بمن ترى من الأخصائيين - الاجتماعيين والنفسيين - فنص في المادة الثانية على: "وللدائرة أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين". فبناءً على هذا النص يكون للدائرة الاستئنافية سلطة واسعة في الاستعانة بالأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين، دون أن توجد ضرورة لذلك حيث لم ينص القانون على وجوب وجود الضرورة، فإذا رأت المحكمة الاستعانة بالأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين كان لها ذلك دون أن تنقيد كذلك بالعدد، وكذلك في تحديد الموضوعات التي يمكن لها أن تتدب الخبير لمعاونة المحكمة فيها، وبذلك يتسع نطاق هذا النوع من الخبرة ليشمل كافة الموضوعات التي تدخل في منازعات الأحوال الشخصية بما تحدده لها المحكمة.

المطلب الثاني

نطاق الخبرة الفنية في مجال قانون الأحوال الشخصية المصري يتحدد نطاق الخبرة الفنية في مجال الأحوال الشخصية بالموضوعات التي يمكن للمحكمة الاستعانة بهذا النوع من الخبرة: ويتسع نطاق الخبرة الفنية ليشمل كافة الموضوعات ذات الطابع الفني والعلمي - والتقني - (١٩٧) .

ونطاق الخبرة الفنية قد يمكن أن يكون وجوباً على المحكمة بحيث يجب على المحكمة الاستعانة بهذا النوع من الخبرة ويمكن أن تكون الاستعانة جوازية (١٩٨) .

فقد تكون الخبرة الفنية وجوبية كما في دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، وقد تكون الخبرة جوازية كما في دعوى إثبات النسب أو نفيه (١٩٩) .

إلا أنه لما كان للخبرة في هاتين الدعويتين أهمية في مجال الأحوال الشخصية فسوف نتناول دور الخبرة الفنية فيهما في الفرعين الآتيين:

أتناول في الفرع الأول دور الخبرة الفنية في دعوى التفريق بسبب العيب .

وأتناول في الفرع الثاني: دور الخبرة الفنية في دعوى النسب .

(١٩٧) أمثلة :

فقد تستعين المحكمة بهذا النوع في إثبات الزواج - مثلاً - إذا كان الزواج في وثيقة رسمية وادعى أحد الطرفين التزوير .

كما يجوز للمحكمة الاستعانة بهذا النوع من الخبرة حال ادعاء الزوجة أن الزوج طلقها عبر وسائل الاتصال المستحدثة .

(١٩٨) راجع ما سبق ص (٥١) ، (٥٢) من هذا البحث .

(١٩٩) وإلى جانب هاتين الدعويتين يوجد العديد من الدعاوى التي يمكن للمحكمة الاستعانة

بها في مجال الأحوال الشخصية وتقوم فيها الخبرة بدور فاعل مثال ذلك: "تقدير النفقات

بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن، وغيرها"

الفرع الأول

دور الخبرة في دعوى التفريق بسبب العيب

من الدعاوى التي يظهر فيها دور الخبرة ظاهراً جلياً في مجال الأحوال الشخصية دعوى التفريق بسبب العيب^(٢٠٠)، ولقد نص قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م على وجوب الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات العيوب، حيث جاء نص المادة الحادية عشرة على أنه: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها" يرتبط دور الخبرة في دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيب بعدد من النقاط: هي:

أولاً: التعريف بالعيب الذي يجوز التفريق بين الزوجين بسببه، وشروطه.

ثانياً: مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في العيوب.

ثالثاً: دور أهل الخبرة في دعوى التفريق بسبب العيب.

رابعاً: أثر قول أهل الخبرة في التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب.

فأما بالنسبة للنقطة الأولى: التعريف بالعيوب التي يجوز التفريق بين

الزوجين بسببه وشروطه: فلم يضع القانون تعريفاً للعيب الذي يمكن من خلاله الحكم بالتفريق بين الزوجين بسببه إلا أنه وضع شروطاً يجب أن تتوفر في العيب الذي يتم الحكم بالتفريق بين الزوجين بسببه وهذه الشروط هي:

(٢٠٠) ولقد مر القانون في مسألة مدى جواز التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب بمرحلتين:

الأولى: قبل صدور القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م حيث كان القانون يعتمد على مذهب الأحناف في هذه المسألة (الظاهر من المذهب الحنفي).

وبالنظر في مذهب الأحناف نجد أن العيوب التي يؤخذ فيها برأي أهل الخبرة هي العيوب التي تمنع الجماع في حق الزوج فقط دون غيرها، أما غير ذلك من العيوب فلا يجوز الحكم بالتفريق بين الزوجين بسببها ولا يؤخذ برأي أهل الخبرة فيها. أنظر ما سبق ص (٦٦) من هذا البحث في عرض المذهب الحنفي في العيب.

الثانية: بعد صدور القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م.

الشرط الأول: أن يكون العيب مستحكماً.

الشرط الثاني: ألا يتم البرء من هذا العيب، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل.

الشرط الثالث: أن يصيب الزوجة أو نسلها ضرر من وجود العيب^(٢٠١).

ولم ينص القانون على أنواع العيوب التي يمكن التفريق بين الزوجين بسببه إلا أنه ذكر في المادة التاسعة أمثلة لعيوب التي يمكن التفريق بين الزوجين بسببها "كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضى به"

فإذا توفرت هذه الشروط جاز للمحكمة القضاء بالتفريق بين الزوجين بناءً على توفر العيب في حق الزوج، وذلك بعد الاستعانة بأهل الخبرة في مدى وجوده، سواء أكان العيب قديماً - أي قبل العقد - ولم تعلم به الزوجة، أو كان حادثاً - أي حدث بعد العقد ولم ترض به الزوجة - .

وأما بالنسبة للنقطة الثانية: مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة في

دعوى التفريق بسبب العيب: فقد أوجب المشرع على المحكمة التي تنتظر دعوى التفريق بسبب العيب أن تستعين بأهل الخبرة في العيوب عند نظر دعوى التفريق ولقد نص في المادة الحادية عشر من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م على أنه: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها"، وبالتالي تعد الاستعانة بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب التفريق بين الزوجين بسببها أمراً وجوبياً على المحكمة بحيث تلتزم المحكمة بالاستعانة بهم، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بعلمها أو بخبرتها الشخصية في الدعوى فيجب عليها الاستعانة بأهل الخبرة، فإذا لم يتم الاستعانة بأهل الخبرة من قبل المحكمة عند نظر الدعوى كان حكمها معيباً مشوباً بالقصور.

(٢٠١) وإلى جانب هذه الشروط يوجد شرط آخر لجواز الحكم بالتفريق ألا وهو: ألا يثبت

رضا المرأة بالعيب. أنظر في هذا الأحوال الشخصية: للشيخ محمد أبي زهرة طبعة

١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م، ص ٣٥٤، وما بعدها ف ٢٩٧، ٢٩٨.

وأما بالنسبة للنقطة الثالثة: دور أهل الخبرة في إثبات العيب: فيظهر دور أهل الخبرة في إثبات العيب في مدى وجود العيب، ومدى توفر الشروط التي وضعها القانون لجواز التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب. وبالنظر في الشروط التي وضعها القانون في العيب نجد أنها تعد شروطاً موضوعية لتحقيق مدى وجود العيب ومدى استحكامه، وليست شروطاً قانونية.

ويقتصر دور الخبير على إثبات مدى وجود العيب، ومدى استحكامه، وهل هذا العيب يحدث ضرراً بالزوجة أو نسلها أم لا، وذلك عن طريق الفحص الطبي الذي تختص به الخبرة الطبية في هذا المجال ويثبت الخبير الطبي "الطبيب المختص" هذا في التقرير الذي يقدمه للمحكمة في هذا الشأن (٢٠٢).

وأما بالنسبة للنقطة الرابعة: أثر قول أهل الخبرة في دعوى التفريق بسبب العيب: لم ينص القانون على أثر قول أهل الخبرة في العيب، ويثير ذلك تساؤلاً ألا وهو: ما مدى حجية قول الخبير في العيوب التي يطلب التفريق بين الزوجين بسببها؟

ولما كان الخبير في هذا المجال يعد خبيراً فنياً في مدى ثبوت العيب من عدمه فإن التقرير الذي يصدر من الخبير في هذه المسألة يطبق عليه القواعد العامة، وطبقاً للقواعد العامة في مدى حجية قول أهل الخبرة فإن رأي

(٢٠٢) العيوب الجسدية المثبتة لحق الزوجين في طلب التفريق في الفقه الإسلامي، وقانون الأحوال الشخصية الأردني: أحمد علي أبو سماقة، جهاد سالم الشرفات، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، بكلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد ٤٣، ملحق (١)، عام ٢٠١٦م، ص ٤٦٥، حق الزوجين في طلب التفريق بالعيوب: د.فؤاد جاد الكريم، مكتبة مدبولي، القاهرة - مصر، ص ٣١، وما بعدها، الخبرة الطبية القضائية بين الإمكان والحواز: البشير زرايقي، بحث منشور في مجلة المناظرة - وجدة، يونيو ٢٠٠١م، العدد السادس، ص ١٠٤، وما بعدها (بحث منشور بموقع دار المنظومة

تحت رابط <https://search.mandumah.com/Record/597915>

الخبير وتقريره لا يلزم المحكمة فيجوز للمحكمة أن تأخذ به ويجوز ألا تأخذ به.

وهذا المبدأ قد أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها - في شأن مدى حجية التقرير الصادر من الخبير - حيث قضت بأن: محكمة الموضوع غير ملزمة برأى الخبير الذي ندبته لإثبات حقيقة الحال.....، ولها أن تأخذ بتقرير الخبير الإستشاري الذي تطمئن إليه متى أقامت حكمها على أدلة صحيحة من شأنها أن تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها^(٢٠٣) كما قضت أيضاً بأن: "التطبيق لقيام العنة والخصاء كمانع طبيعي أو عرضي لا يبرجى زواله ويخل دون مباشرة العلاقة الزوجية، مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها قائماً على أسباب سائغة^(٢٠٤)"

تعقيب على مسألة الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات العيب: ولنا تعقيب على موقف قانون الأحوال الشخصية في الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات العيب يتمثل في عدد من النقاط هي:

أولاً: إن القانون لم يحدد ما المقصود بأهل الخبرة في هذا المجال.
فيثار هنا تساؤل ألا وهو من هم أهل الخبرة الذين تستعين المحكمة بهم فهل تستعين المحكمة بخبراء الطب الشرعي لإثبات العيب أم أن المحكمة يمكن أن يستعين بمن يرى الاستعانة به في إثبات العيب دون التقيد بنوع معين من الخبراء؟

وللإجابة على هذا التساؤل نفرق بين مرحلتين:

(٢٠٣) (طعن نقض رقم ٣٧٠٥ لسنة ٥٩ جلسة ١٠/٤/١٩٩٤ اس ٤٥ ع ١ ص ٦٦٨ ق ١٢٧)، (طعن نقض رقم ٢٥٧ لسنة ٣٣ جلسة ١٩٦٧/١/٣١/١٨ ع ١ ص ٢٨٥ ق ٤٣) طعن نقض رقم ١٠١ لسنة ٣٦ جلسة ٢٨/٤/١٩٧٠ اس ٢١ ع ٢ ص ٧١٤ ق ١١٦)، (طعن نقض رقم ٢٥٧ لسنة ٣٣ جلسة ٣١/١/١٩٦٧ س ١٨ ع ١ ص ٢٨٥ ق ٤٣).

(٢٠٤) (طعن نقض جلسة ١/٧/١٩٧١م مجموعة المكتب الفني السنة ٢٢ العدد ٢، أحوال.

الأولى : مرحلة قبل صدور القانون المنظم للخبرة القضائية: وكان الأمر في الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات العيب الذي يطلب التفريق فيه بين الزوجين مطلقاً لقاضي الأحوال الشخصية، فله أن يستعين بمن يشاء لإثبات العيب.

الثانية : بعد صدور القانون المنظم للخبرة القضائية " ومنها الخبرة في الطب الشرعي" نجد أنه من الأولى بعد صدور القانون المنظم للخبرة الطبية - الطب الشرعي- أن تكون الاستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال هم أهل الخبرة من الطب الشرعي فتستعين المحكمة بأهل الخبرة من الطب الشرعي لإثبات العيوب التي يطلب التفريق بين الزوجين بسببها، ما لم تر المحكمة وجود ضرورة في الاستعانة بغيرهم وعليها أن تبين الأسباب التي دعت إلى الاستعانة بغيرهم.

ثانياً: لم ينص القانون على أثر قول الخبير في إثبات العيب الذي يطلب فيه فسخ النكاح.

وبناءً على هذا تطبق القواعد العامة في الخبرة الفنية في هذه المسألة فللخبير أن يكتب تقريره وللمحكمة الحرية في الأخذ برأي الخبير أو عدم الأخذ به وذلك باعتبارها الخبير الأعلى ورأي الخبير والتقرير الذي يصدر منه يعد تقريراً استرشادياً ولا يلزم المحكمة الأخذ به.

ثالثاً: عدل القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م عن الأخذ بالرأي الظاهر من المذهب الحنفي^(٢٠٥): فلم يقصر جواز الحكم بالتفريق بين الزوجين على العيوب التي تمنع الجماع في حق الزوج فقط بل وسع القانون في العيوب التي يمكن التفريق بين الزوجين بسببها كالجنون والبرص والجذام.

كذلك لم يتبن القانون موقف المذهب المالكي، أو الشافعي والراجح من المذهب الحنبلي في العيوب التي يجوز التفريق بين الزوجين بسببها حيث اتخذ موقفاً مغايراً لهذه المذاهب فجعل العيوب التي يمكن التفريق بين الزوجين بسببها هي العيوب المستحكمة التي لا يمكن البرء منها أو يمكن البرء منها بعد زمن طويل وتحدث ضرراً بالزوجة أو نسلها سواء أكان العيب

(٢٠٥) حيث كان هو المعمول به قبل صدور القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م .

متصلاً بالناحية الجنسية أم لا . فوسع القانون من العيوب التي يمكن التفريق بين الزوجين بسببها^(٢٠٦).

رابعاً : قصر القانون الحق في طلب التفريق بين الزوجين بسبب

العيب على الزوجة فقط : دون أن يعطي الحق للزوج في طلب التفريق، وذلك تأثراً بالظاهر من المذهب الحنفي. إلا أن الأولى - كما ذهب العديد من الباحثين في الفقه الإسلامي^(٢٠٧) - إعطاء الحق كذلك للزوج في فسخ عقد الزواج لتساوى كلا الزوجين في ذات الحقوق.

خامساً : إن القانون لم يحدد المدة التي يرجى شفاء المريض من العيب

فيها : ولقد ذهب جانب من الباحثين في الفقه الإسلامي إلى التعقيب على موقف القانون في أنه لم يحدد المدة التي يرجى شفاء المريض فيها: وهذا قد يؤدي في كثير من الحالات إلى الخلاف، فذهبوا إلى أنه كان

(٢٠٦) ويعد هذا تطبيقاً لمبدأ التلفيق بين المذاهب تحقيقاً للمصلحة أنظر في هذا المبدأ

وتطبيقاته في مجال الأحوال الشخصية د. جابر عبد الهادي الشافعي

(٢٠٧) أنظر: الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية : د. عبد المجيد محمود مطلوب،

١٤١٤ هـ - ١٩٩٣/١٩٩٤ م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص ٢٩٢،

وما بعدها، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : د. محمد علي إبراهيم محجوب،

٢٠١٥/٢٠١٦، دار نصر للطباعة الحديثة- القاهرة، ص ٢٤٢، أحكام الأسرة في

الفقه الإسلامي والقانون المصري : د. عبد العزيز رمضان سمك، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص ٣٦٩ وما بعدها، قول الخبير وحجيته

في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد النكاح: د. عدنان عزايمة، مرجع سابق، ص ٢٧،

العيوب الجسدية المثبتة لحق الزوجة في طلب التفريق في الفقه الإسلامي وقانون

الأحوال الشخصية الأردني: أحمد علي أبو سماقة، جهاد سالم الشرفات، مرجع سابق،

ص ٤٦٥، حق الزوجين في طلب التفريق بالعيوب : د. فؤاد جاد الكريم، مرجع سابق،

ص ٣١، وما بعدها. قراءة تحليلية لبعض نصوص قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة

بالتفريق: د. ممدوح واعر عبد الرحمن مهني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص ٤٤.

من الأولى أن يحدد القانون هذه المدة بسنة قياساً على حالة المريض مرضاً جنسياً^(٢٠٨).

إلا أنه يمكن القول بأن الفقهاء حينما حددوا مدة السنة كان هذا راجعاً إلى نوع واحد من العيوب ألا وهو العنة - التي تعد عيباً من العيوب الجنسية - لأنها غالباً ما يظهر البرء منها أو عدم البرء خلال مدة السنة، أما القانون فقد وسع في العيوب التي يمكن التفريق بوجودها وهي تختلف من عيب لآخر ومن ثم يرجع فيها لأهل الخبرة من الأطباء، ومن ثم يكون المشرع قد اتخذ موقفاً حسناً في إسناد الأمر إلى أهل الخبرة من الأطباء المتخصصين في المدة التي يختبر فيها المريض في البرء من المرض أو عدم البرء منه .

الفرع الثاني

دور الخبرة في دعوى النسب

من الدعاوى التي تدق فيها المسألة ويعد الأمر فيها أمراً شائكاً مسألة مدى جواز الاستعانة بأهل الخبرة فيها دعوى النسب، فهل يجوز الاستعانة بأهل الخبرة في دعاوى النسب - إثباتاً ونفياً - طبقاً للقانون أم لا ؟ وللإجابة على هذا التساؤل نتناول النصوص التي تعرضت لدعوى النسب، وذلك لأن الاستعانة بأهل الخبرة في النسب مرتبط بقبول دعوى النسب وسماعها أمام المحكمة، ولقد تعرض المشرع في قوانين الأحوال الشخصية لدعوى النسب في موضعين هما :

الموضع الأول : المادة الخامسة عشرة من القانون رقم (٢٥) لسنة

١٩٢٩م المعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م : فقد نصت هذه المادة على أنه : "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة

(٢٠٨) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : د. محمد علي محجوب، مرجع سابق ،

ص ٢٤٥ قراءة تحليلية في قوانين الأحوال الشخصية: د. ممدوح واعر عبد الرحمن،

مرجع سابق ، ص ٤٩ .

الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة."

فهذه المادة عالج فيها المشرع : مصير دعوى النسب حال الإنكار،

فنص على عدم سماع دعوى النسب حال الإنكار في عدد من الحالات هي :

○ إذا أتت الزوجة بولد ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد.

○ إذا أتت الزوجة بولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها^(٢٠٩).

○ إذا أتت المطلقة بولد لأكثر من سنة من وقت الطلاق

○ إذا أتت المتوفى عنها زوجها بولد لأكثر من سنة من وقت

الوفاة.

فمحل دعوى النسب طبقاً لهذه المادة هو :"وجود عقد زواج بين

الطرفين وإدعاء الزوجة نسب الولد لزوجها وثبتت إحدى الحالات التي نص

عليها القانون وهي :

أ. عدم التلاقي بين الزوج وزوجته من حين العقد وثبت ذلك.

ب. غياب الزوج عن زوجته مدة سنة وإتيان الزوجة بولد بعد غيابه

هذه المدة.

ج. طلاق الزوج وزوجته وإتيان الزوجة بولد بعد طلاقها من زوجها

بسنة.

د. وفاة الزوج وإتيان الزوجة بولد بعد وفاة زوجها بسنة.

ويترتب على هذا: أنه إذا وقع الإنكار وتوفرت إحدى هذه الحالات فلا

تسمع دعوى النسب ومن ثم لا يكون للخبرة دور في هذه الحالة، فجعل القانون

توفر إحدى هذه الحالات عند وجود الإنكار مانعاً من سماع الدعوى من

الناحية القانونية .

(٢٠٩) ويقصد بالسنة: أي السنة الشمسية (٣٦٥) يوم وهو ما نص عليه القانون في المادة

(٢٣) حيث نص على : "المراد بالسنة في المواد من (١٢ :- ١٨) : هي السنة التي

عدد أيامها ٣٦٥ يوماً "

فإذا لم يكن هناك إنكار من الزوج أو لم تتوفر إحدى الحالات التي نص عليها القانون تسمع دعوى النسب حينئذٍ لأن الأصل - طبقاً لهذه المادة- هو سماع دعوى النسب والاستثناء هو عدم سماع الدعوى. وينبغي على هذا أنه إذا أتت الزوجة بولد بعد سنة من غياب الزوج أو بعد طلاقه لها - مثلاً - ولم ينكر الزوج فإن الدعوى تسمع ولا محل لعدم سماع الدعوى لعدم وجود الإنكار.

وكذلك أيضاً إذا لم تتوفر إحدى الحالات التي نص عليها القانون وأنكر الزوج فإن الدعوى تسمع ولا محل لعدم سماع الدعوى لعدم توفر إحدى الحالات المنصوص عليها، مثال ذلك إذا أتت المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بولد قبل مرور سنة من وقت الطلاق أو الوفاة ووقع إنكار من الزوج - في الحالة الأولى - أو الورثة فتسمع دعوى النسب في هذه الحالة.

الموضع الثاني : المادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م :

فقد نصت هذه المادة على أنه : " لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء "

فهذه المادة عالج فيها المشرع : مصير دعوى الإقرار بالنسب أو

الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث، فنص على عدم قبول دعوى الإقرار بالنسب عند الإنكار بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت قرائن قوية تدل على صحة الادعاء، وهذه القرائن تتمثل في إحدى هذه الأمور :

أ. أوراق رسمية .

ب. أوراق مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه.

ج. أدلة قطعية جازمة تدل على صحة الادعاء.

فنظم القانون في هذه المادة : "حالة إنكار النسب لشخص في حالة

وفاة من نسب إليه هذا الشخص وتوجد دعوى بالإقرار بالنسب على الغير "المتوفى"، أو توجد شهادة على وجود إقرار بهذا النسب بنسبة الشخص إلى

المتوفى ووجود منازعة في هذا النسب ولكن وجد إيداع بالإقرار بالنسب أو شهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث^(٢١٠).

فمحل هذه الدعوى: هو إقرار بالنسب حال وفاة الشخص المراد إلحاق النسب إليه فهي دعوى إقرار بالنسب على الغير، ولا يتصور وجودها إلا بعد وفاة المورث، وهي ليست دعوى مبتدأة أو مستقلة بل هي دعوى فرعية تتعلق بميراث الشخص المراد الإقرار له بالنسب في تركة المتوفى^(٢١١).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالاً بالنسب وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق في التركة يطالبه المدعي مع الحكم بثبوت نسبه مما ينبني عليه أن اختصاص القاضي الشرعي بالنظر في دعوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين يستتبع حتماً اختصاصه بدعوى النسب عملاً بقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ولا مجال للقول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث"^(٢١٢).

وقضت كذلك بأن: "نسب الولد وإن صح ثبوته من المرأة التي تقر بأبومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد لمثلها وصادقها المقر له على إقرارها إن كان في سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة إلى إثبات سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطءٍ بشبهة أو من غير زواج شرعي كالسفاح - إذ أن ولد الزنا يثبت نسبه عن الأم بخلاف الأب- إلا أن ذلك مشروط بألا تكون المرأة ذات زوج أو معتدة لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداه إلى غيرها، أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجاً لها فإن النسب لا يثبت بإقرارها لما له من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها الزوج وإلا وجبت إقامة الحجة كاملة على

(٢١٠) قراءة في قانون إجراءات القاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠. د. محمد الشحات الجندي طبعة ٢٠٠١، ص ٩٣ وما بعدها.

(٢١١) المرجع السابق ص ٩٧.

(٢١٢) نقض جلسة ١٩٦٣/٦/١٩م وإن كان هذا الحكم سابقاً على صدور القانون رقم

(١) لسنة ٢٠٠٠م المتعلق بإجراءات التقاضي

مدعاها متى حل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة والدعوى المجردة لا تكفي للقضاء بموجبها^(٢١٣)

وبالنظر في نص المادة ومدى ارتباطه بإعمال الخبرة في مجال النسب نجد أن المشرع في عجز المادة قد نص على: "أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء".

وهذا النص يثير تساؤلاً يتعلق بمجال البحث ألا وهو: "ما المقصود بالأدلة القطعية الجازمة التي تدل على صحة هذا الادعاء؟ وهل أعمال الخبرة ومنها الوسائل العلمية الحديثة - التي منها البصمة الوراثية - تعد من قبيل الأدلة القطعية الجازمة، ومن ثم اللجوء إليها يدل على صحة الادعاء بثبوت النسب أم أنها لا تعد من قبيل الأدلة الجازمة؟

لم يحدد المشرع في هذه المادة المقصود بالأدلة الجازمة التي تدل على صحة إثبات نسب الشخص إلى المتوفى، ولا ماهيتها؛ كما أنه لم يرد أمثلة لها يستدل بها عليها.

ويمكن تحديد المقصود بالأدلة القطعية الجازمة بأنها الأدلة التي تقطع وتجزم بصحة نسب الشخص إلى المتوفى بحيث لا تحتمل الشك، بحيث تنأى وتبعد عن التفسيرات والتأويلات على عدم ثبوت النسب، وأن تكون هذه الأدلة جازمة وحاسمة في الدلالة على ثبوت النسب.

ولم يضع المشرع أمثلة على هذه الأدلة تاركاً الأمر لما يكشف عنه العلم الحديث من وسائل وأدلة يمكن أن تصل إلى حد اليقين مما يؤكد ثبوت النسب بما لا يجوز إهدار هذه الأدلة أو تجاهلها بحيث يمكن اعتبارها من قبيل الأدلة الجازمة القطعية، كما هو الشأن في إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فقد قرر المؤتمر العلمي الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت جواز العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب فهي وسيلة من الناحية العلمية تكاد لا تخطئ في التحقق من الأبوة البيولوجية، وأوصى

(٢١٣) طعن نقض رقم ٣٠ لسنة ٥٣ ق احوال - جلسة ٢٨/١/١٩٨٦م.

المؤتمر باعتبار البصمة الوراثية من قبيل القرائن القوية التي يمكن الأخذ بها في غير قضايا الحدود الشرعية^(٢١٤).

ويثور في هذا المقام تساؤل مؤداه هل اللجوء إلى أعمال الخبرة تعد من قبيل الأحكام الموضوعية أم أنها من قبيل الأحكام الإجرائية؟ ويتنازع في الإجابة على هذا التساؤل اتجاهان .

وبيان هذا

الاتجاه الأول: أنه إذا تم اعتبار أعمال الخبرة من الأحكام الموضوعية فيطبق عليها قوانين الأحوال الشخصية الموضوعية^(٢١٥) وبالنظر في هذه القوانين نجد أنها لم تنص على أعمال الخبرة فيها لذا يرجع فيها إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي وبالرجوع إلى المذهب الحنفي نجد أنه لا يعمل بالخبرة في مجال دعوى النسب^(٢١٦). لذا لا يجوز العمل بالخبرة الطبية في دعوى النسب طبقاً لهذا الاتجاه.

الاتجاه الثاني: وهو الراجح أننا إذا اعتبرنا أن أعمال الخبرة واللجوء إليها من قبيل الأدلة والإثبات فإنه يطبق عليها القوانين الإجرائية التي تتعلق بسير الدعوى وتقديم الأدلة وإثباتها أمام المحكمة^(٢١٧).

ولما كانت الخبرة في نظر القانون المصري - بصفة عامة - وسيلة من وسائل الإثبات^(٢١٨) فيتم تطبيق القوانين التي تتعلق بإجراءات التقاضي في

(٢١٤) قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ م : د. محمد الشحات الجندي مرجع سابق ص ٩٨ - ٩٩ .

(٢١٥) ويقصد بالقوانين الموضوعية في مجال الأحوال الشخصية كل من:

أ- القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ م .

ب- القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ م المعدل للقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٨٥ م .

(٢١٦) راجع ما سبق ص (٨٥) من هذا البحث.

(٢١٧) ويقصد بالقوانين الإجرائية في مجال الأحوال الشخصية كل من:

أ- القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ م الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

ب- القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ م الخاص بإنشاء محكمة الأسرة.

الأحوال الشخصية، وبالنظر في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نجد أن المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون تنص على أن: "تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقوف، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية الشركات".

وبناءً على هذا فإن دور الخبرة يظهر بناءً على هذه المادة في إثبات النسب بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية الحديثة المشروعة، وبالتالي يجوز اللجوء للخبرة المبنية على الوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب، كما أن الحق في إثبات النسب في هذا المجال ليس قاصراً على الزوجين فقط بل إنه حق راجع للطفل ذاته، فيجوز له المطالبة بإثبات نسبه لأبويه الشرعيين.

والسند في هذا ما نص عليه: القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ م المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨م - والمعروف بقانون الطفل - فقد نصت المادة الرابعة على أن: "للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهم".

وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة"

فربطاً بين هذه النصوص نجد أن القانون قد أخذ بإثبات النسب بالطرق الحديثة ويتسع الأخذ بالطرق الحديثة ليشمل كافة الطرق ومنها الاعتماد على الخبرة التي تستند على الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب بما يكشف عنه العلم الحديث .

وبالتالي يعمل بالخبرة الطبية في إثبات النسب باعتبارها نوع من أنواع البيانات ودليل من الأدلة.

(٢١٨) راجع ما سبق ص (٤٧) ، وما بعدها من هذا البحث.

والقاعدة في إثبات النسب أنه يحتال فيه ما أمكن صوتاً لحق الصغير من الضياع وحفظاً للأعراض فيعمل بالخبرة الطبية حتى وإن تطرق لها الاحتمال في الإثبات.

وإثبات النسب يظل قائماً مضطرباً ما لم يكن هناك دليل دافع وحجة ساطعة على نفيه ويكون ذلك بإثبات الزنا على الزوجة أو باللجوء إلى الطريق الشرعي في نفي النسب بواسطة اللعان^(٢١٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "النسب حق للولد فلا يصدق الزوجان في إبطاله ولو تعاونوا على أنه لم يحصل وطء ومن ثم فإن إقرارهما بعدم الدخول والخلو لا يتعدى إليه ولا يبطله"^(٢٢٠)

وقضت كذلك بأن: "النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سبباً منشئاً له، أما البينة والإقرار فيهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب الفراش الصحيح أو شبهته"^(٢٢١)

وبناءً على هذا فإن دور الخبرة في مجال النسب يظهر في دعوى إثبات النسب بحيث يمكن للمحكمة اللجوء إليه والاستعانة بها باعتبارها دليل من أدلة الإثبات، التي تخضع لتقدير المحكمة طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. أما في نفي النسب فلا مجال لإعمال الخبرة فيها لوجود الطريق الشرعي في ذلك وهو اللعان.

(٢١٩) قراءة في قانون إجراءات القاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة

٢٠٠٠ : د. محمد الشحات الجندي، مرجع سابق، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢٢٠) طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق أحوال - جلسة ١٥/٣/١٩٦٧ م .

(٢٢١) طعن رقم ١١ لسنة ٤٤ ق أحوال - جلسة ٤/٢/١٩٧٦ م .

الباب الثاني

الأحكام الخاصة بالخبرة في مجال الأحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم :

يتعلق بالخبرة والقائم بها في مجال الأحوال الشخصية أحكام خاصة تتميز بها تتمثل في الشروط اللازم توفرها في الخبير في مجال الأحوال الشخصية، وكذلك النظام الإجرائي للخبرة أمام محاكم الأسرة، وما لها من خصوصية. ولبيان وبحت هذه الأمور أهمية في مجال البحث حيث يتحدد من الشروط اللازم توفرها في الخبير في مجال الأحوال الشخصية، مدى صحة قيامه بالعمل المنوط به القيام به، وكذلك النظام الإجرائي الذي يتعلق بالخبرة أمام محاكم الأسرة.

ولقد خصصت هذا الباب لبحث وبيان الأحكام التي تختص بها الخبرة في مجال الأحوال الشخصية وقسمه إلى فصلين :

أتناول في الفصل الأول : الشروط اللازم توفرها في الخبير في مجال الأحوال الشخصية.

وأتناول في الفصل الثاني: النظام الإجرائي للخبرة في مجال الأحوال الشخصية.

الفصل الأول

الشروط اللازم توفرها في الخبير في مجال الأحوال الشخصية
تمهيد وتقسيم :

يشترط في الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة عدداً من الشروط لا بد من توفرها حتى يكون أدائه للخبرة صحيحاً ومنتجاً، فيتعلق بالخبرة والشخص القائم بها -الخبير- شروط في الفقه الإسلامي لا بد من توفرها، كما توجد شروط قانونية لا بد من توفرها كذلك.

ولبيان الشروط اللازم توفرها في الخبير أهمية في مجال البحث، حيث يتحدد من خلالها مدى صحة الخبرة في المسألة، ومدى اعتماد القاضي رأي الخبير في المسألة محل الخبرة.

ولما كان للشروط اللازم توفرها في الخبير هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا الفصل وقسمته إلى مبحثين:

أتناول في المبحث الأول : الشروط اللازم توفرها في الخبير في مجال الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.

وأتناول في المبحث الثاني الشروط القانونية اللازم توفرها في الخبير في مجال الأحوال الشخصية.

المبحث الأول

الشروط اللازم توفرها في الخبير في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

يشترط في الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة في الفقه الإسلامي عدد من الشروط، وهذه الشروط منها ما يعد شروطاً عامة لا بد من تحققها في هذا الشخص وذلك في جميع المسائل- أياً ما كان موضوع الخبرة- ، ومنها شروط لا بد من تحققها في القائم بعمل الخبرة في مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة.

وسوف أتناول في هذا المبحث الشروط اللازم توفرها في الخبير

وقسمته إلى مطلبين :

أتناول في المطلب الأول: الشروط اللازم توفرها في الخبير في الفقه

الإسلامي.

وأتناول في المطلب الثاني : الشروط اللازم توفرها في الخبير في

مجال الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

الشروط العامة اللازم توفرها في الخبير في الفقه الإسلامي

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية شروطاً لا بد من توفرها في الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة، ولقد تناول الفقهاء هذه الشروط في أبواب متفرقة من أبواب الفقه منها على سبيل المثال :عند تناولهم العيوب التي يثبت بها فسخ عقد البيع وذلك في كتاب البيوع، وعند تناولهم قسمة المال وذلك في القاسم للأموال، وفي تقدير الجروح والأروش في كتاب الجنایات، وفي كتاب الصيد عند التعدي على صيد الحرم، وغير ذلك حيث إن الفقهاء لم يفردوا للخبرة أو الخبير كتاباً، أو باباً مستقلاً .

وبالنظر في أقوال الفقهاء نجد أن الشروط التي يلزم توفرها في الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة بصفة عامة- إذا كان موضوع الخبرة يتعلق بالمعاملات، أو العقود، أو القصاص أو الديات^(٢٢٢)، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الشخص القائم بعمل الخبرة من أهل المعرفة

والعلم في المسألة المعروضة: حتى يتمكن من إبداء الرأي السديد والدقيق في المسألة المنوط له القيام بها، فالقاضي لم يلجأ إليه إلا لكونه خبيراً عالماً في المسألة، فإذا لم يكن من أهل المعرفة والعلم في المسألة فلا يعد خبيراً فيها، ولا يتم الاعتماد بقوله أو الاعتماد عليه، فلا يعتمد القاضي رأي جاهل في المسألة^(٢٢٣).

(٢٢٢) أما إذا كان يتعلق بالتعدي على صيد الحرم فإن الشروط التي تتعلق بأهل الخبرة

فيها تعد شروطاً خاصة وذلك لاعتبارها من باب الأمور التعبدية.

(٢٢٣) ويستدل على هذا الشرط بأقوال الفقهاء في الخبير:

فجاء في المذهب الحنفي: "والمرجع في الحبل إلى قول النساء وفي الداء إلى الأطباء"

أنظر البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦ ، ص ٤٦، في كتاب البيع فصل خيار العيب.

وجاء أيضاً: "وإن كان لا يقف عليه - أي العيب- إلا الأطباء والبيطرة فيثبت لقوله عز

وجل (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) وهم في هذا الباب من أهل الذكر فيسألون.

أنظر : بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨، كتاب البيوع

الشرط الثاني: أن يكون من أهل الشهادة: اختلف الفقهاء في وضع شرط عام يتعلق بأهلية القائم بعمل من أعمال الخبرة - أيا ما كان موضوع الخبرة - للشهادة.

فذهب جمهور الفقهاء - من الأحناف، والمالكية في الراجح عندهم، والشافعية في الراجح في المذهب، والحنابلة - إلى اشتراط أن يكون الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة من أهل الشهادة^(٢٢٤).

بينما ذهب بعض الفقهاء - وهو المالكية في رواية، والشافعية في المرجوح عندهم - إلى عدم اشتراط أن يكون القائم بعمل من أعمال الخبرة من أهل الشهادة^(٢٢٥).

وفي المذهب المالكي: "ويثبت العيوب أهل المعرفة بها" في كتاب البيوع أنظر: البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٥. وفي المذهب الشافعي في مسألة قسمة الرد في الوقف: وقف على الدارين المحدودتين أعلاه **عدلان خبيران بالعقار وتقويمه والملك وتثمينه وأحاطا بالدارين المذكورتين علما وخبرة.** انظر: جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي ج ٢ ص ٣٤٢، أسنى المطالب شرح روض الطالب: لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٣.

في المذهب الحنبلي: "ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة". أنظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي (المتوفى: ٨٨٥هـ) الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان، ج ٦، ص ٣٣٢. وجاء أيضاً: "وإن قال أهل الخبرة: يرجى عوده - أي البصر - لكن لا نعرف به مدة وجبت الذية أو القصاص وإن اختلف في ذهابه رجع إلى عدلين من أهل الخبرة" كتاب الديات باب ذية الأعضاء ومنافعها.

أنظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لأبي النجا شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي (المتوفى: ٩٦٠هـ)، دار المعرفة بيروت - لبنان، ج ٤، ص ٢١٧ نسخة محققة قام بها عبد اللطيف محمد موسى السبكي.

(٢٢٤) راجع ما سبق ص (٤٢) من هذا البحث.

وسبب اختلاف الفقهاء : راجع إلى اختلافهم في الوصف الشرعي للخبرة ذاتها هل هي من قبيل الإشهاد أم أنها من قبيل الأخبار؟ فمن ذهب إنها من قبيل الإشهاد قال إلى اشتراط توفر أهلية الشهادة في القائم بعمل من أعمال الخبرة أيا ما كان موضوع الخبرة. ومن ذهب إنها من قبيل الأخبار قال إلى عدم اشتراط توفر أهلية الإشهاد في القائم بعمل من أعمال الخبرة.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في عدد من الشروط لابد من توفرها لتحقيق أهلية الشهادة، وهي العدد، والإسلام، والذكورة. **والرأي المختار :** - كما سبق - إن الخبرة من قبيل الإشهاد، وويرجح في الخبير كونه شاهداً فيشترط في القائم بعمل من أعمال الخبرة - الخبير - أن يكون أهلاً للشهادة. ولتحقق أهلية الشهادة في الخبير لابد من توفر شروط معينة، وهذه الشروط هي:

أ. العقل: فقد اتفق الفقهاء على أن العقل شرط من الشروط اللازم توفرها في الخبير فيشترط أن يكون الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة عاقلاً، فلا يجوز أن يكون الخبير مجنوناً أو معتوهاً. لأن العقل شرط من شرائط أهلية التصرف، كما أنه شرط للشهادة، ولا اعتبار لقول غير العاقل^(٢٢٦).

ب. البلوغ: اختلف الفقهاء في مدى اشتراط البلوغ في الخبير، وكان اختلافهم على رأيين :

(٢٢٥) راجع ما سبق ص (٤٣) من هذا البحث .

(٢٢٦) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩، التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري سنة الوفاة ٨٩٧، طبعة ١٣٩٨، دار الفكر، بيروت، ج ٦، ص ١٥٠، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشرييني الخطيب: ١٤١٥، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٦٣٢، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١٠.

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط أن يكون الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة بالغاً .

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٢٢٧)، والشافعية^(٢٢٨)، والحنابلة^(٢٢٩).

الرأي الثاني : يرى أصحابه عدم اشتراط أن يكون الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة بالغاً، فيصح أن يكون الصبي خبيراً. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢٣٠).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: باشتراط أن يكون القائم بعمل من

أعمال الخبرة بالغاً بالمعقول.

فقالوا: إن البلوغ شرط من شروط أهلية التصرف، وشرط من شروط الشهادة، فيجب أن يكون الخبير بالغاً، فلا يصح أن يكون القائم بعمل من أعمال الخبرة صبياً، ولأنه إن لم يبلغ كان غير مكلف ولا يآثم فيما يفعله من أمر منهي عنه وهذا يمنع الثقة بشهادته .

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بعدم اشتراط أن يكون القائم

بعمل من أعمال الخبرة بالغاً بالمعقول.

فقالوا: إن البلوغ شرط من شروط نفاذ التصرف فتصح الخبرة من

الصبي إذا أذن له وليه في ذلك.

سبب اختلاف الفقهاء: وسبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى

اختلافهم في الوصف الشرعي للبلوغ هل هو شرط لصحة التصرف، أم شرط لنفاذ التصرف.

(٢٢٧) التاج والإكليل : للعبدي، مرجع سابق، ج ٦، ص، ١٥٠ "

(٢٢٨) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لذكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٣.

(٢٢٩) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١٠.

(٢٣٠) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩، وذكر الأحناف هذا

الحكم عند ذكر شروط القاسم في كتاب البيوع " فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة

حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه"

فمن قال من الفقهاء : إن البلوغ شرط لصحة التصرف ذهب إلى اشتراط أن يكون القائم بعمل من أعمال الخبرة بالغاً، فلا يصح أن يكون الصبي خبيراً.

ومن قال من الفقهاء أن البلوغ شرط لنفاذ التصرف ذهب إلى عدم اشتراط البلوغ في الخبير، فيصح أن يكون الصبي خبيراً ولكن لا ينفذ تصرفه إلا بإذن وليه.

الرأي المختار: إن الرأي الأول القائل باشتراط أن يكون الخبير بالغاً هو الرأي المختار، لأن الخبير يجب أن يكون من أهل الخبرة والاستمرار في نظر المسألة وهذا مما لا يتوفر في الصبي، كما أن الخبرة نوع من الولاية لذا اشترط الفقهاء أن يكون الخبير من أهل الشهادة، والصبي ليس من أهل الولاية على نفسه فلا ينفذ قوله على نفسه ولا ينفذ قوله على غيره من باب أولى، كما أن الخبير يوجه إليه القاضي اليمين لأداء عمله والصبي لا يمين عليه في الدعاوى. والله أعلم،،

ج. العدالة، والأمانة: اتفق الفقهاء - من الأحناف (٢٣١)، والمالكية (٢٣٢)، والشافعية (٢٣٣)، والحنابلة (٢٣٤) - على اشتراط أن يكون القائم بعمل من أعمال الخبرة عدلاً أميناً في أدائه عمله .

وجه قولهم: لأنه لو كان غير عدل أو خائناً خيف منه الجور والظلم فلا تصح منه. فإذا كان فاسقاً أو غير أمين في أدائه عمله لا تصح منه لوجوب التثبت من قوله، قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ

(٢٣١) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج٧، ص ١٩.

(٢٣٢) الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤١.

(٢٣٣) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لذكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٣.

(٢٣٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : للحجاوي، مرجع سابق ج ٢، ص ٤١٠، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمردواي ، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٣٢، باب اللقيط

بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ^(٢٣٥)،
والخبرة فيها معنى الأخبار، والرواية، والإشهاد^(٢٣٦).

د. العدد: اختلف الفقهاء في اشتراط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال
الخبرة بصفة عامة^(٢٣٧)، فهل يشترط لقبول قول الخبير التعدد أم يكفي قول
الواحد من أهل الخبرة، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال
الخبرة أي ما كان موضوع الخبرة.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف - في بعض كتبهم^(٢٣٨)، والمالكية في
الراجح^(٢٣٩) والشافعية في قول^(٢٤٠)، والحنابلة في رواية^(٢٤١)

(٢٣٥) سورة الحجرات الآية رقم (٦)

(٢٣٦) سواء رجحنا كون الخبرة من باب الإشهاد أو الإخبار أو الرواية فيشترط أن يكون
الشاهد، أو المخبر، أو الراوي عدلاً أميناً فيما يؤديه.

(٢٣٧) يقصد بذلك أنهم اختلفوا في وضع شرط عام في عدد من يقوم بعمل من أعمال
الخبرة.

(٢٣٨) الدر المختار: لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٢، بدائع الصنائع:
للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨ ذكره الإمام الكرخي في مختصره. وانظر
كذلك درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت،
تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني ج ١، ص ٤٠٩، في المادة (٧١) في قبول
قول المترجم.

وهو منسوب إلى الإمام محمد بن الحسن وذلك في كتاب الوصية باب في شهادة الأوصياء
في حاشية ابن عابدين: لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧١٦، "ولو باع"
الوصي " شيئاً من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر " مما باعه "رجع القاضي فيه إلى أهل
البصيرة " والأمانة " إن أخبره اثنان منهم أنه باع بقيمته وإن قيمته ذلك لا يلتفت"
القاضي " إلى من يزيد وإن كان في المزايدة يشتري بأكثر وفي السوق بأقل لا ينتقض
بيع الوصي لذلك " أي لأجل تلك الزيادة " بل يرجع إلى أهل البصيرة فإن اجتمع رجالان
منهم على شيء يؤخذ بقولهما " عند محمد " وكفى قول واحد في ذلك " عندهما"

الرأي الثاني : يرى أصحابه عدم اشتراط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة، فيكفي أن يقوم واحد بعمل الخبرة.
والى هذا الرأي ذهب الأحناف - في بعض كتبهم -^(٢٤٢)، المالكية في رواية^(٢٤٣)، والشافعية في قول وهو الأصح^(٢٤٤)، والحنابلة في رواية وهي الأصح^(٢٤٥).
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : باشتراط العدد فيمن يقوم بالخبرة -
أي أن يقوم بالخبرة اثنان من أهل الخبرة - بالمعقول:

(٢٣٩) الذخيرة : للقرافي: ج ١، ص ١٤١، حاشية الخرشي شرح مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشي، دار الفكر، بيروت لبنان، ج ٥، ص ٢٦١، كتاب الرهن، "ثم يدعى له المقومون فإن اتفقا على الصفة فإن أهل الخبرة تقومها ويقضى بقولهم وهو من باب الشهادة، فلا بد من التعدد لا من باب الإخبار"

(٢٤٠) الأشباه والنظائر : للسيوطي، مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٢٤١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : للحجاوي، ج ٢، ص ٤١٠، الإنصاف في

معرفة الراجح من الخلاف: للمردوي ، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٣٢، باب اللقيط

(٢٤٢) الدر المختار : لابن عابدين مرجع سابق، ج ٧، ص ٩٢، بدائع الصنائع :

للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٨٨ وذكر أن الشيخ علاء الدين السمرقندي ذكره

في بعض مصنفته، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، مرجع سابق، ج ١،

ص ٤٠٩.

(٢٤٣) الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤١ "قال ابن القصار ويقلد القائف

العدل عند مالك رحمه الله وروي لا بد من اثنين"

(٢٤٤) الأشباه والنظائر : للسيوطي، مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٢٤٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١٠،

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمردوي ، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٣٢،

باب اللقيط.

فقالوا: إن الخبرة فيها معنى الإشهاد فلا يكفي أن يقوم بها واحد فيشترط التعدد فيمن يقوم بها.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بعدم اشتراط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة فيكفي أن يقوم بها واحد بالمعقول.

فقالوا: إن القيام بعمل من أعمال الخبرة هي من باب الأخبار من جانب - كما في القائف-، أو من باب الحكم - كما في الخارص- فلا يشترط فيمن يقوم به العدد، فيكفي فيه الواحد .

وسبب اختلاف الفقهاء: راجع إلى اختلافهم في الخبرة ذاتها هل تعد من قبيل الشهادة أم أنها من قبيل الإخبار، والرواية، والحكم ؟
فمن رأى من الفقهاء أنها من قبيل الشهادة اشترط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة.

ومن رأى أنها من قبيل الأخبار أو الرواية، أو الحكم لم يشترط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة فيكفي أن يقوم به واحد.

الرأي المختار: إن الرأي الأول القائل باشتراط العدد فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة هو المختار وذلك لقوة استدلالهم، وإن كانت الخبرة فيها معنى الإخبار والرواية والحكم إلا أن معنى الشهادة فيها أرجح، ويشترط لقبول الشهادة التعدد .
والله أعلم ،،

٥. **التعيين:** يشترط في الخبير أن يكون معيناً سواء أكان معيناً من قبل القاضي أو من قبل الخصوم حتى يكون قوله ملزماً للخصوم، فإذا كان غير معين - أي متطوعاً - فإن قوله لا يكون ملزماً لأحد، ولأنه إذا كان معيناً كان أجمع للأمانة. (٢٤٦).

و. **الإسلام:** إن مسألة اشتراط أن يكون الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة - الخبير - مسلماً بها موطن اتفاق، وموطن اختلاف.

(٢٤٦) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج٧، ص ١٩، وجاء فيه "ومنها- أي من شروط الاستحباب- أن يكون منصوب القاضي لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولأنه أجمع لشرائط الأمانة"، البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٥٥، وجاء فيه "وشهادة الوزان المنصوب من القاضي فائزة"

فأما موطن الاتفاق : فقد اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون - القائم بعمل الخبرة - الخبير مسلماً إذا كان موضوع الخبرة يتعلق بأمر من الأمور التعبدية كما في حكومة العدل حال التعدي على صيد الحرم،^(٢٤٧) فلا يصح أن يكون القائم بالخبرة فيها غير مسلم لقول الله I (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ)^(٢٤٨) فالذي يحكم بالجزاء في صيد الحرم ذوا عدل من المسلمين لقوله I (يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ).

وأما موطن الاختلاف : فقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون القائم بعمل الخبرة مسلماً إذا كان موضوع الخبرة من قبيل المعاملات وكان اختلافهم على ثلاثة أراء :

الرأي الأول: يرى أصحابه إن الإسلام شرط استحسان فإذا وجد الخبير المسلم كان أولى، وإلا فغيره.

والى هذا الرأي ذهب المالكية^(٢٤٩).

الرأي الثاني: يرى أصحابه اشتراط الإسلام فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة إذا كان موضوع الخبرة في المعاملات.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢٥٠) الشافعية^(٢٥١)، والحنابلة^(٢٥٢).

(٢٤٧) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٧، ص ١٩، وجاء فيه "ومنها- أي من شروط الاستحباب- أن يكون منصوب القاضي لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولأنه أجمع لشرائط الأمانة"، البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٥٥، وجاء فيه "وشهادة الوزان المنصوب من القاضي ف جائزة"
(٢٤٨) سورة المائدة جزء من الآية رقم (٩٥).

(٢٤٩) البهجة شرح التحفة : للتسولي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٨٢،

(٢٥٠) حاشية على مراقبي الفلاح شرح نور الإيضاح: لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي الحنفي، طبعة ١٣١٨هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ص ٧٤، باب التيمم، الدر المختار : لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٢٢ " ذكره في كتاب الصوم باب العوارض المبيحة لعدم الصوم"

الرأي الثالث : يرى أصحابه عدم اشتراط الإسلام في الخبير إذا كان موضوع النزاع في المعاملات.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في بعض كتبهم^(٢٥٣).

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن شرط الإسلام في الخبير شرط استحسان، فإذا لم يوجد الخبير المسلم فتجوز الخبرة من غير المسلم بالمعقول. **فقالوا:** إن الخبير المسلم أولى من غير المسلم لوجود العدالة فيه فإذا وجد الخبير المسلم فلا يلتفت إلى غيره ، أما إذا لم يوجد فيمكن اللجوء إلى غير المسلم حتى لا تضيع الحقوق عند تعذره.

واستدل أصحاب الثاني القائل: باشتراط أن يكون الخبير مسلماً بالمعقول. **فقالوا:** إن الخبرة من قبيل الشهادة والخبير شاهد أمام القاضي فيشترط فيه أن يكون مسلماً لإثبات الحقوق فلا يقبل قول غير المسلم في إثبات الحقوق، كما أن الخبير في إثبات بعض الحقوق يكون حاكماً ويشترط في الحاكم أن يكون مسلماً.

واستدل أصحاب الثالث القائل: بعدم اشتراط الإسلام في الخبير إذا كان موضوع الخبرة في المعاملات أو الجراح بالمعقول:

فقالوا: إن الخبرة من باب الإخبار والخبير مخبر أمام القاضي عن رأيه في المسألة فلا يشترط فيه الإسلام، كما أن غير المسلم من أهل البيع فيجوز أن يكون من أهل القسمة وخبير فيها.

الرأي المختار : أن الرأي القائل بأن شرط الإسلام في الخبير شرط استحسان هو الرأي المختار، وذلك لقوة استدلالهم، خاصة إن فقد الخبير

(٢٥١) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لذكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص

٣٧٣، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : للشرييني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٧٢.

(٢٥٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٩،

الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٩.

(٢٥٣) الدر المختار : لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٢٢ .

المسلم، وحتى لا تضيع الحقوق لانتظار الخبير المسلم وهذا إذا كان موضوع الخبرة لا يتعلق بالعبادات أو بالحل والحرمة. والله أعلم،،

ز. **الذكورة**: إن مسألة اشتراط أن يكون الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة - الخبير - ذكراً بها موطن اتفاق، وموطن اختلاف بين الفقهاء.

فأما موطن الاتفاق : فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان موضوع الخبرة لا يطلع عليه الرجال فيقبل قول النساء في هذه المسألة - كما إذا كانت المسألة إثبات عيب في المرأة - .

وأما موطن الاختلاف: فقد اختلف الفقهاء إذا كان موضوع الخبرة مما يمكن أن يطلع عليه الرجال والنساء فهل يشترط في القائم بعمل من أعمال الخبرة أن يكون ذكراً أم يقبل قول النساء؟ وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الذكورة في القائم بعمل من أعمال الخبرة، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه عدم اشتراط الذكورة في الخبير " فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة فيصح أن يكون الخبير من النساء. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢٥٤).

الرأي الثاني : يرى أصحابه اشتراط الذكورة في قبول قول الخبير، فيشترط في الخبير أن يكون رجلاً. وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٢٥٥)، والحنابلة^(٢٥٦).

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بعدم اشتراط أن يكون الخبير رجلاً، فيصح أن يكون الخبير امرأة بالمعقول.

(٢٥٤) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٧، ص ١٩، وذلك عند ذكر الشروط التي تجب في القاسم.

(٢٥٥) أسنى المطالب شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٣، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : للشرييني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٧٢.

(٢٥٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٩، الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٩.

فقالوا: إن الخبرة هي إخبار بأمر معين والخبر لا يشترط أن يكون ذكراً فيجوز أن يكون الخبير امرأة، كما أن المرأة تقبل شهادتها في الأمور المالية وما تجوز فيها الشهادة فيها يجوز أن تكون خبيراً فيها.

واستدل أصحاب الثاني القائل: باشتراط الذكورة في الخبير فلا يصح أن يكون القائم بعمل من أعمال الخبرة امرأة بالمعقول:

فقالوا: إن الخبرة تتردد بين الشهادة والإخبار، ويترجح فيها جانب الشهادة فيشترط أن يكون الخبير رجلاً لقبول قوله كما أنه في بعض الأمور يكون حاكماً وينوب عن الحاكم في حكمه فيشترط أن يكون رجلاً.

الرأي المختار: بعدم اشتراط أن يكون الخبير رجلاً فيصح أن يكون الخبير امرأة وذلك فيما تجوز فيها شهادتها، وأما القول بأن الخبير ينوب عن الحاكم فيشترط أن يكون رجلاً يحتاج إلى نظر وذلك لأن الخبير يدلي برأيه في المسألة محل الخبرة أما الذي يحكم في المسألة فهو القاضي وليس الخبير. والله أعلم،،

وبعد ذكر آراء الفقهاء وأقوالهم في الشروط اللازمة توفرها في الخبير نجد أن الفقهاء لم يضعوا شروطاً عامة تنطبق على كل أنواع الخبرة، وعلى من يقوم بعمل من أعمال الخبرة، وهذا راجع إلى اختلاف الأعمال التي تنسب إلى الخبرة وتشعبها، وإلى كثرة القائمين بها، كما أن الخبرة في نظر الفقهاء تتردد بين الإشهاد والإخبار.

إلا أنه يمكن بعد ترجيح الآراء في الشروط التي تتعلق بالخبير أن نضع ضابطاً في الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة - أي ما كان محل الخبرة - حتى يعتمد القاضي رأيه ويستند إليه في المسألة محل النزاع، وهذا الضابط هو "أن يكون من أهل المعرفة والعلم" وأن يكون ممن تقبل شهادته" ومن خلال هذا الضابط يمكن أن نبين الشروط التي تشترط في الشخص القائم بعمل من أعمال الخبرة بصفة عامة، ويمكن أن نقسمها إلى قسمين:

القسم الأول: **شروط وجوب** "بحيث يجب أن تتوفر في كل من يقوم بعمل من أعمال الخبرة"، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الخبير من أهل المعرفة والعلم في المسألة محل الخبرة.

الشرط الثاني: أن يكون الخبير عاقلاً.

الشرط الثالث: أن يكون الخبير بالغاً.

الشرط الرابع: أن يكون عدلاً أميناً.

الشرط الخامس: أن يكون معيناً من قبل القاضي أو الخصوم.

القسم الثاني: شروط كمال " وهذه الشروط من باب الأولى والأفضل توفرها في الخبير " وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: الإسلام.

الشرط الثاني: التعدد.

الشرط الثالث: الذكورة.

المطلب الثاني

الشروط اللازمة توفرها في الخبير في الأحوال الشخصية

بالنظر إلى الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في الخبير بصفة عامة نجد أن الفقهاء قد تناولوا هذه الشروط في المعاملات المالية كالعيوب التي يجوز فسخ البيع، أو قسمة المال، أو تقدير الجراحات في الجنایات.

إلا أننا إذا وجهنا نظرنا نحو المنازعات التي تتعلق بالأحوال الشخصية نجد أن جلّ ما يتعلق بالأحوال الشخصية يتعلق بعقد الزواج وبالأبضاع^(٢٥٧)، ولهذه الأمور خطورتها وعظمتها في الشريعة الإسلامية، فسمى الله Y عقد الزواج بالميثاق الغليظ، كما أن في عقد الزواج جانباً تعبيرياً، ومن ثم يتم الاحتراز فيه ما لا يحترز في غيره، ومن ثم يشترط في الخبير الذي يعتمد القاضي على رأيه - في كثير من الأحيان - شروط تتناسب

(٢٥٧) وذلك لأن بعض الموضوعات التي تتعلق بالأحوال الشخصية - بالمدلول العام لها- لا تدخل في عقد الزواج وإنما تتعلق بالولاية على المال كالحجر على القاصر والسفيه.

مع خطورة ما يقوم به في منازعات الأحوال الشخصية، فالى جانب الشروط التي يجب أن تتوفر في الخبير بصفة عامة^(٢٥٨) يتعلق بالخبير في مجال الأحوال الشخصية شروط خاصة به.

إلا أن الشروط التي تتعلق بالخبير في مجال الأحوال الشخصية تختلف باعتبار موضوع الخبرة ذاته ولقد تناول الفقهاء الخبرة في منازعات الأحوال الشخصية في عدد من الجوانب أهمها وأظهرها الخبير - الطبيب - الذي يثبت العيوب التي يجوز التفريق بين الزوجين بسببها، وكذلك القائف في مسألة إثبات النسب وعدمه.

وبناءً هذا الأساس يمكن بحث الشروط التي تتعلق بالخبير في هذين المجالين في الأحوال الشخصية، وذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: الشروط التي يجب توفرها في الخبير في إثبات العيوب .

الفرع الثاني: الشروط التي يجب توفرها في الخبير في إثبات النسب ونفيه.

الفرع الأول

الشروط التي يجب توفرها في الخبير لإثبات العيوب

يقصد بالخبير في إثبات العيوب: الطبيب الذي يعهد إليه القاضي مسألة إثبات العيب في أحد الزوجين لإمكان الحكم بالتفريق بين الزوجين بسببه^(٢٥٩).

ويتعلق بالخبير الذي يعهد إليه في القيام بإثبات العيوب عدد من الشروط لأبد من توفرها ، فالى جانب الشروط التي اشترطها الفقهاء في الخبير بصفة عامة نبحت عدداً من الشروط التي تتعلق بالخبير الذي يعهد إليه القاضي بإثبات عيب في أحد الزوجين .

(٢٥٨) راجع ما سبق ص (١١٧)، وما بعدها من هذا البحث

(٢٥٩) راجع ما سبق ص (٦٤) ، وما بعدها من هذا البحث.

ولقد تناولنا سابقاً الشروط التي يجب توفرها في الخبير^(٢٦٠) وهي شروط وجوب فيجب أن تتوفر في كل من يقوم بعمل من أعمال الخبرة"، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الخبير من أهل المعرفة والعلم في المسألة محل الخبرة.

الشرط الثاني: أن يكون الخبير عاقلاً.

الشرط الثالث: أن يكون الخبير بالغاً.

الشرط الرابع: أن يكون عدلاً أميناً.

الشرط الخامس: أن يكون معيناً من قبل القاضي أو الخصوم.

وقد اتفق الفقهاء على اشتراط هذه الشروط في الخبير القائم بإثبات العيب في أحد الزوجين.

أما غير ذلك من الشروط وهي ما أطلقنا عليها سابقاً شروط كمال في الخبير فقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذه الشروط في الخبير بإثبات العيوب وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: الإسلام.

الشرط الثاني: الذكورة.

الشرط الثالث: التعدد.

فأما عن الشرط الأول: الإسلام: فقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون الطبيب الذي يعهد إليه القاضي بإثبات عيب من العيوب مسلماً.

ومبنى هذه المسألة على مسألة أخرى ألا وهي مدى جواز التطبيب من غير المسلم فهل يجوز أن يقوم بالتطبيب غير المسلم أم لا؟

وكان اختلاف الفقهاء في مدى جواز أن يكون الخبير - القائم بعمل الخبرة في التطبيب - غير مسلم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط الإسلام فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة في إثبات العيب.

(٢٦٠) راجع ما سبق ص (١٣٢) من هذا البحث.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف - وهو الراجح في المذهب^(٢٦١)،
والشافعية^(٢٦٢)، والحنابلة^(٢٦٣).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم اشتراط الإسلام في الخبير إذا كان
موضوع فيما ليس فيه إبطال عبادة.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في بعض كتبهم^(٢٦٤)، والمالكية في
قول^(٢٦٥)

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: باشتراط أن يكون الخبير في
إثبات العيوب مسلماً بالمعقول.

فقالوا: إن الطبيب المسلم أمين وعدل فيعتمد على قوله أما غير
المسلم فلا يقبل قوله خاصة .

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بعدم اشتراط أن يكون الخبير
في إثبات العيوب مسلماً فيجوز أن يكون الطبيب غير مسلم إذا لم يكن في
التطبيب إبطال عبادة بالمعقول.

فقالوا: إن الطبيب عنده علم يخبر به فلا يشترط إسلامه لإثبات
العيب أو لا. والطبيب غير المسلم يقبل قوله في غير جانب العبادة فيجوز
الاعتماد على قول غير المسلم في إثبات العيب.

(٢٦١) حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح: لأحمد بن محمد بن إسماعيل
الطحاوي الحنفي، طبعة ١٣١٨ هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ص ٧٤، باب
التيتم، الدر المختار: لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٢٢ " ذكره في كتاب
الصوم باب العوارض المبيحة لعدم الصوم"

(٢٦٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لذكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص
٣٧٣، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : للشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٧٢.

(٢٦٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٩،
الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٩.

(٢٦٤) الدر المختار : لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٢٢ .

(٢٦٥) الذخيرة : للقرافي: مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠.

ويناقد هذا الاستدلال: بأننا قد اشتطنا في الخبر أن يكون عدلاً أميناً والطبيب غير المسلم وإن كان عنده علم إلا أنه غير مؤتمن في الأخذ بقوله، خاصة فيما يتعلق بأنكحة المسلمين والنظر إلى عوراتهم فيجب أن يكون الخبر الطبيب لإثبات العيب مسلماً.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذه المسألة هو الرأي القائل باشتراط إسلام الخبر - الطبيب - لإثبات عيب في أحد الزوجين لأن من الشروط التي يجب توفرها في الخبر العدالة، وغير المسلم غير عدل فلا يقبل قوله في إثبات العيب خاصة أن عقد الزواج فيه جانب تعدي لأنه يتعلق بالحل والحرمة فلا يقبل قول غير المسلم فيه. والله أعلم،،،

وأما عن الشرط الثاني: الذكورة: فيرتبط شرط الذكورة في الخبر

لإثبات العيب بأمرين:

الأول: محل النزاع الذي يطلب فيه الخبرة .

الثاني: محل من ينظر إليه لإثبات العيب.

ولبيان هذا نعرض لأمرين:

الأمر الأول: إذا كان العيب المراد إثباته في حق الزوج: بأن ادعت

الزوجة أن الزوج به عيب من العيوب كما لو كان خصياً أو مجبوباً أو عنيماً أو به برص أو به جذام أو غير ذلك^(٢٦٦).

وفي هذا الأمر نفرق بين فرضين:

الأول: إذا ادعت الزوجة بأن الزوج خصي أو مجبوب أو به برص أو

به جذام: فهنا محل النظر هو الزوج - الرجل - فالذي ينظر إليه يكون رجلاً فيكون الخبر الذي ينظر إليه لإثبات العيب رجلاً، ويكون ذلك من فوق الثياب إن أمكن ذلك وإلا فيكون من تحت الثياب لوجود الضرورة لذلك^(٢٦٧)

(٢٦٦) أنظر في تعريف العيوب التي قد تلحق الزوج أو الزوجة ص من هذا البحث.

(٢٦٧) حاشية ابن عابدين: لابن عابدين، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٩٥ وجاء فيه: "لو

اختلفا في كونه مجبوباً فإن كان لا يعرف بالمس من وراء الثياب أمر القاضي أميناً أن

ينظر إلى عورته فيخبر بحاله لأنه بياح عند الضرورة"

الثاني : إذا ادعت الزوجة بأن الزوج عنين وأنكر الزوج ذلك : فذهب الأحناف^(٢٦٨)، والمالكية^(٢٦٩)، والشافعية^(٢٧٠)، والحنابلة^(٢٧١) : إلى أنه إذا ادعت الزوجة بأن الزوج عنين وأنكر الزوج وكانت بكرًا نظر إليها النساء في كونها بكرًا أم ثيبًا.

فمحل النظر في هذه المسألة هو المرأة للتأكد من كونها بكرًا أو ثيبًا ويطلع عليها النساء فلا يجوز أن يكون الخبير رجلاً فيكفي قول النساء وشهادتهن في ذلك.

(٢٦٨) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٥. وجاء فيه : " وإن اختلفا وادعت المرأة أنه لم يصل إليها وادعى الزوج الوصول فإن كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه لما قلنا وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر فالقول قولها وإن قلن هي ثيب فالقول قوله"

(٢٦٩) الاستذكار الجامع لفقهاء الأمصار : لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٩٥ وجاء فيه : روى الوليد بن مسلم عن الأوزاعي ومالك بن أنس أنهما قالوا يدخل إليها زوجها وهناك امرأتان فإذا فرغ نظرنا في فرجها فإن كان فيه المنى فهو صادق وإلا فهو كاذب"

الكافي في فقه أهل المدينة : لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦٤. وذكر أنه أحد القولين عن الإمام مالك والقول الثاني أن القول قول الزوج مع يمينه كالثيب.

(٢٧٠) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٧٩، وجاء فيه : " وإن كانت بكرًا فتقول الزوجة : لم يصبني فلي الفسخ ، ويقول الزوج : قد أصبتها : إما أن يعترف لها بالبكارة، وإما أن ينكرها ، ويشهد بها أربع نسوة عدول ، فيكون القول قولها في إنكار الإصابة : لأن البكارة ظاهرة تدل على صدقها فزاللت عن حكم الثيب التي لا ظاهر معها"

(٢٧١) الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢ وجاء فيه : " وإن ادعى أنه وطئها فادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فإن شهدن بما قالت فالقول قولها وإلا فالقول قوله"

الأمر الثاني: إذا كان العيب المراد إثباته في حق الزوجة: كما لو ادعى الزوج بأن الزوجة بها برص أو جذام أو رتق أو قرن أو غير ذلك: فهنا نفرق بين ثلاثة أمور:

أ. إذا كان محل النظر من المرأة ظاهر: كما لو ادعى الزوج بأن الزوجة بها برص أو جذام ظاهر في وجهها أو كفيها أثبت ذلك الرجال وذلك بالنظر إليها^(٢٧٢).

ب. إذا كان محل النظر من المرأة غير ظاهر: كما لو ادعى الزوج أن بها عيباً في سائر بدنها في غير الفرج أثبت ذلك النساء وذلك بالنظر إليها^(٢٧٣).

ج. إذا كان محل النظر من المرأة هو الفرج: كما لو ادعى الزوج بأن الزوجة رتقاء أو قرناء فذهب جمهور الفقهاء - القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب عيب في الزوجة - وهم المالكية^(٢٧٤) في قول، والشافعية^(٢٧٥)، والحنابلة^(٢٧٦) أن ينظر النساء إليها في إثبات ذلك. وذهب المالكية في قول إلى إن القول قولها ولا ينظر إليها النساء في إثبات ذلك^(٢٧٧).

ومن هذا يتبين لنا أن شرط الذكورة في الخبير في إثبات العيب يختلف باختلاف العيب المراد إثباته ومحل النظر .

فإذا كان محل النظر رجلاً ومما لا يطلع عليه النساء فيشترط في الخبير أن يكون رجلاً، وإن كان محل النظر امرأة ومما لا يطلع عليه الرجال يشترط في الخبير أن يكون امرأة، وإن كان محل النظر امرأة مما يطلع عليه

(٢٧٢) مواهب الجليل : للحطاب مرجع سابق ج ٥ ص ١٥٦ .

(٢٧٣) المرجع السابق ذات الصفحة.

(٢٧٤) مواهب الجليل : للحطاب مرجع سابق ج ٥ ص ١٥٦ .

(٢٧٥) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٧٩ . .

(٢٧٦) الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢ .

(٢٧٧) مواهب الجليل : للحطاب مرجع سابق ج ٥ ص ١٥٦ .

الرجال يستوي في ذلك أن يكون الخبير رجلاً أو امرأة، وكذلك إذا كان محل النظر رجلاً مما يطلع عليه النساء.

وأما عن الشرط الثالث: "التعدد" : فيرتبط هذا الشرط بالشرط السابق، ونفرق في هذا الشرط بين مسألتين :

الأولى : إذا كان القائم بالخبرة من النساء وذلك إذا كان محل النظر هو المرأة لإثبات العيب.

الثانية : إذا كان القائم بالخبرة من الرجال وذلك إذا كان محل النظر هو الرجل لإثبات العيب.

فأما بالنسبة للمسألة الأولى : إذا كان القائم بالخبرة النساء وذلك إذا كان محل النظر هو المرأة لإثبات العيب فقد اختلف الفقهاء في العدد الواجب توفره في الخبير، وكان اختلافهم على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط أربع نسوة ينظرن إلى المرأة في إثبات العيب .

والى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٢٧٨).

الرأي الثاني: يرى أصحابه اشتراط امرأتين ينظرن إلى المرأة لإثبات العيب.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف في قول^(٢٧٩)، والمالكية في قول^(٢٨٠) والحنابلة في رواية^(٢٨١).

الرأي الثالث: يرى أصحابه يكفي لإثبات العيب امرأة واحدة تنظر إليها.

(٢٧٨) أسنى المطالب في شرح روض الطالب : لذكريا الأنصاري ، مرجع سابق، ج٣،

ص ١٨٤، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٧٩.

(٢٧٩) الدر المختار : لابن عابدين، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٩٩، الفتاوى الهندية :

للشيخ نظام ، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٢٢ وذكر أنه أحوط".

(٢٨٠) الذخيرة : للقرافي: مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠. وهو مروى عن الأوزاعي.

(٢٨١) الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة ج٣، ص ٤٢، الإنصاف في معرفة

الراجح: لابن قدامة ج ٨، ص ١٤١، المغني : لابن قدامة، مرجع سابق، ص٧، ٦١٦.

والى هذا الرأي الأحناف^(٢٨٢)، والمالكية في قول^(٢٨٣)، الحنابلة في رواية وهي الصحيح في المذهب^(٢٨٤).

الأدلة:

ويستدل أصحاب الرأي الأول القائل : باشتراط أن يكون عدد النساء اللاتي ينظرن إلى المرأة أربع نسوة لإثبات العيب بالمعقول.

وذلك: إن قول أربع نسوة شهادة منهن لإثبات حق فيما لا يطلع عليه الرجال وشهادة اثنتين منهن تعدل شهادة رجل واحد فيكون الأربع منهن تعدل شهادة رجلين في إثبات الحق.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : باشتراط أن يكون عدد النساء اثنتين من النساء ينظرن إلى المرأة لإثبات العيب بالمعقول.

فقالوا: إن الحق في العموم يثبت بقول رجل وامرأتين فلما كان الرجل لا يطلع على عورة النساء فيكتفى بقول المرأتين وحدهن دون شهادة الرجل.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل : بالاكْتفاء بقول امرأة واحدة لإثبات العيب بالقياس.

فقالوا: بقياس إثبات العيب بشهادة امرأة واحدة على الرضاع بجامع أن كلاً منهما إثبات حق من قبل النساء ولا يطلع عليه الرجال في كل.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مسألة عدد النساء اللاتي ينظرن إلى المرأة لإثبات العيب هو الرأي الأول القائل باشتراط أن يكون العدد أربع نسوة اللاتي ينظرن إلى المرأة لإثبات العيب، لأنه إثبات حق من الحقوق ويتعلق به العديد من الآثار المالية وغير المالية فإن كانت شهادة الرجال متعذرة فيقام شهادة النساء مقام شهادة الرجال فتقوم شهادة الأربع منهن بشهادة رجلين.

والله أعلم،،

(٢٨٢) الدر المختار : لابن عابدين، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٩٩، والفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج١، ص ٥٢٢.

(٢٨٣) الذخيرة : للقرافي: مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠.

(٢٨٤) الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة ج٣، ص ٤٢، الإنصاف في معرفة الراجح : لابن قدامة ج ٨، ص ١٤١ .

وأما بالنسبة للمسألة الثانية: إذا كان القائم بالخبرة من الرجال وذلك إذا كان محل النظر هو الرجل لإثبات العيب فقد اختلف الفقهاء في اشتراط التعدد فيمن يقوم بالخبرة - بصفة عامة - ، وكان اختلافهم على رأيين^(٢٨٥) . إلا أن الأحناف قد نصوا على أن الخبير في إثبات العيب يكفي فيه واحد لإثبات العيب^(٢٨٦) .

الفرع الثاني

الشروط اللازمة توفرها في الخبير في إثبات النسب

يقصد بالخبير في إثبات النسب: هو الشخص الذي يعهد إليه بالقيام بعمل الخبرة في إثبات النسب في دعوى النسب.

وبالنظر إلى الخبير في دعوى النسب قديماً وحديثاً نجد أن الخبرة إما أن تكون بإثبات النسب بالطرق القديمة وهو ما تناوله الفقهاء القدامى في كتبهم بما يعرف بالقيافة والشخص القائم بها يسمى القائف، وإما أن يكون إثبات النسب أو نفيه عن طريق استخدام الطرق الحديثة وهو ما يعرف حديثاً بإثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية.

لذا سوف نتناول الشروط التي تتعلق بالقائم على عمل الخبرة في إثبات النسب عند الفقهاء القدامى وهو ما يعرف بالقيافة، وكذلك الشروط التي تتعلق بالقائم على عمل الخبرة في إثبات النسب بالطرق الحديثة (البصمة الوراثية) .

أ- **الشروط التي تتعلق بالقائف:** فيشترط في القائف عدد من الشروط لا بد من توفرها، وقبل التعرض للشروط التي تتعلق بالقائف نتعرض أولاً لتعريف القائف في اللغة والاصطلاح.

(٢٨٥) راجع ما سبق ص(١٢٥) من هذا البحث .

(٢٨٦) حاشية ابن عابدين: لابن عابدين ، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٩٥ وجاء فيه : "لو

اختلفا في كونه محبوباً فإن كان لا يعرف بالمس من وراء الثياب أمر القاضي أمينا أن

ينظر إلى عورته فيخبر بحاله لأنه بياح عند الضرورة"

تعريف القائف في اللغة: عرف القائف في اللغة بأنه: "من يعرف النسب بفراسته ونظره إلى المولود"^(٢٨٧)

تعريف القائف في الاصطلاح: عرف الفقهاء القائف بعدد من التعريفات منها: أنه من يحسن تتبع الأثر، ويعرف شبه الرجل بأخيه، وبأبيه^(٢٨٨) وعرف القافة بأنهم: "قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس"^(٢٨٩) وعرف بأنه: "من يعرف الأنساب بالشبه والشكل وهو علم صحيح"^(٢٩٠) وعرف بأنه "من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله به من علم ذلك"^(٢٩١)

ولقد بحث الفقهاء القائلون بجواز استحقاق الولد بأبيه عن طريق القيافة^(٢٩٢) الشروط التي يجب توفرها في القائف، وسوف نتناول هذه الشروط فيما يلي^(٢٩٣):

الشرط الأول: "الإسلام".

- (٢٨٧) التعريفات: للرجزاني، مرجع سابق، ص ٢١٩، رقم (١١١٨).
- (٢٨٨) مختصر العلامة خليل: للعلامة خليل بن إسحاق الجندي (المتوفى: ٧٧٦هـ) الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، دار الحديث، القاهرة، ص ١٨٦، المجموع شرح المهذب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص 307.
- (٢٨٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي، ج ١، ص ٦٨٦.
- (٢٩٠) حاشية الخرشبي على شرح مختصر خليل: لأبي عبد الله علي الخرشبي، دار الفكر، ج ٦، ص ١٠٥، حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤١٦.
- (٢٩١) السراج الوهاج على متن المنهاج: للعلامة محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ج ١، ص ٦٢٤.
- (٢٩٢) وهؤلاء الفقهاء هم المالكية والشافعية، والحنابلة. راجع ما سبق ص (٨٥) من هذا البحث
- (٢٩٣) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط عامة لا بد من توفرها فيمن يقوم بعمل من أعمال الخبرة. راجع ما سبق ص (١٣٢) من هذا البحث.

الشرط الثاني : "العدالة"

الشرط الثالث: "التعدد"

الشرط الرابع: "الذكورة"

الشرط الخامس: التجربة والإصابة"

الشرط السادس : السمع والبصر. (٢٩٤)

فأما عن الشرط الأول الإسلام: فقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز العمل بالقيافة على اشتراط أن يكون القائف مسلماً فلا يجوز أن يكون القائف غير مسلم إذا كان المطلوب هو إثبات النسب لمسلم^(٢٩٥) أما إذا كان المطلوب هو إثبات نسب كافر فلا يشترط إسلام القائف.

وجه قولهم: - في اشتراط أن يكون القائف مسلماً إذا كان المطلوب

إثبات نسب مسلم- إن قول القائف يتردد بين الحكم، والشهادة، والإخبار.

○ فإذا اعتبرنا القائف حكماً: فلا يقبل أن يكون غير المسلم

حكماً على المسلم لأن الحكم من قبيل القضاء والولاية وهما منفيان من غير المسلم على المسلم فلا ولاية لغير المسلم على المسلم مصداقاً لقول الله (Ψ)
وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً (٢٩٦)

○ وإذا اعتبرنا القائف شاهداً : فلا تقبل شهادة غير المسلم في

إثبات حق للمسلم أو نفيه عنه لأن الشهادة من قبيل الولاية كذلك ولا ولاية لغير المسلم على المسلم^(٢٩٧).

(٢٩٤) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط أخرى اشترطها بعض الفقهاء في القائف منها

(الحرية، وأن يكون منتسباً إلى بني مدلج لأن فيهم معرفة بالأنساب وهذا الشرط من

الشروط المختلف فيها بين الفقهاء ولقد قال به بعض الشافعية أنظر الحاوي الكبير :

للماوردي، مرجع سابق، ج ١٧، ص ٣٨٧)

(٢٩٥) السراج الوهاج: للزهري، مرجع سابق، ج ١، ص ٦٢٤ ، مطالب أولي النهي في

شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحيباني، (١١٦٥هـ/ سنة الوفاة ١٢٤٣هـ)،

طبعة ١٩٦١م، المكتب الإسلامي، دمشق، ج ٤، ص ٢٦٥.

(٢٩٦) سورة النساء جزء من الآية رقم (١٤١).

(٢٩٧) راجع ما سبق ص(١٣٢) من هذا البحث .

○ وإذا اعتبرناه من قبيل الإخبار: فلا يقبل قوله، لقول الله *يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ*^(٢٩٨) لأنه فاسق فلا يقبل قول الكافر على المسلم لفسقه، ولأن في إثبات النسب للمسلم جانباً تعدياً ولا يقبل قول الكافر في هذا الجانب.

أما إذا كان المطلوب هو إثبات نسب غير مسلم فلا يشترط إسلام القائف لقبول شهادة غير المسلم على غير المسلم، ولوجود ولايتهم بعضهم على بعض مصداقاً لقول الله تعالى *(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ)*^(٢٩٩)، وقوله تعالى *(وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ)*^(٣٠٠)

وأما عن الشرط الثاني **العدالة**: فقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز العمل بالقيافة^(٣٠١)، على اشتراط العدالة في القائف فيشترط فيه أن يكون عدلاً^(٣٠٢).

وأما عن الشرط الثالث **التعدد**: فقد اختلف الفقهاء القائلون بجواز العمل بالقيافة في إثبات النسب في اشتراط العدد في إثبات النسب على رأيين: **الرأي الأول**: يرى أصحابه اشتراط العدد في القائف فلا يكفي قول واحد في إثبات النسب .

(٢٩٨) سورة الحجرات جزء من الآية رقم (٦).

(٢٩٩) سورة المائدة جزء من الآية رقم (٥١).

(٣٠٠) سورة الأنفال الآية رقم (٧٣).

(٣٠١) راجع ما سبق ص (١٣٢) من هذا البحث.

(٣٠٢) وهناك قول للمالكية يشعر بعدم اشتراط العدالة في القائف قياساً على الطبيب لأن كلاً منهما عنده علم يخبر به: "قال صاحب البيان قال مالك وابن القاسم لا بد في القافة من العدالة واشترط ابن القاسم العدالة مع أنه يكتفي بالواحد استحساناً لأن القائف عنده علم يخبر به فهو كالطبيب يقبل قوله وإن كان كافراً وعن مالك يقبل القائف الواحد غير العدل" أنظر الذخيرة: للقرافي: مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في رواية وهو مشهور المذهب^(٣٠٣)،
والحنابلة في رواية^(٣٠٤).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه يكفي في إثبات النسب قول قائل
واحد فلا يشترط التعدد في قبول قول القائل.
وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في رواية^(٣٠٥)، والشافعية^(٣٠٦)، والحنابلة
في صحيح المذهب^(٣٠٧)
الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: باشتراط التعدد لقبول قول القائل
في إثبات النسب فلا يكفي قول واحد بالمعقول.

وذلك من وجهين:

الأول: إن القائل كالشاهد والشهادة لا يكفي لإثبات الحق فيها قول
واحد فيشترط اثنان لقبولها والعمل بها.
الثاني: إن قول القائل يعتمد على الشبهة والخلة فلا يقبل فيه قول
الواحد كالحكم في الصيد، وكالمزكي والمقوم.

(٣٠٣) الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٧٤، الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٣ وهي رواية ابن نافع، وأشهب.

(٣٠٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٦١، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١٠.

(٣٠٥) الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٧٤، النخيرة: للقرافي، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠.

(٣٠٦) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ١٧، ص ٣٩١، أسنى المطالب: لزكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٣.

(٣٠٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٦١، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١٠، كشف القناع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٠٩.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بعدم اشتراط التعدد لقبول قول القائف في إثبات النسب فيكفي قول واحد بالأثر والمعقول.
فأما الأثر فما روي أن عمر بن الخطاب استتاف المصطلقي وحده، وابن عباس استتاف ابن كلبه واستلحق به (٣٠٨).
وأما المعقول: فإن القائف حاكم في الدعوى فيكفي فيه قول واحد، وقيل إنه مخبر ولا يشترط في المخبر التعدد.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القائف ليس حاكماً في المسألة بل هو معاون للقاضي فيها، والقاضي يبني حكمه على قوله فيكون القائف أقرب للشاهد منه للحاكم، حتى إن بعض الفقهاء قال: "لا يصح إلحاق القائف حتى يحكم به القاضي، وإذا ألحقه اشترط تنفيذ القاضي" (٣٠٩) "

الرأي المختار: إن الرأي المختار في مدى اشتراط العدد لقبول قول القائف هو الرأي الأول القائل باشتراط العدد لقبول قول القائف لما فيه من الثبوت وكونه أحوط، ولأن في قوله إثبات العديد من الحقوق بين المنتسب والمستلحق به فيجب الثبوت فيه ويكون ذلك باثنتين على الأقل. والله أعلم

وأما عن الشرط الرابع المذكورة: فقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز العمل بالقيافة على اشتراط أن يكون القائف ذكراً فلا تقبل قيافة النساء (٣١٠)
وجه قولهم: إن القيافة حكم مستندها النظر والاستدلال فاعتبرت فيها الذكورة كالقضاء (٣١١).

(٣٠٨) مطالب أولي النهي: للرحبياني السيوطي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٦٥.

(٣٠٩) حاشية الشرواني: لعبد الحميد الشرواني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٣٥٠.

(٣١٠) الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٣١
إلا أن المالكية أجاوز أن يستعين القائف بالنساء إذا ضعف بصره". الحاوي الكبير:
للماوردي، مرجع سابق، ج ١٧، ص ٣٨٦، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢٨.

(٣١١) مطالب أولي النهي: للرحبياني السيوطي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٦٥.

وأما عن الشرط الخامس التجريبية والإصابة: فقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز العمل بالقيافة على اشتراط أن يكون القائف من أهل الخبرة والتجربة والإصابة^(٣١٢)، فيتم اختباره لاعتماد قوله^(٣١٣)

وجه قولهم: قياس القائف على القاضي فكما لا يجوز أن يتولى القاضي القضاء إلا بعد علمه بالأحكام فلا يجوز للقائف أن يتولى العمل بالقيافة إلا إذا كان عالماً بها.

وأما عن الشرط السادس السمع والبصر: فقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون القائف سميعاً بصيراً وكان اختلافهم على رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط أن يكون القائف سميعاً بصيراً لقبول قوله.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في المشهور^(٣١٤).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم اشتراط السمع في القائف فيقبل قول القائف الأخرس إذا فهمت إشارته. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الشافعية^(٣١٥).

(٣١٢) حاشية الشرواني: لعبد الحميد الشرواني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٣٤٨، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢٨.

(٣١٣) وقال بعض الفقهاء أن اختباره يكون بأن يعرض عليه في نسوة غير أمه ثلاث مرات، ثم في نسوة هي فيهن فإذا أصاب في الكل فهو مجرب" أنظر حاشية الشرواني: لعبد الحميد الشرواني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٣٤٨.

وقال البعض: "وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لأننا نتبين خطأه وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروفاً بالنسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بتربيته علمت إصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله" أنظر المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢٨.

(٣١٤) تحفة المحتاج على ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٨٨.

(٣١٥) المرجع السابق ذات الصفحة.

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: باشتراط السمع والبصر في القائف لقبول قوله بالمعقول.

فقالوا: إن عمل القائف يقوم على الحس والبصر وذلك لأنه يقوم بإلحاق الولد بأبيه أو أخيه وذلك بإعمال الشبه بينهم ولا يكون ذلك إلا إذا كان بصيراً ، كما أن القيافة فيها معنى الشهادة ويجب أن يكون الشاهد سمياً بصيراً لتصح شهادته.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بعدم اشتراط السمع في القائف لقبول قوله بالمعقول.

فقالوا: إن القائف إذا فهم إشارته كل واحد يصح قوله ولا يشترط فيه السمع.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن عمل القائف يقوم على الحس، والسمع، والمشاهدة لا على المشاهدة فقط فيشترط فيه السمع والبصر، كما أن القيافة فيها معنى الشهادة والإخبار والحكم فيشترط في القائف السمع والبصر ليصل إلى حكمه بالسمع والمشاهدة ، فلا يكفي البصر فقط.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل باشتراط السمع والبصر في القائف لصحة قبول قوله. **والله أعلم**

““

من جماع ما تقدم من بحث آراء الفقهاء التي تتعلق بالشروط التي يلزم توفرها في القائف - الخبير في إثبات النسب-، وبيان الرأي المختار للشروط نجد أنه يشترط لصحة قبول قول القائف واعتباره حجة - عند من يجيز العمل بالقيافة- الشروط الآتية :

الشرط الأول: "أن يكون القائف مسلماً في إثبات نسب المسلم.

الشرط الثاني: أن يكون القائف عدلاً^(٣١٦)

الشرط الثالث: أن يكون إثبات النسب بشهادة اثنين على الأقل فلا

يكفي قول واحد في إثبات النسب.

(٣١٦) تحفة المحتاج على ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج٤، ص

٤٨٩. وهو قول البلقيني.

الشرط الرابع: أن يكون القائف ذكراً .

الشرط الخامس: أن يكون مجرباً ومصيباً في قوله - أي ذا خبرة في مجاله - .

الشرط السادس : أن يكون سمياً بصيراً فلا يجوز أن يكون به مرض يمنعه من أداء عمله ككونه أخرساً أو أعمى. (٣١٧)

ب- الشروط التي تتعلق بالقائم بعمل الخبرة في الأنساب بالطرق الحديثة "البصمة الوراثية"

بحث العديد من الفقهاء المعاصرين في الفقه الإسلامي مسألة مدى جواز الاعتماد على الوسائل الحديثة في إثبات النسب، أو نفيه وهو ما يعرف بإثبات النسب بالبصمة الوراثية " الجينوم " (٣١٨) وقد وضع هؤلاء الفقهاء عدداً من الضوابط والشروط لجواز الاعتماد على هذه الوسائل في إثبات النسب

(٣١٧) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط تشترط في القيافة ذاتها هي:

الشرط الأول: عدم وجود مانع شرعي لإلحاق النسب، كما لو ولد طفل على فراش الزوجية وادعاه آخر فهذا معارض للحديث الشريف " الولد للفراش "

الشرط الثاني: وقوع تنازع على نسب الولد إثباتاً أو نفياً وعدم وجود بينة أو تساوت البيئات.

الشرط الثالث: إمضاء القاضي قول القائف .

الشرط الرابع : حياة كل من الولد - المراد إثبات نسبه بالقيافة- والشخص المراد إلحاق النسب له-

(٣١٨) ومن هؤلاء الفقهاء : د. محمد رأفت عثمان: المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الرابعة أكتوبر ٢٠١٢م ، دار الكتب المصرية القاهرة، ص ٣١٠، وما بعدها، د. عاصم منصور بن محمد أبا حسين: إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللجان، بحث قدم لمجلة الجمعية الفقهية السعودية، ص ٤٢١، وما بعدها، د. محمد جبر الألفي: إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية: ، مرجع سابق، ص ٣٥، وما بعدها.

(٣١٩)، وذلك عن طريق إنشاء مراكز - وليس أفراد- متخصصة للقيام بإجراء الاختبارات اللازمة لذلك وكانت هذه الضوابط على النحو الآتي:
أولاً: أن تكون المراكز التي تقوم بالاختبارات الوراثية تابعة للدولة (٣٢٠).
ثانياً: أن يقوم بالعمل في هذه المراكز علماء ثقات من حيث الكفاءة العلمية العالية والأخلاق التي لا تمسها الشبهات.
ثالثاً: أن يكون القيام بهذه الاختبارات بأمر القاضي.
رابعاً: أن تتم الاختبارات بأكبر عدد من الخلايا الحية مع توثيق كل خطوة من هذه الاختبارات في سجلات معتمدة حتى يتم الرجوع إليها.
خامساً: أن تكون نتيجة الاختبارات متفق عليها من اثنين من هذه المراكز على الأقل (٣٢١).

وبالربط بين الضوابط التي قام الفقهاء المعاصرون بوضعها وبين الشروط الشرعية التي وضعها الفقهاء القدامى في شخص القائم بعمل الخبرة في إثبات النسب "القائف" يمكن أن نضع عدداً من الشروط في الخبر القائم بالعمل في مجال البصمة الوراثية في النسب.

وهذه الشروط هي:

أ. الإسلام: وهذا إذا كانت الدعوى - المنازعة - القائمة تتعلق بإثبات نسب مسلم. (٣٢٢)

(٣١٩) مع ملاحظة أن مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من ٢١ - ٢٦ من شوال عام ١٤٢٢هـ - الموافق ٥ - ١٠ من يناير عام ٢٠٠٢م قد قرر عدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب كما قرر أن البصمة الوراثية لا يجوز تقديمها على اللعان.

(٣٢٠) حتى يكون الأمر تحت رقابة الدولة وأجهزتها المختلفة.

(٣٢١) المادة الوراثية "الجينوم": د. محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص ٣٤١، إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان: د. عاصم بن منصور، مرجع سابق، ص ٤٣٦، ٤٣٥. إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية: د. محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص ٣٥، وما بعدها.

ب. التعدد: فلا يكفي أن يقوم شخص واحد فقط بإجراء التجارب العلمية لإثبات النسب فلا بد من تعدد القائمين به حتى يكون الأمر بعيداً عن الخطأ البشري قدر الإمكان.

ج. التجربة والإصابة : ويقصد بها في هذا المقام أن يكون القائم بهذا العمل خبيراً كفوفاً في أداء عمله متميزاً فيه^(٣٢٣)

د. السمع والبصر: وذلك لأن القائم على أعمال الخبرة في هذا المجال يقوم على كافة الحواس البشرية فيشترط أن يكون سليم الحواس من السمع والنطق والبصر حتى يتمكن من مباشرة عمله بكفاءة.

أما عن شرط الذكورة: الذي اشترطه الفقهاء في القائف فيمكن التجاوز عنه في هذا المجال .

وجه ذلك : إن القائف بهذا العمل يعتمد على العلم والخبرة في أداء العمل وهذا الأمر يستوي فيه الذكر والأنثى، فهو ليس قاضياً أو حكماً وإنما هو - طبقاً للرأي الراجح - خبير معاون للقاضي في فهم مسألة معينة لما له من الخبرة فيها.

(٣٢٢) وهذا سد للذريعة حتى لا يتدخل أحد غير مسلم في إثبات نسب شخص مسلم لما في هذه الدعوى من جانب تعبدية لأنها تتعلق بالحل والحرمة وتتعلق بأبضاع المسلمين.

(٣٢٣) لأن هذا الأمر يتعلق بإثبات النسب أو نفيه وهو أمر دقيق.

المبحث الثاني الشروط القانونية اللازم توفرها في الخبير

تمهيد وتقسيم :

يتعلق بالخبير في الجانب القانوني عدد من الشروط لابد من توفرها، وقد يكون الخبير أمام محاكم الأسرة خبيراً في مسألة من المسائل الفنية، وقد يكون خبيراً أخصائياً - اجتماعياً أو نفسياً - .

ويتعلق بكل منهما : الخبير في المسائل الفنية، وكذلك الخبير الأخصائي شروط لابد من توفرها، وسوف نتناول هذه الشروط في المطلبين الأتيين:

أتناول في المطلب الأول: الشروط القانونية للخبير في المسائل الفنية. وأتناول في المطلب الثاني الشروط التي تتعلق بالخبير في مجال الأحوال الشخصية.

المطلب الأول الشروط القانونية للخبير في المسائل الفنية

نظم القانون مسائل الخبرة أمام الجهات القضائية في المرسوم بقانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٥٢م فأجاز في المادة الأولى منه أن يقوم بأعمال الخبرة في المسائل الفنية خبراء الجدول، وخبراء وزارة العدل ومصحة الطب الشرعي، والمصالح الأخرى التي يعهد إليها بأعمال الخبرة، وكذلك كل من ترى الجهات القضائية عند الضرورة الاستعانة برأيهم الفني من غير من ذكروا. وبناءً على هذا يمكن أن يقوم بأعمال الخبرة في المسائل الفنية أمام محكمة الأسرة موظف خبير من الجهات التي نص عليها القانون وقد يكون غير موظف.

فإذا كان الخبير موظفاً تابعاً لمصلحة الخبراء أو وزارة العدل أو مصلحة الطب الشرعي تعلق به عدد من الشروط الخاصة بالخبرة.

الشروط الخاصة فيمن يعين خبيراً: يجب أن تتوفر في الخبير الموظف التابع لمصلحة الخبراء أو وزارة العدل أو مصلحة الطب الشرعي في قانون تنظيم الخبرة: فقد اشترط المرسوم بقانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٥٢م في المادة

الثامنة عشرة شروطاً لأبد من توفرها فيمن يعين في وظيفة خبير أمام الجهات القضائية^(٣٢٤) وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: أن يكون مصرياً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة .

الشرط الثاني: أن يكون حائزاً على درجة بكالوريوس أو ليسانس من إحدى الجامعات المصرية في مادة القسم الذي يطلب التعيين فيه أو على شهادة تعتبر معادلة لهذه الدرجة من معهد علمي معترف به.

الشرط الثالث: أن يكون مرخصاً له في مزاولة مهنة الفرع الذي يرشح للتعين فيه.

الشرط الرابع: ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو من مجلس التأديب لأمر مخل بالشرف.

الشرط الخامس: أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

نظرة على الشروط التي اشترطها قانون الخبرة: فنجد أن القانون قد اشترط عدداً من الشروط فيمن يعين خبيراً أمام الجهات القضائية.

فمن حيث تمتعه بالجنسية: فيشترط أن يكون الخبير متمعاً بالجنسية المصرية، ولقد قصر القانون التعيين في الخبير القائم بأعمال الخبرة

(٣٢٤) ولقد نص القانون في المادة (١٨) على الشروط التي يجب أن تتوفر في الخبير الموظف التابع لإحدى جهات الخبرة وهذه الشروط هي :

(١) أن يكون مصرياً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة .

(٢) أن يكون حائزاً لدرجة بكالوريوس أو ليسانس من إحدى الجامعات المصرية في مادة القسم الذي يطلب التعيين فيه أو على شهادة تعتبر معادلة لهذه الدرجة من معهد علمي معترف به.

(٣) أن يكون مرخصاً له في مزاولة مهنة الفرع الذي يرشح للتعين فيه.

(٤) ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو من مجلس التأديب لأمر مخل

بالشرف.

(٥) أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

ولا يجوز تعيين أحد في هذه الوظائف إلا بعد التحقق من كفايته وصلاحيته لأعمال القسم الذي يعين فيه.

على المصريين دون أن يعطي الحق في التعيين في عمل من أعمال الخبرة لغير المصريين.

ومن حيث التمتع بالأهلية: فاشتراط القانون أن يكون الخبير متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة، وطبقاً للقانون المدني يكون الشخصي متمتعاً بالأهلية المدنية إذا بلغ سن الحادية والعشرين سنة ميلادية كاملة ولم يعتره عارض من عوارض الأهلية، ومن ثم لا يجوز أن يعين خبيراً من هو أقل من هذه السن أو من اعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والعتة.

ومن حيث الصلاحية العلمية والفنية: فيشترط أن يتوفر في الخبير الاستعداد الدراسي والخبرة العلمية بأن يكون حاصلاً على درجة البكالوريوس أو الليسانس من إحدى الجامعات المصرية في القسم الذي يطلب فيه الخبرة، أو شهادة تعتبر معادلة لهذه الدرجة من معهد علمي معترف به، كما يشترط أن يكون مرخصاً له في مزاولة الفرع الذي يرشح للتعين فيه.

ومن حيث الصلاحية الأخلاقية والأدبية: فيشترط أن يكون الخبير محمود السمعة حسن السيرة وكذلك ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب بأمر مخل بالشرف.

ومن حيث الكفاية والصلاحية: فيشترط التحقق من كفاية الخبير وصلاحيته للقيام بعمله في القسم الذي يعين فيه.

وإلى جانب هذه الشروط فقد أجاز القانون للجنة خبراء الجدول^(٣٢٥) استبعاد اسم خبير أصبح في حالة لا تمكنه من أداء أعماله أو فقد شرطاً من

(٣٢٥) ويقصد بلجنة خبراء الجدول : هي لجنة تنظر في أداء عمل الخبراء وتأديبهم ولقد نصت عليها المادة (٣) من قانون تنظيم الخبرة فنصت على أن: "يكون بكل محكمة من محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية لجنة تسمى "لجنة خبراء الجدول" وتشكل في محاكم الاستئناف من رئيس المحكمة أو من ينوب عنه والنائب العام أو من ينوب عنه ومستشار تنتخبه الجمعية العمومية لكل محكمة لمدة سنة.

وتشكل في المحاكم الابتدائية من رئيس المحكمة أو من ينوب عنه ورئيس النيابة أو من ينوب عنه وقاض تنتخبه الجمعية العمومية لكل محكمة لمدة سنة".

شروط قيده في الجدول أو حكم عليه بعقوبة جنائية أو صدرت أحكام قضائية أو تأديبية ماسة بالشرف. (م/٣١ الفقرة الثانية)

وبناءً على هذا فإن الشروط التي اشترطها القانون تعد شروط ابتداء وشروط بقاء كذلك فيجب توفر هذه الشروط في الشخص القائم بالخبرة حال تولية عمل من أعمال الخبرة وحال قيامه بها.

المطلب الثاني

الشروط القانونية للخبير الأخصائي في الأحوال الشخصية

يتعلق بالخبير الأخصائي - الاجتماعي والنفسي - في مجال الأحوال الشخصية شروط لا بد من توفرها، سواء أكان الخبير الأخصائي تابعاً لمكتب التسوية أو معاوناً لمحكمة الأسرة أو الدوائر الاستئنافية.

فنص القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م في المادة الخامسة على أن " تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية، يتبع وزارة العدل ويضم عدداً كافياً من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين الذين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين " .

ولقد صدر قرار السيد وزير العدل رقم (٢٧٢٤) لسنة ٢٠٠٤م والمعدل بالقرار رقم (٣٠٩٢) لسنة ٢٠٠٤م بشأن الشروط والقواعد التي يجب أن تتوفر في الأخصائيين وهذه الشروط هي (٣٢٦):

الشرط الأول: أن يكون متزوجاً.

الشرط الثاني: أن يكون حاصلاً على مؤهل عالٍ من إحدى

الجامعات المصرية أو المعاهد العليا في القانون، أو الشريعة، أو علم النفس، أو علم الاجتماع.

(٣٢٦) وإلى جانب هذه الشروط لا بد أن تتوفر في الخبير عدد من الشروط التي اشترطها

قانون الخدمة المدنية رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦م لكونه قانوناً عاماً يطبق على جميع الوظائف المدنية في الدولة.

الشرط الثالث: ألا تقل مدة خبرته في مجال تخصصه عن خمس

سنوات.

الشرط الرابع: ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة

سالبة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الإمانة.

الشرط الخامس : أن يبدي كتابة رغبته أو موافقته على اختياره في

تشكيل مكاتب التسوية.

نظرة على الشروط التي اشترطها قرار وزير العدل : فنجد أن القرار

قد اشترط عدداً من الشروط في الأخصائي الاجتماعي والنفسي التابع لمحاكم

الأسرة - سواء في مكتب التسوية أو محكمة الأسرة - .

فمن حيث الحالة الاجتماعية: قد اشترط أن يكون متزوجاً وذلك

على اعتبار أن الشخص المتزوج يكون لديه القدرة على معرفة المشكلات

الأسرية والتعرف على طرق حلها. وذلك لمعايشته للعديد من هذه المشكلات -

وذلك على اعتبار أن الحياة الزوجية لا تخلو من بعض هذه المشكلات -

إلا أن القرار قد أجاز لوزير العدل الاستثناء من هذا الشرط فأجاز أن

يكون الملحق بهذه المكاتب غير متزوج.

ومن حيث الدرجة العلمية: فقد اشترط القرار أن يكون الملحق

حاصلاً على مؤهل عالٍ: وأن يكون الحصول على المؤهل من إحدى

الجامعات المصرية أو المعاهد العليا ويكون في إحدى التخصصات الآتية

(القانون، أو الشريعة، أو علم النفس أو علم الاجتماع).

وبناءً على هذا لا يجوز الالتحاق بمكاتب التسوية لمن فقد شرط

الحصول على مؤهل عالٍ من إحدى الجامعات المصرية أو المعاهد العليا بأن

كان قد حصل على هذا المؤهل من غير الجامعات المصرية أو كان حاصلاً

على مؤهل عالٍ في غير التخصصات التي حددها القرار.

ومن حيث الخبرة والكفاءة: فقد اشترط القرار أن يكون الملحق

بمكتب التسوية ممن لهم خبرة وكفاءة في مجال تخصصه فلا تقل خبرته عن

خمس سنوات في ممارسته لعمله.

ومع هذا أجاز القرار لوزير العدل الاستثناء من هذا الشرط.

ومن حيث النزاهة : فقد اشترط القرار ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة سالبة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الإمانة. أما بالنسبة للشروط التي يجب أن تتوفر في الخبير الأخصائي المعاون لمحكمة الأسرة-: وبالنظر إلى الخبراء الأخصائيين الذين يعاونون المحكمة فنجد أنهم يرتبطون بالمحكمة ذاتها التي تنظر الدعوى : محكمة الأسرة - أول درجة - المحاكم الاستئنافية .

أولاً : الخبراء الأخصائيون في محكمة الأسرة : "أول درجة" : فيشترط في هذا الخبير ذات الشروط التي وردت في قرار وزير العدل وبجانب هذه الشروط يجب أن يوجد العنصر النسائي في الخبيرين اللذين يعاونان المحكمة في نظر الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م حيث نصت : "ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء " .

ويثار في هذا المقام تساؤل هل يجب أن يكون أحد الخبيرين المشار إليهما من النساء أم يجوز أن يكون الخبيران من النساء؟ أجابت المحكمة الدستورية العليا على هذا التساؤل عند تعرضها للطعن على نص المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م^(٣٢٧) سالفة الذكر بقولها : " وحيث إن المشرع قد تغيا من قانون إنشاء محاكم الأسرة الذي حوى النص المطعون فيه - وعلى ما تضمنته الأعمال التحضيرية لهذا القانون - سرعة حسم المنازعات المتصلة بالأسرة لما تتسم به هذه المنازعات

(٣٢٧) حيث إن الطاعن قد نعى على نص المادة الثالثة بمخالفته لنصوص المواد (٨)، (٤٠)، (٦٨) من الدستور ١٩٧١م على سند أن هذا النص لا يمنع أن يكون الخبيران المعاونان لمحكمة الأسرة من النساء لكنه يمنع أن يكون الخبيران من الرجال بما يؤدي إلى محاباة النساء في شأن ما تتضمنه التقارير المقدمة للمحكمة وبذلك يقيم النص المطعون فيه تمييزاً تحكيمياً غير مبرر وهو يعد إخلالاً بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة وتقييداً لحق التقاضي.

من طبيعة خاصة تتعلق في جوهرها بأخص أمور العلاقات الإنسانية وما استلزمه ذلك من إيجاد آلية جديدة تتغيا تحقيق عدالة أوفى وأقرب منالاً وتكون في الوقت ذاته ملائمة لطبيعة المنازعات الأسرية وأشخاصها والصغار منهم على وجه الخصوص مما حدا بالمشرع إلى إنشاء محاكم الأسرة التي يقوم عليها قضاة مؤهلون ومتخصصون ويعاون المحكمة خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين يكون أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورهما جلسات محكمة الأسرة وجوبياً في دعاوى "....." كما يكون للمحكمة أن تستعين بهما في غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية إذا رأت ضرورة لذلك، ويبدأ دورهما بعد أن فشلت محاولات الصلح في مكتب تسوية المنازعات الأسرية بالمحكمة وأضحى لزاماً تسوية النزاع قضائياً فيقع على عاتقهما عبء معاونة القضاة عن طريق بحث الحالة النفسية والاجتماعية للطفل المحضون والأطراف المتنازعة على حضانتها وكذلك في المنازعات الأخرى المشار إليها ويقدم كل منهما تقريراً إلى المحكمة بما أسفر عنه بحثه للحالة المعروضة ولا يعدو هذا التقرير كونه تقريراً استرشادياً كما أن وجوب حضورهما لجلسات المحكمة يقصد منه تقديم الخبرة والمشورة الفنية المتخصصة - كل في مجاله - من أجل معاونة القضاء في الإحاطة بجوانب النزاع دون أن يندرجا في تشكيل محكمة الأسرة ودون أن تلتزم المحكمة برأي أي منهما حيث يكون لها وحدها القول الفصل فيما تسطره في حكمها ودون أن يؤثر في ذلك كون الخبير رجلاً أو امرأة، بيد أن ما أوجبه المشرع من أن يكون أحد الخبيرين على الأقل من النساء مرجعه أن منازعات الأسرة تدور في أغلبها حول النساء والأطفال حيث يكون لراي المرأة فيها أهمية بالغة باعتبارها بطبيعتها الأكثر تفهماً في هذا المجال وعلى أساس أن بعض مسائل الأحوال الشخصية لا يقبل فيها شرعاً إلا قول النساء ولا يقبل فيها قول الرجال مثل العدة والحيض وما إلى ذلك وهو ما يعد قاعدة موضوعية تبرر تفضيل المرأة في هذا الصدد ومن ثم فإن النص وإن مايز بين الرجال والنساء - على النحو سالف البيان - إلا أن هذا التمييز وقد سُيّد على أساس القاعدة

الموضوعية المشار إليها فإنه ينهض تمييزاً مبرراً غير قائم على أساس تحكمي (٣٢٨) .

ثانياً : الخبراء الأخصائيون في الدوائر الاستئنافية : أما بالنسبة للخبراء الأخصائيين أمام الدوائر الاستئنافية فلم يشترط القانون وجود العنصر النسائي في هذا النوع من الخبرة فأجاز القانون للدائرة الاستئنافية الاستعانة بمن ترى من الأخصائيين دون التقييد بالعنصر النسائي فيمن تستعين به، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م حيث نصت على : "وللدائرة الاستئنافية أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين"
تعقيب:

إنه بالنظر والتدقيق في الشروط التي وضعها القرار نجد أن من هذه الشروط شروطاً تتلاءم مع طبيعة العمل في مكاتب التسوية وفي معاونة محكمة الأسرة في جانب الخبرة والكفاءة ويتحقق ذلك من ناحيتين:

الأولى: إن القرار قد اشترط أن يكون الأخصائي متزوجاً وهذا يعد شرطاً مستحسناً حيث إن الشخص المتزوج - سواء أكان رجلاً أو امرأة- يكون له القدرة على معرفة العديد من المشاكل الأسرية وإمكانية حلها.

الثانية: إن القرار قد اشترط أن يكون الأخصائي له خبرة في مجال عمله لا تقل عن خمس سنوات وهو كذلك أمر مستحسن، فهو يدل على طول المدة الزمنية- نسبياً- التي تساعده على التعرف على المشكلات وحلها أيضاً.

إلا أن القرار بعد أن اشترط هذين الشرطين قد أجاز لوزير العدل الاستثناء من هذين الشرطين - مع أهميتهما- وذلك عند الضرورة ولم يبين القرار ماهية هذه الضرورة وحدودها.

(٣٢٨) الطعن رقم (٥٦) لسنة ٢٧ قضائية دستورية في الجلسة المنعقدة في يوم السبت الحادي عشر من شهر إبريل عام ٢٠١٥م الموافق الثاني والعشرين من شهر جمادى الآخرة عام ١٤٣٦هـ منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٦ مكرر (ج) ٢٢ إبريل ٢٠١٥م

كذلك قد اكتفى القرار فيما يتعلق بنزاهة الأخصائي في مكتب التسوية ألا يكون قد حكم بعقوبة جنائية أو عقوبة سالبة للحرية في جريمة مخلة بالشرف والأمانة.

والأولى النص على اشتراط أن يكون الأخصائي - الذي يطلع في كثير من الأحيان على أسرار الحياة الزوجية - محمود السيرة حسن السمعة فلا يكفي ألا يكون قد حكم عليه بعقوبة في جريمة ماسة بالشرف والأمانة.

بل وبالإضافة إلى ذلك أن يكون الأولى ألا يكون قد حكم عليه - إذا كان متزوجاً أو قد سبق له الزواج - بالتفريق بينه وبين زوجته - بالتطليق للضرر وسوء العشرة، أو بالتطليق لعدم الإنفاق على زوجته - لأن هذا الحكم يدل على عدم قدرته على الإصلاح وتسوية المنازعات الأسرية، فمن باب أولى لا يكون لديه القدرة على الإصلاح فيما بين المتخاصمين من الأزواج.

ولم يتعرض القرار لجنسية الخبير، فلم يشترط أن يكون الخبير - الأخصائي الاجتماعي والنفسي - متمتعاً بالجنسية المصرية، إلا أن الأولى اشتراط أن يكون الخبير مصرياً - صراحة - لمعرفة المشكلات الاجتماعية التي تكون في المجتمع والقدرة على حلها.

ويتم تطبيق نص المادة (١٨) من قانون تنظيم الخبرة أمام الجهات القضائية الذي اشترط صراحة على أن يكون الخبير متمتعاً بالجنسية المصرية.

ومن ثم فإننا نجد أن هذا القرار قد أفرغ القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م والقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م من مضمونه الذي ابتغاه المشرع منه، وذلك بجعل الخبراء التابعين لمكاتب التسوية ليسوا خبراء في مجال تخصصهم بل هم موظفون إداريون أكثر منهم خبراء في تسوية المنازعات الأسرية^(٣٢٩).

(٣٢٩) وهذا ما أثر سلباً على عمل هذه المكاتب من الناحية العملية.

الفصل الثاني

النظام الإجرائي للخبرة أمام محكمة الأسرة

تمهيد وتقسيم :

يخضع نظام الخبرة لعدد من القواعد، والإجراءات حين نظر الدعوى، حيث تمر عملية الخبرة بمراحل معينة، وهذه القواعد هي التي تنظم عملية الخبرة عند نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة، ويرتبط النظام الإجرائي للخبرة أمام محكمة الأسرة بنوع الخبرة ذاتها، وتتنوع الخبرة أمام محاكم الأسرة إلى نوعين :

النوع الأول: الخبرة الفنية التي تنظر مسألة من المسائل العلمية والفنية التي تستند المحكمة فيها إلى رأي الخبير. وهذه الخبرة يطبق عليها القواعد العامة التي تطبق على الخبرة بوجه عام.

النوع الثاني : الخبرة القانونية وهي التي نظمها قانون الأحوال الشخصية عند رفع دعوى تتعلق بنزاع في مسائل الأحوال الشخصية .

وسوف نتناول القواعد الإجرائية التي تتعلق بالخبرة في مجال الأحوال الشخصية في المبحثين الآتيين:

أتناول في المبحث الأول: القواعد الإجرائية للخبرة الفنية في مجال الأحوال الشخصية.

وأتناول في المبحث الثاني: القواعد الإجرائية لممارسة الخبرة القانونية في الأحوال الشخصية.

المبحث الأول

القواعد الإجرائية للخبرة الفنية في مجال الأحوال الشخصية

يتعلق بالخبرة الفنية حال نظر الدعوى أمام محكمة الأسرة عدد من القواعد والإجراءات، ويطبق على هذا النوع من الخبرة ما يكون قد نص عليه قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م باعتباره قانوناً إجرائياً ينظم إجراءات التقاضي أمام محكمة الأسرة؛ ولقد نصت المادة الأولى من مواد الإصدار لهذا القانون على أنه "تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقوف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"

كما نصت المادة الثالثة عشرة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على: "يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستثنائية القواعد والإجراءات المقررة في هذا القانون، وفي قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المشار إليه وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات"

وبناءً على هذا إذا وجد نص خاص يتعلق بتنظيم هذا النوع من الخبرة أمام محكمة الأسرة في مسائل الأحوال الشخصية يطبق هذا النص، أما إذا لم يرد نص خاص فإن قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات هو الذي يتم تطبيقه.

وبالنظر في قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م، وكذلك قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م نجد أنه لم يرد نص خاص ينظم الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة لذا سوف نقوم ببحث القواعد والإجراءات التي تتعلق بالخبرة الفنية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإثبات بما يتفق مع طبيعة منازعات الأحوال الشخصية.

وبالنظر إلى عملية الخبرة ذاتها نجد أنها تمر - بوجه عام - بثلاث مراحل، وهي بدء عملية الخبرة، وسيرها، وانتهائها؛ وسوف نتناول هذه المراحل في ثلاثة مطالب:

أتناول في المطلب الأول: بداية عمل الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة. وأتناول في المطلب الثاني: سير عملية الخبرة. وأتناول في المطلب الثالث: انتهاء عملية الخبرة.

المطلب الأول

بداية عمل الخبرة أمام محكمة الأسرة

تبدأ عملية الخبرة أمام المحكمة بانتداب الخبير للقيام بالمهمة المكلف القيام بها، ويتعلق ببدء عملية الخبرة عدد من النقاط هي:

- ندب الخبير للقيام بعمل من أعمال الخبر.
- الطريقة التي يتم اختيار الخبير بها.
- تحي الخبير عن قيامه بالعمل.

وسوف نتناول هذه النقاط فيما يلي:

أ. ندب الخبير: إن ندب الخبير بصفة عامة قد يكون وجوبياً، وقد يكون جوازياً.

فأما عن الطريق الأول: الندب الوجوبي فقد ينص القانون في بعض الحالات على وجوب الاستعانة بخبير لتقدير المسألة الفنية أو العلمية في النزاع المعروف، وبذلك يفقد القاضي السلطة في تقدير الاستعانة بالخبير الفني في الدعوى، فيجب على القاضي الاستعانة بالخبير لتقدير المسألة الفنية التي تتعلق بالدعوى (٣٣٠).

ولقد نص قانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م على وجوب الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات العيوب، حيث جاء نص المادة الحادية عشرة على أنه:

(٣٣٠) دور القاضي في الإثبات: د. سحر عبد الستار، مرجع سابق، ص ٤٩٦.

يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها. "فيكون نذب الخبير والاستعانة وجوبياً على المحكمة أن تقوم به. وقد قضت محكمة النقض بأن: "في حالة طلب الزوجة التفريق للعيب المستحكم في الزوج بأن شرطه وفقاً للمادة التاسعة، والحادية عشرة من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض والضرر (٣٣١)".

وأما بالنسبة للطريق الثاني: الندي الجوازي: وقد يكون نذب المحكمة للخبير جوازيًا ويكون ذلك بأحد أمرين:

الأول: إما أن يتم نذب الخبير من تلقاء ذات المحكمة: وذلك إذا رأت المحكمة ضرورة في الاستعانة برأي الخبير للفصل في النزاع، فالمحكمة إذا رأت الاستعانة بأهل الخبرة في أي مرحلة تكون عليها الدعوى جاز لها الاستعانة بهم ولها في ذلك سلطة تقديرية واسعة.

وهذا هو المبدأ والقاعدة العامة في مسألة نذب الخبير فالمحكمة إذا قدرت الاستعانة برأي الخبير جاز لها ذلك ولها سلطة تقديرية واسعة في الاستعانة بالخبير أو عدم الاستعانة به (٣٣٢).

وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث قضت بأن: "للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة في أي مسألة مادية أو فنية تراها لازمة للفصل في الدعوى (٣٣٣)". أما إذا قدرت المحكمة أن الفصل في الدعوى لا يتطلب الإلمام بمسائل فنية خارجة عن نطاق معرفتها، أو إذا قدرت أنها تستطيع أن تفصل في

(٣٣١) سبقت الإشارة إليه أنظر ص من هذا البحث

(٣٣٢) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: د. فتحي والي، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، المجلد الأول (١، ٢)، ص ٥٦٣، ف ٣٠٩، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية القواعد الموضوعية والإجرائية: أنور العمروسي، عام ١٩٧٩م، ص ٨٥٢، ف ٣٦٤.

(٣٣٣) طعن نقض رقم ٣١٦٢ لسنة ٥٩ ق جلسة (١٩٩٦/١٢/٢٩).

المسألة الفنية بنفسها دون حاجة إلى خبير فإنها تستطيع أن تمضي قدماً في نظر الدعوى وأن تصدر حكمها فيها^(٣٣٤).

وهذا المبدأ هو ما أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها حيث قضت: "بأن الأصل أن للمحكمة كامل السلطة في تقدير القوة التبادلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها أو بالاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها مادامت المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء رأي فيها"^(٣٣٥)

الثاني : ندب المحكمة للخبير بناءً على طلب الخصوم : من الطرق التي يمكن بدء عمل الخبير من خلالها طلب الخصوم ندب خبير لإبداء رأيه في المسألة، وذلك إذا طلب الخصوم - أو أحدهم - ندب خبير أو أكثر لإبداء الرأي في المسألة وكانت المسألة من المسائل الفنية التي يتوقف الفصل في النزاع عليها.

ومسألة ندب الخبير من قبل الخصوم متوقف على تلبية المحكمة لطلب الخصوم، فالمحكمة هي التي تقوم بندب الخبير لإبداء رأيه في المسألة، ولها في ذلك سلطة تقديرية لا تخضع فيها المحكمة لرقابة محكمة النقض^(٣٣٦)،

(٣٣٤) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والي، مرجع سابق ، ص ٥٦٣، ف ٣٠٩،

(٣٣٥) طعن نقض رقم ٥٧٣ لسنة ٤١ ق جلسة (١٩٧٨/١١/١)

(٣٣٦) مع ملاحظة أن المشرع قد قصر التقاضي في محاكم الأسرة على درجتين فقط فالأصل أنه لا يجوز الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محكمة الأسرة إلا إذا كان الطعن من النائب العام فقط حيث نصت المادة (١٤) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على أنه : "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستثنائية غير قابلة للطعن عليها بطريق النقض" وتنص المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "لنائب العام الطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام

فيجوز للمحكمة أن ترفض ندب الخبير فهو ليس حقاً للخصوم والمحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب تعيينه (٣٣٧).

وهذا ما أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها، حيث قضت بأن: " للمحكمة أن ترفض طلب ندب خبير مقدم من أحد الخصوم متى وجدت في دفاع الطرفين ومستنداتها يكفي لتكوين عقيدتها في النزاع" (٣٣٨)، كما قضت بأن: " للمحكمة أن ترفض طلب الخصم بتعيين خبير صراحة أو ضمناً، ويعتبر رفضاً ضمناً أن تحكم المحكمة في الدعوى دون الاستعانة بخبير، وليس للخصم أن يحتج في هذه الحالة بأنه كان من واجب المحكمة أن ترفض طلبه صراحة وأن تبين في حكمها سبب الرفض" (٣٣٩) "وعلى الرغم من أن رفض تعيين الخبير يخضع لتقدير القاضي فإن هذا الرفض يجب أن يكون قائماً على أسباب تبرر وقد قضت محكمة النقض بأن "ندب الخبير في الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الرخص المخولة لقاضي الموضوع، فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه في ذلك متى كان رفضه لطلب ندب الخبير قائماً على أسباب مبررة." (٣٤٠)

ب. طريقة اختيار الخبير: بالنظر في مسألة اختيار الخبير نجد أنها قد

تكون بأحد طريقتين:

الطريق الأول: اختيار الخبير باتفاق الخصوم.

الطريق الثاني: اختيار الخبير من قبل المحكمة.

الانتهاية أياً كانت المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله.. "

(٣٣٧) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٥٦٣، ف ٣٠٩، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية: أنور العمروسي، مرجع سابق ص ٨٥٣، ف ٣٦٤.

(٣٢٨) طعن نقض رقم ١٤٠٢ لسنة ٤٨ ق جلسة (١٩٨٢/١١/٢١)

(٣٣٩) طعن نقض رقم ٢٦١ لسنة ٣٩ ق جلسة رقم (١٩٧٤ /٤/٢٩)

(٣٤٠) طعن نقض رقم ٥٧١ لسنة ٤٩ جلسة (١٩٨٢/٦/٦).

فأما الطريق الأول: اختيار الخبير باتفاق الخصوم: فقد يتم اختيار الخبير باتفاق الخصوم، فإذا اتفق الخصوم على اختيار خبير بعينه فيعرض الأمر على المحكمة، وللمحكمة أن تقر هذا الاتفاق^(٣٤١)، ولقد نصت المادة (١٣٦/ إصابات) على أنه: "إذا اتفق الخصوم على اختيار خبير، أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة اتفاقهم".

ونص هذه المادة يشعر أن المحكمة ليس لها سلطة تقديرية في اختيار الخبير إذا اتفق الخصوم على اختياره، أي أن المحكمة ملزمة بإقرار هذا الاتفاق والتصديق عليه^(٣٤٢).

وذهب جانب من الفقه إلى أنه بالرغم ما يبدو من ظاهر النص من التزام المحكمة باتفاق الخصوم إلا أنه ليس ما يمنع المحكمة من عدم إقرار الخصوم على ما اتفقوا عليه إذا وجدت في ظروف الدعوى وأوراقها ما يدعوها إلى ذلك كأن يكون هناك شبهة تواطؤ بين الخصوم على اختيار خبير معين لسبب تكشف عنه أوراق الدعوى^(٣٤٣).

تعقيب: إلا أنه يمكن لنا أن نعقب على نص هذه المادة وذلك فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، فنفرق في هذا الصدد بين نوعين من الدعاوى.

النوع الأول: الدعاوى التي يحوز الحكم فيها حجية نسبية: وهي تلك الدعاوى التي تتعلق بالخصوم فقط دون أن تتعداهم إلى غيرهم فهذه الدعاوى يمكن للخصوم أن يتفقوا على اختيار خبير بعينه وذلك إذا كان الأمر يتعلق باختيار خبير في دعوى إثبات العيب أو دعوى تقدير المهر، فيمكن القول بأن المحكمة عليها أن تقر هذا الاتفاق إلا إذا وجدت شبهة تواطؤ أو غش من

(٣٤١) وإقرار المحكمة لهذا الاتفاق يعد من قبيل اختصاص المحكمة الولائي وليس القضائي.

(٣٤٢) وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه القانوني أنظر الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٥٦٣، ف ٣٠٩، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٥١، دور القاضي في الإثبات: د. سحر عبد الستار، مرجع سابق ص ٤٩٨ ف ٢٨٧.

(٣٤٣) دور القاضي في الإثبات: د. سحر عبد الستار، مرجع سابق ص ٤٩٩ ف ٢٨٧.

أطراف الدعوى حيث إن الغش يفسد كل شيء فيجوز للمحكمة في هذه الحالة ألا تجيبهم إلى طلبهم.

النوع الثاني : الدعاوى التي يجوز الحكم فيها حجية مطلقة: وهي تلك الدعاوى التي لا تختص بالخصوم فقط بل إن الحكم فيها يتعدى إلى الغير، **كدعوى النسب** فهنا يكون للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في النظر في الخبر الذي تم الاتفاق عليه تأسيساً على أن حكم المحكمة الذي يصدر بناءً على رأي الخبير له حجية مطلقة فلا يختص بالخصوم فقط بل إنه يتعدى إلى الغير^(٣٤٤).

وأما الطريق الثاني: اختيار الخبير من قبل المحكمة: فإذا لم يتم الاتفاق من الخصوم على اختيار خبير جاز للمحكمة أن تختار الخبير. وتقضي النصوص التي تحكم أعمال الخبرة بصفة عامة بأن الأصل والقاعدة العامة في اختيار الخبير الذي تندبه المحكمة أن يكون من بين الخبراء المقبولين المقيدين أمامها، ولكن إذا دعت الضرورة إلى اختيار خبير أو أكثر من خارج الخبراء المقيدين جاز للمحكمة انتدابه من خارج المقيدين بالجدول ويجب عليها حينئذٍ أن تبين الظروف التي دعتها لذلك في الحكم^(٣٤٥).

وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٦/ إثبات) حيث نصت على: "وفيما عدا هذه الحالة- اتفاق الخصوم على اختيار الخبير- تختار المحكمة الخبراء

(٣٤٤) وقد يناقش هذا الرأي بأن رأي الخبير ذاته غير ملزم للمحكمة فهو رأي استشاري يجوز للمحكمة أن تأخذ به كما يجوز لها أن تطرحه.

ولكن يمكن الرد على هذه المناقشة بأنه: إذا لم تأخذ المحكمة برأي الخبير - وإن كان استشارياً بالنسبة لها - فعليها أن تبين السبب في عدم الأخذ برأي الخبير حتى يكون حكمها صحيحاً، كما أن الحكم الذي يصدر ينسب إلى المحكمة.

(٣٤٥) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والي، مرجع سابق ، ص ٥٦٣، ف ٣٠٩، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود ، مرجع سابق، ص ٥٠، ٥١ أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٨٥٣، ف ٣٦٤.

من بين المقبولين أمامها إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة ، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف في الحكم"

وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث قضت بأن : " مفاد نص المادة ٢٢٦ مرافعات سابق المقابلة للمادة (١٣٦ / ١ ، ٢) من قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، و المادة ٥٠ من المرسوم بقانون ٩٦ لسنة ١٩٥٢ بشأن تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء ، أن المشرع لم يرتب البطلان على تخطى قاضي الموضوع خبراء الجدول إلى غيرهم دون أن يفصح في حكمه عن الأسباب الدافعة لهذا التجاوز لأنه بسلوكه هذه السبيل يكون قد شف عن أنه يرتاح إلى من تم تخطيه و أنه يطمئن إلى من صار ندبه (٣٤٦)

وإذا تم نذب الخبير من المحكمة فلا بد أن يشمل قرار النذب على عدداً من البيانات (٣٤٧) :

(١) بيان للمأمورية التي يقوم بها الخبير ، وما يحتاجه من تدابير تساعده للقيام بهذه المأمورية.

(٢) تحديد مدة زمنية لإيداع التقرير الذي يقدمه الخبير " لانتهاء مهمته"

(٣) تحديد مبلغ من المال يودع خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير (أمانة تودع خزانة المحكمة)

(٣٤٦) طعن نقض رقم ١٣٦ لسنة ٤٢ جلسة (١٠-١١-١٩٧٦)

(٣٤٧) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والي، مرجع سابق، ص

٥٦٤ ، ف ٣٠٩ ، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د.سيد

أحمد محمود ، مرجع سابق، ص ٥٢ ، وما بعدها.

وقريب من هذا النص الخاص بنذب الحكمين حال طلب الزوجة التطليق للضرر

حيث نصت المادة الثامنة من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ على أن : "يشتمل قرار

بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتيهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر

وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين أن يقوم

بمهمته بعدل وأمانة .

يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر فإن لم

يقدموا تقريرهما اعتبرها غير متقين."

٤) تحديد الخصم الذي يكلف إيداع هذه الأمانة، والأجل الذي يجب فيه الإيداع والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته.

٥) تحديد الجلسة التي تؤجل إليها القضية للمرافعة في حالة إيداع الأمانة، وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية في حالة عدم إيداعها. (م ١٣٥/إثبات) (٣٤٨)

ج. تنحي الخبير ورده: تطبيقاً للقواعد العامة في رد الخبير وتثنيه، فقد يكون تنحي الخبير إرادياً، وقد يكون بناءً على طلب أحد الخصوم، كما قد يكون من تلقاء ذات المحكمة.

١- التنحي الاختياري للخبير: فقد يتقدم الخبير إلى المحكمة التي انتدبته بطلب إعفائه من المهمة الموكلة إليه إذا وجد حرجاً من القيام بعمله، أو طرأت ظروف تمنعه من القيام به، ويكون تقدم الطلب خلال الخمسة أيام التالية لتسلمه صورة الحكم بنديه، فإذا لم يقم الخبير بأداء مهمته ولم يكن قد أعفي منها جاز للمحكمة التي ندبته أن تحكم عليه بالمصروفات التي تسبب في إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل (٣٤٩).

(٣٤٨) حيث جاء نص هذه المادة على النحو الآتي " للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم

بندب خبير واحد أو ثلاثة ويجب أن تذكر في منطوق حكمها:

أ. بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها .

ب. الأمانة التي يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذي يكلف إيداع هذه الأمانة والأجل الذي يجب فيه الإيداع والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته .

ج. الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير .

د. تاريخ الجلسة التي تؤجل إليها القضية للمرافعة في حالة إيداع الأمانة وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية في حالة عدم إيداعها.

هـ. وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقاً للإجراءات المبينة في المادة ١٥١.

(٣٤٩) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والي، مرجع سابق، ص

٥٦٥، ف ٣٠٩، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد

وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٠/إثبات) حيث نصت على أنه: "للخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاءه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة النى عينته أو القاضى الذى عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التى أبداهها لذلك مقبولة . . . فإذا لم يرد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التى ندمته أن تحكم عليه بكل المصروفات التى تسبب فى إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية" .

٢- التحى بناءً على طلب أحد الخصوم: ويجوز طلب رد الخبير وتتحية عن المهمة الموكولة إليه من أحد طرفي الخصومة وذلك إذا ما توفرت إحدى الحالات التالية (٣٥٠):

أ. إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٥٧، وما بعدها أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٨٥٤، ف ٣٦٥.

(٣٥٠) وقد حدث خلاف بين فقهاء القانون وشراحه فى الطبيعة القانونية لحالات رد الخبير فهل هي على سبيل المثال أم الحصر؟

فذهب رأي إلى أن هذه الحالات قد جاءت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها ، وإلى هذا الرأي ذهب جانب من الفقهاء : أنظر فى ذلك : الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والى، ٢٠٠١م مرجع سابق، ص ٥٦٥، ف ٣٠٩.

بينما ذهب جانب آخر إلى أن هذه الحالات قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر فيجوز القياس عليها أنظر النظام الإجرائي للخبيرة القضائية فى المواد المدنية والتجارية: د.سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٥٩.

ب. إذا كان وكيلًا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصيًا عليه أو قيمًا أو مظنونًا وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه .

ج. إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلًا عنه أو وصيًا أو قيمًا عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

د. إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز .

وهذه الحالات قد نصت عليها المادة (١٤١ / إثبات) (٣٥١) .

فإذا توفرت إحدى هذه الحالات جاز طلب رد الخبير من الخصم أمام المحكمة التي عينته خلال ثلاثة أيام لتاريخ الحكم بتعيينه - إذا كان طالب

(٣٥١) وقد جاء نص هذه المادة على النحو الآتي: يجوز رد الخبير:

أ. إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

ب. إذا كان وكيلًا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصيًا عليه أو قيمًا أو مظنونًا وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى .

ج. إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلًا عنه أو وصيًا أو قيمًا عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

د. إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز .

الرد حاضر الحكم بالتعيين - أو تاريخ إعلانه بمنطوق الحكم إذا لم يكن طالب الرد حاضراً الحكم بالتعيين وإلا سقط حقه في الطلب . (م ١٤٢ / إثبات) (٣٥٢)

إلا أن الحق في طلب الرد لا يسقط إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد هذا الميعاد، أو إذا قدم الخصم دليلاً على أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضاء الميعاد. (م ١٤٣ / إثبات) (٣٥٣) .

وإذا كان التعيين قد تم بالاتفاق بين الخصوم فلا يقبل من أحدهم طلب رد الخبر إلا إذا كانت أسبابه قد حدثت بعد تعيينه . (م ١٤٤ / إثبات) (٣٥٤)، ويحكم في طلب الرد على وجه السرعة، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد بأي طريق . (م ١٤٥ / إثبات) (٣٥٥)

المطلب الثاني سير عملية الخبرة

ويشمل سير عملية الخبرة عدد من النقاط :

أولاً : تحديد تاريخ لبدء عمل الخبر وإخطار الأطراف بالاجتماع: فإذا قَبِلَ الخبر المهمة التي انتدبته المحكمة من أجلها فيجب عليه أن يحدد تاريخاً لبدء عمله لا يجاوز الخمسة عشر يوماً التالية لتكليفه من قلم الكتاب

(٣٥٢) فقد نصت هذه المادة على أنه: "حصل طلب الرد بتكليف الخبر الحضور أمام المحكمة أو القاضى الذى عينه وذلك فى الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد وإلا ففى الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه .

(٣٥٣) فقد نصت هذه المادة على أنه: "لا يسقط الحق فى طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه .

(٣٥٤) فقد نصت هذه المادة على أنه: "لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبر المعين بناء على اختيارهم إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه ."

(٣٥٥) فقد نصت هذه المادة على أنه: "يحكم فى طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فيه بأى طريق وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على أربع مائة جنيه ."

بالاطلاع، ويجب عليه دعوة الخصوم للاجتماع بخطابات مسجلة ترسل إليهم قبل اليوم الذي حدده لبدء العمل بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيه بمكان أول اجتماع ويومه وساعته^(٣٥٦)، ويترتب على عدم دعوة الخبير الخصوم للاجتماع بطلان عمله وهذا ما نصت عليه (م ٤٦ / إثبات) ^(٣٥٧)

ثانياً : حلف اليمين: من الأمور الهامة التي تتعلق بسير عملية الخبرة أن يقوم الخبير بأداء اليمين أمام المحكمة التي انتدبته - قاضي الأمور الوقتية - وهذا إذا كان الخبير غير مقيد في الجداول المعتمدة للخبراء، فإذا قامت المحكمة بانتداب خبير من غير الخبراء المقيدين في الجداول المعتمدة لذلك، فعليه حينئذٍ أن يحلف أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان عمله باطلاً (م ١٣٩ / إثبات) ^(٣٥٨)، ويبطل كذلك حكم المحكمة الذي اعتمد على رأي هذا الخبير.

^(٣٥٦) أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٨٥٥، ف ٣٦٦. النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود، ص ٦٢.

^(٣٥٧) حيث نصت هذه المادة على أنه: "على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخاً لا يجاوز الخمسة عشر يوماً التالية للتكليف المذكور في المادة ١٣٨ وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته. وفي حالات الاستعجال يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة العمل في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعى الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل وفي حالات الاستعجال القسوى يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال. ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٨٥٥، ف ٣٦٦.

^(٣٥٨) ولقد نصت هذه المادة على أنه "إذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف أمام قاض الأمور الوقتية وبغير ضرورة لحضور الخصوم - يميناً أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً".

أما إذا كان الخبير من الخبراء المقيدين في الجداول المعتمدة فلا يشترط أن يقوم بالحلف أمام المحكمة لأنه قد قام بالحلف قبل ذلك وقت تعيينه.
ثالثاً : محضر أعمال الخبير: يقوم الخبير بتحرير محضر عن الأعمال التي قام بها بحيث يشمل حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يوجد لديهم مانع من ذلك يذكر في المحضر، ويتمتع الخبير بحرية تامة في أداء عمله المكلف به .

والقاعدة تقضي بأن الخبير يكون ملماً بالمسألة الفنية التي انتدب لإبداء الرأي فيها ويتعلق بهذا أن الأصل عدم جواز أن ينيب الخبير عنه غيره في القيام بما كلف به بطريقة كلية أو جزئية، إلا أن هذا يعد أمراً مستحياً خاصة بعد تشعب المسائل الفنية ودقتها وكثرة التخصصات الفنية، فيجوز للخبير الاستعانة بغيره - كالمساعدين - في الأعمال التحضيرية لجمع المادة التي قد تتطلبها مسألة الخبرة ، وكذلك إذا كانت المسألة من المسائل التي تستعصي عليه؛ إلا أن الرأي الفني لا بد أن يقوم به الخبير بنفسه^(٣٥٩).

وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث قضت: "بأنه لا حرج على الخبير في أن يستعين عند القيام بمهتمه بما يرى ضرورة له من المعلومات الفنية التي يستقيها من مصادرها متى كان الرأي الذي ينتهي إليه في تقريره هو نتيجة لأبحاثه الشخصية، ومادام سيصبح محل مناقشة بين الخصوم ومحل تقدير موضوعي من المحكمة"^(٣٦٠).

وإذا انتدبت المحكمة ثلاثة خبراء في الدعوى فيجب عليهم العمل مجتمعين في الأعمال التي تقتضيها الأمور المعهودة إليهم وانقضاء ذلك يؤدي إلى بطلان التقرير .

وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث قضت بأن: "مفاد المادة (١٣٥) من قانون الإثبات أنه إذا ندبت المحكمة ثلاثة خبراء وجب أن

(٣٥٩) لوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٥٦٨، ف ٣١٠، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية : د. سيد أحمد محمود ، مرجع سابق، ص ٦٧ .

(٣٦٠) (طعن نقض رقم ١٧ لسنة ٢١ ق مجموعة القاعد القانونية ٣، ص ٣٥٦).

يشاركوا جميعاً في الأعمال التي تقتضيها المأمورية المعهودة إليهم بها وأن يشاركوا أيضاً في المداولة وتكوين الرأي فإذا ثبت أنهم لم يشاركوا معاً في تلك الأعمال أو في المداولة وتكوين الرأي كان التقرير باطلاً ، ذلك أن ندب المحكمة ثلاثة خبراء يفيد بذاته أن المسألة التي رأت أنها في حاجة إلى الاستعانة فيها بأهل الخبرة لا يكفي فيها خبير واحد، وما كانت تستطيع أن تندب خبيرين فقط طبقاً لمفهوم نص المادة (١٣٥) سالفه الذكر (٣٦١)»

رابعاً: **التزامات الخبير** : ويلتزم الخبير أثناء القيام بعمله بعدد من الالتزامات التي يجب عليه القيام بها من هذه الالتزامات:

- (١) استدعاء كافة الأطراف بصفة قانونية على الوجه المبين قانوناً.
- (٢) قيام الخبير شخصياً بتنفيذ المهمة المكلف بها إلا أنه يستطيع الاستعانة بغيره في المسائل التي يستعصي عليه الإلمام بها، وكذلك الأعمال التحضيرية.
- (٣) قيام الخبير بتدوين ملاحظات وأقوال الخصوم كل على حدا.
- (٤) قيام الخبير بالإجابة على الأسئلة الفنية المكلف بالإجابة عنها بكل دقة ووضوح.

المطلب الثالث

انتهاء عملية الخبرة

تنتهي عملية الخبرة بأحد أمرين :
الأول: انتهاء الخبير من المهمة المكلف بها (٣٦٢).
الثاني : إنهاء عمل الخبير من المحكمة التي انتدبته.
فأما بالنسبة للأمر الأول : انتهاء الخبير من المهمة المكلف بها: فإذا انتهى الخبير من المهمة المكلف بها في الوقت المحدد له القيام بها فإنه يقوم

(٣٦١) طعن نقض رقم ٥٠٦ لسنة ٦٢ ق جلسة (١٠/٤/١٩٩٤م) .

(٣٦٢) ويعد هذا هو الطريق العادي لإنهاء عملية الخبرة.

بإعداد تقرير عما قام به من أعمال وييدي رأيه في المسألة التي انتدب من أجلها.

ويتعلق بالتقرير الذي يعده الخبير عدد من النقاط:

١- **التقرير المقدم من الخبير:** فبعد انتهاء مهمة الخبير عليه أن يقدم تقريراً للمحكمة يكون موقفاً منه يبين فيه نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليه بإيجاز ودقة، ويكون تقديمه خلال المدة المحددة له في الحكم الصادر بتعيينه. فإذا كان الخبراء ثلاثة كان لكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على تقديم تقرير واحد يذكر فيه رأي كل منهم والأسباب التي استند إليها (م ١٥٠ / إثبات) (٣٦٣). مع مراعاة أن المحكمة إذا قصدت من انتدابها لثلاثة خبراء العمل مجتمعين فيجب أن يشتركوا جميعاً في الأعمال التي تقتضيها المأمورية وإلا كان التقرير باطلاً (٣٦٤)

ويتم إيداع التقرير ومحاضر أعمال الخبرة والأوراق التي سلمت للخبير قلم كتاب المحكمة التي عينته سواء أكان الخبير قد تسلمها من قلم كتاب المحكمة بإذن المحكمة أو بإذن الخصوم أو سلمها الخصوم إليه مباشرة أثناء تنفيذ المأمورية. وإذا كان قلم الكتاب بعيداً عن موطن الخبير جاز له أن الإيداع في أقرب قلم كتاب لموطنه الذي يتولى إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنتظر الدعوى (م ١٥١ / إثبات) (٣٦٥).

(٣٦٣) حيث نصت المادة ١٥٠ على أنه: "على الخبير أن يقدم تقريراً موقفاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة، فإن كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيه رأي كل منهم وأسبابه .

(٣٦٤) راجع في ذلك حكم نقض في الطعن رقم (٥٠٦) لسنة ٦٢ ق جلسة (١٠/٤/١٩٩٤م) - سابق الإشارة إليه.

(٣٦٥) حيث نصت المادة ١٥١ على أنه: "يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت له فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيداً عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره كتاب أقرب محكمة له . وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنتظر الدعوى . وعلى

وعلى الخير - غير التابع لمكتب الخبراء - إخطار الخصوم بهذا الإيداع في الأربعاء وعشرين ساعة التالية لحصوله بكتاب مسجل (م ١٥١ / إثبات) ومن حقهم مناقشة ما جاء في التقرير والاعتراض عليه. أما إذا كان الخبير موظفاً لدى وزارة العدل أو الطب الشرعي فيقوم بتقديم تقريره ومحاضر الحالة وجميع المستندات التي سلمت إليه إلى مكتب الخبراء أو القسم التابع له الذي يقوم بإرسالها إلى قلم كتاب المحكمة الذي يقوم بدوره بإخطار الخصوم بهذا الإيداع في الأربعاء وعشرين التالية للإيداع^(٣٦٦).

٢ - مناقشة الخبير: للمحكمة أن تستدعي الخبير في جلسة تحدها لمناقشته في التقرير المقدم إذا رأت حاجة لذلك، ويكون ذلك بهدف توضيح ما قد يكون في التقرير من غموض أو لبس، ويجوز للخصوم طلب مناقشة الخبير في التقرير كذلك، ويقوم الخبير بإبداء رأيه شفوياً مؤيداً بأسبابه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم توجيه الأسئلة للخبير طالما أنها مفيدة في الدعوى (م ١٥٣ / إثبات)^(٣٦٧). واستدعاء المحكمة الخبير لمناقشته ليس إلزاماً على المحكمة^(٣٦٨).

وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث قضت بأن: "ما دام أنها - المحكمة - اطمأنت إلى التقرير المذكور ووجدت فيه وفي أوراق الدعوى

الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل".

(٣٦٦) النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د.سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٧٦، ٧٧.

(٣٦٧) حيث نصت المادة ١٥٣ على أنه: "للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحدها لمناقشته في تقريره إن رأت حاجة لذلك، ويبدى الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى".

(٣٦٨) أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٨٥٩، ف ٣٦٧.

الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها، فإنها لا تكون ملزمة بمناقشة الخبير المنتدب أو بأن تعيد إليه المأمورية أو تندب خبيراً آخر أو ثلاثة خبراء آخرين" (٣٦٩)

ويجوز للخصوم الاستعانة بأراء غير الخبير المعين ممن يكون لهم الخبرة في الموضوع حتى ولو لم يكونوا من الخبراء المقبولين أمام المحكمة فيقبل منهم تقديم تقرير خبرة استشاري - دون أن تكون المحكمة ملزمة بإجابة الخصم إلى ذلك- ويجوز للمحكمة أن تستند إلى رأي الخبير الاستشاري دون الخبير الذي انتدبه (٣٧٠)؛ وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث قضت بأن: "محكمة الموضوع غير ملزمة برأي الخبير الذي ندبته لإثبات حقيقة الحال في الورقة المدعى تزويرها، ولها أن تأخذ بتقرير الخبير الاستشاري الذي تظمنن إليه متى أقامت حكمها على أدلة صحيحة من شأنها أن تؤدي عقلا إلى النتيجة التي إنتهت إليها" (٣٧١)

ويجوز للمحكمة كذلك إعادة المأمورية للخبير سواء بعد مناقشته أو بغير مناقشة ليتدارك ما يكون في تقريره من أوجه قصور أو نقص أو خطأ

(٣٦٩) (طعن نقض رقم ٦٦٤ لسنة ٤٠ جلسة ٢٤/٦/١٩٧٥س ٢٦ ص ١٢٦٤ ق ٢٤١)، (طعن نقض رقم ٣٣ لسنة ٣٣ جلسة ١١/٥/١٩٦٧س ١٨ ع ٢ ص ٩٥٦ ق ١٤٤)، (طعن نقض رقم ٤٨ لسنة ٣١ جلسة ١٨/١١/١٩٦٥س ١٦ ع ٣ ص ١١٠٥ ق ١٧٣)

(٣٧٠) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية : د. فتحي والي، مرجع سابق ، ص ٥٧١، ف ٣١١.

(٣٧١) (طعن نقض رقم ٣٧٠٥ لسنة ٥٩ جلسة ١٠/٤/١٩٩٤س ٤٥ ع ١ ص ٦٦٨ ق ١٢٧)، (طعن نقض رقم ٢٥٧ لسنة ٣٣ جلسة ١/١٠/١٩٦٧س ٣١ ع ١ ص ٢٨٥ ق ٤٣) (طعن نقض رقم ١٠١ لسنة ٣٦ جلسة ٢٨/٤/١٩٧٠س ٢١ ع ٢ ص ٧١٤ ق ١١٦)، (طعن نقض رقم ٢٥٧ لسنة ٣٣ جلسة ٣١/١/١٩٦٧س ١٨ ع ١ ص ٢٨٥ ق ٤٣).

تبين له المحكمة، ولها كذلك أن تستعين بخبير آخر أو ثلاثة، ولهؤلاء الاستعانة بمعلومات الخبير السابق (م ١٥٤/إثبات) (٣٧٢).

ويجوز للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه شفاهاً في الجلسة دون أن يقدم تقريراً ويثبت رأيه في محضر الجلسة (م ١٥٥/إثبات) (٣٧٣).

٣- **تقدير رأي الخبير:** إن تقييم عمل الخبير يدخل في سلطة المحكمة الموضوعية فرأي الخبير في الدعوى يعد رأياً استشارياً للمحكمة أن تأخذ به كله أو بعضه ولها أن تطرحه كله ولا معقب عليها في ذلك استناداً إلى أن رأي الخبير يعد من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

كما أن للمحكمة أن تستند إلى رأي الخبير الاستشاري دون الأخذ برأي الخبير المنتدب إذا اطمأنت لرأي الخبير الاستشاري ومتى أقامت المحكمة قضاءها على أدلة صحيحة من شأنها أن تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها (٣٧٤).

وإذا اطمأنت المحكمة إلى تقرير الخبير ووجدت أنه كافٍ لتكوين عقيدتها أو رأت في الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها فهي ليست ملزمة بالاستعانة بخبير آخر أو باستدعاء الخبير لمناقشته أو بإعادة المأمورية للخبير ولو طلب الخصوم ذلك (٣٧٥).

(٣٧٢) حيث نصت المادة ١٥٤ على أن: "للمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبين له من وجوه الخطأ أو النقض في عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق".

(٣٧٣) حيث نصت المادة ١٥٤ على أن: "للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر".

(٣٧٤) راجع ما سبق ص ص (١٧٩)، (١٨٠) من هذا البحث هامش رقم (٣٧١) الأحكام سابق الإشارة إليها.

(٣٧٥) نقض ١٩٨٥/٢١/١٩ رقم (١٤٥٧، ١٤٨٠) - نقض ١٩٨٦/٤/٢٤

وإذا تعلق الأمر بمسألة فنية بحتة تعين على المحكمة إذا لم تقتنع برأي خبير أن تستعين برأي خبير غيره (٣٧٦).

٤ - حجية التقرير ومحاضر الأعمال: إن التقرير الذي يقدمه

الخبير وكذلك محاضر الأعمال التي قام بها أثناء مباشرة مأموريته هي أوراق رسمية يحررها شخص مكلف بخدمة عامة فلها حجية الأوراق الرسمية، فلا يجوز الاعتراض عليها أو دحضها إلا بالطعن عليها بالتزوير، أما ما يتعلق بما أدلى به الخصوم والشهود من أقوال أمام الخبير فيمكن دحضه طبقاً للقواعد العامة حتى وإن كان الخبير قد صدقها وعول عليها في تقريره (٣٧٧).

٥ - بطلان عمل الخبير: ذكرنا فيما سبق أن المحكمة لها مطلق

الحرية في تقدير عمل الخبير إذا أن رأيه يعد رأياً استشارياً غير ملزم للمحكمة فلها أن تستند إلى رأي الخبير وتعتمد عليه في حكمها، إلا أنه هذا الأمر مشروط بأن يكون عمل الخبير - تقريره - صحيحاً، أما إذا كان عمل

(٣٧٦) نقض مدني أحوال شخصية ١٣/١١/١٩٧٦، وقد جاء فيه أن لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة في الدعوى والجزم بما لا يقطع به الخبير في تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدته لديها وتستطيع بنفسها أن تشق طريقها وإبداء الرأي فيها طالما أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة أو كانت المسألة المطروحة إتيان الزوج زوجته في غير موضع إتيانها في ذلك الموضوع ولم يحدد تاريخ حصوله فجزمت المحكمة بوقوع ذلك التاريخ بعد تاريخ عقد الزواج.

وقد جاء أيضاً في حكم نقض ١٣/٥/١٩٦٨ جنائي: "أن الأصل أن المحكمة لها السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها أو بالاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها إلا أن هذا مشروط بأن تكون المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع أن تشق طريقها لإبداء رأي فيها"

(٣٧٧) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص

٥٧١ و ٣١١، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد

أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٩٠.

الخبير باطلاً فلا تملك المحكمة الاعتماد عليه وبناء الحكم عليه فلا يجوز صدور الحكم على إجراء باطل (٣٧٨).

ومع هذا يجوز للمحكمة استقاء المعلومات التي تبين لها صحتها من تقرير باطل، وقد قضت محكمة النقض بذلك فقضت: "بجواز استقاء المحكمة المعلومات التي تبين لها صحتها من تقرير باطل شرطه ألا يكون قضاؤها مؤسساً على هذه المعلومات وحدها وألا يكون التقرير الباطل الأساس الوحيد الذي بُني عليه حكمها، ولا ينال هذا ما للمحكمة من سلطة في تقدير نتيجة عمل الخبراء وبحوثهم" (٣٧٩).

وأما بالنسبة للأمر الثاني: إنهاء المحكمة عمل الخبير: فقد تنهي المحكمة التي انتدبت الخبير عمله، ويتصور ذلك بفرضين:

الأول: استبدال الخبير بغيره: فقد تقوم المحكمة باستبدال الخبير الذي انتدبته بغيره إذا ظهر للمحكمة أن الخبير لم يكن حيادياً في عمله، أو ظهر لها أثناء قيامه بعمله بعض أوجه التقصير إلا أنه في ذات الوقت يكون للخبرة أهمية في الدعوى وللفصل في النزاع المعروض فتقوم المحكمة باستبدال الخبير بخبير آخر غيره دون أن تنهي المحكمة عملية الخبرة ذاتها. كذلك يجوز للمحكمة استبدال الخبير بغيره إذا لم يودع التقرير في الأجل المحدد في الحكم الصادر بتعيينه ولم يكن له ما يبرر تأخره، والحكم الصادر بإبدال خبير لا يقبل الطعن عليه (م ١٥٢ / إثبات) (٣٨٠).

الثاني: عزل الخبير من المحكمة التي انتدبت (٣٨١): لم ينص قانون المرافعات المدنية والتجارية، وكذلك قانون الإثبات على نص خاص يعطي المحكمة التي انتدبت الخبير الحق في عزله من المهمة التي أناطت له القيام

(٣٧٨) النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية: د. سيد أحمد محمود ، مرجع سابق، ص ٩٧

(٣٧٩) طعن رقم (٥٠٦) لسنة ٦٢ ق جلسة (١٠/٤/١٩٩٤م)

(٣٨٠) حيث نصت المادة ١٥٢ في الفقرة الثانية على أنه: "لا يقبل الطعن في الحكم الصادر بإبدال الخبير والزمه برد ما قبضه من الأمانة".

(٣٨١) ويمكن أن نطلق على هذه الحالة من الإنهاء "الإنهاء المبتسر لعملية الخبرة".

بها بعد تعيينه، إلا أنه وتطبيقاً للقواعد العامة في التعيين أن من يملك التعيين يملك العزل فيحوز للمحكمة التي انتدبت الخبير أن تعزله من مهمته وذلك إذا رأت ضرورة للعزل، وكانت أوراق الدعوى تكفي لحكم المحكمة فيها.

المبحث الثاني

القواعد الإجرائية للخبرة في مجال الأحوال الشخصية

استحدثت المشرع في مجال الأحوال الشخصية نوعين جديدين من الخبرة: النوع الأول : الخبرة السابقة على نظر الدعوى.

النوع الثاني : الخبرة المعانة للمحكمة حال نظر الدعوى.

ويتعلق بهذين النوعين من الخبرة عدد من القواعد والإجراءات، وسوف

نتناول هذه الإجرائية التي تحكم هذين النوعين في المطلبين الآتيين:

أتناول في المطلب الأول القواعد الإجرائية للخبرة السابقة على نظر

الدعوى .

واتناول في المطلب الثاني : القواعد الإجرائية للخبرة المعانة للمحكمة

حال نظر الدعوى.

المطلب الأول

القواعد الإجرائية للخبرة السابقة على نظر الدعوى

يقصد بالخبرة السابقة على نظر الدعوى: هي تلك الخبرة التي استحدثها المشرع قبل نظر الدعوى أمام محكمة الأسرة في مكاتب التسوية بهدف تسوية النزاع ودياً، وعدم عرضه على المحكمة.

فاستحداث المشرع عرض النزاع الأسري على مكاتب التسوية التي حدد لها المشرع دوراً يجب عليها القيام به، يعد أمراً من الأمور المستحسنة في التنظيم القضائي خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية وقضايا الأسرة، وهذا الدور الذي أناط المشرع لها القيام به هو محاولة التسوية الودية، والإصلاح بين أطراف النزاع، وعدم وصول النزاع إلى المحكمة.

وجدير بالذكر أن هذا النوع من الخبرة لا يعد درجة من درجات التقاضي كما أنه لا يعد جزءاً من محكمة الأسرة - التي قد تنتظر الدعوى بعد ذلك - ، ولكن هذا النوع من الخبرة يعد جزءاً من الهيكل التنظيمي^(٣٨٢)، فيجب أن يعرض عليها النزاع قبل رفع الدعوى أمام محكمة الأسرة المختصة؛ وهذا ما قد نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م.

الدعاوى التي تنظرها مكاتب التسوية: يختص هذا النوع من الخبرة - الخبرة السابقة على رفع الدعوى - بالنظر في جميع دعاوى الأحوال الشخصية حال التقدم للمحكمة برفع دعوى من الدعاوى التي تختص بها محكمة الأسرة.

ويخرج من اختصاص مكاتب التسوية الدعاوى الآتية:

١. الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح: يقصد بالدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح وذلك كدعاوى النسب، وتحقيق الوفاة الحكمية، ودعاوى الميراث.
٢. الدعاوى المستعجلة.
٣. الدعاوى المتعلقة بمنازعات التنفيذ .
٤. الدعاوى المتطلب فيها أمراً من الأمور الوقتية.

(٣٨٢) راجع ما سبق ص (٥١) ، (٥٢) من هذا البحث

فالأصل في مسألة عرض النزاع على مكتب التسوية أن جميع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية يجب عرضها على مكتب التسوية والاستثناء ما استثناه المشرع من الدعاوى.

فإذا تم التقدم إلى محكمة الأسرة في أي دعوى من غير الدعاوى المشار إليها سابقاً وجب على من يرغب رفع الدعوى تقديم طلب لتسوية النزاع إلى مكتب التسوية، ويعد تقديم الطلب أمراً وجوبياً، ولقد نصت المادة السادسة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على ذلك حيث نصت على أنه: "في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والأمور الوقتية يجب على من يرغب إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص"

بداية عمل الخبرة السابقة على نظر الدعوى: يبدأ عمل الخبرة السابقة على نظر الدعوى من وقت التقدم بالطلب إلى مكتب التسوية ولقد نصت المادة السادسة القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م في فقرتها الثانية على أنه: "وتتولى هيئة المكتب - مكتب التسوية - الاجتماع بأطراف النزاع وبعد سماع أقوالهم تقوم بتبصرتهم بجوانبه المختلفة، وأثاره، وعواقب التمادي فيه، وتبدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسويته ودياً حفاظاً على كيان الأسرة"

طبيعة عمل الخبرة السابقة على نظر الدعوى: إن طبيعة عمل الخبرة السابقة على رفع الدعوى هو التوفيق والتسوية بين أطراف النزاع، ومحاولة الإصلاح حتى لا يصل النزاع إلى التقاضي بين أطراف الأسرة الواحدة، مما يؤثر في كثير من الأحيان على صلات المودة والمحبة والرحمة بينهم. وللخبرة السابقة على رفع الدعوى دور إيجابي يظهر هذا الدور في حل المنازعات الأسرية في عدد من الجوانب من أظهرها :

- (١) الاجتماع بأطراف النزاع.
- (٢) تبصير الأطراف بالجوانب المختلفة للموضوع - للنزاع - وذلك بعد سماع أقوالهم.
- (٣) إظهار آثار النزاع والنتائج التي تترتب على المضي فيه.

(٤) إبداء النصح والإرشاد لأطراف النزاع ،

(٥) محاولة التسوية الودية للنزاع حفاظاً على كيان الأسرة.

كيفية سير عملية الخبرة السابقة: يتعلق بكيفية سير عملية الخبرة

السابقة الإجراءات المتبعة أمام هذه مكاتب التسوية التي يصدر بها لتنظيم العمل أمام هذه المكاتب، ولقد نصت المادة السابعة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على أنه: "يصدر وزير العدل قراراً يتضمن تشكيل مكاتب تسوية المنازعات الأسرية وتعيين مقار عملها وإجراءات تقديم طلبات التسوية إليها وقيدها والإخطار بها وبما تحدده من جلسات وإجراءات العمل في هذه المكاتب والقواعد والإجراءات التي تتخذ في سبيل الصلح وغير ذلك مما يستلزمه القيام بمهام التسوية"

ولقد صدر القرار من وزير العدل يتضمن الإجراءات التي يجب اتباعها أمام مكتب التسوية وتحديد الجلسات وإجراءات العمل في هذه المكاتب والقواعد والإجراءات التي تتبعها للصلح والتسوية الودية بين الأطراف.

والأفضل في هذه المرحلة أن تكون هذه الاجتماعات مغلقة بحيث ينفرد بكل طرف على حدا بهدف جمع المزيد من المعلومات حول ماهية النزاع والبحث في احتمالات التسوية ويتلقى منهم العروض والمطالب المطروحة لحل النزاع بحيث يركز الخبير التابع لمكتب التسوية على الجانب الاجتماعي وكذلك الوازع الديني والعلاقات الأسرية والعادات والتقاليد وإمكانية التنازل من كل طرف ويعرض وجهة نظره القانونية في الأدلة المقدمة.

انتهاء عمل الخبرة السابقة: ينتهي عمل الخبرة السابقة - التسوية بين

أطراف النزاع - بأحد طريقتين :

الأول: انتهاء المدة التي حددها القانون لمكتب التسوية دون التوصل

للصلح بين الأطراف .

الثاني: إعداد مكتب التسوية تقريراً - محضراً - بما تم في النزاع

المعروض.

فأما بالنسبة للأمر الأول: انتهاء المدة المحددة التي حددها القانون

لمكتب التسوية دون التوصل إلى الاتفاق أو التسوية: فقد حدد القانون مدة

خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب إلى مكتب التسوية يجب أن تنتهي التسوية خلالها ما لم يتفق الأطراف على تجاوز هذه المدة، فإذا لم يتفق الأطراف على تجاوز هذه المدة وجب على رئيس مكتب التسوية إرسال الأوراق إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر الدعوى مرفق بها تقارير الإحصائيين الاجتماعيين والنفسيين للسير في الدعوى^(٣٨٣).

ولقد نصت المادة الثامنة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على أنه: "يجب أن تنتهي التسوية خلال الخمسة عشرة يوماً من تاريخ قيد الطلب، ولا يجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم"

وأما بالنسبة للأمر الثاني: إعداد مكتب التسوية تقريراً - محضراً - بما تم في النزاع المعروف "فهنا لا يخرج الأمر عن إحدى الحالات الثلاث الآتية: الأولى: أن يتفق الأطراف على التسوية الودية في النزاع المعروف برمته: وفي هذه الحالة تكون التسوية قد أنتت بثمارها من الصلح بين الأطراف وعدم عرض النزاع على المحكمة؛ فيقوم في هذه الحالة رئيس مكتب التسوية بعمل محضر يثبت فيه الصلح الذي بين الأطراف ويوقعه أطراف النزاع ويكون للمحضر الذي يعده مكتب التسوية قوة السندات التنفيذية وينتهي النزاع في حدود ما تم الصلح فيه.

وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م حيث نصت على: "فإذا تم الصلح يتولى رئيس مكتب تسوية المنازعات الأسرية إثباته في محضر يوقعه أطراف النزاع، ويلحق بمحضر الجلسة التي تم فيها ويكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وينتهي به النزاع في حدود ما تم الصلح فيه"

الثانية: أن يتفق الأطراف على تسوية جزء فقط من النزاع دون الاتفاق على حل النزاع في جميع عناصره: ففي هذه الحالة يقوم رئيس المكتب بإعداد

(٣٨٣) فقد ينتهي الأجل الذي حددته المادة الثالثة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م دون عرض التسوية على الزوجين - الطرفين - ويظهر هذا في بعض الحالات منها: أن يكون أحد الزوجين مقيم خارج البلاد ولا يتمكن إعلانه بالنزاع والحضور أمام مكتب التسوية، فهنا قد تنقضي المدة دون أن يتم عرض الصلح على الطرفين".

محضر في الجزء الذي تم الصلح، وهذا المحضر يأخذ قوة السندات التنفيذية- كما في الحالة السابقة- ويتم التوقيع عليه من أطراف النزاع أو الحاضرين عنهم.

أما بالنسبة للجزء المتنازع عليه فإذا وجد إصرار طرفي النزاع أو أحدهما على المضي في الدعوى فيتم إعداد تقرير من مكتب التسوية - من رئيس مكتب التسوية، ومن الإخصائيين الاجتماعيين والنفسيين - فيما يتعلق بهذا الجزء ويتم إرفاق هذا التقرير بالمحضر الذي انتق في الأطراف على تسوية النزاع ويتم إرساله إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر الدعوى.

ولقد نصت المادة الثامنة من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م على أنه: "وإذا لم تسفر الجهود عن تسوية النزاع ودياً في جميع عناصره أو بعضها وأصر الطالب على استكمال السير فيها يحضر بما تم منها ويوقع من أطراف النزاع، أو الحاضرين عنهم ويرفق به تقارير الإخصائيين وتقرير رئيس المكتب وترسل جميعها إلى قلم كتاب محكمة الأسرة المختصة التي ترفع إليها الدعوى وذلك في موعد غايته سبعة أيام من تاريخ طلب أي طرف من أطراف النزاع وذلك للسير في الإجراءات القضائية فيما لم يتفق عليه أطراف النزاع"

الثالثة: إذا لم يتفق الأطراف على تسوية النزاع برمته : ففي هذه الحالة يقوم مكتب التسوية بعمل تقرير فيما يتعلق بالنزاع المعروض، ويقوم بعمل هذا التقرير رئيس مكتب التسوية ويرفق به تقارير الإخصائيين الاجتماعيين والنفسيين وترسل إلى قلم كتاب المحكمة المختصة في موعد غايته سبعة أيام من تاريخ طلب أي طرف من أطراف النزاع للسير في إجراءات التقاضي.

المطلب الثاني

القواعد الإجرائية للخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة عند نظر الدعوى

ذكرنا أن المشرع قد استحدث في القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤م هذا النوع من الخبرة وهي الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في نظر الدعوى، ولما

كانت الخبرة المعانة للمحكمة تتنوع إلى نوعين فسوف نتناول الإجراءات التي تتعلق بهما فيما يلي:

أولاً: الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في أول درجة: فقد نص المشرع على الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في الدرجة الأولى في المادة الثانية من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ على أن " ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء".

ويترتب على هذا أن الخبيرين المنصوص عليهما في المادة الثانية هما جزءٌ من تنظيم المحكمة، وعدم وجودهما يترتب عليه بطلان تشكيل المحكمة^(٣٨٤)، وبطلان الحكم الصادر من المحكمة في الدعاوى التي أوجب المشرع حضورهما فيها وهي الدعاوى المنصوص عليها في المادة الحادية عشر^(٣٨٥)، وذهب جانب من الفقه القانوني إلى أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام فيجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها كما يجوز التمسك به أمام الدائرة الاستئنافية^(٣٨٦).

ومن القواعد الإجرائية التي تتعلق بهذا النوع من الخبرة أن الخبيرين اللذين يعاونان المحكمة عند نظر الدعوى يجب أن يكون أحدهما على الأقل من النساء هو شرط من الشروط التي لا بد من تحققه، فإذا لم يتحقق هذا الشرط ترتب على هذا بطلان الحكم الصادر من المحكمة^(٣٨٧).

(٣٨٤) ويقصد هنا ببطلان التشكيل: أي بطلان التشكيل التنظيمي، وليس البطلان القضائي راجع ما سبق ص ص (٥٢) من هذا البحث .

(٣٨٥) والدعاوى التي نصت عليها المادة الحادية عشرة هي: "الطلاق، والتطليق، والتفريق الجسماني، والفسخ، وبطلان الزواج، وحضانة الصغير، ومسكن حضانتها، وحفظه، ورؤيته، وضمه، والانتقال به، وكذلك في دعاوى النسب، والطاعة.

(٣٨٦) محاكم الأسرة: أشرف مصطفى كمال، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٤.

(٣٨٧) راجع ما سبق ص (٥٣) من هذا البحث

ومن القواعد الإجرائية كذلك التي تحكم عمل الخبيرين أمام محكمة الأسرة أن هذين الخبيرين يقتصر دورهما فقط على حضور الجلسات وتقديم التقرير الذي أوجب القانون عليهما تقديمه - كل في تخصصه - دون أن يشتركا في المدوالة أو في صدور الحكم فلا يعدو وجودهما في المحكمة عن كونه أمراً تنظيمياً بحيث يقدمان الخبرة والمشورة في مجال تخصصهما للمحكمة حتى يتسنى للمحكمة الإحاطة بجوانب الدعوى والقضاء فيها.

وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في الحادي عشر من إبريل عام ٢٠١٥ حيث قضت بأن: "وجوب حضورهما - أي الخبيرين - جلسات المحكمة يقصد منه تقديم الخبرة والمشورة الفنية المتخصصة - كل في مجاله - من أجل معاونة القضاء في الإحاطة بجوانب النزاع دون أن يندرجا في تشكيل محكمة الأسرة"^(٣٨٨)

ومن القواعد التي تنظم الإجراءات للخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة: التقرير الصادر من كلٍ من الخبيرين المعاونين للمحكمة فنجد أن القانون لم ينص على إلزام المحكمة الأخذ برأي الخبير في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وبالتالي يكون رأي الخبير في المسألة المعروضة أمام المحكمة هو رأي استشاري يجوز للمحكمة أن تستند إليه كما يجوز لها ألا تأخذ به، ويعد هذا تطبيقاً للقواعد العامة .

وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا حيث قضت بأن: "يقدم كل منهما - أي الخبيرين - تقريراً إلى المحكمة بما أسفر بحثه للحالة المعروضة ولا يعدو هذا التقرير كونه تقريراً استرشادياً"^(٣٨٩)

وهذا ما أكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها - بشأن القوة الإلزامية لتقرير الخبير - حيث قضت بأن: "المحكمة غير ملزمة بالأخذ برأي

(٣٨٨) الطعن رقم (٥٦) لسنة ٢٧ قضاء دستورية سابق الإشارة إليه راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٣٨٩) طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٧ ق دستورية وذلك في جلسة السبت الحادي عشر من إبريل عام ٢٠١٥، الموافق الثاني والعشرين من جمادى الآخرة لعام ١٤٣٦هـ، المنشور في العدد (١٦) ج مكرر من الجريدة الرسمية في ٢٢/٤/٢٠١٥ م .

الخبير؛ ذلك أن هذا الرأي لا يعدو أن يكون عنصرًا من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها (٣٩٠)»

ثانياً: الخبرة المعاونة للدوائر الاستئنافية: فقد أجاز المشرع للدائرة الاستئنافية لمحاكم الأسرة أن تستعين بمن ترى الاستعانة به من الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين عند نظر الدعوى، واللجوء إلى هذا النوع من الخبرة لا يعد شرطاً لقبول الدعوى - كما في الخبرة في مكاتب التسوية - كما أنه ليس أمراً واجباً على المحكمة - كما في الخبرة الأخصائية أمام محكمة أول درجة - فهو أمر جوازي للمحكمة لها أن تستعين بهم أو لا.

وبذلك يكون هذا النوع من الخبرة يعد خبرة فنية تعين المحكمة على فهم النزاع من الناحية الاجتماعية والنفسية، ومن ثم يطبق على هذا النوع القواعد الإجرائية التي تطبق على الخبرة الفنية (٣٩١).

(٣٩٠) (طعن نقض رقم ٣٣٣ جلسة يوم ٠٢/٠٦/١٩٥٥ لسنة ٢١ق)، (طعن نقض رقم ٢١٤٧ جلسة يوم ٢٦/١٢/١٩٨٨، سنة ٥٣ ق)، (طعن نقض رقم ١٣٠، الصادر بجلسة يوم ٢٦/٠٥/١٩٧٠ لسنة ٣٦ق).

(٣٩١) راجع ما سبق من هذا البحث ص (١٦٢). مع الوضع في الاعتبار أنه يجب أن تتوفر في الخبيرين اللذين تستعين بهما المحكمة الشروط التي اشترطها القانون في الخبراء الأخصائيين.

الخاتمة

تتضمن الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث،
والتوصيات التي تتعلق بهذا الموضوع:

قبل عرض النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث نذكر إن الخبرة
التي تساعد القضاء على فهم النزاع وعلى دقائقه لها أساس في الشريعة وأدلة
تدل عليها، ولقد أمر الله ﷻ بسؤال أهل الذكر عند عدم العلم وقام النبي ﷺ
بمشاورة أهل الخبرة في العديد من الأمور، وحث الفقهاء عليها في العديد من
أقوالهم.

فأهم النتائج:

وقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى عدد من النتائج- وسوف
أعرض لهذه النتائج حسب الموضوعات التي تناولتها في البحث- وأهم هذه
النتائج هي:

أولاً: فيما يتعلق بالتكليف الفقهي والقانوني للخبرة:

أ) فإن الخبرة في مجال الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي
تتميز بمركز خاص فهي تأخذ شياً من الشهادة، والإخبار، والحكم لذا اشترط
الفقهاء في الخبير شروطاً تتناسب مع هذا المركز الفقهي الخاص، وذلك
باعتبار الخبير أنه من قبيل أعوان القاضي في فهم مسألة معينة يستند
القاضي إلى رأيه فيها.

ب) وأما الخبرة الفنية في الفقه القانوني فإنها تعد من قبيل الأدلة وطريق من طرق الإثبات، ويطبق عليها ما يطبق على أدلة الإثبات من قوانين وإجراءات، لذا يطبق على الخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة ما يطبق على الخبرة بصفة عامة.

ولقد استحدث المشرع في قانون الأحوال الشخصية نوعين من الخبرة - بجانب الخبرة الفنية - وهما: الخبرة السابقة على رفع الدعوى - وتتمثل في خبراء مكتب التسوية - والخبرة المعاونة للمحكمة عند نظر الدعوى - وتتمثل في الخبرة الأخصائية النفسية والاجتماعية - والتكيف القانوني لكل نوع من هذين النوعين هو كالآتي:

- إن الخبرة التابعة لمكتب التسوية - وهي الخبرة السابقة على رفع الدعوى - تعد إجراً شكلياً وجوبياً بحيث يجب على رافع الدعوى أمام محكمة الأسرة اللجوء إليه حتى تقبل الدعوى وإلا جاز للمحكمة القضاء بعدم القبول.

- إن الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في أول درجة هي خبرة وجوبية فقد أوجب المشرع مشاركة الخبيرين - الاجتماعي والنفسي - في عدد من الدعاوى لمعاونة المحكمة في النواحي الاجتماعية والنفسية لأطراف النزاع، ويعد هذا النوع من الخبرة جزءاً من الهيكل التنظيمي للمحكمة إلا أنه في ذات الوقت لا يدخل في التشكيل القضائي للمحكمة .

- إن الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في الدوائر الاستئنافية: هي خبرة جوازية فقد أجاز المشرع لمحكمة الأسرة في الدوائر الاستئنافية الاستعانة بالخبرة الاجتماعية والنفسية دون أن يكون هذا النوع من الخبرة جزءاً من تشكيل المحكمة التنظيمي أو القضائي فهي أقرب للخبرة الفنية - ويطبق عليها التكيف القانوني للخبرة بصفة عامة -

- إن الخبرة بجميع أنواعها - الفنية والسابقة على رفع الدعوى والمعاونة للمحكمة حال نظر الدعوى - غير ملزمة للمحكمة فلا تعدو أن تكون استرشادية بحيث يجوز للمحكمة الأخذ بالتقرير الذي يصدر من الخبير أو عدم الأخذ به.

ثانياً : فيما يتعلق بنطاق الخبرة : تناولت في البحث نطاق الخبرة بصفة عامة وكذلك نطاقها في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون المصري.

فأما عن نطاق الخبرة بصفة عامة: فإنها تشمل على العديد من الموضوعات في الفقه الإسلامي والقانون

(أ) فأما نطاق الخبرة في الفقه الإسلامي بصفة عامة فيشمل العديد من الموضوعات التي تحتاج إلى نظر أهل العلم والمعرفة فالمسائل التي يجوز للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة فيها هي المسائل التي لا نص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع ويتوقف الحكم فيها على رأي أهل الخبرة وتكون محل اجتهاد.

(ب) وأما عن نطاق الخبرة في الناحية القانونية فإن الخبرة تشمل العديد من الموضوعات التي تحتاج إلى نظر أهل الخبرة وتخرج عن كونها من المسائل القانونية فلا يجوز للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في المسائل القانونية.

وأما عن نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية: فإنه يتسع ليشمل عدداً من الموضوعات سواء في الفقه الإسلامي أو في المجال القانوني.

(أ) فأما في الفقه الإسلامي: فإن أظهر الموضوعات التي يشملها نظام الخبرة في الفقه الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية ويكون لها دور فاعل: "دعوى إثبات العيوب، ودعوى النسب". ولا يقتصر دور الخبرة على هاتين الدعويتين فقط بل يمتد ويشمل العديد من الدعاوى مثل: تقدير المهر، وتقدير نفقة الزوجة والأولاد والأقارب، وملاءمة مسكن الزوجية، وملاءمة مسكن الحضانة....

(ب) وأما في القانون: فإن نطاق الخبرة في مجال الأحوال الشخصية يتسع ليشمل كافة الدعاوى والمنازعات التي تختص بنظرها محاكم الأسرة سواء أكانت الخبرة سابقة على نظر الدعوى أو معاونة للمحكمة أو خبرة فنية.

ولقد حدد القانون نطاق الخبرة السابقة على رفع الدعوى في المادة (٦) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ م على أن يختص مكتب التسوية بالنظر في كافة دعاوى الأحوال الشخصية - التي تقبل الصلح - إلا عدداً من الدعاوى التي نص القانون على عدم اختصاص مكتب التسوية بها وهي:

١- الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح.

٢- الدعاوى المستعجلة.

٣- الدعاوى المتعلقة بمنازعات التنفيذ .

٤- الدعاوى المتطلب فيها أمراً من الأمور الوقتية.

كما حدد القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ م نطاق الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في أول درجة في المادة (١١) منه وذلك في دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير، ومسكنه، ورؤيته وضمه، والانتقال به، وكذلك دعاوى النسب والطاعة واعتبر معاونة الخبرة لمحكمة الأسرة في هذه الدعاوى وجوبياً، أما غير تلك الدعاوى فقد أجاز القانون لمحكمة الأسرة أن تستعين بهذا النوع من الخبرة بها .

فإن نطاق الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في أول درجة يتسع ليشمل كافة الدعاوى التي تنظرها المحكمة إلا أن اشتراك هذا النوع من الخبرة قد يكون وجوبياً في عدد من الدعاوى، وقد يكون جوازياً.

أما نطاق الخبرة المعاونة لمحكمة الأسرة في الدوائر الاستثنائية فإن نطاقها يتسع ليشمل كافة الدعاوى التي تنظرها المحكمة إلا أن هذا الأمر يعد جوازياً للمحكمة فلها أن تستعين بها ولها غير ذلك.

ومن الدعاوى التي يظهر فيها دور الخبرة ظاهراً جلياً دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيب، ودعوى إثبات النسب ولقد تناولت ما يتعلق بالخبرة في هاتين الدعويتين بما يأتي:

أولاً: ما يتعلق بدعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيب.

أ- في الفقه الإسلامي:

➤ إن جمهور الفقهاء قد أجازوا التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب وقد اتفقوا على إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق إذا كان العيب في

جانب الزوج وكان من العيوب التي تمنع الجماع بأن كان الزوج عنيماً أو خصياً أو مجبوباً، على تفصيل في الأراء الفقهية، أما غير ذلك من العيوب فقد اختلف الفقهاء في حكمه.

➤ اختلف الفقهاء إذا كان العيب في جانب الزوج ولم يكن من العيوب التي تمنع الجماع - العنة، والخصاء، والجب - كما لو كان الزوج مجنوناً أو أبرصاً أو مجذوماً، والرأي المختار هو إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها في هذه العيوب وغيرها إذا كان يصيبها ضرر من وجوده.

➤ كما اختلف الفقهاء فيما إذا كان العيب في جانب الزوجة سواء أكان العيب من العيوب التي تمنع الجماع - كالرتق، والقرن، والإفشاء - فهل يكون للزوج الحق في فسخ عقد النكاح أم لا؟ والرأي المختار هو القائل بإثبات الحق للزوج في طلب التفريق - فسخ عقد النكاح - إذا ثبت أحد هذه العيوب في حق المرأة.

أما عن دور الخبرة في دعوى إثبات العيوب فيظهر في نقطتين:
أولاً : في القائم على الخبرة: يتوقف الشخص القائم بالخبرة في

إثبات العيب على محل النظر إذا كان رجلاً أو امرأة

فإذا كان محل النظر رجلاً:

➤ بأن كان الزوج مجبوباً أو خصياً: فإن القاضي يرسل رجلاً أميناً ليتثبت من أمره فيجسه من فوق الثياب، وإلا فينظر إليه إذا وجدت ضرورة لذلك.

وإذا كان محل النظر امرأة:

➤ بأن ادعت الزوجة بأن الزوج عنين واختلف الزوجان في الإصاية : فإن القائم بعمل الخبرة في هذه الصورة هن النساء وذلك بالاطلاع على المرأة وإثبات ما إذا كانت بكرًا أو ثيبًا.

➤ أو كانت المرأة بها عيب من العيوب كالرتق، أو القرن، أو الإفشاء فإن القائم بعمل الخبرة النساء.

ثانياً : أثر قول أهل الخبرة : فيقضي القاضي بما أثبتته أهل الخبرة في إثبات العيب.

ب- وفي القانون :

➤ قد أعطى القانون الحق للزوجة فقط الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا كان بالزوج عيب مستحکم ويصيب الزوجة أو نسلها ضرر من وجوده.

➤ لم يحدد القانون ما المقصود بأهل الخبرة الذين يستعان بهم في إثبات العيب، والأولى أن ينص القانون على الاستعانة بأهل الخبرة من الطب الشرعي لإثبات العيب ما لم تر المحكمة وجود ضرورة في الاستعانة بغيرهم وعليها أن تبين ذلك في الأسباب التي دعت إلى الاستعانة بغيرهم.

➤ لم ينص القانون على أثر قول الخبير في إثبات العيب الذي يطلب فيه فسخ النكاح لذا يطبق على الخبير في إثبات العيب القواعد العامة في الخبرة الفنية فيكون تقريره والرأي الذي وصل إليه يعد استرشادياً للمحكمة أن تأخذ به ويمكن ألا تأخذ به، إلا أنها إذا قضت بغير ما انتهى إليه الخبير عليها أن تبين الأسباب التي دعتها إلى ذلك في حكمها.

➤ وسع القانون من العيوب التي يمكن التفريق بين الزوجين بسببها فلم يقصرها على العيوب التي تمنع الجماع فقط، بل أجاز التفريق بغيرها من العيوب، كما أنه لم يقصر طلب التفريق بين الزوجين على العيوب القديمة - قبل عقد الزواج- بل أعطى الزوجة الحق في طلب التفريق إذا كان العيب حادثاً بعد العقد ولم ترض به الزوجة.

➤ قصر القانون الحق في طلب التفريق بين الزوجين بسبب العيب على الزوجة فقط دون أن يعطي الحق للزوج في طلب التفريق، وذلك تأثراً بالظاهر من المذهب الحنفي، إلا أن الأولى - كما ذهب جمهور الفقهاء - إعطاء الحق كذلك للزوج في فسخ عقد الزواج لتساوي الزوجين في ذات الحقوق.

➤ يعد موقف القانون في الاستعانة برأي أهل الخبرة في مجال العيوب بعدم وضع مدة زمنية يختبر فيها الزوج صاحب العيب أمراً

مستحسناً وذلك لاختلاف العيوب واختلاف المدة الزمنية التي يمكن البرء من العيب فيها ، فالأمر ليس قاصراً على نوع واحد من العيوب - كما كان سابقاً- فيجب الرجوع في ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء المختصين .

ثانياً : ما يتعلق بدور الخبرة في دعوى النسب .

أ- في الفقه الإسلامي:

➤ جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب وذلك بإعمال الضوابط والشروط التي وضعها الفقهاء في ذلك، وكذلك جواز الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة دون نفي النسب وذلك بالضوابط الشرعية .

ب- في القانون :

➤ إن الخبرة في مجال دعوى النسب هي خبرة فنية والراجح في التكييف القانوني لهذا النوع من الخبرة أنها من قبيل أدلة الإثبات وهي إجراء من الإجراءات في الدعوى .

➤ فما يتعلق بالخبرة في دعوى النسب في قوانين الأحوال

الشخصية أنه :

أ- لا يوجد هناك مجال لإعمال الخبرة في دعوى إثبات النسب إذا حدث إنكار للنسب وتوفرت إحدى الحالات المنصوص عليها قانوناً^(٣٩٢) حيث لا تسمع دعوى النسب أصلاً .

ب- إن المشرع فتح الباب في دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة عليه بعد وفاة المورث لسماع الدعوى إذا وجدت أدلة جازمة قاطعة تدل على صحة الإدعاء، وتعد الخبرة التي تستند على استخدام الوسائل العلمية الحديثة ومنها البصمة الوراثية وسيلة من الوسائل التي يمكن الاعتماد عليها .

(٣٩٢) وهذه الحالات هي :

١. عدم التلاقي بين الزوج وزوجته من حين العقد وثبوت ذلك .
٢. غياب الزوج عن زوجته مدة سنة وإتيان الزوجة بولد بعد غيابه هذه المدة .
٣. طلاق الزوج وزوجته وإتيان الزوجة بولد بعد طلاقها من زوجها بسنة .
٤. وفاة الزوج وإتيان الزوجة بولد بعد وفاة زوجها بسنة .

➤ وأما في غير قوانين الأحوال الشخصية فقد أعطى المشرع في القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ م المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨م - والمعروف بقانون الطفل - الحق للطفل في إثبات نسبه الشرعي بكافة طرق الإثبات بما فيها الوسائل العلمية الحديثة المشروعة. وبذلك يجوز إعمال الخبرة بوسائلها الحديثة في إثبات النسب وهو حق للطفل.

ثالثاً : فيما يتعلق بالشروط اللازم توفرها في الخبير : فقد توصلت إلى عدد من النتائج يتعلق بالشروط في الخبير، ويتعلق به شروط عامة وشروط خاصة. سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون

أ- في الفقه الإسلامي

➤ فأما الشروط العامة - وهي التي تتعلق بكل أنواع الخبرة -

فتنقسم إلى نوعين:

النوع الأول : شروط وجوب بحيث يجب توفرها في الخبير بصفة

عامة وهي : " أن يكون ذا علم ومعرفة في المسألة محل الخبرة - عاقلاً - بالغاً - أميناً - معيناً من قبل القاضي أو الخصوم "

النوع الثاني : شروط كمال : بحيث يكون الأولى والأفضل توفرها

في الخبير وهذه الشروط هي: " الإسلام - التعدد - الذكورة "

➤ **وأما الشروط الخاصة - التي تتعلق بالخبير في مجال**

الأحوال الشخصية - فهي ترتبط بالمسألة محل الخبرة ولقد تناولنا مسألتين في الخبرة في مجال الأحوال الشخصية :

الأولى : الخبرة في إثبات العيب. الثانية: الخبرة في دعوى النسب.

فأما الشروط اللازم توفرها في الخبير لإثبات العيب فهي : الإسلام -

التعدد - أما عن شرط الذكورة فيرتبط بمحل النظر إذا كان رجلاً أو امرأة.

وأما الشروط اللازم توفرها في الخبير في دعوى النسب فتتقسم إلى

شروط لابد من توفرها في القائف - الخبير في دعوى النسب قديماً - وشروط لابد من توفرها في الخبير بالوسائل العلمية الحديثة.

فالشروط اللازم توفرها في القائف فهي: " الإسلام" إذا كانت الدعوى تتعلق بمسلم" - والعدالة- والتعدد- والذكورة- التجربة والإصابة- والسمع والبصر - "

والى جانب الشروط اللازم توفرها في الخبير في دعوى النسب توجد ضوابط لابد من اتباعها عند استخدام الوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب وهي :

أولاً: أن تكون المراكز التي تقوم بالاختبارات الوراثية تابعة للدولة.
ثانياً: أن يقوم بالعمل في هذه المراكز علماء ثقات من حيث الكفاءة العلمية العالية والأخلاق التي لا تمسها الشبهات.

ثالثاً: أن يكون القيام بهذه الاختبارات بأمر القاضي.

رابعاً: أن تتم الاختبارات بأكبر عدد من الخلايا الحية مع توثيق كل خطوة من هذه الاختبارات في سجلات معتمدة حتى يتم الرجوع إليها.

خامساً: أن تكون نتيجة الاختبارات متفق عليها من اثنين من هذه المراكز على الأقل .

ب- في القانون :

تتنوع الشروط اللازم توفرها في الخبير إلى نوعين وذلك بحسب نوع الخبرة أمام المحكمة.

فإذا كان الخبير من الخبراء الفنيين التابعين لوزارة العدل أو مصلحة الطب الشرعي فقد خصه القانون بشروط لابد من تحققها ولقد نظمها القانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٥٢م وهذه الشروط هي :

- أن يكون مصرياً متمعاً بالأهلية المدنية الكاملة
- أن يكون حائزاً على درجة بكالوريوس أو ليسانس من إحدى الجامعات المصرية في مادة القسم الذي يطلب التعيين فيه أو على شهادة تعتبر معادلة لهذه الدرجة من معهد علمي معترف به.
- أن يكون مرخصاً له في مزاولة مهنة الفرع الذي يرشح للتعين فيه.
- ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو من مجلس التأديب لأمر مخل بالشرف.

- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .
أما إذا كان الخبير من الخبراء الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين التابعين لمكاتب التسوية أو معاونين لمحاكم الأسرة فيتعلق بهم شروط معينة هي:

- أن يكون متزوجاً.
 - أن يكون حاصلاً على مؤهل عالٍ من إحدى الجامعات المصرية أو المعاهد العليا في القانون، أو الشريعة، أو علم النفس، أو علم الاجتماع.
 - ألا تقل مدة خبرته في مجال تخصصه عن خمس سنوات.
 - ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة سالبة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الإمانة^(٣٩٣).
- والى جانب هذه الشروط فقد اشترط القانون في الخبيرين اللذين يعاونان محكمة الأسرة في أول درجة أن يكون أحدهما على الأقل من النساء.

رابعاً : فيما يتعلق بالنظام الإجرائي للخبرة في مجال الأحوال الشخصية:

➤ فإن الإجراءات المتبعة للخبرة الفنية أمام محكمة الأسرة هي ذات الإجراءات المتبعة للخبرة الفنية أمام المحاكم المدنية والتجارية حيث لم يفرد المشرع لها قواعد خاصة.

➤ أما الإجراءات المتبعة للخبرة الإخصائية والمعاونة للمحكمة عند نظر الدعوى فلها بعض الخصوصية التي يجب اتباعها.

- أ- فيما يتعلق بالخبرة أمام مكتب التسوية :
تتمثل في وجوب اللجوء إلى مكتب التسوية في المنازعات التي تقبل الصلح - كيفية تقديم الطلب- وشرط مرور فترة معينة لعرض التسوية- ما يتم التوصل إليه من اتفاق وتحرير محضر بشأنه يعد سنداً تنفيذياً .

(٣٩٣) ولقد أعطى القرار الصادر بتنظيم الخبرة الإخصائية أمام محكمة الأسرة لوزير العدل أن يستثني شرط الزواج وشرط المدة في الخبرة .

ب- فيما يتعلق بالخبرة أمام محكمة الأسرة:

تتمثل في وجوب حضور الخبيرين أمام المحكمة لمعاونتها في
الدعوى التي تنظرها- وجوب اشتراك العنصر النسائي في الخبرة أمام محكمة
الأسرة-

من جماع ما تقدم نجد أن الخبرة في مجال الأحوال الشخصية لها
خصوصية تميزها عن غيرها من أنواع الخبرة، فقد أسبغ المشرع على الخبرة
أمام محكمة الأسرة خصوصية منها: أنه قد جعل اللجوء في بعض أنواعها -
الخبرة السابقة على رفع الدعوى، والخبرة المعانة لمحكمة الأسرة في أول درجة
- أمراً وجوبياً بحيث يؤثر هذا على سير الدعوى وعلى الحكم الصادر من
المحكمة، كما أوجب على المحكمة الاستعانة بأهل الخبرة الفنية في بعض
الدعوى - دعوى التفريق بين الزوجين بسبب العيب-. وكذلك قد وضع
شروطاً خاصة بالخبير في مجال الأحوال الشخصية بحيث يجب أن تتوفر فيه
وكذلك خصّ الخبرة ببعض القواعد الإجرائية التي يجب اتباعها في منازعات
الأحوال الشخصية.
أهم التوصيات:

وإلى جانب النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة توصلت
كذلك إلى عدد من التوصيات أهمها:

✓ وجوب معالجة قانون الأحوال الشخصية لموضوع الخبرة
وتنظيمها بما تناسب مع أهميتها في مجال الأحوال الشخصية في العديد من
الجوانب، بحيث يجب على المشرع عند تنظيم قوانين الأحوال الشخصية تنظيم
ما يتعلق بالخبرة في مجال الأحوال الشخصية وعدم الاكتفاء بالإحالة على
القواعد العامة في قوانين الإثبات والمرافعات المدنية والتجارية لما للخبرة في
مجال الأحوال الشخصية من خصوصية وأهمية .

✓ إن صياغة المادة الحادية عشر من القانون رقم (٢٥) لسنة
١٩٢٩م تحتاج إلى نظر - تعديل - حيث إن نص المادة هو: "يستعان
بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها" ويكون التعديل
من ناحيتين:

الأولى: أن ينص المشرع صراحة على الاستعانة بأهل الخبرة من الطب الشرعي لإثبات العيوب وذلك بعد صدور القانون المنظم للطب الشرعي .

الثانية: أن ينص على أن تكون الفرقة التي تقع بسبب وجود العيب هي تفريق بين الزوجين، وذلك اتساقاً مع نص المادة التاسعة من ذات القانون حيث تنص هذه المادة على أن: "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل . "

وبذلك يكون التعديل المقترح على النحو التالي: "يستعان بأهل الخبرة من الطب الشرعي في العيوب التي يطلب التفريق بين الزوجين من أجلها ما لم توجد ضرورة تقدرها المحكمة في الاستعانة بغيرهم. ✓
النص صراحة على تنظيم الخبرة في مجال إثبات النسب وعدم تركه عرضة للاختلافات الفقهية والقانونية لما له من أهمية حتى يتسنى للقضاة توحيد الأحكام الصادرة بشأنه.

✓ إن الاعتماد على قول الخبير في إثبات النسب سواء أكان عن طريق القيافة أو بالطرق العلمية الحديثة - البصمة الوراثية - لا بد فيه من التثبت إلى درجات كبيرة وذلك بإعمال الشروط والضوابط الشرعية .
✓ يجب تفعيل دور مكاتب التسوية لما لها من أهمية في تسوية المنازعات الأسرية

ولتفعيل دور مكاتب التسوية لا بد من إعادة النظر في الشروط التي يجب توفرها في الخبير التابع لمكتب التسوية من جانب، ومن جانب آخر إعادة تنظيم هيكل هذه المكاتب. بحيث يجب أن يكون من بين أعضاء المكتب أحد أعضاء مكاتب الوعظ والإرشاد التابع لديانة الزوجين - سواء أكان تابعاً للدين الإسلامي أو غيره من الأديان السماوية - وذلك لحث الزوجين

على تسوية المنازعة من خلال تفعيل الجانب الديني بينهما^(٣٩٤). ومن جانب ثالث تفعيل الرقابة على خبراء مكاتب التسوية.

وتكون الرقابة من ناحيتين :

الأولى : الرقابة السابقة: وذلك من خلال عقد دورات لتنمية مهارات هؤلاء الخبراء في حل المنازعات الأسرية حتى لا تصل - قدر الإمكان - إلى ساحات القضاء وهذا ما ابتغاه المشرع من إنشاء هذه المكاتب.

الثانية : الرقابة اللاحقة: ويكون ذلك من خلال التفتيش على مكاتب التسوية من خلال إنشاء إدارة رقابية على عمل أعضاء مكاتب التسوية تعمل على إحصاء الطلبات المقدمة من المتخصصين ونسبة التسوية التي يقوم بها أعضاء مكتب التسوية. وهذه الإدارة تماثل الإدارة التي نص عليه القانون المنظم للخبرة في المادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٥٢ م . إنشاء مجلس استشاري للخبراء الأخصائيين على غرار المجلس الاستشاري لخبراء الطب الشرعي.

تم بحمد الله وتوفيقه

(٣٩٤) وقد يرد على هذا بأن من بين التخصصات التي اشترطها قرار وزير العدل (الشريعة) ومن ثم يكفي هذا التخصص، إلا أن المقصود هنا هو وجوب اشتراك أحد من الوعظ والإرشاد الديني في تشكيل مكتب التسوية قياساً على ما اشترطه القانون من وجوب وجود العنصر النسائي في الخبيرين أمام محكمة الأسرة.

أهم المراجع

القرآن الكريم
أولاً : علوم القرآن

(١) تفسير الرازي المشتهر بمفاتيح الغيب: لأبي عبد الله فخر الدين محمد

بن عمر بن الحسين الرازي الشافعي المعروف بالفخر الرازي، دار
إحياء التراث العربي

(٢) تفسير القرآن العظيم " المشتهر بتفسير ابن كثير": لأبي الفداء

إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي [٧٠٠ - ٧٧٤ هـ]،
الطبعة : الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م، دار طيبة للنشر والتوزيع،
نسخة محققة قام بها :سامي بن محمد سلامة.

(٣) تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: لأبي الفضل محمود الألوسي،

دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان.

(٤) تفسير النسفي: لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي،

٢٠٠٥، دار النفائس، بيروت- لبنان.

(٥) الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري

القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان.

(٦) مفاتيح الغيب : للإمام فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي

الشافعي، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية -

بيروت.

ثانياً : علوم السنة:

- (١) " السنن الكبرى": لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب - سوريا، نسخة محققة قام بها: "عبد الفتاح أبو غدة".
- (٢) سنن الدارقطني: للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م، دار المعرفة - بيروت، نسخة محققة قام بها: "السيد عبد الله هاشم يماني المدني"
- (٣) سنن ابن ماجة " لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، دار الفكر - بيروت، نسخة محققة قام بها: "محمد فؤاد عبد الباقي"
- (٤) سنن الترمذي " الجامع الصحيح": لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، نسخة محققة قام بها أحمد محمد شاكر"
- (٥) صحيح البخاري المسمى " الجامع الصحيح": للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي، الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت - لبنان، نسخة محققة قام بها د. مصطفى ديب البغا"
- (٦) صحيح مسلم: للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت، نسخة محققة قام بها "محمد فؤاد عبد الباقي"
- ثالثاً: كتب اللغة
- (١) تاج العروس من جواهر القاموس: لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بالمرتضى الزبيدي، طبعة دار الهداية.
- (٢) لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت - لبنان.
- (٣) مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، طبعة: ١٤١٥ - ١٩٩٥ مكتبة ناشرون، لبنان - بيروت.
- (٤) المصباح المنير في الشرح الكبير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
- رابعاً: كتب الفقه

- أ. كتب الفقه الحنفي.
- (١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- (٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- (٣) تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ١٣١٣هـ ، دار الكتب الإسلامي، القاهرة- مصر.
- (٤) تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي ، ١٤٠٥ - ١٩٨٤م دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- (٥) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة: لمحمد أمين بن عابدين، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.
- (٦) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ١٤١١هـ - ١٩٩١م ، الناشر دار الفكر.
- (٧) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : عبد الرحمن بن محمد ابن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ب. كتب الفقه المالكي:
- (١) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك: لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، المطبعة الإفريقية.
- (٢) التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري، ١٣٩٨، دار الفكر، بيروت - لبنان .
- (٣) حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل: لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشى، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- (٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفه الدسوقي دار

الفكر، بيروت - لبنان.

(٥) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر يوسف بن عبد الله

بن محمد ابن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، مكتبة الرياض

الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية

(٦) منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عيش. ١٤٠٩ هـ

- ١٩٨٩م، دار الفكر، بيروت - بيروت.

(٧) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: لشمس الدين أبي عبد الله محمد

بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب

الرُّعيني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

ج. كتب الفقه الشافعي:

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري -

الطبعة: الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

(٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: لمحمد الشربيني الخطيب - دار الفكر،

١٤١٥، بيروت - لبنان.

(٣) تحفة الحبيب على شرح الخطيب: لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي

الشافعي، الطبعة: الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦م، دار الكتب العلمية -

بيروت - لبنان.

(٤) الحاوي في فقه الشافعي "الحاوي الكبير": لأبي الحسن علي ابن محمد بن محمد

بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الطبعة: الأولى ١٤١٤ هـ

- ١٩٩٤ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

(٥) المجموع شرح المذهب: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي

(المتوفى: ٦٧٦ هـ) [هو شرح النووي لكتاب المذهب للشيرازي (المتوفى:

٤٧٦ هـ)]، دار عالم الكتب، الرياض - السعودية.

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد

بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، ١٤٠٤ هـ -

١٩٨٤م دار الفكر، بيروت - لبنان.

(٧) الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، دار

السلام، القاهرة - مصر .

د. كتب الفقه الحنبلي:

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: شرف الدين موسى بن أحمد بن

موسى أبو النجا الحجاوي، دار المعرفة، بيروت - لبنان .

(٢) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن

قاسم العاصمي الحنبلي النجدي الطبعة : الأولى - ١٣٩٧ هـ

(٣) زاد المستقنع في اختصار المقنع: لشرف الدين موسى بن أحمد بن

موسى أبو النجا الحجاوي: دار الوطن للنشر، الرياض - السعودية

(٤) الشرح الكبير: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد ابن أحمد

بن قدامة المقدسي، دار الريان للتراث" دار الكتاب العربي، القاهرة -

مصر .

(٥) الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لموفق الدين أبي محمد

عبد الله بن قدامة المقدسي .

(٦) المبدع شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن عبد

الله بن محمد ابن مفلح، ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣ م، دار عالم الكتب، الرياض

- السعودية

(٧) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: لموفق الدين أبي محمد

عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥: دار

الفكر، بيروت - لبنان .

خامساً: الأبحاث والرسائل العلمية

➤ إجراءات الخبرة القضائية ودورها في الإثبات: د. عبد الرزاق

أحمد الشيبان، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة

كركوك بالعراق، العدد (١٥) عام ٢٠١٥ م.

➤ الخبرة القضائية : حجيتها وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

الأردنية: د. سليمان سالم سلامة الحمادين، بحث قدم لنيل درجة الدكتوراه لكلية

الدراسات العليا في الجامعة الأردنية عام ٢٠٠٩ م .

- **الخبرة القضائية من المنظور الشرعي والقانوني:** د. سعيد خنوش، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية بمركز البصيرة للبحوث العدد (٢٢) عام ٢٠١٥.
- **قراءة تحليلية لبعض نصوص قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالتطبيق:** د. ممدوح واعر عبد الرحمن مهنى، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس
- **قول الخبير وحجيته في إثبات العيب الموجب لفسخ عقد النكاح:** د. عدنان عزازية، بحث قدم لندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر " الحاضر والمأمول" في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة ١١ - ١٣/٤/٢٠٠٦م.
- سادساً: الكتب الحديثة:

- **الأحوال الشخصية " قسم الزواج "** : الشيخ محمد أبي زهرة، الطبعة الثانية، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م دار الفكر.
- **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وأحدث القوانين التي تحكمها في مصر:** د: محمد علي إبراهيم محجوب ، ٢٠١٧/٢٠١٨، دون ذكر الناشر.
- **أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية القواعد الموضوعية والإجرائية:** أنور العمروسي ، ١٩٧٩م
- **دعوى الخبرة" دراسة في الخبرة الوقائية في القانون الفرنسي وإثبات الحالة بواسطة خبير في القانون المصري":** د. مصطفى المتولي قنديل، ٢٠٠٨م ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر.
- **الدعوى الشرعية:** م معوض عبد التواب، ١٩٨٩م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر.
- **دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة:** د. سحر عبد الستار، ٢٠٠٢م ، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
- **قراءة تحليلية في قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م:** د. محمد الشحات الجندي.

- المادة الوراثية " الجينوم قضايا فقهية : د. محمد رأفت عثمان، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢م، دار الكتب المصرية، القاهرة - مصر
- محكمة الأسرة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي: د. سحر عبد الستار إمام يوسف، ٢٠٠٥م، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر.
- النظام الإجرائي للخبرة القضائية في القانون المصري والكويتي: د. سيد أحمد محمود، عام ٢٠٠٧م ، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر.

سابعاً: المواقع الالكترونية:

- موقع دار المنظومة www.mandumah.com
- موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg
- موقع شبكة قوانين الشرق www.eastlaw.com
- الموسوعة الشاملة. www.mosoah.com
- موقع مكتبة الألوكة : www.alukah.net