

جامعة قطر

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بناء الأحكام القضائية على الظن: دراسة مقارنة بين الفقه

الإسلامي والقانون الوضعي وموقف القانون القطري منه

إعداد

عبدالرحمن محمد جناحي

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

للحصول على درجة الماجستير في

الفقه وأصوله

يناير 2020م/ ١٤٤١هـ

©2020. عبدالرحمن محمد جناحي. جميع الحقوق محفوظة.

لجنة المناقشة

استُعرضت الرسالة المقدّمة من الطالب عبدالرحمن محمد جناحي بتاريخ 7/11/2019، ووُوفِق

عليها كما هو آتٍ:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه. وحسب

معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون

جزءًا من امتحان الطالب.

أ.د. صالح قادر كريم الزنكي

المشرف على الرسالة

د. معروف آدم

مناقش داخلي

أ. د. إبراهيم علوان

مناقش خارجي

تمّت الموافقة:

الدكتور إبراهيم عبد الله الأنصاري، عميد كليّة الشريعة والدراسات الإسلامية

المُلخَص

عبدالرحمن محمد جناحي، ماجستير في الفقه وأصوله:

يناير 2020م.

العنوان: بناء الأحكام القضائية على الظن: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وموقف القانون القطري منه

المشرف على الرسالة: أ.د. صالح قادر كريم الزنكي

تتلخص فكرة البحث وإشكاليته في سؤال مدى توافق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي. وقد تمت معالجة هذه الإشكالية من خلال رصد وتحليل التصور الأصولي للظن واليقين ومحلها من مراتب الإدراك، والوقوف على موقف الفقه الإسلامي من درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي في مختلف أنواع الدعاوى في المعاملات والجنايات ومسائل الأسرة، ثم التعرّيج على موقف كل من مدرستي القانون الوضعي الأنجلوسكسونية واللاتينية من درجة الظن المطلوبة في كل من الدعوى الجنائية والمدنية، وتحليلها على ضوء التصور الأصولي الفقهي لمراتب الإدراك، وانتهاءً بالمقارنة بينهما وبالوقوف على موقف القانون القطري من هذه المسألة. وقد توصل الباحث إلى نتائج من أبرزها وجود تقارب بين الفقه الإسلامي ومدرستي القانون الوضعي في درجة الظن المطلوبة في إثبات الدعوى الجنائية، ووجود اختلاف بين المدرسة الأنجلوسكسونية من جهة والفقه الإسلامي والمدرسة اللاتينية من جهة أخرى في درجته في الدعوى المدنية، مع اتسام تنظير المدرسة اللاتينية لهذه المسألة، ومن ضمنها المدرسة القطرية، بنوع من الغموض في مقابل وضوح تنظير الفقه الإسلامي والمدرسة الأنجلوسكسونية.

ABSTRACT

Basing Judicial Decisions on Probability: A comparative study between Islamic Fiqh and Positive Law and the stance of Qatari Law

This research paper revolves around the question of the degree to which modern positive law is in agreement with Islamic *Fiqh* (jurisprudence) on the degree of probability required in judicial proof. To answer this question a descriptive and analytical approach has been followed in observing the Islamic *Usul al-Fiqh* (principles of jurisprudence) conception of probability and certainty in light of their position in the *Usuli* conception of the degrees of cognition and probability, as well as observing and analyzing the position of Islamic *Fiqh* on the degree of probability required in judicial proof in general and in civil, criminal, and family or personal status cases in particular. The paper then observes the positions of both the common law and the civil law schools on this question, analyzing them in light of the *Usuli* conception of the degrees of cognition, ending with a comparison between the position of these two schools and the Islamic *Fiqh*, and with the position of Qatari law on this issue. The paper concludes that there exists a similarity between the positions of both modern legal systems and the position of Islamic *Fiqh* in the degree of probability required in criminal cases, in contrast with a disparity between the common law position on one hand, and the position of both the civil law and Islamic *Fiqh* on the other hand in civil cases. A degree of ambiguity can also be observed as characterizing theory on this question in the civil law school, including Qatari law, while clarity characterizes theory regarding this question in Islamic *Fiqh* and common law.

شكر وتقدير

الحمد لله عز وجل مذل الصعاب، الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعد:

فإنني أتقدم بخالص الشكر والتقدير لمشرفي أ. د. صالح قادر الزنكي على قبوله الإشراف

على بحثي، وعلى ما بذله لي من النصح والتوجيه والإرشاد والتصويب، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما وأثني بالشكر للجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بمناقشة هذا البحث، وفقني الله

لحسن الاستفادة من ملاحظاتهم وإرشادهم.

ثم أثلث بالشكر والعرفان لجامعة قطر ممثلة في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية على

ما قدمته لي من توجيه وتعليم وإرشاد فاللهم أعظم مثوبة القائمين عليها.

كما أشكر والدي وكل من ساندني وكان سبباً لوصولي إلى هذه المرحلة، ثم الحمد لله أولاً

وآخرأً.

فهرس المحتويات

شكر وتقدير.....	هـ
المقدمة.....	١
إشكالية البحث وأسئلته:.....	١
أهمية البحث:.....	٢
أهداف البحث.....	٣
حدود البحث.....	٤
الدراسات السابقة.....	٥
منهج البحث.....	٨
هيكل البحث.....	٩
فصل تمهيدي: الظن والتصور الإسلامي لمراتب الإدراك.....	١١
المبحث الأول: التصور الأصولي لمراتب الإدراك.....	١٢
المبحث الثاني: مفهوم الظن لغةً واصطلاحاً.....	١٧
المطلب الأول: تعريف الظن لغةً.....	١٧
المطلب الثاني: تعريف الظن اصطلاحاً.....	١٩
المطلب الثالث: الظن والظن الغالب.....	٢٠
المبحث الثالث: المصطلحات ذات الصلة بالظن.....	٢٤

المطلب الأول: اليقين	٢٤
المطلب الثاني: القطع	٢٨
الفصل الأول: موقف الفقه الإسلامي من العمل بالظن في الإثبات القضائي	٣١
المبحث الأول: حكم العمل بالظن في الفقه الإسلامي	٣٢
المبحث الثاني: درجة الظن في الحكم القضائي في الفقه الإسلامي	٣٥
المطلب الأول: وسائل الإثبات وعلاقتها بدرجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي	٣٥
المطلب الثاني: شهادة الرجلين بوصفها معياراً عاماً	٣٩
المطلب الثالث: درجة الظن في أنواع الدعاوى	٤٣
الفصل الثاني: الظن في الإثبات القضائي في القانون الوضعي	٥٥
المبحث الأول: اتجاه المدرسة الأنجلوسكسونية	٥٧
المطلب الأول: معيار الدعوى الجنائية: مجاوزة الشك المعقول	٥٨
المطلب الثاني: معيار الدعوى المدنية:	٦٢
المبحث الثاني: اتجاه المدرسة اللاتينية	٦٨
المطلب الأول: مبدأ الاقتناع القضائي وعلاقته بمعيار الإثبات	٦٨
المطلب الثاني: اليقين القضائي ومعيار الدعوى الجنائية	٧٢
المطلب الثالث: معيار الدعوى المدنية	٧٨

الفصل الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي ومدرستي القانون الوضعي في درجة

- الظن في الإثبات القضائي..... ٨٥
- المبحث الأول: المقارنة من حيث التأصيل العام..... ٨٦
- المطلب الأول: عدم اشتراط اليقين في الإثبات القضائي..... ٨٦
- المطلب الثاني: لا عبء بالظن إلا بدليل..... ٨٦
- المطلب الثالث: تحديد مظان الظن المعتمد..... ٨٧
- المطلب الرابع: وضوح التعبير عن مسألة الظن في الإثبات القضائي..... ٨٩
- المبحث الثاني: مقارنة درجة الظن في الإثبات القضائي باعتبار نوع الدعوى..... ٩١
- المطلب الأول: الدعاوى الجنائية..... ٩١
- المطلب الثاني: الدعاوى المدنية..... ٩٤
- المبحث الثالث: موقف القانون القطري من الظن في الإثبات القضائي..... ٩٧
- الخاتمة..... ٩٨
- قائمة المصادر والمراجع..... ١٠٦
- المراجع باللغة العربية:..... ١٠٦
- المراجع باللغات الأجنبية:..... ١١٨
- مراجع شبكة الإنترنت:..... ١٢٠

المقدمة

بسم الله، والحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فإن الأنظمة القانونية الحديثة قد دخلت العالم الإسلامي مع دخول الدولة الحديثة فيها أواخر القرن التاسع عشر الميلادي، وكان من شأن واضعي تلك الأنظمة في البلاد العربية أن استنوا بمناهج الأنظمة الأوروبية التي كانت لها الهيمنة على معظم دول العالم، مع محاولة توطئتها وجعلها منسجمة مع التراث الإسلامي المحلي. ولم تزل جهود أهل العلم والباحثين في دراسة هذه الأنظمة القانونية على ميزان الشريعة والفقه الإسلامي مستمرة بياناً لمواطن الاتفاق والمخالفة مع الشريعة الغراء وتوصيةً باستئصال نبعها الأصيل وتراثها الفقهي الزاخر في ابتناء وصياغة الأنظمة التشريعية. وكان من بين مسائل القانون الوضعي التي قل إبرازها في تلك الدراسات مسألة درجة الظن المطلوب في الإثبات القضائي، أو ما يعرف في القانون بمعيار الإثبات، وهي درجة العلم التي ينبغي أن تفيدها أدلة الإثبات ليقضى لمصلحة المدعي في الدعوى القضائية. وكانت هذه المسألة قد أثارت في نفس الباحث تساؤلات عن حقيقة محلها وحكمها في الشريعة الإسلامية، ومدى مناظرة اتجاهات القانون الوضعي فيها لاتجاهات فقهاء الإسلام، فكان هذا البحث.

إشكالية البحث وأسئلته:

تتلخص إشكالية البحث في الوقوف على مدى توافق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي، وذلك من خلال الإجابة عن أسئلة البحث، وهي تتمثل فيما يأتي:

١. ما تصور الفقه الإسلامي لمراتب الإدراك؟ وما مفهوم مرتبة الظن؟ وما الذي يميزها عن

أبرز المصطلحات ذات الصلة بها؟

٢. ما حكم العمل بالظن في الفقه الإسلامي؟ وما درجة الظن المطلوبة منه في الإثبات

القضائي في مختلف أنواع الدعاوى؟

٣. ما درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي في الدعاوى الجنائية والمدنية في كل من

مدرستي القانون الوضعي الأنجلوسكسونية واللاتينية؟

٤. ما مدى توافق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في درجة الظن المطلوبة في الإثبات

القضائي؟ وما موقف القانون القطري من ذلك؟

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في الأمور الآتية:

١. لمسألة درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي أهمية تنعكس على مدى الحماية

التي يسبغها النظام القانوني على وضع المدعى عليه أو المتهم بناءً على أصل البراءة

وعدم انشغال الذمة، وهو ما يظهر في قوة الأدلة التي يطلب من المدعي تقديمها أمام

القضاء حتى يقضى لصالحه، ذلك أنّ ارتفاع درجة الظن المطلوبة ينعكس ارتفاعاً

في عبء الإثبات على المدعي وقوة الأدلة التي ينبغي عليه تقديمها، أما انخفاضها

فينعكس تخفيفاً عليه من ذلك العبء. وكذلك فإن ارتفاع درجة الظن المطلوبة أو

انخفاضها ينعكس على مدى تشدد القضاة أو تساهلهم في الإثبات القضائي تبعاً لذلك.

٢. ولما كان لدرجة الظن تلك دور بارز في القانون الوضعي بمدرستيه الأنجلوسكسونية واللاتينية خاصةً في مجال الإثبات الجنائي كان من الأهمية بمكان الوقوف على موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة بعراقته واستمداده من نصوص الوحي الشريف بهيئته ومعياريته على ما قبله وما بعده من الشرائع والتشريعات وصولاً إلى مدى توافق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في هذه المسألة وما عسى أن يوصى به بناءً على ذلك.

٣. كما يعتبر هذا البحث محاولة لتسليط الضوء على مسألة من مسائل القانون الوضعي قلّ تسليط الضوء عليها من جانب الأبحاث الشرعية وإبرازاً لصوت الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

أهداف البحث

يهدف البحث لتحقيق الأمور الآتية:

١. دراسة التصور الإسلامي لمراتب الإدراك ومحل مرتبة الظن منه.
٢. بيان حقيقة الظن المعتبر في الفقه الإسلامي عموماً وفي الإثبات القضائي في مختلف أنواع الدعاوى خصوصاً.
٣. الوقوف على درجة الظن المطلوبة في الإثبات في الدعاوى الجنائية والمدنية في كل من مدرستي القانون الوضعي الأنجلوسكسونية واللاتينية، مع تحليل حقيقتها في ضوء التصور الإسلامي لمراتب الإدراك.

٤. مقارنة موقف مدرستي القانون الوضعي بموقف الفقه الإسلامي للوقوف على مدى مطابقتها أو اختلافها معه.

٥. الوقوف على موقف القانون القطري من هذه المسألة ومحلّه من هذه المدارس.

حدود البحث

يتقيد البحث بموضوع درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي، فلا يدخل فيه الظن المطلوب في إثبات الأحكام الشرعية من النصوص الشرعية ابتداءً، أو في الفتاوى غير المتعلقة بالقضاء، أو في ظن العبد المعتبر في أحكام أفعاله وعباداته هو لا الخصوم في الدعوى. ويتقيد كذلك بالظن المطلوب لإثبات المدعي دعواه، أي لرفعه عبء الإثبات عن نفسه ليقضى لصالحه، لا الظن المطلوب لرفض دعواه لمصلحة المدعى عليه إبقاءً للحال على ما كان عليه. ومن حيث مجال المقارنة يتقيد بمقارنة الفقه الإسلامي - أصولاً وفروعاً على المذاهب الأربعة مع الإشارة إلى المذهب الظاهري حيث كان ملائماً - بمدرستي القانون الوضعي الأنجلوسكسونية واللاتينية، والتي يندرج تحت الأخيرة غالب القوانين العربية. ويتقيد في ذلك بموقف تلك المدرستين الوارد في القانون والقضاء، ثم الفقه القانوني حيث سكتا، سعياً للوقوف على الموقف المعمول به في تلك القوانين بعيداً عن الأقوال الفقهية القانونية التي لا تجد لها صدى في الواقع المتبع قانوناً، مع التركيز على القانونين المصري والقطري باعتبارهما الأقرب إلى واقع الوضع القانوني في قطر.

الدراسات السابقة

لم يقف الباحث على دراسات سابقة تناولت عين الموضوع محل البحث من وجهة نظر مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بمدرسيته، إنما وقف على دراسات تناولت جوانب من هذا الموضوع، نذكر منها أهم ما له تعلق بموضوع البحث:

١- وقف الباحث على عدة أبحاث كتبت باللغة الإنجليزية تناول فيها عدد من الباحثين الغربيين

مسألة معيار الإثبات من وجهة مقارنة بين المدرسة الأنجلوسكسونية والمدرسة المدنية،

من أهمها بحث بعنوان: *نظرة مقارنة لمعايير الإثبات (A Comparative View of*

Standards of Proof) للباحثين الأمريكيين كيفين كليرمونت (Kevin M. Clermont)

وأيملي شيرون (Emily Sherwin) صادر بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١ ضمن إصدارات كلية

القانون بجامعة كورنيل، قارن فيه الباحثان بين معيار الإثبات في القانون الأنجلوسكسوني

والقانون اللاتيني وخاصة القانون الفرنسي، وذلك في مجال القضاء المدني، كما تعرضا

فيه للأسباب التاريخية للاختلاف بين المدرستين في هذا المجال، وأسباب استمرار هذا

الاختلاف بينهما، كما تطرقا لأسباب قلة تناول هذه المسألة بالبحث لدى المدرسة اللاتينية.

وقد أثار هذا البحث جدلاً في الأوساط البحثية الغربية، فكتب الإيطالي ميشيل تاروفو

(Michele Taruffo) بحثاً بعنوان *إعادة التفكير في معايير الإثبات (Rethinking*

Standards of proof) منشور لأول مرة في إصدار صيف ٢٠٠٣ من المجلة الأمريكية

للقانون المقارن، انتقد فيه بحث كليرمونت وشيرون انتقاداً لاذعاً من حيث ما اعتبره تبسيطاً

مخلاً بتعميمهما اتجاه المدرسة الفرنسية على اتجاه سائر أنظمة القانون المدني، وانتقدتهما

كذلك من جهة قصور معلوماتهما عن تلك الأنظمة، وقصورهما في التصور النظري

للموضوع، كغفلتهما عن عدم مناظرة "الاقتناع الشخصي" في القانون الفرنسي لفكرة معيار الإثبات في المدرسة الأنجلوسكسونية مناظرةً تامة، وقصورهما في تصور ما يقع عملياً في قضاء الأنظمة المدنية في خصوص معيار الإثبات. ثم تتابعت عدد من الأبحاث في هذا الموضوع فكتب كريستوف أنجل (Christoph Engel) بروفييسور القانون بجامعة بون الألمانية بحثاً بعنوان: **رجحان الأدلة مقابل الاقتناع الشخصي: نظرة سلوكية على تعارض بين القانون الأمريكي والقانون الأوروبي (Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction: A behavioral perspective on a conflict between American and continental European law)**، نشر في ٢٠٠٩ بمجلة Vermont Law Review، قارن فيه بين تنظير المدرستين لمسألة معيار الإثبات راجعاً فيه إلى الجذور التشريعية لنظام الاقتناع القضائي في الإثبات في عدد من أبرز القوانين الأوروبية كالقانون الفرنسي والألماني، وكذلك في القانون الأمريكي من المدرسة الأنجلوسكسونية، ناظراً في دوافع ومآلات اتجاه كل من المدرستين على النظام القضائي والمتقاضين في كل من الدعاوى الجنائية والمدنية، وأثر كل اتجاه على سلوكيات مصدري الأحكام من قضاة وأعضاء هيئة المحلفين. ومن الأبحاث التي صدرت أيضاً بحث باللغة الفرنسية لباتريك كينش (Patrick Kinsch) البروفيسور بجامعة لكسمبورغ بعنوان: **الاحتمال واليقين في الإثبات القضائي (Probabilité et certitude dans la preuve en justice)** بتاريخ ٢٠٠٩ تناول فيه ذات الموضوع مبرزاً اتجاه مدرسة القانون الفرنسي بشكل خاص من بين القوانين الأوروبية؛ ومن أواخرها بحث لمارك شوايزر (Mark Schweizer) بعنوان: **معيار إثبات الدعوى المدنية – ما هو على الحقيقة؟ (The civil standard of proof – what is it, actually?)**

نشر في مجلة The International Journal of Evidence & Proof بتاريخ ٢٠١٦ والذي أدخل بُعداً تطبيقياً على مسألة معيار الإثبات برصده ممارسة عدد من القضاة السويسريين. وقد استفاد الباحث من هذه الأبحاث في الفصل الثاني المتعلق بحقيقة موقف كل من مدرستي القانون الوضعي من معيار الإثبات والقوانين والأحكام القضائية المحورية في هذه المسألة، مضيفاً إليها اتجاه المدرسة العربية، ومحلاً لجميع ذلك في ضوء مراتب الإدراك في أصول الفقه الإسلامي، ثم مقارناً لاتجاه المدرستين مع اتجاه الفقه الإسلامي في الظن المطلوب في الإثبات القضائي.

٢- ثمة بحثان وقف عليهما الباحث تفردا بتناول مسألتين من المسائل المتعلقة بالظن في الإثبات القضائي في المدرسة العربية على ضوء التقسيم الأصولي أو المنطقي لمراتب الإدراك، الأول بعنوان: **قاعدة بناء الأحكام الجنائية على الجزم واليقين** لياسر باسم السباعوي والمنشور بتاريخ ٢٠٠٤ في مجلة الرافدين للحقوق الصادر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل في العراق، والآخر بعنوان: **الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق: دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة لمصطفى إبراهيم الزلمي** وياسر السباعوي والمنشور بتاريخ ٢٠٠٦ في مجلة بحوث مستقبلية، وقد انصب كلا البحثين على التأكيد على نفي اليقينية والإطلاق عن "اليقين" و"الحقيقة القضائية" التي يكثر تأكيد اشتراطهما في المدرسة القانونية العربية، وأن القناعة القضائية لا تتجاوز في أقصى الحالات مرتبة الظن الغالب، وأن الحقيقة القضائية ليست في الواقع إلا حقيقة نسبية.

ولم يتعرض هذان البحثان لمسألة وجود تفريق من عدمه بين درجات الظن المطلوبة في الدعاوى الجنائية والمدنية في القانون، ولم يقارنا كذلك هذه المسألة مع اتجاه المدرسة

الأنجلوسكسونية والفقہ الإسلامي في هذا الشأن مما حاول الباحث الوقوف عليه في هذه الدراسة.

٣- وأخيراً فقد استفاد الباحث من كتاب: **نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية** للدكتور أحمد الريسوني في تأصيله لفكرة التفريق بين مرتبتين من مراتب الظن الغالب في الفقہ الإسلامي، وهما ما أسماه مرتبة "التقريب" المقاربة لليقين، ومرتبة "التغليب" التي يقدم فيها أحد الأمرين في الاعتبار لمزية تقتضي هذا التغليب.^(١) وقد وجد الباحث لهذا التفريق صدی في تمييز مدرستي القانون الوضعي بين الظن المطلوب في الدعوى المدنية والدعوى الجنائية، وأضاف المقارنة بتلك المدرستين فضلاً عن الوقوف على تمييز الفقہ الإسلامي بين الظن المطلوب في مختلف أنواع الدعاوى.

منهج البحث

اعتمد الباحث عدداً من المناهج في هذا البحث وفق ما اقتضته إشكاليته وأسئلته، فقد اعتمد منهجاً وصفيّاً وتحليلياً في عامة البحث وخاصة في الفصل التمهيدي والفصلين الأولين، فاعتمده في رصد التصور الأصولي لمراتب الإدراك ومحل الظن منها، وتمييزه عما يتصل به من مصطلحات ليتضح منطلق موقف الفقہ الإسلامي من الظن في الإثبات القضائي، وليكون معياراً لتحليل موقف مدرستي القانون الوضعي. ثم اتبع ذات المنهج في رصد وتحديد موقف الفقہ الإسلامي من درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي، وتحليل حقيقة ذلك في مختلف أنواع الدعاوى من معاملات وجنايات وقضايا أسرة، ثم في رصد حقيقة درجة الظن المطلوبة في كل من

(١) الريسوني: أحمد، **نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية**، (دار الكلمة: القاهرة، ط. ١، ٤٣١هـ/٢٠١٠م)، ص ٣٢.

مدرستي القانون الوضعي الأنجلوسكسونية واللاتينية في الدعاوى الجنائية والمدنية وتحليلها على ضوء التصور الأصولي لمراتب الإدراك.

ثم اعتمد الباحث المنهج المقارن في الفصل الثالث، وذلك بأخذ نتيجة ما تم رصده وتحليله في الفصلين الأولين والمقارنة بين موقف كل من الفقه الإسلامي ومدرستي القانون الوضعي وصولاً إلى مدى قرب أو بعد تلك المدرستين عن اتجاه الفقه الإسلامي، وإلى موقف القانون القطري من هذه المسألة.

هيكل البحث

اقتضت خطة البحث أن يقسم إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة.

فصل تمهيدي: الظن والتصور الإسلامي لمراتب الإدراك

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التصور الإسلامي لمراتب الإدراك

المبحث الثاني: مفهوم الظن لغة واصطلاحاً

المبحث الثالث: المصطلحات ذات الصلة بالظن

الفصل الأول: موقف الفقه الإسلامي من العمل بالظن في الإثبات القضائي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حكم العمل بالظن في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: درجة الظن في الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني: الظن في الإثبات القضائي في القانون الوضعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: اتجاه المدرسة الأنجلوسكسونية

المبحث الثاني: اتجاه المدرسة اللاتينية

الفصل الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي ومدرستي القانون الوضعي في درجة الظن

في الإثبات القضائي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المقارنة من حيث التأصيل العام

المبحث الثاني: مقارنة درجة الظن في الإثبات القضائي باعتبار نوع الدعوى

المبحث الثالث: موقف القانون القطري من الظن في الإثبات القضائي

الخاتمة

واشتملت على نتائج البحث والتوصيات.

فصل تمهيدي: الظن والتصوير الإسلامي لمراتب الإدراك

لما كان موقف الفقه الإسلامي من العمل بالظن في الأحكام القضائية يتفرع عن موقفه من حكم العمل بالظن بشكل عام، وكان هذا الأخير يتفرع عن تصور الفقه الإسلامي وأصوله لمفهوم الظن ومحلّه من مراتب الإدراك، فعليه عقد الباحث هذا الفصل ليتناول فيه التصور الأصولي لمراتب الإدراك ومحل الظن منه ولتمييزه عما يتعلق به من مصطلحات، في حدود ما له تعلق بنطاق هذا البحث، وذلك قبل الولوج إلى موقف الفقه الإسلامي من العمل بالظن في الأحكام القضائية في الفصل الأول من هذه الدراسة.

وعليه فقد جاءت قسمة هذا الفصل التمهيدي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التصور الأصولي لمراتب الإدراك.

المبحث الثاني: مفهوم الظن لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثالث: المصطلحات ذات الصلة بالظن.

المبحث الأول: التصور الأصولي لمراتب الإدراك

درج الأصوليون على التعريف بمراتب الإدراك^(٢) عند بحثهم تعريف العلم، وخاصة عند تعريفه عن طريق التقسيم، لتمييزه عن جملة مراتب الإدراك الأخرى. فيقسمون الإدراك، أو حكم الذهن،^(٣) إلى حكم جازم وحكم غير جازم، والجازم منه إلى المطابق للواقع وغير المطابق له، والمطابق له إلى الثابت وغير الثابت. والحكم الذي جمع بين كونه جازماً ومطابقاً وثابتاً هو ما ينطبق عليه اسم العلم اصطلاحاً، فلذلك عرف بعضهم العلم بأنه: "القضاء بأن الأمر كذا، مع القضاء بأنه لا يمكن أن يكون إلا كذا قضاء لا يمكن زواله، والأمر في نفسه كذلك."^(٤)

(٢) الإدراك هو "حصول صورة الشيء عند العقل سواء كان ذلك الشيء مجرداً او مادياً، جزئياً او كلياً، حاضراً أو غائباً، حاصلًا في ذات المدرك أو آلته." وينقسم إلى تصور، وهو إدراك الذوات المفردة، وتصديق، وهو تصور الشيء في العقل مع الحكم عليه بالنفي أو الإثبات. جمال صليبا، المعجم الفلسفي، (الشركة العالمية للكتاب: بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ج ١، ص ٥٣، ص ١٠٤، ص ٢٧٧؛ وينظر: الأصفهاني: محمود بن عبد الرحمن أبي القاسم ابن أحمد بن محمد، شمس الدين، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقاء، (دار المدني: السعودية، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ج ١، ص ٥٥.

(٣) اختلف الأصوليون في مورد قسمة مراتب الإدراك وإن اتفقوا في الجملة على حقيقة تلك المراتب، فمن موارد القسمة التي ذكروها: حكم الذهن، كما في الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الملقب بفخر الدين الرازي، المحصول، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، (مؤسسة الرسالة: د.م، ط ٣، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ج ١، ص ٨٣. والإسناد التصديقي، كما في ابن جزري: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله الكلي الغرناطي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ص ١٤١. وما عنه ذكر حكيم كما في الأصفهاني، بيان المختصر، ج ١، ص ٥٢؛ ابن النجار الحنبلي: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد، (مكتبة العبيكان: د.م، ط ٢، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ج ١، ص ٧٥. والإدراك مع الحكم، كما في الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، تحقيق: سيد عبد العزيز وعبد الله ربيع، (مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث: د.م، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، ج ١، ص ٢٢١.

(٤) وهذا التعريف نقله الطوفي عن ابن الصيقل، وعزاه إلى كثير من المنطقيين. الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي،

ويمكننا من خلال الوقوف على المحترزات التي تضمنها هذا التعريف تمييز مراتب الإدراك الأخرى عن العلم، فمرتبة الظن تدرج مع العلم في جنس (القضاء)، فكلاهما حكم، أو اعتقاد، أو تصديق (بأن الأمر كذا)، إلا أن قيد: (مع القضاء بأنه لا يمكن أن يكون إلا كذا) - أي مع الجزم - فصلٌ ميز عن العلم مرتبة الظن وأخرجها من حده، لأن الظن لا يجزم فيه بعدم إمكان الاحتمال المقابل، أما العلم فلا بد فيه من الجزم والقطع.

وقيد: (قضاء لا يمكن زواله) - وهو المعبر عنه بكونه ثابتاً - احترازٌ عن مرتبة الاعتقاد الجازم، كاعتقاد المقلد المصمم على اعتقاده، لأنه يمكن زواله بالتشكيك أو بتغيير الاجتهاد، أما العلم فلا يمكن التشكيك فيه ولا نقضه. وقد عبر الرازي (٦٠٦هـ) عن هذا القيد بلفظ "الموجب" أي أن العلم اعتقاد ناشئ عن طريق موجب له أو دليل من مدارك العلم من حس، أو عقل، أو ما

(مؤسسة الرسالة: د.م، ط ١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م)، ج ١، ص ١٧٠. وينظر: الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، ص ٢١؛ الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الملقب بفخر الدين الرازي، المحصول، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، (مؤسسة الرسالة: د.م، ط ٣، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ج ١، ص ٨٣. وثمة تعريفات أخرى للعلم ومنها تعريف الأمدي له بأنه: "صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التمييز بين حقائق المعاني الكلية حصولاً لا يتطرق إليه احتمال نقيضه". الأمدي: أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، (المكتب الإسلامي: بيروت، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ١١.

أما الحد الحقيقي للعلم فاشتهر لديهم بأنه: "معرفة المعلوم على ما هو به"، وقد اختلفوا في حده حداثاً حقيقياً اختلافاً مشهوراً في كتب الأصول. ينظر في ذلك: الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، اللمع في أصول الفقه، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ٢، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ص ٤؛ الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد أبو المعالي، البرهان، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ج ١، ص ٢١؛ الغزالي، المستصفي، ص ٢١؛ الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج ١، ص ١٦٨؛ الأصفهاني، بيان المختصر، ج ١، ص ٣٧؛ الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، (دار الكتبي: د.م، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ج ١، ص ٧٥.

تركب منهما،^(٥) وهو إشارة إلى أن العلم يجب أن يكون ناشئاً عن دليل ومستند، ونشوؤه عن دليل هو السبب في كونه ثابتاً.

أما قيد: (والأمر في نفسه كذلك) فالمقصود به مطابقة الاعتقاد للواقع، وهو احترازٌ عن مرتبة الجهل المركب، لأنه "حكم جازم غير مطابق للواقع"،^(٦) فما جزم به الإنسان لكنه كان مخالفاً للحقيقة والواقع فليس علماً رغم جزمه باعتقاده.^(٧)

وبقيت عدة تقسيمات يذكرها الأصوليون ويوردها الباحث لتتجلي بها حدود سائر مراتب الإدراك لديهم. فالحكم غير الجازم ينقسم إلى كونه راجحاً، أو مرجوحاً، أو متساوي الطرفين، فالطرف الراجح هو مرتبة الظن، والطرف المرجوح هو مرتبة الوهم، ومتساوي الطرفين هو مرتبة الشك.^(٨) يضاف إلى ذلك أن مرتبة الاعتقاد التي تجمع بين الجزم وعدم الثبوت إما أن تكون مطابقة للواقع أو غير مطابقة له، فالأول: الاعتقاد الصحيح، والثاني: الاعتقاد الفاسد. وبهذا تكتمل القسمة التي درج عليها جمهور الأصوليين لمراتب الإدراك. وثمة تعبيرات أخرى للأصوليين

(٥) الرازي، المحصول، ج ١، ص ٨٣؛ الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج ١، ص ١٧٠.

(٦) الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، (دار الكتب العلمية بيروت: لبنان، ط ١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ص ٨٠.

(٧) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٥٩؛ الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج ١، ص ١٧٠؛ الأحمد نكري: القاضي عبد النبي ابن عبد الرسول، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون المعروف بدستور العلماء، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ٢٤٤.

(٨) الرازي، المحصول، ج ١، ص ٨٤.

لاعتبارات قسمة الاعتقادات ومراتب الإدراك إلا أنها متقاربة مع القسمة المذكورة في النتيجة،^(٩) فنكتفي بما ذكر لتتحقق غرض البحث به.

ويخلص الباحث من القسمة المتقدمة إلى حدود جملة مراتب الإدراك لدى الأصوليين،

وهي:

١. العلم: وهو الحكم الجازم المطابق للواقع لمستند.
٢. الاعتقاد الصحيح: وهو الحكم الجازم المطابق للواقع لغير مستند، وهو اعتقاد المقلد.
٣. الظن: وهو الطرف الراجح من طرفي الحكم غير الجازم، وسيأتي تفصيل القول فيه.
٤. الشك: وهو تساوي طرفي الحكم غير الجازم، أو "تجوز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر".^(١٠)

٥. الوهم: وهو الطرف المرجوح من طرفي الحكم غير الجازم.

٦. الجهل المركب: هو الحكم الجازم غير المطابق للواقع، وهو الاعتقاد الفاسد.^(١١)

^(٩) ينظر في ذلك مثلاً: الأصفهاني، بيان المختصر، ج ١، ص ٤٩ وما بعدها؛ المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول، تحقيق: عبد الله هاشم، هشام العربي، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: قطر، ط ١، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ص ٦٦.

^(١٠) الشيرازي، اللع، ص ٤.

^(١١) أما الجهل البسيط فهو "عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالمًا". الزركشي، البحر المحيط، ج ١، ص ١٠٠، والفرق بين الجهل المركب والبسيط أن الأخير جهل يعلمه صاحبه بخلاف الجهل المركب. القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، (مكتبة نزار مصطفى الباز: د.م، ط ١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، ج ١، ص ١٧٧، ولعل عدم إدخال كثير من الأصوليين له في مراتب الإدراك هو بسبب كونه انعداماً للإدراك أو للحكم أصلاً، فلا يشترك معها في مورد القسمة.

وإذ تبين التصور الإجمالي لمراتب الإدراك عند الأصوليين نعرج على مفهوم الظن ومحلّه من تلك المراتب، مع تسليط الضوء على بعض خصائصه ذات الصلة الوثيقة بموضوع البحث وهي تفاوت درجات الظن ومفهوم الظن الغالب في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مفهوم الظن لغةً واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف الظن لغةً

أوردت معاجم اللغة عدة معانٍ للظن يعود أغلبها إلى ترده بين الشك واليقين. فقال في مقاييس اللغة: " (ظن) الظاء والنون أصل صحيح يدل على معنيين مختلفين: يقين وشك. فأما اليقين فقول القائل: ظننت ظناً، أي أيقنت. قال الله تعالى: ﴿قال الذين يظنون أنهم ملائكة الله﴾ [البقرة: ٢٤٩] أراد، والله أعلم، يوقنون. ... والأصل الآخر: الشك، يقال: ظننت الشيء، إذا لم تتيقنه." (١٢) وقال في العين: "والظن يكون بمعنى الشك وبمعنى اليقين." (١٣) وفرق ابن منظور بين يقين العيان ويقين التدبر، فأخرج الأول من معنى الظن دون الثاني، قال في لسان العرب: "الظن شك ويقين إلا أنه ليس بيقين عيان، إنما هو يقين تدبر، فأما يقين العيان فلا يقال فيه إلا علم." (١٤)

وقد ورد الظن في القرآن أيضاً بمعنى الخرص والتخمين والهوى كما في قوله تعالى: ﴿وقالوا ما هي إلا حياتنا الدنيا نموت ونحيا وما نهلكنا إلا الدهر وما لهم بذلك من علم إن هم إلا يظنون﴾ [الجاثية: ٢٤]، وقوله تعالى: ﴿إن يبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس ولقد جاءهم من ربهم الهدى﴾ [النجم: ٢٣].

(١٢) ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (دار الفكر: دم، د. ط، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م)، ج ٣، ص ٤٦٢.

(١٣) الفراهيدي: الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، (دار ومكتبة الهلال: دم، د. ط، د. ت)، ج ٨، ص ١٥٢.

(١٤) ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، (دار صادر: بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ)، ج ١٣، ص ٢٧٢.

وهل الظن حقيقة في اليقين والشك معاً - فيكون من المشترك اللفظي - أم هو مجاز في أحدهما حقيقة في الآخر؟ حكى الزركشي في ذلك ثلاثة مذاهب، وأن المشهور منها هو أنه حقيقة في الشك مجاز في اليقين.^(١٥)

ومن أصحاب المعاجم من لم يكتف بتعريف الظن بالمقابلة بينه وبين الشك واليقين، بل وضع له حداً خاصاً به، فمنهم من جعله عاماً في الاعتقاد غير الجازم، سواء كان راجحاً أو مرجوحاً، وذلك كما نقل الزبيدي عن الراغب: "الظن اسم لما يحصل من أمانة، ومتمى قويت أدت إلى العلم، ومتمى ضعفت لم تجاوز حد الوهم."^(١٦)

ومنهم من قارب به اصطلاح الأصوليين فخصه بالحكم الراجح الذي هو دون اليقين، ففي القاموس المحيط: "الظن: التردد الراجح بين طرفي الاعتقاد الغير الجازم"^(١٧) ... وقد يوضع موضع العلم."^(١٨) ونقل الزبيدي عن المناوي أن "الظن: الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض، ويستعمل في اليقين والشك."^(١٩)

^(١٥) الزركشي، البحر المحيط، ج ١، ص ١١٤. والمذاهب الثلاثة التي حكاهما هي: ١- أنه حقيقة في الشك مجاز في اليقين ٢- أنه حقيقة فيهما ٣- أنه لا يستعمل إلا في الشك.

^(١٦) الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، (دار الهداية: د.م، د.ط، د.ت)، ج ٣٥، ص ٣٦٥.

^(١٧) كذا في القاموس المحيط وتاج العروس، ولعل الصواب: غير الجازم.

^(١٨) الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، (مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع: بيروت، ط ٨، ١٤٢٦ هـ/٢٠٠٥ م)، ج ١، ص ١٢١٣؛ وهو ما عرفه به الزبيدي أيضاً كما في تاج العروس، ج ٣٥، ص ٣٦٥.

^(١٩) الزبيدي، تاج العروس، ج ٣٥، ص ٣٦٥.

المطلب الثاني: تعريف الظن اصطلاحاً

اتفق الأصوليون وغيرهم على معنى الظن الاصطلاحي، وإن اختلفت عباراتهم في تعريفه، فاستقر استعمالهم له على أنه الحكم الراجح غير الجازم.

فمن ذلك تعريف أبي الحسين البصري (٤٣٦هـ) له بأنه: "تغليب بالقلب لأحد مجوزين ظاهرَي التجويز".^(٢٠) وعرفه الباجي (٤٧٤هـ) بأنه: "تجويز أمرين فما زاد لأحدهما مزية على سائرهما".^(٢١) وعرفه الأمدي (٦٣١هـ) بأنه: "ترجح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير قطع".^(٢٢) وعند ابن الحاجب (٦٤٦هـ) هو: "ما عنه ذكر حكمي يحتمل متعلقه النقيض عند الذائر بتقديره مع كونه راجحاً".^(٢٣) وعرفه الطوفي (٧١٦هـ) بأنه: "حكم راجح غير جازم".^(٢٤) وعرفه الزركشي (٧٩٤هـ) بأنه: "الاعتقاد الراجح من اعتقادي الطرفين".^(٢٥) وفي تعريفات الجرجاني (٣٩٢هـ): "الظن: هو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض ... وقيل: الظن: أحد طرفي الشك بصفة الرجحان".^(٢٦)

(٢٠) أبو الحسين البصري: محمد بن علي الطيب المعتزلي، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ)، ج١، ص٦.

(٢١) الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبدالله محمد الجبوري، (مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ج١، ص٤٦.

(٢٢) الأمدي، الإحكام، ج١، ص١٢.

(٢٣) الأصفهاني، بيان المختصر، ج١، ص٥٤.

(٢٤) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج١، ص١٦١.

(٢٥) الزركشي، البحر المحيط، ج١، ص١٠٣.

(٢٦) الجرجاني، التعريفات، ص١٤٤.

فقد الرجحان يخرج الشك والوهم، إذ الأول لا رجحان فيه لجانب على آخر، والثاني هو الطرف المرجوح. وقد عدم الجزم، يخرج العلم والاعتقاد الصحيح والجهل المركب، وهو القيد الذي عبر عنه بعضهم باحتمال النقيض.

وقد وصف الغزالي (٥٠٥هـ) الظن باعتباره درجة تالفة بعد اليقين والاعتقاد الجازم بأنه: "أن يكون لها [أي للنفس] سكون إلى الشيء والتصديق به، وهي تشعر بنقيضه أو لا تشعر، لكن لو أشعرت به لم ينفّر طبعها عن قبوله." (٢٧) فدل قوله على أنه لا يشترط أن يشعر الظان باحتمال نقيض اعتقاده ليسمى اعتقاده ظناً، بل يكفي أنه إن أشعر بوجود ذلك الاحتمال لم ينفّر عن قبوله. ومن أمثلة الظن "اعتقاد الإنسان فيما يخبر به الثقة أنه على ما أخبر به، وإن جاز أن يكون بخلافه" (٢٨) وكذلك "اعتقاد المجتهدين فيما يفتون به في مسائل الخلاف، وإن جوزوا أن يكون الأمر بخلاف ذلك، وغير ذلك مما لا يقطع به." (٢٩)

المطلب الثالث: الظن والظن الغالب

بخلاف اليقين والشك فإن الظن عند جمهور الأصوليين (٣٠) لا ينحصر في درجة واحدة، بل هو درجات متفاوتة غير محصورة تبتدئ من الدرجة التي فوق الشك بأدنى ترجح لأحد الطرفين، وتقوى تدريجياً حتى تصل إلى ما دون اليقين، فإن بلغت اليقين خرجت عن مسمى الظن. قال أبو

(٢٧) الغزالي، المستصفى، ص ٣٥.

(٢٨) الشيرازي، المع، ص ٤.

(٢٩) المرجع السابق.

(٣٠) ينسب إلى القاضي أبي بكر الباقلاني القول بعدم تفاوت الظنون بل هي كلها متقاربة عنده كما أشار إليه الغزالي في المنحول من تعليقات الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، (دار الفكر المعاصر: بيروت، ط ٣، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، ص ٤٣٣.

يعلى (٤٥٨هـ): "الظن يتزايد، ويكون بعض الظن أقوى من بعض."^(٣١) قال الباجي: "والظن في نفسه يختلف، فيقوى تارة ويضعف أخرى ما لم يبلغ حد مساواة هذا الوجه لغيره من الوجوه، فيخرج بذلك عن أن يكون ظناً."^(٣٢) ووصف الغزالي هذا التدرج والترقي من الظن الأضعف إلى الأقوى وصفاً دقيقاً فقال:

"وله [أي للظن] درجات في الميل إلى الزيادة والنقصان لا تحصى، فمن سمع من عدل شيئاً سكنت إليه نفسه، فإن انضاف إليه ثاب زادت السكون، وإن انضاف إليه ثالث زاد السكون والقوة، فإن انضافت إليه تجربة لصدقهم على الخصوص زادت القوة، فإن انضافت إليه قرينة كما إذا أخبروا عن أمر مخوف، وقد اصفرت وجوههم، واضطربت أحوالهم زاد الظن، وهكذا لا يزال يترقى قليلاً قليلاً إلى أن ينقلب الظن علماً عند الانتهاء إلى حد التواتر."^(٣٣)

ولما كانت درجات الظن تتفاوت هذا التفاوت الدقيق بما يصعب معه تحديد كل منها بضابط واضح يميزها عن غيرها؛ فقد اكتفى كثير من أهل العلم بالتفريق بين ما قوي من الظن وغيره، فوصفوا ما قوي بالظن الغالب، ووصفوا ما دونه بالظن فقط.^(٣٤) وقد عبر عن ذلك ابن نجيم (٩٧٠هـ) فقال: "وأما أكبر الرأي وغالب الظن فهو الطرف الراجح إذا أخذ به القلب وهو

(٣١) أبو يعلى: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي، (د.ن: د.م، ط٢، ١٠٤١٠هـ/١٩٩٠م)، ج١، ص٨٣.

(٣٢) الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الأندلسي، الحدود في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ص٩٩.

(٣٣) الغزالي، المستصفى، ص٣٥، ٣٦.

(٣٤) قال السمعاني: "إن قوي [أي الظن] سمي غالب الظن." السمعاني: أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي التميمي الحنفي ثم الشافعي، قواطع الأدلة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م)، ج١، ص٢٣. وينظر: أبو الخطاب، التمهيد، ج١، ص٥٧؛ أبو يعلى، العدة، ج١، ص٨٣.

المعتبر عند الفقهاء.^(٣٥) وفرق الآمدي بين الظن وغلبة الظن فقال: "يفرق بين قول القائل: ظن، وغلبة ظن، ولأن غلبة الظن ما فيه أصل الظن وزيادة."^(٣٦) وفرق بينهما الشيرازي (٤٧٦هـ) بأن الأول يحصل بالأمانة الواحدة، وأما الثاني فيحصل بأن "تتزايد الأمارات الموجبة للظن وتتكاثر، ويكون على الحكم دليلان وثلاثة، ويخبره ثقتان وثلاثة وأكثر."^(٣٧)

والفقهاء قد يطلقون وصف غلبة الظن ويريدون به مجرد الظن، كما انتقدهم عليه الشيرازي بقوله: "وما يستعمله الفقهاء من التحري في الأواني من قولهم: إذا غلب على ظنه طهارة إناء توضع به، غير صحيح، لأنه لا يعتبر في ذلك غلبة الظن، بل يكفي فيه أن يقع الظن بطهارة بعض الأواني بأمانة واحدة."^(٣٨)

وكذلك قد يطلقون وصف اليقين ويريدون به درجة الظن أو درجة غالب الظن تجوزاً، وذلك باعتباره كاليقين في وجوب العمل به. قال النووي (٦٧٦هـ): "اعلم أنهم يطلقون العلم واليقين ويريدون بهما الظن الظاهر، لا حقيقة العلم واليقين؛ فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم، وليس ذلك بشرط في هذه المسألة ونظائرها، وقد قدمنا في هذا الباب بيان هذا؛ حتى لو أخبره ثقة بنجاسة

^(٣٥) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، ص ٦٣.

^(٣٦) الآمدي، الإحكام، ج ٣، ص ٥٢.

^(٣٧) الشيرازي، شرح اللمع، تحقيق: عبدالمجيد تركي، (دار الغرب الإسلامي: بيروت، ط ١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ج ١، ص ١٥٠.

^(٣٨) المرجع السابق.

الماء الذي توضع به فحكمه حكم اليقين في وجوب غسل ما أصابه وإعادة الصلاة، وإنما يحصل بقول الثقة ظن لا علم ويقين، ولكنه نص يجب العمل به." (٣٩)

ويلاحظ أخيراً أن الظن والظن الغالب كثيراً ما يُستعملان بمعنى واحد لدى الأصوليين، والأكثر في استعمالهم: الظن. أما الفقهاء فالغالب لديهم التفرقة بينهما. ولعل ذلك راجع إلى أن الأكثر في استعمال الأصوليين لمصطلح الظن إنما هو بمعناه الموجب للعمل، أي الظن الناشئ عن دليل، ونشوؤه عن دليل هو عينه ما يورث غلبة الظن وقوته، فلذلك اكتفوا بمصطلح الظن عنه غالباً. أما الفقهاء فالتفريق لديهم بين الظن وغالب الظن أغلب، إذ الظن لديهم هو من قبيل الشك، لأنهم يحملون الشك على مطلق التردد، استوى الطرفين، أو ترجح أحدهما، بخلاف الظن الغالب فهو خاص بالطرف الراجح إذا أخذ به القلب وانتفى عنه التردد، فهو الظن المعتبر وهو ملحق لديهم باليقين. (٤٠)

(٣٩) النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، **المجموع شرح المذهب**، (دار الفكر: د.م، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ١٨٧.

(٤٠) قال ابن نجيم: "وأما أكبر الرأي وغالب الظن فهو الطرف الراجح إذا أخذ به القلب، وهو المعتبر عند الفقهاء كما ذكره اللامشي في أصوله، وحاصله: أن الظن عند الفقهاء من قبيل الشك؛ لأنهم يريدون به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء استويا، أو ترجح أحدهما... وغالب الظن عندهم ملحق باليقين، وهو الذي يبتنى عليه الأحكام يعرف ذلك من تصفح كلامهم في الأبواب، صرحوا في نواقض الوضوء بأن الغالب كالمحقق، وصرحوا في الطلاق بأنه إذا ظن الوقوع لم يقع، وإذا غلب على ظنه وقع." ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص ٦٣. وقال النووي: "اعلم أن مراد الفقهاء بالشك في الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق وغيرها هو التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء كان الطرفين في التردد سواء، أو أحدهما راجحاً، فهذا معناه في استعمال الفقهاء وفي كتب الفقه. أما أصحاب الأصول فإنهم فرقوا بين ذلك، وقالوا: التردد إن كان على السواء فهو الشك، وإن كان أحدهما راجحاً فالراجح ظن والمرجوح وهم." **المجموع شرح المذهب**، ج ١، ص ١٦٨، ١٦٩.

المبحث الثالث: المصطلحات ذات الصلة بالظن

لما كان الظن يحف طرفيه الشك واليقين، وكانت علاقة الظن بالأخير قد تلتبس بعلاقته بمصطلح القطع، كان لا بد من الوقوف على المعنى الاصطلاحي لهذه المصطلحات لتمييز الظن عنها. فأما الشك فيكتفي الباحث بما أورده في المبحث الأول لتمييزه عن مرتبة الظن، وأما اليقين والقطع فيخصصهما بالتناول في هذا المبحث، خاصة مع غياب ذكرهما عادة عن قسمة الأصوليين لمراتب الإدراك؛ ومع نوع من التوسع في مصطلح اليقين لأهميته في تحليل موقف مدرستي القانون الوضعي في الفصل الثاني من هذا البحث.

المطلب الأول: اليقين

اليقين لغةً هو العلم بالشيء وتحققه وزوال الشك،^(٤١) وأصله من الاستقرار، يقال: يقن الماء في الحوض، إذا استقر فيه.^(٤٢)

وعرفه الأصوليون اصطلاحاً بعبارات مختلفة، فمن ذلك تعريف أبي الخطاب (٥١٠ هـ) له بأنه: "وضوح حقيقة الشيء في النفس"،^(٤٣) وعرفه ابن قدامة (٦٢٠ هـ) بأنه: "ما أذعنّت النفس إلى التصديق به، وقطعت به، وقطعت بأن قطعها به صحيح، بحيث لو حُكي لها عن صادق

(٤١) الزبيدي، تاج العروس، ج ٣٦، ص ٣٠١؛ الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، (دار العلم للملايين: بيروت، ط ٤، ١٤٠٧ هـ/١٩٨٧ م)، ج ٦، ص ٢٢١٩؛ ابن فارس، مقاييس اللغة، ج ٦، ص ١٥٧.

(٤٢) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٥٩.

(٤٣) أبو الخطاب: محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الحنبلي، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة (الجزء ١ - ٢) ومحمد بن علي بن إبراهيم (الجزء ٣ - ٤)، (مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى: د.م، ط ١، ١٤٠٦ هـ/١٩٨٥ م)، ج ١، ص ٦٤.

خلافه لم تتوقف في تكذيب الناقل.^(٤٤) ومنه تعريف ابن تيمية (٧٢٨هـ) له بأنه: "طمأنينة القلب واستقرار العلم فيه،"^(٤٥) وفسره علاء الدين البخاري (٧٣٠هـ) فقال: "يقيناً أي ثبوتاً في ذاته من غير شك."^(٤٦)

ويلاحظ من هذه التعريفات أن اليقين مرتبة تتسم بالجزم، وطمأنينة القلب، وأن هذا الجزم يبلغ من القوة ما ينتفي معه كل شك واحتمال، كما قال الغزالي: "لو حكى لها [أي للنفس المتيقنة] عن نبي من الأنبياء أنه أقام معجزة وادعى ما يناقضها فلا تتوقف في تكذيب الناقل، بل تقطع بأنه كاذب، أو تقطع بأن القائل ليس بنبي، وأن ما ظن أنه معجزة فهي مخرقة، وبالجملة فلا يؤثر هذا في تشكيكها، بل تضحك من قائله وناقله."^(٤٧)

واليقين - إذ بلغ من الجزم والقطع هذا المبلغ - لا يقبل التفاوت أو التردد بحال، ولا يدخله الشك بوجه من الوجوه، بل هو درجة واحدة يقطع فيها بانتفاء كل احتمال آخر. قال ابن حزم (٤٥٦هـ): "واليقين لا يتفاضل،"^(٤٨) وقال ابن عطية: "واليقين أعلى درجات العلم، وهو الذي لا

(٤٤) ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع: د.م، ط٢، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ج١، ص٨٨، وينظر: الغزالي، المستصفى، ص٣٥.

(٤٥) ابن تيمية: تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف: المدينة النبوية، د.ط، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، ج٣، ص٣٢٩.

(٤٦) البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، (دار الكتاب الإسلامي: د.م، د.ط، د.ت)، ج١، ص٧٩.

(٤٧) الغزالي، المستصفى، ص٣٥.

(٤٨) ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، (دار الفكر: بيروت، د.ط، د.ت)، ج١، ص٦٢.

يمكن أن يدخله شك بوجهه^(٤٩) وهو ما يفهم من قول الغزالي أنه حتى لو "خطر ببالها إمكان أن يكون الله قد أطلع نبياً على سر به انكشف له نقيض اعتقادها فليس اعتقادها يقيناً"^(٥٠) فمجرد خطر إمكان احتمال مغاير يتنافى مع اليقين.

ويفهم من التعريفات المتقدمة أن اليقين لا يشترط فيه مطابقة الواقع، كما قال الباجي: "والذي يتميز به اليقين من العلم أن المعتقد يتيقن الشيء وهو على خلاف ما يعتقد، ومحال أن يعلم الشيء، ولا يكون على ما يعلمه."^(٥١) وكذلك لا يشترط أن يكون مبنياً على مستند، أو دليل، كما قال أيضاً: "العلم يتضمن التيقن، ومن علم شيئاً تيقنه، وقد يتيقن المتيقن بغير علم، وهذا هو الاعتقاد."^(٥٢)

فعلى ذلك يمكن تعريف اليقين بأنه: **الحكم الجازم الذي ينتفي معه كل احتمال.** وعلى هذا القول قد يحصل اليقين في مراتب الإدراك التي تشترك في كونها حكماً جازماً، وهي العلم والاعتقاد الصحيح والجهل المركب.

ومع ذلك فقد ذهب بعض أهل العلم إلى اشتراط مطابقة الواقع في اليقين، واشترط كونه عن دليل، ففسر الأصفهاني (٥٠٢هـ) اليقين بقوله: "اليقين أي الاعتقاد الجازم المطابق، لا لمحض التقليد... لم يدخل التقليد لأن اعتقاد المقلد غير يقيني."^(٥٣) كما عرفه الكفوي (١٠٩٤هـ) بأنه:

^(٤٩) ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام الأندلسي المحاربي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ)، ج ١، ص ٨٦.

^(٥٠) الغزالي، المستصفى، ص ٣٥.

^(٥١) الباجي، الحدود، ص ٩٧.

^(٥٢) الباجي، المرجع السابق، الموضع السابق.

^(٥٣) الأصفهاني، بيان المختصر، ج ١، ص ٢٠.

"الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، وقيل: عبارة عن العلم المستقر في القلب لثبوته من سبب متعين له بحيث لا يقبل الانهدام."^(٥٤) وعرفه صاحب التعريفات بأنه "اعتقاد الشيء بأنه كذا، مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا، مطابقاً للواقع، غير ممكن الزوال."^(٥٥) وعرفه الحموي (١٠٩٨ هـ) بأنه: "جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي."^(٥٦)

وعلى هذا القول فلا يمكن أن يحصل اليقين إلا في مرتبة العلم، لاختصاصها وحدها باجتماع قيدي مطابقة الواقع مع الاستناد لدليل.

والذي سيسير عليه الباحث هو القول الأول لكونه اتجاه غالب الأصوليين من جهة، كما أنّ الأظهر أنّ اليقين إنما هو حالة تتعلق بداخل الإنسان وقلبه واطمئنانه، ومن المتصور أن يبلغ الإنسان تلك المرتبة ولو لم يطابق حكمه الواقع، أو يكون عن دليل صحيح.

فما تقدم يمكن التمييز بين الظن واليقين بعدة أمور:

١. اليقين يتسم بالجزم، بينما يتسم الظن بعدم الجزم.
٢. اليقين تنتفي معه كافة الاحتمالات الأخرى، بينما لا تنتفي في الظن، بل يحتمل النقيض.
٣. اليقين لا يتفاوت، بينما الظن درجات متفاوتة لا حصر لها.
٤. اليقين يشترط فيه مطابقة الواقع - على قول -، بينما لا يشترط ذلك في الظن.

^(٥٤) الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني القريمي، أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، (مؤسسة الرسالة: بيروت، د.ط، د.ت)، ص ٩٧٩.

^(٥٥) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٥٩؛ ونقل التعريف ذاته أحمد نكري في دستور العلماء، ج ٣، ص ٣٣٤، وقال أيضاً: "وهم [أي المتكلمون] لا يطلقون العلم إلا على اليقين." ج ٢، ص ٢٤٧.

^(٥٦) الحموي: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ١، ١٤٠٥ هـ/١٩٨٥ م)، ج ١، ص ١٩٣.

٥. اليقين يشترط أن يكون مبنياً على دليل صحيح -على قول -، بينما لا يشترط ذلك في الظن.

المطلب الثاني: القطع

القطع لغة: أصله من فصل الشيء وصرمه وإبانتته.^(٥٧)

وللأصوليين اتجاهان، أو استعمالان اصطلاحيان، للقطع، فالاستعمال الأول بمعنى ما لا يكون فيه احتمال أصلاً، والاستعمال الثاني بمعنى ما لا يكون فيه احتمال ناشئ عن دليل. قال الطوفي: "القاطع يطلق تارة على ما لا يحتمل النقيض، كقولنا: الواحد نصف الاثنين، ويمتنع اجتماع الضدين، وتارة يطلق على ما يجب امتثال موجب قطعاً..."^(٥٨) وقال التفتازاني (٧٩٣هـ): "القطع يطلق على نفي الاحتمال أصلاً، وعلى نفي الاحتمال الناشئ عن دليل وهذا أعم من الأول."^(٥٩)

وبعض الحنفية يطلقون على ما لا ينتفي معه إلا الاحتمال الناشئ عن دليل مصطلح "علم الطمأنينة"، ويجعلون علم الطمأنينة واليقين الذي تنتفي معه كافة الاحتمالات قسيمي العلم القطعي، قال صدر الشريعة (٧٤٧هـ): "واعلم أنّ العلماء يستعملون العلم القطعي في معنيين:

^(٥٧) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج ٥، ص ١٠١؛ الزبيدي، تاج العروس، ج ٢٢، ص ٢٤؛ الفارابي، الصحاح، ج ٣، ص ١٢٦٧.

^(٥٨) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج ٣، ص ٢٩. وينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج ١، ص ٧٩؛
^(٥٩) التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، (مكتبة صبيح بمصر: د.م، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ٦٣.

أحدهما ما يقطع الاحتمال أصلاً كالمحكم والمتواتر، والثاني ما يقطع الاحتمال الناشئ عن الدليل كالظاهر، والنص، والخبر المشهور مثلاً فالأول يسمونه علم اليقين، والثاني علم الظمأنينة.^(٦٠)

فعلى المعنى الأول يكون القطع خارجاً عن مرتبة الظن، لأنّ الظن لا تنتفي معه كافة الاحتمالات، بل يحتمل النقيض.

أما على المعنى الثاني فقد يكون ثمة تداخل بين القطع والظن، إذ كلاهما يشتركان في ورود الاحتمال عليهما. ومع ذلك فقد يفرق بينهما بأنّ الظن حكم غير جازم، بينما القطع حكم جازم - وهذا على افتراض أنّ الجزم لا يلزم منه نفي كافة الاحتمالات^(٦١) -، وقد جعل بعض أهل العلم الجزم مرتبةً وسطاً بين الظن وبين اليقين والعلم، كما قال ابن قدامة بعد ذكره تعريف اليقين: "ولنا حالة ثانية، وهي: أن تصدق بالشيء تصديقاً جزمياً لا تتماهى فيه، ولا تشعر بنقيضه البتة، ولو شعرت بنقيضه عسر إذعانها للإصغاء، لكن لو ثبتت وأصغت وحكى لها نقيضه عن صادق أورث ذلك توقفاً عندها. وهذا اعتقاد أكثر الخلق، وكافة الخلق يسمون هذا يقيناً، إلا آحاداً من الناس."^(٦٢) ومع ذلك قد يبقى حينها نوع من التداخل بين معنى القطع هذا ومرتبة الظن الغالب الذي يتسم بالقوة و"يأخذ به القلب"، فقوته وأخذ القلب به واطمئنانه إليه قد يتداخل معناه مع الجزم.

^(٦٠) صدر الشريعة: عبيد الله ابن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، التوضيح في حل غوامض التنقيح، كما ورد في المتن من: التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، (مكتبة صبيح بمصر: د.م، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ٢٤٨.

^(٦١) الجزم لغة: هو القطع. ابن فارس، مقاييس اللغة، ج ١، ص ٤٥٤؛ الزبيدي، تاج العروس، ج ٣١، ص ٤٠١. ولم يضع الأصوليون له تعريفاً اصطلاحياً صريحاً يوضح علاقته بانتفاء الاحتمالات، إلا أن الظاهر من اكتفاء بعضهم بقيد "احتمال النقيض" بدل قيد "غير الجازم" في تعريفهم الظن - كما تقدم أعلاه - أن الجزم يلزم منه انتفاء كافة الاحتمالات الأخرى.

^(٦٢) ابن قدامة، روضة الناظر، ج ١، ص ٨٩؛ وينظر: الغزالي، المستصفى، ص ٣٥.

وإذ تبين بما تقدم معنى الظن ومحلّه من مراتب الإدراك فجدير بنا أن نعرض على حكم

العمل بالظن في الفقه الإسلامي عموماً والظن المطلوب في الإثبات القضائي خصوصاً.

الفصل الأول: موقف الفقه الإسلامي من العمل بالظن في الإثبات

القضائي

للقوف على موقف الفقه الإسلامي من العمل بالظن في الإثبات القضائي يقف الباحث في هذا الفصل أولاً على حكم العمل بالظن كأصل عام في الفقه الإسلامي، وفي الإثبات القضائي الإسلامي، ثم ينتقل منه إلى رصد أنصبة الإثبات التي اعتدوا بها في الإثبات القضائي في مختلف أنواع الدعاوى من المعاملات والجنايات ومسائل الأسرة للقوف على حقيقة درجات الظن التي اعتمدها في إثبات تلك الدعاوى.

وعليه فقد جاءت قسمة هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: حكم العمل بالظن في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: درجة الظن في الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: حكم العمل بالظن في الفقه الإسلامي

اتفق الأصوليون والفقهاء في الجملة على أصل وجوب أو جواز العمل بالظن في الأحكام الشرعية العملية،^(٦٣) ومنها الإثبات القضائي، من ذلك ما قرره الغزالي من أن البرهان المنتج "لا ينصاغ إلا من مقدمات ... ظنية إن كان المطلوب فقهياً"،^(٦٤) فأجاز العمل بالظن في الأحكام العملية.

كما اتفقوا على أن الظن الذي يجوز العمل به يشترط فيه أن يكون ناشئاً عن دليل، فإن لم يستند إلى دليل فلا يجوز العمل به، ويعدُّ من قبيل الوهم أو الشك. قال الغزالي: "الظن عبارة عن أغلب الاحتمالين، ولكن لا يجوز اتباعه إلا بدليل".^(٦٥) وقال العز بن عبد السلام (٦٦٠هـ): "لا يجب الأخذ باليقين في الإيجاب والتحريم، ولا الكراهية والندب، ولا الإباحة والتحليل، بل يكفي في ذلك الظن المستند إلى الأسباب الشرعية".^(٦٦) وقال الزركشي: "وهو [أي الظن] طريق للحكم إذا كان عن أمانة، ولهذا وجب العمل بخبر الواحد، وبشهادة الشاهدين، وخبر المقومين والقياس، وإن كانت علة الأصل مظنونة".^(٦٧) ويفهم من كلامهم أن الدليل إذا لم ينتج رجحاناً في الاعتقاد

^(٦٣) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، ج ١، ص ١٠٤، ج ٦، ص ١٣٦؛ ابن أمير الحاج: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد، ويقال له ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحبير في شرح التحرير، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ج ٢، ص ٢٧٠.

^(٦٤) الغزالي، المستصفى، ص ٣٥.

^(٦٥) الغزالي، المستصفى، ص ٢٥٣، ٢٥٤؛ وينظر: البصري، المعتمد، ج ٢، ص ١٢٥؛ السمعاني، قواطع الأدلة، ج ١، ص ٣٤٢.

^(٦٦) ابن عبد السلام: عز الدين بن عبد السلام بن حسن السلمى، شجرة المعارف والأحوال وصالح الأقوال والأعمال، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣هـ)، ص ٣١٨.

^(٦٧) الزركشي، البحر المحيط، ج ١، ص ١٠٤.

- الذي هو الظن اصطلاحاً - بل أنشأ اعتقاداً مرجوحاً، أو متساوي الطرفين، فلا يعد دليلاً، ويظل الاعتقاد الناشئ عنه من قبيل الوهم أو الشك، لا الظن الذي يجوز العمل بموجبه.

وقد استدلت أهل العلم بأدلةٍ سمعيةٍ عديدة على أصل العمل بالظنّ في الأحكام الشرعية، ومن ضمنها الإثبات القضائي، فمن تلك الأدلة: ثبوت التعبد بالحكم بشهادة الاثنين وبيمين المدعي مع نكول المدعى عليه، ومنها حصول التبليغ والتكليف بإنفاذ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - آحاد الرُّسل إلى مختلف الأطراف، ومنها إجماع الصحابة على قبول خبر الواحد، كحكم عمر - رضي الله عنه - بدية الجنين غرةً بناء على خبر الواحد، ومنها الإجماع على أنّ العامي مأمور باتباع المفتي، وكل ذلك إنما يورث الظن الراجح لا القطع والعلم.^(٦٨)

ثم إنه إضافة إلى ما تقدم من أدلة سمعية فإنّ العمل بالظن ثابت من جهة المصلحة والحاجة، وخاصة في الإثبات القضائي، ذلك أنّ الأصل أن القاضي لا يقضي إلا في وقائع يعلم ثبوتها؛ وطرق ثبوتها عن علم ويقين تنحصر في أحد طريقين: علم القاضي، أي وقوفه بحواسه على الوقائع مباشرة، أو عن طريق التواتر. ولما كان كلا الطريقين نادري إمكان الحصول في عالم الإثبات القضائي، وكان في تكليف القضاء بالوقوف على الحقيقة يقيناً مشقة شديدة لا تأتي بمثلها الشرعية، كان لابد من الاكتفاء بالأدلة الظنية في الإثبات لئلا تتعطل الأحكام وتضيع الحقوق للعجز عن الإثبات، مع وجوب مراعاة الحيطة والحذر والتأكد من توفر مرجحات صدق الدليل الظني على كذبه.^(٦٩) وفي هذا المعنى قال العز بن عبدالسلام: "ولو اعتبر الشرع اليقين في

(٦٨) ينظر: الغزالي، المستصفى، ص ١١٦-١٢٣، ٢٨٣-٢٨٤؛ الزركشي، البحر المحيط، ج ٦، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٦٩) ينظر: إبراهيم: أحمد، وإبراهيم: واصل علاء الدين أحمد، طرق الإثبات الشرعية، (المكتبة الأزهرية للتراث: د.م، ط ٤، ٢٠٠٣م)، ص ٢٧، ٢٨. وقد منع ابن حزم العمل بالظن في الأحكام وفي الإثبات، إلا أنه توسع في

العبادات والمعاملات وسائر التصرفات لغاتت مصالح كثيرة خوفاً من وقوع مفسد يسيرة، بل في بعض المصالح ما لو بني على اليقين لهلك العباد وفسدت البلاد." (٧٠) وقال: "ولا يشترط قطع الحاكم بمدارك حكمه وقضائه،" ثم عددها أربعة مدارك، فذكر الشهادة والإقرار ويمين الرد وعلم الحاكم، ونص على أنه لا يحصل بأي منها القطع. (٧١) ومن ذلك أيضاً ما قرره ابن فرحون إذ عقد باباً بعنوان "القضاء بالشهادة بغلبة الظن" ثم قال: "واعلم أن الشرع لم يعتبر مطلق الظن في غالب المسائل، وإنما يعتبر ظنونا مفيدة مستفادة من أمانة مخصوصة، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع." (٧٢)

فإذا ثبت أصل مشروعية العمل بالظن الناشئ عن دليل فما درجة الظن المطلوبة في

الحكم القضائي وفق الفقه الإسلامي؟

مفهوم العلم، فيشمل العلم عنده ما كان ثابتاً "عن برهان ضروري موصل إلى [اليقين] إما بأول الحس، أو ببديهة العقل ... وإما عن اتباع لمن أمر الله تعالى باتباعه، فوافق فيه الحق وإن لم يكن عن ضرورة ولا عن استدلال" ومن ذلك عنده ما كان ثابتاً عن طريق خبر الأحاد وشهادة الشهود وهما ظنيان، فالخلاف إلى كونه لفظياً. ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، (دار الآفاق الجديدة: بيروت، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ٣٦.

(٧٠) ابن عبدالسلام، **شجرة المعارف**، ص ٣٠٨.

(٧١) المرجع السابق، ص ٣١٨.

(٧٢) ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري، **تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج**

الأحكام، (مكتبة الكليات الأزهرية: دم، ط ١، ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦ م)، ج ١، ص ٤٦٨.

المبحث الثاني: درجة الظن في الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

يتبين مما تقدم أنّ الفقه الإسلامي قد عدل عن تطلب اليقين إلى الاكتفاء بغلبة الظن كأصل في الإثبات القضائي، أي الظنّ الناشئ عن دليل، والذي يأخذ به القلب وينتفي معه التردد وفق ما يفهم من كلام الأصوليين والفقهاء المتقدمين بيانه.

ثم إنه مع اعتبار غلبة الظن في الإثبات فإنّ من أبرز ما يميز الفقه الإسلامي في باب القضاء أنه وضع معايير ومطابنّ لتحقيق غلبة الظن المطلوبة في الإثبات في كلّ نوعٍ من أنواع الدعاوى،^(٧٣) وبرز ذلك خصوصاً فيما يتعلق بأنصبة الشهادة الواردة في النصوص الشرعية، وهو ما سنقف عليه وعلى دلالاته فيما يتعلق بدرجة الظن في الإثبات.

المطلب الأول: وسائل الإثبات وعلاقتها بدرجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي

يمكن تقسيم وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي إلى مرجحات أولية تقيد ظاهراً، كالأصل والعرف واليّد، وهي تكون في جانب المدعى عليه ابتداءً في العادة، وإلى أدلة يستفاد منها ثبوت خلاف ذلك الظاهر، وهي التي يكلف المدعي بالإتيان بها. والمقصود بدرجة الظن المطلوبة في الإثبات في هذا البحث إنما هو الثانية دون الأولى، أي الوسائل التي يبلغ بها المدعي في الإثبات درجة الظن المطلوبة ليتغلب على دلالة المرجحات الأولية التي في جانب المدعى عليه ويثبت بها حقه.

^(٧٣) قال العز بن عبدالسلام: "وكل ما وجب لله أو لعباده فلا يجب التفصي عنه بيقين، بل يكتفى في الخروج عن حقوق الله تعالى وحق عباده بالظنون المشروعة في مثل ذلك الحق". شجرة المعارف، ص ٣١٩.

والذي سيساعد الباحث في معرفة درجة الظن المطلوبة إنما هو الوسيلة التي يمكن استفادة الحد الأدنى من الظن المطلوب منها بحيث يعتبر من بلغه أو جاوزه قد قام برفع عبء الإثبات عن نفسه، ومن قصر عنه اعتبرت دعواه غير ثابتة. ومع تنوع وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي فعمل أهمها فيما يخص القضاء بخلاف دلالة المرجحات الأولية هو الإقرار والشهادة واليمين، إذ هي أهم الوسائل التي وردت النصوص الشرعية بها والتي يتمحور حولها الفقه الإسلامي ويتفق على مشروعيتها،^(٧٤) وهو ما نقتصر معه عليها في إطار هذا البحث. فلنقف إذًا على علاقة هذه الوسائل الثلاث بدرجة الظن ومدى صلاحيتها بوصفها معياراً للظن المطلوب في الإثبات في الفقه الإسلامي.

أما الإقرار فلم يظهر اعتباره في تحديد درجة الظن المطلوبة لرفع عبء الإثبات، ذلك أنه يفيد غلبة ظنٍ مقاربةً لليقين، فالعاقل لا يكذب على نفسه بما فيه ضررها إذ يأتي ذلك على خلاف ما جبلت عليه النفس من حب ذاتها، وجلب مصالحها، ودفع ما يمسها بالأذى، فإذا أقدم الإنسان على الاعتراف على نفسه ترجح جانب الصدق بقوة تقارب اليقين.^(٧٥) فلما بلغ الإقرار تلك القوة

^(٧٤) قال ابن رشد: " والقضاء يكون بأربع: بالشهادة، وباليمين، وبالنكول، وبالإقرار، أو بما تركب من هذه. " والنكول إنما هو الوجه الآخر لليمين. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار الحديث: القاهرة، د.ط، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ج٤، ص٢٤٥.

^(٧٥) ابن قدامة، المغني، (مكتبة القاهرة: د.م، د.ط، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨)، ج٥، ص١٠٩. وقال ابن القيم: "وازع المقر طبعي، ووازع الشهود شرعي، والوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي، ولذلك يقبل الإقرار من المسلم، والكافر، والبر، والفاجر: لقيام الوازع الطبيعي. ولما كان الوازع عن الكذب على نفسه مخصوصا بالمقر كان إقراره حجة قاصرة عليه وعلى من يتلقى عنه، لكونه فرعه." ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، إغاثة اللفهان من مصادب الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، (مكتبة المعارف: الرياض، د.ط، د.ت)، ج٢، ص٦٤-٦٥. وينظر: السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ج٣، ص١٩٣؛ الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن

في الإثبات صار صالحاً باتفاق الفقهاء لإثبات جميع الحقوق في الجملة^(٧٦) ولم يعد صالحاً لاعتباره في تمييز الحد الأدنى من الظن المطلوب في إثبات كل نوع من تلك الحقوق.

وأما اليمين فتبرز كوسيلة مكتملة لدرجة الظن المطلوبة، ووسيلة لقطع النزاع لا كمعيار مستقل لتحديد درجة الظن المطلوب ابتداءً، فهي مشروعة في الفقه الإسلامي في جانب المدعى عليه مع قرينة المرجحات الأولية والبراءة الأصلية عند عجز المدعي عن الإتيان بدليل، وفي جانب المدعي مع بينته الناقصة كما في حال الشاهد الواحد مع يمين المدعي؛ وذلك أن اليمين شرعت لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب في خبر المخبر اعتماداً على عقل ودين الموجه إليه اليمين، وأنه لا يقرب اسم الله مع الإخبار بالكذب،^(٧٧) وهذا مرجح ضعيف لا يكفي وحده لرفع عبء إثبات الحق في مواجهة الغير. لما كان ذلك لم يظهر استنباط درجة الظن المطلوبة من اليمين، وبقي الخلاف في الفقه في أحوال استعماله كمكمل للظن في الإثبات.

وأما الشهادة فهي الوسيلة التي تميزت بورود أنصبة متغايرة لها في النصوص الشرعية، وهو ما تصلح معه لاستنباط درجة الظن المطلوبة لرفع عبء الإثبات، ذلك أن تحديد عدد معين للشهود يدل بمفهومه على عدم قبول ما دونه، وعلى عدم اشتراط زيادة عليه عدداً أو أدلة؛ فهو يدل إذاً على الحد الأدنى المطلوب من الظن لرفع عبء الإثبات عن المدعي.^(٧٨) ثم إن التغاير

حبيب البصري البغدادي، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، ج ٧، ص ٤.

^(٧٦) الماوردي، **الحاوي**، ج ٧، ص ٤.

^(٧٧) البخاري: أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن البخاري، **محاسن الإسلام وشرائع الإسلام**، (مكتبة القدسي: القاهرة، د. ط، ١٣٥٧هـ)، ص ٦٦.

^(٧٨) قال السرخسي: " فإن قيل هذه النصوص بيان جواز العمل بشهادة العدد، وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد قلنا لا كذلك فالمقادير في الشرع إما لمنع ... النقصان دون الزيادة كأقل مدة الحيض والسفر، أو لمنع الزيادة دون النقصان كأكثر مدة الحيض، وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة

في الأنصبة أو عدم تغيرها يدل على تغير درجة الظن المطلوبة في تلك الأبواب، وهو ما يلاحظ اعتبارُ الفقهاء له في تفرعاتهم فيها.^(٧٩)

ومع ذلك يلاحظ زهاب بعض أهل العلم كابن تيمية وابن القيم (٧٥١هـ) وابن فرحون (٧٩٩هـ) إلى خلاف ما قد يفهم من تحديد الأنصبة من حصر طرق الإثبات فيها، بل قرروا جواز الإثبات أمام القضاء بكل ما أبان الحق وأظهره، قال ابن القيم: "فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمانة."^(٨٠) وقال ابن فرحون: "فمتى ظهر الحق وأسفرت طريق العدل، فثم شرع الله ودينه."^(٨١) وليس هذا فحسب، بل ذهبوا إلى جواز الإثبات بأقل من النصاب في بعض الأحوال، كالقضاء بشهادة الواحد مجرداً في غير الحدود إذا عرف صدقه.^(٨٢) ومع ذلك فقد تقيّد جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة بأنصبة الشهادة - في

وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خالياً عن الفائدة. "السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، (دار المعرفة: بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، ج ١٦، ص ١٢٢.

^(٧٩) قال ابن فرحون: "... البيّنات مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها، والمحتاج إلى إقامتها، وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتثقل والتخفيف، وإمكان التوثيق وتعذره، واختلاف مراتبها في القوة والضعف..." تبصرة الحكام، ج ١، ص ٢٤٢، ٢٤٣.

^(٨٠) ابن القيم، الطرق الحكمية، (مكتبة دار البيان: دم، د.ط، د.ت)، ص ١٣.

^(٨١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ٢٤٢.

^(٨٢) قال ابن القيم: "يجوز للحاكم الحكم بشهادة الرجل الواحد إذا عرف صدقه، في غير الحدود، ولم يوجب الله على الحكام ألا يشاهدوا أصلاً، وإنما أمر صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين، أو بشاهد وامرأتين، وهذا لا يدل على أن الحاكم لا يحكم بأقل من ذلك، بل قد حكم النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشاهد واليمين، وبالشاهد فقط." الطرق الحكمية، ص ٦٠، ٦٨؛ وينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١١هـ/١٩٩١م)، ج ١، ص ٧٥.

الجملة - وفرعوا عليها في درجات الظن المطلوبة في مختلف أنواع الدعاوى، ورصد ذلك وتحليله إلى صلب هذا البحث أقرب، وأكثر تمثيلاً لاتجاه الفقه الإسلامي العام، والله تعالى أعلم.

ولعل أهم نصاب ورد للشهادة في باب القضاء في الفقه الإسلامي هو شهادة الرجلين، إذ باقي طرق الإثبات تبدو كالبدائل أو الاستثناءات على هذا الأصل، وعليه فسنتناول معيار شهادة الرجلين أولاً في المطلب التالي كمعيار عام للإثبات، ثم نعبه بتناول درجة الظن في كل نوع من أنواع الدعاوى الرئيسية في الفقه الإسلامي في ضوء أنصبة الشهادة المختلفة الواردة فيها.

المطلب الثاني: شهادة الرجلين بوصفها معياراً عاماً

يمكن القول إن شهادة الرجلين تعتبر المعيار الرئيسي لدرجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي، وأنها المظنة التي وضعها الشرع لتحقيق تلك الدرجة من الظن. فقد تتابعت النصوص الشرعية في اعتباره في إثبات أنواع الحقوق المختلفة، فمن ذلك قوله ﷺ: «شاهدك أو يمينه»^(٨٣) في مقام القضاء في بئر، وهو من الأموال، وقوله تعالى في آية الدين: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ (سورة البقرة: ٢٨٢) وذلك في باب الدين أو في السلم بالمال، وهو من الأموال كذلك. وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلُهُنَّ فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (سورة الطلاق: ٢) في إثبات الرجعة وانتهاء العدة، وهي من مسائل الأسرة. وقوله ﷺ في حديث القسامة: «تأتون

^(٨٣) أخرجه البخاري في الجامع المسند الصحيح، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج ٣، ص ١٤٣، رقم (٢٥١٥)؛ ومسلم في المسند الصحيح المختصر، كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، ج ١، ص ١٢٣، رقم (٢٢١).

بالبينة على من قتله؟»^(٨٤) وفي رواية: «لكم شاهدان يشهدان على قاتل صاحبكم؟»^(٨٥) وذلك في باب القصاص. كما جرى عمل الصحابة على العمل بشاهدين في سائر أنواع الحدود سوى الزنا كحد عثمان في شرب الخمر بشاهدين.^(٨٦)

وإذ شكلت شهادة الرجلين مشتركاً عاماً في النصوص الواردة في باب الإثبات القضائي فقد اتفق الفقهاء على مشروعية الإثبات بها، وأنها حجة شرعية في إثبات جميع الحقوق بشكل عام، ويرتفع بها عبء الإثبات عن المدعي،^(٨٧) وأنها تعتبر بينة كاملة، أي كافية بذاتها لا تتوقف على انضمام وسيلة أخرى من وسائل الإثبات إليها.^(٨٨) قال القرافي (٦٨٤هـ): "ما علمت عندنا ولا عند غيرنا خلافاً في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين في الدماء والديون."^(٨٩) ويستثنى من ذلك الزنى إذ لا يقبل فيها أقل من شهادة أربعة رجال كما سيأتي.^(٩٠)

^(٨٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب القسامة، ج ٩، ص ٩، رقم (٦٨٩٨).
^(٨٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب القسامة، ج ٦، ص ٣٢٤، رقم (٦٨٩٦)، وأبو داود في السنن، كتاب الديات، باب القود والقسامة، ج ٦، ص ٥٨٠، رقم (٤٥٢٤)، واللفظ له وقال الأرنؤوط: صحيح لغيره.
^(٨٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد الخمر، ج ٣، ص ١٣٣١، رقم (١٧٠٦).
^(٨٧) ابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، (دار المسلم للنشر والتوزيع: دم، ط ١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ج ٦٧، ص ٢٦٣؛ ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، (دار الكتب العلمية: بيروت، د.ط، د.ت)، ص ٥٢؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٤، ص ٢٤٧.

^(٨٨) قال ابن رشد: "وكل متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعي، إلا ابن أبي ليلى فإنه قال: لا بد من يمينه." بداية المجتهد، ج ٤، ص ٢٤٨.

^(٨٩) القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، (عالم الكتب: دم، د.ط، د.ت)، ج ٤، ص ٨٦. وينظر: ابن جزى: أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، (د.ن: دم، د.ط، د.ت)، ص ٢٠٤.

^(٩٠) يستثنى من ذلك أيضاً لدى الحنابلة الشهادة على إفسار من عرف له المال، فيشترط فيه ثلاثة شهود. البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، (دار الكتب العلمية: دم، د.ط، د.ت)، ج ٦، ص ٤٣٣. كما ذهب بعض أهل العلم كابن أبي ليلى إلى وجوب يمين المدعي مع شاهديه. ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٤، ص ٢٤٨. كما ذهب الإمام مالك إلى وجوبها مع الشاهدين في حالة دعوى استحقاق

ومع اعتبار الفقه الإسلامي هذا المعيار في تحقق غلبة الظن المطلوبة في الإثبات فقد اشترط الفقهاء شروطاً في الشهود لضمان إفادة شهادتهم غلبة الظن، واحتراماً مما يوهنها من احتمالات، فمن أهم تلك الشروط العدالة^(٩١)، والضبط فيما يشهد به فلا يكون معروفاً بالغفلة، وانتفاء التهمة، أي تهمة جلب منفعة لنفسه أو دفع مضرة عنها بشهادته. وعلى ذلك فقد منع الجمهور شهادة الأصول للفروع، والفروع للأصول وشهادة الزوج لزوجته، أو الوكيل لموكله، أو العدو على عدوه. وكذلك اشترطوا أن تكون الشهادة عن معاينة ويقين، لا عن حسابان وتخمين، وكذلك اشترطوا اتفاق أقوال الشهود.^(٩٢)

ولعله بعد اشتراط هذه الشروط في الشهود كان يقتضي القياس قبول قول الشاهد الواحد إذا كان عدلاً ضابطاً وتوافرت فيه سائر الشروط دون أن يشترط العدد، إذ من كانت هذه صفاته فإنه يتحقق بقوله ترجح الصدق على الكذب فيتحقق الظن، والظن موجب للعمل. كما أنه خبر واحد، والأصل أن خبر الواحد موجب للعمل كذلك. ومن جانب آخر فإن اشتراط شهادة شاهد آخر، أو اثنين، أو ثلاثة لن يُخرج العلم عن درجة الظن إلى القطع إذ لا يبلغ به ذلك مبلغ التواتر المفيد لليقين، فيكون لا فائدة من اشتراطه. ومع ذلك فقد ترك الجمهور القياس اتباعاً للنصوص الشرعية

العين فيحلف المدعي أنه ما باع، ولا وهب، ولا خرجت من يده بطريق من الطرق المزیلة للملك، دفعاً لاحتمال بيعه للمدعي عليه أو لمن اشتراه منه. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٨٦.

^(٩١) والعدل هو الذي يجتنب الذنوب الكبائر، ويتحفظ من الصغائر، ويحافظ على مروءته، وقد اشترطه الجمهور، وقال الحنفية: العدالة شرط لإيجاب الحكم على القاضي، لا لقبول الشهادة، فتقبل شهادة الفاسق. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ٢٠٣؛ الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ج ٦، ص ٢٧٠.

^(٩٢) ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ٢٠٢؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ٢٥٧.

التي تقدم بعضها باشتراط نصاب للشهادة في باب الإثبات والقضاء^(٩٣). ثم تلمسوا الحكمة من ذلك، فمنها حصول زيادة الطمأنينة بترجح الصدق على الكذب بزيادة العدد، ودفع التهمة، وتقليل احتمالات شهادة الزور، أو الميل والمحاباة، أو العداوة الخفية بين الشهود وطرفي الخصومة.^(٩٤) ومنها مراعاة ما يترتب على الشهادة من الإلزام فقابله الشرع زيادة في درجة الظن المطلوبة باشتراط الزيادة في العدد استيثاقاً.^(٩٥)

وإذا كانت شهادة الرجلين هي المعيار العام في الفقه الإسلامي لدرجة الظن المطلوبة في الإثبات فإنه قد تخفف من هذا المعيار في أنواع من الحقوق وتشدد فيه في أخرى بما يدل على تغاير درجة الظن المطلوبة فيها. ويمكن القول إن ثمة طرفين ووسط في أنواع الدعاوى باعتبار درجة الظن المطلوبة هذه؛ فدعاوى الأموال وما يؤول إلى مال، أو المعاملات، يتفق الفقه الإسلامي في الجملة على أن مبناها على التخفيف والتوسع في الإثبات، وأن دعاوى الحدود والقصاص في الجملة مبناها التشدد والتضييق فيها. أما مسائل الأسرة فيتردد الفقه الإسلامي فيها بين النوعين الآخرين تشديداً وتخفيفاً، وهو ما نعرض عليه في المطلب التالي.

^(٩٣) قال الغزالي: "ويجب على القاضي الحكم بقول العدول لا بمعنى اعتقاد صدقهم لكن من حيث دل السمع على تعبد القضاة باتباع غلبة الظن صدق الشاهد أم كذب." المستصفي، ج ١، ص ٣٧١.

^(٩٤) قال القرافي: "وجه المناسبة بين الشهادة واشتراط العدد ... وبقية الشروط أن إلزام المعين تتوقع فيه عداوة باطنية لم يطلع عليها الحاكم فتبعث العدو على إلزام عدوه ما لم يكن لازماً له، فاحتاط الشارع لذلك واشترط معه آخر إبعاداً لهذا الاحتمال، فإذا اتفقا في المقال قرب الصدق جداً بخلاف الواحد." الفروق، ج ١، ص ٦.

^(٩٥) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ١١٣.

المطلب الثالث: درجة الظن في أنواع الدعاوى

الفرع الأول: درجة الظن في المعاملات

تشمل المعاملات الحقوق المتعلقة بالمال، أو ما يؤول إلى المال. فأما الأموال فهي كالبيع والإجارة وخيار الشرط والرهن والقرض والوديعة ونحوها من الدعاوى التي محلها مال، أما ما يؤول إلى مال فهو كفسخ العقد والوكالة في مال، والوصية فيه، ومال الخلع، وإثبات النسب، أو النكاح إذا لم يقصد منه إلا ثبوت الإرث، وكجناية الخطأ الموجبة للدية، أو الأرش ونحوها.^(٩٦)

وقد جاء الشرع بما يدل على التخفيف في قوة الظن المطلوبة في هذا الباب، إذ اتفق الفقهاء على جواز الإثبات فيه بشهادة رجل وامرأتين،^(٩٧) واتفق الجمهور على جوازه بشاهد واحد مع يمين المدعي^(٩٨) بالإضافة إلى المعيار العام وهو شهادة الرجلين.

^(٩٦) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ٢٥٣، وقال: "وأما الشاهد الواحد على قتل الخطأ والجراح، ف... حكمه حكم الماليات، تثبت الدية بشاهد ويمين القسامة، وبشاهد ونكول المدعي عليهم." ج ١ ص ٣٢٣؛ وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج ٦، ص ٤٣٤.

^(٩٧) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، (دار الفك: بيروت، ط ٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، ج ٥، ص ٤٦٥؛ الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دار الفكر: د.م، د.ط، د.ت)، ج ٤، ص ١٨٧؛ ابن حجر الهيتمي: أحمد بن محمد الكبري: مصر، د.ط، ١٣٥٧هـ/١٩٨٣م)، ج ١٠، ص ٢٤٧؛ البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، (عالم الكتب: د.م، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، ج ٣، ص ٦٠٠.

^(٩٨) وهم المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلا يرون مشروعية القضاء بشاهد ويمين ابتداءً. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ١٨٧؛ الهيتمي، تحفة المحتاج، ج ١٠، ص ٢٤٧؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج ٣، ص ٦٠١؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٢٥.

أما شهادة الرجل والمرأتين فهي أقل في درجة الظن من شهادة الرجلين، وذلك لما دل عليه النص من نقص ضبطهن في أداء الشهادة؛^(٩٩) إذ أقيمت المرأتان مقام الرجل الواحد (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) (البقرة: ٢٨٢) أي تشهدان معاً لدفع أو تقليل احتمال نسيان إحداهما بوجود الأخرى لتذكرها. ولا شك أن شهادة من نُفِصَ ضبطه أكثر احتمالاً للخطأ، وأقل في قوة الظن الذي تورثه - بغض النظر عن درجة ذلك النقصان - من شهادة الضابط. ولذلك كانت شهادة النساء منفردات عن الرجال لا تقبل في الأصل، وكذلك لا تقبل ولو مع الرجال في الحدود والقصاص كما سيأتي.^(١٠٠)

وأما الشاهد واليمين فهو أضعف من شهادة الرجل والمرأتين فضلاً عن الرجلين، إذ يمين المدعي لا تقوم مقام الشاهد الآخر كما تقوم المرأتان، بل هي مكملة ومقوية للشاهد الواحد، فلذلك لم تشرع إلا عند عدم وجود الرجلين، أو الرجل والمرأتين. فكأن شهادة الشاهد وإن لم تبلغ رتبة البيينة الكاملة إلا أنها أرجح من المرجحات الأولية التي تكون في جانب المدعى عليه، فشرعت اليمين في جانب المدعي، لأن اليمين إنما تشرع في حق من كان جانبه أقوى. ولا شك أن في هذا نزولاً بيناً عن المعيار العام للظن المطلوب، ولذلك لم يقبله الجمهور في غير الأموال.^(١٠١)

^(٩٩) في قوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (البقرة: ٢٨٢)، وكذلك في قوله ﷺ: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل. قلن: بلى. قال: فذلك من نقصان عقلها». أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم، ج ١، ص ٦٨، رقم (٣٠٤).

^(١٠٠) ينظر: البهوتي، كشف القناع، ج ٦، ص ٤٣٥.

^(١٠١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ١٨٧؛ الهيثمي، تحفة المحتاج، ج ١٠، ص ٢٤٧؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج ٣، ص ٦٠١.

وقد علل الفقهاء قبول شهادة النساء والشاهد واليمين في الأموال بالضرورة، وذلك لكثرة وقوع التصرفات المالية، وكذلك لقلّة خطر الأموال بعكس غيرها من أنواع الدعاوى، فقابل الشرع ذلك بالتوسع في طرق الإثبات فيها.^(١٠٢)

الفرع الثاني: درجة الظن في الجنايات

وتشمل الجنايات الحدود والقصاص والتعزير. فأما الحدود فالمراد بها اصطلاحاً: العقوبات المقدرة من الشرع حقاً لله تعالى،^(١٠٣) كحد الزنا والقذف والحراية والسرقه والردة وشرب الخمر. وأما القصاص فمعناه اصطلاحاً: أن يوقع على الجاني مثل ما فعل،^(١٠٤) وذلك في جرائم الاعتداء العمد على النفس بالقتل، أو على ما دون النفس بالقطع أو الجرح،^(١٠٥) وهي عقوبات مقدرة من الشرع حقاً للعباد.^(١٠٦) أما التعزير: فهو التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة،^(١٠٧) أي لا تقدير فيها من الشرع، سواء كان الحق فيها لله تعالى أو للعباد.^(١٠٨) والملاحظ أن الفقه يتسم بالاطراد في التشدد في الحدود والقصاص مع وجود اختلاف في بعض الأحكام الفرعية تبعاً لاختلاف الاعتبارات فيهما، أما التعزير فيظهر أن طرق الإثبات فيه أوسع على ما يأتي.

(١٠٢) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج ١٠، ص ٢٤٧؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج ٣، ص ٦٠١.

(١٠٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٤، ص ٣؛ البهوتي، كشاف القناع، ج ٦، ص ٧٧.

(١٠٤) الجرجاني، التعريفات، ص ١٧٦.

(١٠٥) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي: دم، ط ٢، د.ت)، ج ٨، ص ٣٢٧.

(١٠٦) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج ٩، ص ٣٦.

(١٠٧) البهوتي، شرح المنتهى، ج ٣، ص ٣٦٤.

(١٠٨) الخطيب الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (دار الكتب العلمية: دم، ط ١، ١٤١٥هـ/٢٩٩٤م)، ج ٥، ص ٥٢٢.

ويتبين التشديد في درجة الظن في الحدود والقصاص جلياً في وسائل الإثبات المشروعة فيهما، إذ أجمع أهل العلم على اشتراط أربعة شهود ذكور في إثبات الزنا^(١٠٩)، ولم يقبلوا في إثبات سائر الحدود ولا القصاص بأقل من رجلين، كما اتفق أئمة المذاهب الأربعة على عدم قبول شهادة النساء فيها،^(١١٠) ولا الشاهد واليمين،^(١١١) كما اتفقوا على أنها تُدرأ بالشبهات.^(١١٢) ولعل هذا المبدأ الأخير أبرز مبدأ في الإثبات في باب الحدود والقصاص في الفقه الإسلامي بما يجدر بنا أن نقف معه على حقيقة الشبهات التي تدرأ بها الحدود ومحلها من درجة الظن في الإثبات.

فقد عرفت الشبهة في الفقه بتعريفات متقاربة، فمنها أنها "ما يشبه الثابت وليس بثابت"،^(١١٣) ومنها أنها "ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً"،^(١١٤) ومنها أنها "الشيء المجهول تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة".^(١١٥) والملاحظ في هذه التعريفات فيما يخص درجة الظن في الإثبات - على ما قد تتسم به من إجمال، أو غموض في جوانب أخرى - تواطؤها على معنى عدم بلوغ اليقين، أو عدم الوصول إلى ثبوت الأمر على الحقيقة وإن كاد يبلغه، حتى إنه ليشبه الثابت،

(١٠٩) ابن المنذر، الإجماع، ص ١١٩.

(١١٠) خلافاً لابن حزم. ينظر: ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٤٧٦؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج ٥، ص ٤٦٤؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ١٨٦؛ الهيثمي، تحفة المحتاج، ج ١٠، ص ٢٤٨؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج ٣، ص ٦٠٠؛ ابن المنذر، الإجماع، ص ٦٨.

(١١١) ابن المنذر، الإجماع، ص ١٢٠؛ المراجع السابقة. وأجاز ابن حزم القضاء في القصاص بالشاهد واليمين خلافاً للجمهور، وإنما منعه في الحدود لأنها حقوق لله تعالى، فلا يوجد طالب لها يُطلب منه اليمين مع الشاهد. ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٤٧٦.

(١١٢) ابن المنذر، الإجماع، ص ١١٨؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٢٣. وخالف ابن حزم فقال: "لا يحل درء حد بشبهة ولا إقامته بشبهة في دين الله تعالى، وإنما هو الحق واليقين فقط". المحلى، ج ١٢، ص ١٨٦، ١٨٧.

(١١٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٠٨.

(١١٤) الجرجاني، التعريفات، ص ١٢٤.

(١١٥) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الكويت، ط ٢، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، ج ٢، ص ٢٢٨.

ولكنه ليس بثابت. فالظن المطلوب في الحدود والقصاص هو ظن قوي يكاد يبلغ اليقين حتى إن ورود الاحتمال - ولو لم يبلغ درجة قلب الظن إلى شك أو وهم - كافٍ لدرء العقوبة عن المدعى عليه. ومما يدل على هذا المعنى قول الشاطبي (٧٩٠هـ): "فإن الدليل يقوم هنالك [أي في حالة درء الحدود بالشبهات] مفيداً للظن في إقامة الحد، ومع ذلك، فإذا عارضه شبهة وإن ضعفت؛ غلب حكمها، ودخل صاحبها في حكم العفو." (١١٦)

ومن المسائل التي ظهر فيها اعتبارهم لهذا المعنى في درء الحد اتفاق الفقهاء على عدم توجيه اليمين الأصلية في الحدود للمدعى عليه؛ ومن مآخذ الصاحبين من الحنفية والحنابلة في ذلك أن الاستحلاف إنما هو لأجل النكول، والنكول عندهم إقرار فيه شبهة، إذ يحتمل أن يكون النكول لغرض آخر غير قصد الإقرار بالحق، كخوف اليمين، أو الجهل بحقيقة الحال، أو الحياء من الحلف، والحدود تدرأ بالشبهات فلم يقبل إثباتها باليمين. (١١٧) وقد قاس الحنابلة القصاص على الحدود في ذلك في غير القسامة، فمنعوا توجيه اليمين فيه أيضاً. (١١٨) وقد تعتبر الشبهة أيضاً مأخذاً لعدم قبول الإثبات في هذا الباب بشهادة النساء ولا بالشاهد واليمين للاحتمال فيهما رغم قبولهما في الأموال على ما تقدم بيانه في الفرع السابق.

(١١٦) الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد الخمي الغرناطي، الموفقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، (دار ابن عفان: د.م، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ج١، ص٢٧١. وقال ابن نجيم: "ومن العجب أن الشافعية شرطوا في الشبهة أن تكون قوية." الأشباه والنظائر، ص١١١، ما يدل على أن عدم القوة هو الأصل والمشهور في مسمى الشبهة، وأن الاحتمالات المطلوب استبعادها في الجنایات أبعد من تلك المطلوبة في غيرها.

(١١٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢٢٦؛ البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٤٤٨؛ ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٤٩١، ج١٠، ص٢١٤.

(١١٨) البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٧٧؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج٣، ص٦١٢.

ثم إن الشبهات التي تدرأ بها الحدود في الفقه الإسلامي لا تقتصر على جانب ثبوت الفعل بأركانه المادية والمعنوية، بل تشمل أيضاً جانب ثبوت الحكم بالحرمة أو التجريم، فيدخل في الشبهات وجود خلاف معتبر بين الفقهاء في حرمة الفعل ابتداءً من عدمه، وهو ما يعرف بوجود الشبهة في الجهة لدى الشافعية والحنفية^(١١٩)، فالوطء في نكاح عُقد دون ولي مثلاً لا يحد عليه باعتباره زناً ولو كان الواطئ يعتقد اشتراط الولي، وذلك مراعاةً لخلاف الحنفية الذين لا يرون اشتراطه في صحة عقد النكاح.^(١٢٠) ويدخل في الشبهات أيضاً عند الحنفية الشبهة في الفعل، أو شبهة الاشتباه، وهو أن يشتبه لدى الفاعل الحل والحرمة، فيظن غير الدليل دليلاً على الإباحة، والحال أنه لا يوجد دليل في السمع يفيد ذلك؛ وحصروها في ثمانية مواضع في الزنا، منها ووطء المطلقة ثلاثاً في عدتها ووطء البائن من خلع كذلك.^(١٢١)

ولعل السبب في التوسع في مفهوم الشبهات الدارئة للحدود عن دائرة إثبات أركان الجريمة فقط هو اعتبار كونها حقاً لله تعالى لا حقاً للعباد، فيدخل فيها اعتبار الجزم بتأثير الجاني عند الله تعالى لا في ظن المجتهد، ولذلك اعتبر فيه وجود الخلاف المعتبر، ووجود الاشتباه لدى الجاني في الحل والحرمة، ولذلك أيضاً لم يلزم من درع الحد بالشبهة في الفقه الإسلامي سقوط التعزير في جميع الأحوال، بل إذا وجدت الشبهة لكن تحقق تأثير الجاني بما هو دون الحد، أو تعلق به حق من حقوق الله الراجعة إلى مصلحة الجماعة أو مصلحة الأفراد، فحينها قد تستبدل بعقوبة الحد

(١١٩) ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، (دار الفكر: د.م، د.ط، د.ت)، ج ٥، ص ٢٥٠؛ الهيثمي، تحفة المحتاج، ج ٩، ص ١٠٥.

(١٢٠) المرجعان السابقان.

(١٢١) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٥، ص ٢٥١؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٠٨.

عقوبة تعزيرية، وذلك كما في حالة المعاقبة على شرب الخمر بما دون أربعين جلدة إن لم يثبت الحد بشاهدين. (١٢٢)

وأما التعازير فقد جرت فيها كتب الفقه على خلاف ما تقدم من التشديد في درجة الظن المطلوب في الإثبات، فمن جهة الدرء بالشبهات فالمشهور في الفقه أن "الشبهة لا تسقط التعزير" (١٢٣) وأن "التعزير يثبت مع الشبهة"، (١٢٤) ومن جهة وسيلة الإثبات فلا يشترط فيه شهادة رجلين، بل "يثبت بما يثبت به المال، ويجري فيه الحلف، ويقضى فيه بالنكول". (١٢٥) ولعل من أسباب عدولهم في التعازير عن حكم الحدود والقصاص في الإثبات عدم خطورتها بالنسبة إليها من جهة، إذ الأصل في عقوبة التعزير أنها أخف من عقوبات الحدود والقصاص، ومن جهة أخرى فإن حق العباد غالب في التعازير بخلاف الحدود.

ومع ذلك فقد ذهب بعض المعاصرين إلى أنه لا مانع شرعاً من درء التعزير أيضاً بالشبهات، مع قصر ذلك على غير الأحوال التي تكون فيها عقوبة التعزير بدلاً للحد الذي دُرئ بالشبهة، أي في الجرائم التي لا عقوبة مقدرة فيها من الشرع ابتداءً، وذلك لأن قاعدة درء الحدود بالشبهات إنما وضعت لتحقيق العدالة وضمان مصلحة المتهمين، وهما أمران مقصودان في جرائم التعزير كجرائم الحدود. ويضاف إلى ذلك دخول التعازير في عموم قوله ﷺ: «فإن الإمام أن يخطئ

(١٢٢) ومن ذلك قول الكاساني: "وإن وجب بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب؛ لفقد شرطه كما إذا قال لصبي أو مجنون: يا زاني، أو لزمية أو أم ولد: يا زانية، فالتعزير فيه بالضرب ويبلغ أقصى غاياته." بدائع الصنائع، ج٧، ص ٦٤.

(١٢٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٢٣.

(١٢٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١١١.

(١٢٥) المرجع السابق. ومن ذلك قول الإمام مالك، كما نقله ابن فرحون، فيما إذا شهد شاهد بما دون القذف من الشتم، "فقال مالك: لا يحلف معه لكن يعزر إن كان من أهل السفه، فأثبت التعزير بشاهد واحد مع قرينة السفه." ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ٣٥١.

في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»،^(١٢٦) ودرء الحدود بالشبهات إنما هو تطبيق من تطبيقات هذا المبدأ.^(١٢٧)

الفرع الثالث: درجة الظن في مسائل الأسرة

تعرف مسائل الأسرة أيضاً بأحكام الأبدان في الفقه الإسلامي وبالأحوال الشخصية في القانون الوضعي، والمقصود بها كل ما ليس بعقوبة ولا مال، ولا يؤول إلى مال، كالنكاح والطلاق والرجعة والعدة والنسب، والوقف والوصية بغير مال، والتوكيل بغيره.^(١٢٨) ويتسم هذا الباب في الفقه الإسلامي بالتردد في درجة الظن قوةً وضعفاً بين باب المعاملات وباب الجنايات، ويتجلى ذلك في اختلافهم في وسائل الإثبات المقبولة فيه.

فبعد اتفاقهم على قبول شهادة الرجلين في إثبات مسائل الأسرة نجدهم مختلفين في قبول شهادة الرجل والمرأتين فيها، فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم قبولها،^(١٢٩) بينما ذهب الحنفية والحنابلة في رواية والظاهرية إلى قبولها.^(١٣٠) ومن أدلة القائلين بالمنع التي يظهر فيها اعتبار درجة الظن: قياس حقوق الأدميين على حقوق الله تعالى في التفاوت في الدرجات المستلزم

^(١٢٦) أخرجه الترمذي في السنن، أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ج ٤، ص ٣٣، رقم (١٤٢٤)، وضعفه الألباني.

^(١٢٧) عودة: عبدالقادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، (دار الكاتب العربي: بيروت، د. ط، د. ت)، ج ١، ص ٢١٦، ٢١٧. ونص ابن القيم أن "العقوبات تدرأ بالشبهات"، فلم يخص القاعدة بالحدود. إعلام الموقعين، ج ١، ص ٧٦.

^(١٢٨) البهوتي، كشاف القناع، ج ٦، ص ٤٣٤.

^(١٢٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ١٨٧؛ الهيثمي، تحفة المحتاج، ج ١٠، ص ٢٤٩؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج ٣، ص ٦٠٠؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، (هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان: القاهرة، ط ١، ١٤١٥ هـ/١٩٩٥ م)، ج ٣٠، ص ١٥، ١٦.

^(١٣٠) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٥، ص ٤٦٥؛ المرادوي، الإنصاف، ج ٣٠، ص ١٥، ١٦؛ ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٤٧٦.

للتفاوت في قوة الإثبات المطلوب، فحقوق الله تعالى أعلاها الزنا الذي لا يثبت إلا بأربعة شهود، وأدناها شرب الخمر الذي لا يثبت إلا بشاهدين؛ فكذاك يجب أن يقع التفاوت في حقوق الأدميين فأعلاها المتعلق بالأبدان فلا يقبل فيها أقل من شاهدين، وأدناها ما يتعلق بالأموال فيقبل فيه ما دون ذلك من طرق الإثبات.^(١٣١) أما القائلون بالجواز فمن أدلتهم قياس أحكام الأبدان على الأموال بجامع عدم الدرع بالشبهات في الجميع، بخلاف الحدود والقصاص،^(١٣٢) وأجيب بارتفاع رتبة الأبدان عن الأموال من جهات أخرى كاشتراط الولاية في النكاح، وعدم دخول الأجل والخيار والهبة فيه.^(١٣٣)

ومن أدلة مانعي شهادة الرجل والمرأتين فيها أيضاً اعتبار أن الأصل عدم قبول شهادة النساء لقلّة الضبط ونقصان العقل، ولهذا لا تقبل شهادتهن منفردات عن الرجال، ولا تقبل في الحدود والقصاص، وإنما قبلت في الأموال استثناءً لورود النص، ولقلّة خطرهما، ولدعاء الحاجة إليها، فيجب قصر الاستثناء على مورده.^(١٣٤) وأجيب بأن الأصل قبول شهادة النساء لعدم ورود الدليل على التقييد بالأموال، ولاستواء شهادة الرجل والمرأتين مع شهادة الرجلين في إظهار المشهود به إذ يترجح فيهما جانب الصدق على جانب الكذب بتحقيق العدالة، وأما عدم قبولها في الحدود والقصاص فلأنها تدرأ بالشبهات بخلاف أحكام الأبدان التي تثبت فيها الحقوق ولو مع الشبهة.^(١٣٥)

(١٣١) الماوردي، الحاوي، ج ١٧، ص ٩؛ القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٩٥.

(١٣٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ١١٥.

(١٣٣) القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٩٥.

(١٣٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٨٠؛ البهوتي، كشف القناع، ج ٦، ص ٤٣٥.

(١٣٥) الكاساني، بدائع الصنائع، الموضوع السابق.

وأما الشاهد واليمين فقد ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم قبولها في مسائل الأسرة أيضاً، ودليلهم الأقوى من النص، وهو حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد، قال عمرو: إنما ذاك في الأموال. (١٣٦) أما ما له علاقة بدرجة الظن فمن منع شهادة الرجل والمرأتين في مسائل الأسرة فمنعه الشاهد واليمين فيها من باب أولى لكونه أضعف اتفاقاً. (١٣٧) وأما الحنفية فتقدم أنهم لا يرون مشروعية القضاء بالشاهد واليمين ابتداءً. وقد ذهب ابن حزم إلى قبول الشاهد واليمين في هذا الباب، ومأخذه ليس من جهة درجة الظن، وإنما أخذاً بعموم النصوص وإطلاقها، والقياس على الأموال بجامع كون الجميع حقاً. (١٣٨)

وثمة مسائل في هذا الباب ظهر فيها مراعاة الفقه للظن الممكن عند تعذر، أو تعسر الإثبات بوسائل الإثبات المعتادة، فمن ذلك قبول شهادة النساء فيه منفردات عن الرجال باتفاق المذاهب الأربعة، وذلك في عيوب النساء وعوراتهن مما لا يطلع عليه الرجال غالباً. (١٣٩) ولعل من عل ذلك أنه لما كان بلوغ غلبة الظن المتحققة بشهادة الرجلين، أو الرجل والمرأتين متعسراً في الغالب في هذه الأمور، وكانت أموراً تقع تحت نظر النساء وحدهن غالباً، فنزل الشرع فيها إلى قبول شهادة النساء منفردات عن الرجال، وأجاز الحكم بناءً عليها استثناءً. ومنها أيضاً قبول شهادة السماع أو الاستفاضة في إثبات النسب، "إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره، ولا تمكن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة، لما عرف أحد أباه، ولا أمه، ولا أحداً من أقاربه" كما قال ابن المنذر

(١٣٦) أخرجه أحمد في مسنده، ج ٣، ص ٣٠٣، رقم (٢٩٧٠) وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح.

(١٣٧) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج ١٠، ص ٢٥١.

(١٣٨) ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٤٩٠.

(١٣٩) ينظر مثلاً: الماوردي، الحاوي، ج ١١، ص ٤٠١.

(٣١٩هـ).^(١٤٠) ومنها قبولها في إثبات إضرار الزوج بزوجته في دعوى التطليق للضرر عند المالكية.^(١٤١)

أما اليمين الأصلية فقد ظهر أثر اختلاف النظر في اعتبارات مسائل الباب فيها، إذ إنه ورغم اتفاق المذاهب الأربعة على قبول توجيه اليمين الأصلية فيها كأصل عام، إلا أن الحنفية والحنابلة استثنوا سبع مسائل من ذلك، وهي النكاح والرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب والعنق والولاء والاستيلاء، وزاد الحنابلة الطلاق والذف والقصاص في غير القسامة، واستثنى المالكية النكاح فقط.^(١٤٢) ومن أدلتهم في استثناء هذه المسائل مما له تعلق بدرجة الظن: القياس على الحدود بجامع كون الجميع لا يثبت إلا بشاهدين.^(١٤٣) ومنها مراعاة خطورة النتيجة والمآل فيما يتعلق بالأبضاع، فقابلوه تشدداً في الإثبات؛ والقاعدة عند الحنفية والحنابلة أن اليمين إنما تطلب لأجل النكول، ولما كان النكول إقراراً مشوباً بالاحتمال - كما تقدم بيانه - لم يقبل توجيهه فيما يحتاط فيه كهذه المسائل.^(١٤٤) وأجاب القائلون بدخول اليمين فيها بالقياس على سائر حقوق الأدميين، بخلاف الحدود التي هي حق لله تعالى.^(١٤٥)

^(١٤٠) كما نقله ابن قدامة في **المغني**، ج ١٠، ص ١٤١. وقد قاس أهل العلم على إثبات النسب بشهادة السماع عدداً من المسائل في مختلف الأبواب كإثبات النكاح والموت والوقف بجامع تعذر الشهادة عليها في الغالب بالمشاهدة المباشرة لها أو لأسبابها كما في **المغني**، الموضع السابق.

^(١٤١) **الدسوقي**، **حاشية الدسوقي**، ج ٢، ص ٣٤٥، ٣٥٥.

^(١٤٢) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج ٥، ص ٥٥١؛ **المرداوي**، **كشف القناع**، ج ٦، ص ٤٤٨؛ **الدسوقي**، **حاشية الدسوقي**، ج ٤، ص ١٥٢.

^(١٤٣) **المرداوي**، **كشف القناع**، الموضع السابق.

^(١٤٤) ابن قدامة، **المغني**، ج ١٠، ص ٢٤٢، ٢٤٣.

^(١٤٥) **الماوردي**، **الحاوي**، ج ١٧، ص ١٤٦.

وإذ وقفنا على معالم درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي، فنخرج الآن على نظير هذه المسألة في القانون الوضعي مع التحليل في ضوء مراتب الإدراك عند الأصوليين ووصولاً إلى الوقوف على مدى اتفاهه مع الفقه الإسلامي، أو افتراقه عنه في هذا الباب.

الفصل الثاني: الظن في الإثبات القضائي في القانون الوضعي

تندرج معظم الأنظمة القانونية السائدة اليوم تحت مظلة إحدى مدرستين من مدارس القانون الوضعي، أما المدرسة الأولى فهي مدرسة القانون العام، أو قانون العموم (Common Law)، وتعرف أيضاً بالمدرسة الأنجلوسكسونية إذ تعتبر إنجلترا، أو بريطانيا، منشأها. ومن أبرز سمات هذه المدرسة اعتمادها على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع مع عدم التوسع في التقنين؛ وما يصدر من القوانين فعالباً ما يكون تقنياً للسوابق القضائية وتفسر في ضوءها. وتسود هذه المدرسة في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية كما تغلب على أنظمة الدول التي كانت واقعة تحت الاستعمار البريطاني كالهند وباكستان والسودان.^(١٤٦)

وأما المدرسة الثانية فهي مدرسة القانون المدني (Civil Law)، وتعرف أيضاً بالمدرسة الرومانية-الألمانية ومنشأها أوروبا القارة^(١٤٧)، ومن أبرز سماتها التوسع في التقنين واعتماده كمصدر التشريع الأساسي، فيغلب على فقهاء الدوران حول النص القانوني شرحاً وتعليقاً. ويسود في هذه المدرسة نظامان مركزيان هما النظام الروماني اللاتيني الفرنسي والنظام الألماني. فأما النظام اللاتيني الفرنسي فأصله قوانين نابليون التي وضعت أوائل القرن التاسع عشر، ويسود في فرنسا ولكسمبورغ وبلجيكا، كما تأثرت به إيطاليا وإسبانيا ودول أمريكا اللاتينية، وهو النظام الذي تأثر به القانون المصري تأثراً كبيراً ومن ورائه غالب قوانين الدول العربية بما فيها القانون القطري.

⁽¹⁴⁶⁾Britannica Academic, s.v. "Common law."

⁽¹⁴⁷⁾أي في مقابل الجزر البريطانية.

أما النظام الألماني فأصله التقنين الألماني الذي وضع أواخر القرن التاسع عشر وتأثرت به دول أوروبية كالنمسا وسويسرا، ودول خارج أوروبا كتركيا والصين واليابان.^(١٤٨)

وسيركز هذا البحث في المقارنة على المدرسة اللاتينية من مدرستي القانون المدني - إلى جانب المدرسة الأنجلوسكسونية - لكونها المدرسة السائدة في العالم العربي، وخاصة منها القانون الفرنسي والمصري والقطري، إذ الأول مصدر تشريعي للثاني، والذي هو بدوره مصدر للثالث، وذلك مع التطرق إلى المدرسة الألمانية حيث كان ملائماً للبحث.

وعليه فقد جاءت قسمة هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: اتجاه المدرسة الأنجلوسكسونية.

المبحث الثاني: اتجاه المدرسة اللاتينية.

⁽¹⁴⁸⁾ *Britannica Academic*, s.v. "Civil law."

المبحث الأول: اتجاه المدرسة الأنجلوسكسونية

ينقسم عبء الإثبات في القانون إلى شقين: عبء إبراز الدليل وعبء الإقناع. فالأول يتعلق بالتكليف بإبراز المدعي البينة على دعواه، والثاني يتعلق بكون الدليل كافياً لإقناع المحكمة بثبوت الدعوى، وهو الذي له تعلق بدرجة الظن المطلوبة في الإثبات الذي هو محور هذا البحث. وتبحث المدرسة الأنجلوسكسونية مسألة مدى قيام المدعي بالوفاء بعبء الإقناع تحت عنوان "معيار الإثبات" (Standard of Proof) أو "مقياس الإقناع" (Measure of Persuasion) أو "درجة الاعتقاد" (Degree of Belief).^(١٤٩) والمقصود بمعيار الإثبات: مقدار الأدلة المطلوب إثباتها لثبوت الدعوى أو الواقعة ثابتة أمام القضاء،^(١٥٠) أو هو درجة الإقناع اللازم بلوغها أمام القضاء.^(١٥١)

تفرق المدرسة الأنجلوسكسونية في معيار الإثبات بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية بشكل صريح، ففي الدعوى الجنائية تشترط المدرسة الأنجلوسكسونية للحكم بالإدانة إثبات أركان الجريمة "بما يجاوز الشك المعقول" (Beyond a Reasonable Doubt). أما في الدعوى المدنية فيكفي فيها أن تكون الدعوى ثابتة "على ميزان الاحتمالات" (On a Balance of Probabilities) وفق تعبير المدرسة الإنجليزية، أو أن يتوفر "رجحان الأدلة" (Preponderance of the Evidence) وفق تعبير المدرسة الأمريكية. وتضيف المدرسة الأمريكية معياراً ثالثاً وسطاً بين المعيارين السابقين وهو معيار "الأدلة الواضحة والمقنعة" (Clear and Convincing Evidence) وذلك في خصوص

(149) Kevin Clermont, "Procedure's Magical Number Three: Psychological Bases for Standards of Decision," *Cornell Law Review* 72 (1987): 1118.

(150) *Merriam-Webster's Law Dictionary*, s.v. "Standard of Proof."

(151) Kevin Clermont and Emily Sherwin, "A Comparative View of Standards of Proof," *Cornell Law Faculty Publications* 50 (2002): 244.

بعض أنواع الدعاوى يأتي ذكرها. وسنشرع في الوقوف على حقيقة كل من هذه المعايير عند المدرسة الأنجلوسكسونية.

المطلب الأول: معيار الدعوى الجنائية: مجاوزة الشك المعقول

لمعرفة حقيقة هذا المعيار الخاص بالدعوى الجنائية علينا أن نقف أولاً على مفهوم "الشك المعقول" لدى المدرسة الأنجلوسكسونية.

ينفق أصحاب هذه المدرسة على أنه لا يقصد من اشتراط انتفاء الشك المعقول بلوغ اليقين المطلق الذي ينتهي معه كل احتمال مهما كان ضعيفاً، إذ يقرون بأن "إثبات حقيقة الوقائع المدعاة أمام القضاء هو مسألة احتمالات تتقاصر عن بلوغ اليقين المطلق"،^(١٥٢) وأن بلوغ الحقيقة المطلقة بمعناها الحسي أو الحسابي غير مطلوب في الإثبات القضائي.^(١٥٣)

أما بشأن حقيقة مفهوم الشك المعقول فيما وراء ذلك فقد اختلفت عبارات أصحاب المدرسة الأنجلوسكسونية فيه وإن اتفقت في المعنى، ففي إطار القضاء الإنجليزي شرح القاضي دينغ (Denning) في الحكم الصادر عام ١٩٤٧م معيار الشك المعقول شرحاً تبعه عليه كثير من قضاة هذه المدرسة،^(١٥٤) إذ قرر أنه:

"لا يلزم أن تصل [مجاوزة الشك المعقول] إلى اليقين، ولكن يجب أن تتضمن درجة عالية من الاحتمال.

الإثبات بما يجاوز الشك المعقول لا يعني الإثبات بما يجاوز وجود شبح احتمال آخر. القانون سيفشل

(152) William Twining, *Rethinking Evidence* (1990) 73 as quoted in Kevin Clermont, "Standards of Proof in Japan and the United States," *Cornell International Law Journal* 37 (2004): 268; J. P. McBaine, "Burden of Proof: Degrees of Belief," *California Law Review* 32 (1944): 257.

(153) Patrick Kinsch, "Probabilité et certitude dans la preuve en justice," *ACTES de la Section des Sciences Morales et Politiques* 12 (2009): 77.

(154) *Ibid.*; Mark Schweizer, "The civil standard of proof—what is it, actually?" *The International Journal of Evidence & Proof* 20, no. 3 (2016): 219.

في حماية المجتمع إن قبل بتأثير الاحتمالات البعيدة على سير العدالة. إذا كان الدليل ضد الشخص من القوة بحيث لا يبقى إلا احتمال مستبعد لصالحه يمكن صرف النظر عنه بعبارة 'بالتأكيد هو ممكن، لكنه غير محتمل أدنى احتمال' فإن الدعوى تكون ثابتة حينها بما يجاوز الشك المعقول، لكن لا شيء دون ذلك كاف. (١٥٥)

ويشبه ذلك ما هو مقرر في القضاء الأمريكي، إذ شرحت المحكمة العليا لولاية ماساشوسيتس في عام ١٨٥٠م مفهوم الشك المعقول بالآتي:

"... فما هو الشك المعقول؟ ... هو تلك الحالة للقضية التي - بعد مقارنة واعتبار كافة الأدلة - تُبقي أذهان هيئة المحلفين في حالة لا يستطيعون القول فيها بشعورهم باعتقاد جازم إلى حد اليقين المعنوي (١٥٦) - بكون الاتهام صحيحاً. ... فإنه لا يكفي إثبات الاحتمالية - ولو كانت قوية وفق نظرية الاحتمالات - بأن الواقعة محل الاتهام يغلب أن تكون صحيحة على أن تكون بخلافه، بل يجب أن يُثبت الدليل حقيقة الواقعة إلى حد اليقين المعقول والمعنوي... (١٥٧)

ونجد شرحاً آخر لهذا المفهوم في النموذج المقترح لتعليمات هيئة المحلفين الجنائية بولاية بنسلفانيا الأمريكية (١٥٨) والمقتبس من قانون ولاية بنسلفانيا وآراء المحاكم العليا فيها، والتي تقر أنه:

(155) Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372, 373.

(١٥٦) المقصود باليقين المعنوي (moral certainty) هو اليقين الذي يتوصل إليه من طريق غير مباشر كالشهادة، بخلاف اليقين الفيزيائي الذي مصدره الحس المباشر واليقين الرياضي أو الحسابي الذي مصدره الاستدلال المنطقي العقلي، ويأتي الكلام حوله عند الكلام عن المدرسة اللاتينية. وكانت تصرح الأحكام القضائية الأنجلوسكسونية القديمة بذكر مصطلح اليقين المعنوي كما في حكم المحكمة العليا لولاية ماساشوسيتس المذكور، ثم صار يجتنب بعدما خرج المصطلح عن الاستعمال وصار يسبب لبساً لدى هيئة المحلفين. ينظر:

Barbara J. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence* (Berkeley: University of California Press, 1991), 8, 41.

(157) Commonwealth vs. John W. Webster, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320 (1850).

(١٥٨) تعتمد المدرسة الأنجلوسكسونية نظام هيئة المحلفين في الدعاوى الجنائية في الجملة وفي بعض الدعاوى المدنية، وذلك بأن يوكل تقدير الأدلة ومن ثم إصدار القرار بالإدانة أو البراءة إلى هيئة مختارة من نظراء المتهم

"الحكم بكون المتهم مذنباً بما يجاوز الشك المعقول لا بد أن تكون مقتنعاً بكونه مذنباً بذات الدرجة التي ستكون بها مقتنعاً فيما يخص أمراً مهماً من أمور حياتك والتي ستتصرف على أساسها بثقة ودون تحفظ أو تردد. ... الشك المعقول هو شك يجعل الشخص العاقل المحتاط بشكل معقول يتردد قبل الإقدام [على أساسه] على تصرف يتعلق بأمر مهم من أموره الخاصة." (١٥٩)

ويمكن استجلاء عدة أمور متعلقة بحقيقة معيار "مجاورة الشك المعقول" من النصوص المتقدمة. أولها وضوح واستقرار فكرة عدم تطلب هذا المعيار - فضلاً عن الإثبات القضائي في الجملة - اليقين المطلق الحسي أو العقلي المجرد الذي ينعدم معه كل احتمال مهما كان ضعيفاً، وهو أمر متفق عليه بين المدرسة الأنجلوسكسونية واللاتينية كما سيأتي، ويتفق أيضاً مع الإجماع في الفقه الإسلامي على عدم اشتراط اليقين والقطع في الإثبات القضائي.

ومن جهة أخرى يتضح من تأمل تلك النصوص أن عبارة "الشك" (Doubt) في مصطلح "الشك المعقول" لا يترادف مع الشك الاصطلاحي عند الأصوليين الذي يتساوى فيه طرفا الاعتقاد،

وفقاً لقناعتهم، ويقتصر دور القاضي على تحقيق الدعوى وتقدير العقوبة. ينظر: محمد: فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، (دار الثقافة: عمان، ط١، ٢٠٠٦)، ٣٨، ٣٩.

(159) Pennsylvania Suggested Standard Criminal Jury Instructions (PSSCJI) (3d ed. 2016) § 7.01.

ويلاحظ أن اللغة المستخدمة في تقريراتهم المتعلقة بمعيار مجاورة الشك المعقول تركز أكثر على الجانب الذاتي في الإثبات لا الجانب الموضوعي منه، أي أنهم يتحدثون لا عن قوة الأدلة بحد ذاتها بل عما تحدته هذه الأدلة من أثر في نفس المستدل، فوفق ما ورد في قسم التعليقات الشارحة من نموذج بنسلفانيا المذكور فإن مرتبة مجاورة الشك المعقول هي حالة يمكن "الشعور" بها في الجملة عند بلوغها كما يشعر الإنسان بكون درجة الحرارة ٧٥ فهرنهايت في غرفة ما، ولو لم يستطع تحديد لحظة بلوغها بالضبط، وهي حالة "ذهنية" تتعلق بـ "اقتناع" مقيم الأدلة. PSSCJI § 7.01. وهذا أمر درج عليه أهل هذه المدرسة عند التنظير لمعيار الإثبات في الدعاوى الجنائية، وذلك بخلاف تنظيرهم لمعيار الدعاوى المدنية التي يتم التعبير عنها عادة بلغة تركز على الجانب الموضوعي في الإثبات، أي على قوة الدليل بحد ذاته وكون المثبت أمراً محتملاً بحد ذاته. لكن لاحظ بعض الباحثين مع ذلك أن العبرة في كلا معياري الإثبات الجنائي والمدني هو بالاعتقاد الذاتي للناظر في الدليل وحالته الذهنية، وأن الفارق بين المعيارين إنما هو في درجة الاعتقاد أو الاقتناع المطلوب بلوغها من قبل من يتحمل عبء الإثبات. ينظر للتوسع:

Schweizer, "The civil standard of proof—what is it, actually?" 219.

رغم ترجمته بلفظ "الشك" في بعض الأحكام القضائية العربية المتأثرة بالمدرسة الأنجلوسكسونية،^(١٦٠) بل هو أقرب في هذا السياق إلى معنى "الاحتمال" المجرد عن درجته من مراتب الإدراك، فهذا "الشك" يوصف بكونه "معقولاً" أو "غير معقول" بخلاف الشك الاصطلاحي. ثم إن هذا "الشك" إن وصف بكونه معقولاً فهو "يجعل الشخص العاقل المحتاط بشكل معقول يتردد قبل الإقدام على تصرف يتعلق بأمر مهم من أموره الخاصة"، وإن اتصف بكونه غير معقول لم يكن يمنعه من الإقدام "بثقة ودون تحفظ أو تردد"، بل إن نُبه إلى وجود ذلك الاحتمال اكتفى بصرفه بكونه احتمالاً مستبعداً جداً وإن كان جائزاً الوقوع جوازاً عقلياً محضاً.

فالشك غير المعقول إذاً هو أشبه بالمرادف للوهم أو الطرف المرجوح في اصطلاح الأصوليين إذا كان من الضعف بحيث لا يقف عنده الإنسان السوي في تدبير أموره المهمة، أما **الشك المعقول** فهو الاحتمال إذا بلغ من القوة ذلك المبلغ الذي يقف عنده الإنسان السوي، ولو لم يتجاوز حد الوهم أو الطرف المرجوح إلى الشك أو الظن. فيكون **مجاورة الشك المعقول** إذاً هو رجحان الاعتقاد الذي لا يبقى في مقابله إلا احتمالاً أو احتمالات ضعيفة لا يعتد به الإنسان السوي المعتدل في حيظته عند إقدامه على تدبير أمر مهم من شؤونه. ويلاحظ اشتراط كون بلوغ درجة مجاوزة الشك المعقول ناشئاً عن الأدلة التي طرحت في الدعوى، إذ وصفته الأحكام المتقدمة بكونه ناشئاً عن قوة الدليل وأنه إنما يعتبر "بعد مقارنة واعتبار كافة الأدلة"، وهو الأمر الذي تتفق فيه مدرستا القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي الذي لا يعتبر الظن إن لم يكن ناشئاً عن دليل.

وبذلك فإن معيار مجاوزة الشك المعقول يعد مشابهاً لمرتبة القطع على القول بعدم اشتراط أن ينتفي معه إلا الاحتمال غير الناشئ عن دليل، والموسوم بعلم الطمأنينة لدى الحنفية، فالشك

^(١٦٠) كما في حكم المحكمة العليا السودانية: طعن مدني رقم ١٤٥ لسنة ١٩٧٨ قضائية - جلسة ١٧/١٢/١٩٧٩.

المعقول هو أشبه بالاحتمال الناشئ عن دليل، فإذا ثبت الأمر بما ينتقي معه ذلك الاحتمال فهو علم قطعي على هذا المعنى. ومن جهة أخرى فإن مجاوزة الشك المعقول تشابه مرتبة الظن الغالب المقارب لليقين أو الاعتقاد الجازم عند الغزالي، فنفور الجازم باعتقاده عن قبول نقيضه إن أُشعر به هو أشبه بمسارعة المُجاوز للشك المعقول في استبعاده الاحتمال المخالف إن نبه إليه، وهو النفور الذي قد ينشأ عن اطمئنان من قوي ظنه؛ وذلك بخلاف مرتبة الظن المجرد عند الغزالي التي يورث فيها الإشعار بالاحتمال المناقض توقفاً.

المطلب الثاني: معيار الدعوى المدنية:

أولاً: رجحان الأدلة

يفرق أهل المدرسة الأنجلوسكسونية بشكل صريح بين معيار الإثبات في الدعوى المدنية ومعيار الدعوى الجنائية، فبينما اشترطوا في الدعوى الجنائية الإثبات بما يجاوز وجود شك أو احتمال معقول وفق ما تقدم، اكتفوا بثبوت الرجحان على "ميزان الاحتمالات" (On a Balance of Probabilities)، أو بـ "رجحان الأدلة" (Preponderance of the Evidence) في الدعوى المدنية. وللوقوف على حقيقة هذا المعيار نرجع إلى حكم القاضي ديننغ المشار إليه سابقاً في إطار القضاء الإنجليزي، حيث شرح فيه معيار ميزان الاحتمالات بقوله:

"في نهاية نظر الدعوى إذا كانت الأدلة تُرجح الميزان بشكل حاسم في أي اتجاه وجب على الهيئة القضائية أن تحكم بمقتضاها. لكن إذا كانت الأدلة من التساوي في الوزن بحيث لا تستطيع الهيئة أن تحدد نتيجة في أي من الاتجاهين وجب أن يفسر الشك لصالح [المدعى عليه]. ... إذا كانت الأدلة

بحيث تستطيع الهيئة أن تقول: "نعقده محتملاً أكثر منه غير محتمل (More likely than not)", فقد زال

عبء الإثبات [عن المدعي]، لكن إن تساوت الاحتمالات لم يُزل.^(١٦١)

يتبين أن الحكم قسم الرجحان في الدعوى المدنية إلى ثلاثة احتمالات: الاحتمال الأول

كون الرجحان واضحاً وحاسماً لمصلحة أحد الخصوم، فيحكم بمقتضاه بلا إشكال، ولعله حينها

مرادف للظن القوي أو الغالب. الاحتمال الثاني هو تساوي الأدلة في الوزن لدى المحكمة بما لا

تستطيع معه ترجيح أحد الطرفين، وهو مرادف للشك في اصطلاح الأصوليين، فحينها لا يعتبر

المدعي قد أتى بالبينة الكافية لرفع عبء الإثبات عنه ويكون قد خسر دعواه. الاحتمال الثالث هو

ما عبر عنه الحكم بكون محل الإثبات "محتملاً أكثر منه غير محتمل"، وهو التفسير الدارج لمعيار

الرجحان على ميزان الاحتمالات لدى أتباع هذه المدرسة؛^(١٦٢) فهو إذاً أشبه بالظن الذي هو فوق

الشك ودون الظن الغالب، والذي صرح الحكم بارتفاع عبء الإثبات به في الدعوى المدنية.

لكن ما درجة هذا الرجحان الذي يكفي ليعتبر محل الإثبات "محتملاً أكثر منه غير

محتمل"، وهل يكفي فيه أدنى ترجح؟ يوضح ذلك حكم المحكمة العليا بولاية فيرمونت الأمريكية

في حكمها الصادر عام ١٩٤٧م والذي قررت فيه المحكمة - مقتبسةً تعليمات محكمة أول درجة

لهيئة المحلفين ومقررةً لها - أنه "إذا ... كنتم أكثر ميلاً باعتبار الأدلة لاعتقاد أنه [أي المدعي] قد

سلم السندات للمدعى عليه، ولو كان اعتقادكم أكبر بأدنى درجة من اعتقادكم أنه لم يفعل، فحكمكم

يجب أن يكون لصالح المدعي"، ثم قررت أنه "لا توجد درجة للرجحان مطلوبة أو معترف بها في

القانون. عندما ينهدم تعادل الأدلة وتميل العصا تجاه من عليه عبء الإثبات، مهما كان [الميل]

(161) Miller, 2 All ER at 374.

(162) ينظر مثلاً:

Pennsylvania Suggested Standard Civil Jury Instructions (4th ed. 2018) § 5.00.

ضئيلاً، فقد وفى بالمطلوب قانوناً واستحق أن يُحكم لصالحه. "أدنى رجحان كاف، ولو مالت الكفة وزن ريشة."^(١٦٣)

فيعتبر إذاً بلوغ أدنى درجة من درجات الظن ولو ضعف جداً ما دام مرتفعاً عن مرتبة الشك في الدعوى المدنية. ولأجل ذلك فقد عبر كثير من الأكاديميين عن هذا المعيار بكونه رجحاناً بما يزيد عن درجة ٥٠٪،^(١٦٤) فبمجرد إثبات المدعي في الدعوى المدنية بأدلة ترجح دعواه ولو بنسبة ١,٥٠٪ يحكم لصالحه.^(١٦٥) ومع ذلك فثمة عزوف من القضاء الأنجلوسكسوني عن تحديد الأرجحية بنسبة معينة^(١٦٦) لما يوقعه التعبير بلغة النسب المئوية والاحتمالات من إيهام تعلق المعيار بالاحتمال الإحصائي المجرد لوقوع محل الإثبات لا بالاقتناع القضائي الناتج عن النظر في الأدلة،^(١٦٧) وهو الفهم الذي تأثر به طائفة من أكاديميي هذه المدرسة. فالفهم التقليدي لهذا

⁽¹⁶³⁾ Livanovitch v. Livanovitch, 131 A. 799 (Vt. 1926). See also: PSSCJI (2018) § 5.00.

^(١٦٤) ينظر مثلاً:

Kinsch, "Probabilité et certitude," 83; Ralph K. Winter, "The Jury and the Risk of Nonpersuasion," *Law & Society Review* 5, no. 3 (Wiley, Feb., 1971) 335, 337.

⁽¹⁶⁵⁾ Kinsch, *ibid.*

^(١٦٦) ينظر مثلاً القضية (Cipollone v. Liggett Group, Inc., 893 F.2d 541, 561 fn. 17 (3rd Cir. 1990) والتي قررت فيها المحكمة بعدم اقتناعها بأن حكم هيئة المحلفين بأنه لولا تصرفات المدعى عليه لما حدثت الإصابة يعني أنها قررت أن احتمالية إصابة المدعي نتيجة تصرفات المدعى عليه هي ٥٠٪ فأكثر، ف "تعليمات هيئة المحلفين تقليدياً كانت بالكلمات لا بالأرقام".

^(١٦٧) يمكن أن يمثل لهذا الافتراض بالتالي: رفع المدعي دعواه على شركة نقل عام حافلاتها زرقاء اللون بدعوى أن حافلة تابعة لها قد تسببت بحادث لسيارته، وقرر أنه لا يذكر من تلك الحافلة إلا كونها زرقاء اللون، وأثبت إحصائياً أن نسبة الحافلات الزرقاء التي تمر بالشارع مكان الحادث والتابعة لشركة النقل العام هي ٨٠٪ من إجمالي الحافلات الزرقاء التي تمر بها، فهل تعتبر دعواه ثابتة قبل الشركة على أساس معيار رجحان الأدلة؟ للتوسع ينظر:

James Brook, "Inevitable Errors: The Preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation," *Tulsa Law Review* 18 (1982), 79.

المعيار لدى المحاكم إنما يتعلق بدرجة الاقتناع والاعتقاد الذاتي التي ينبغي أن تحدثه الأدلة في نفس الناظر فيها،^(١٦٨) ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا بولاية ماساشوستس أنه

"من المقرر أنه لا يكفي كون الاحتمالات من الجهة الرياضية لصالح الادعاء المراد إثباته؛ فمثلاً حقيقة أن السيارات الملونة المصنوعة في العام الحالي أكثر من [السيارات] السوداء لا يبرر الحكم بأن سيارة معينة مجهولة اللون من صنع العام الحالي ملونة لا سوداء، كما أن حقيقة أن أقلية من الرجال يموتون من السرطان لا يبرر الحكم بأن رجلاً معيناً لم يمت من السرطان. ... رجحان الدليل هو قوته في إقناع الهيئة القضائية ... بالحقيقة الفعلية للدعوى المراد إثباتها. بعد وزن الأدلة تثبت الدعوى برجحان الأدلة إذا أبدت أنها محتملة أكثر بمعنى وجود اعتقاد فعلي بصدقها، مستخلص من الأدلة، في ذهن الهيئة القضائية بقطع النظر عن أي شكوك باقية."^(١٦٩)

فما سبق يمكن استخلاص تعريف لمعيار رجحان الأدلة بأنه: رجحان الاعتقاد، أو الظن، الناشئ عن الأدلة بكون وقوع محل الإثبات أكثر احتمالاً من عدمه، ولو بأدنى درجات الرجحان؛ أو بعبارة أخرى: هو بلوغ أدنى درجات الظن في الإثبات.^(١٧٠)

(168) Richard W. Wright, "Proving Facts: Belief versus Probability," *IIT Chicago-Kent College of Law* (January 2009) 79, 87.

(169) *Sargent v. Mass. Accident Co.* 29 N.E.2d 825, 827 (1940).

ومن ذلك أيضاً ما جاء في تعليمات هيئة المحلفين الفيدرالية بالولايات المتحدة أن: "رجحان الأدلة في قضية ما يعني كون الأدلة بحيث، إذا قورنت بالأدلة المعارضة لها، تكون لها قوة إقناع أكبر، وتنتج في الذهن اعتقاداً بأن احتمال كون الأمر الذي يُسعى لإثباته هو الحقيقة أكثر من احتمال كونه غير الحقيقة"، ينظر:

K. F. O'Malley, J. E. Grenig and W.C. Lee, (2001) *Federal Jury Practice and Instructions*. Eagan, MN: Westlaw, § 166.51.

^(١٧٠) يبقى هناك جدل في الأوساط القانونية الأنجلوسكسونية حول عدد من القضايا الفرعية المتعلقة بهذا المعيار، كالمعنى العملي لمعيار الرجحان ومدى صلاحية استعماله في الدعاوى المتداخلة مع القانون الجنائي، أو في الدعاوى التي تتقارب فيها أوزان الأدلة. ينظر:

Christoph Engel, "Preponderance Of The Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective On A Conflict Between American And Continental European Law," *Vermont Law Review* 33 (2009): 435; Clermont, "Standards of Proof in Japan and the United States," 268.

ثانياً: الأدلة الواضحة والمقنعة

يعتبر معيار "الأدلة الواضحة والمقنعة" (Clear and Convincing Evidence) معياراً وسطاً ابتدعه القضاء الأمريكي بين معيار الإثبات الجنائي ومعيار الإثبات المدني المعتاد، وذلك في خصوص بعض أنواع الدعاوى المدنية التي تتسم بنوع من الخطورة.^(١٧١) ومن أمثلة الدعاوى التي أدرجها القضاء الأمريكي تحت هذا المعيار: إثبات النسب وإسقاط حقوق الوالدين والحجر وقضايا إسقاط الجنسية والترحيل والإيداع غير الاختياري بالمصحات النفسية. ومنها ما تتعلق خطورته بمخالفته ظاهراً قوياً كإثبات التأثير غير المشروع على الغير وإثبات الخطأ الكافي لإعادة تكييف أداة التصرف وإثبات ما إذا كان سندُ الملك في حقيقته سندَ رهن عقاري، وغيرها من المسائل.^(١٧٢) ففي مثل هذه القضايا جرت المحاكم الأمريكية على وضع عبء للإثبات أكبر من المطلوب في الدعاوى المدنية المعتادة، فلم تكف فيها ببلوغ الإثبات أدنى درجات الرجحان؛ وإن كانت لم تبلغ بها اشتراط مجاوزة الشك المعقول المطلوبة في الدعوى الجنائية.

وقد اختلف تعبير المحاكم الأمريكية عن هذا المعيار لتوضيح درجة الإقناع، أو الظن، المطلوبة فيه، فمن تلك التعبيرات أن المطلوب "أدلة واضحة ومرضية ومقنعة بما يجاوز الشك بقدر معتبر" (clear satisfactory and convincing as to be substantially beyond doubt)،^(١٧٣)

^(١٧١) وجود نظير لهذا المعيار في القضاء الإنجليزي محل نزاع. ينظر:

Kinsch, "Probabilité et certitude," 84.

^(١٧٢) ينظر مثلاً القضية Woodby v. INS, 385 U.S. 276 (1966) لمعيار إثبات الترحيل، والقضية Addington v.

Couts v. Winston 153 Cal. 418 (1979) Texas, 441 U.S. 418 (1979) للإيداع غير الاختياري بالمصحات النفسية، وقضية

686 (1908) لمعيار ما إذا كان سندُ الملك في الحقيقة سندَ رهن عقاري. ولمزيد من الأمثلة ينظر:

John Henry Wigmore, *Evidence* (3rd Ed, 1940), § 2498, as referenced in McBaine, "Burden of Proof," 253.

^(١٧٣) Sheffield, Executor et al. v. Baker, 201 Ark. 527, 529 (Ark. 1940).

"واضحة ومحددة وغير قابلة للتشكيك فيها" (clear, precise and indubitable)،^(١٧٤) "واضحة وحاسمة" (clear and conclusive)،^(١٧٥) "مقنعة بما يجاوز النزاع المعقول" (convincing beyond reasonable controversy)،^(١٧٦) وغيرها. وقد استخلصت بعض تشريعات الولايات من تعبيرات المحاكم تلك مفهوماً لمعيار الأدلة الواضحة والمقنعة كما في قانون الأسرة لولاية تكساس الذي عرفه بأنه: "مقدار أو درجة الإثبات التي ينتج عنها في ذهن من يفصل في الوقائع اقتناعٌ ثابتٌ أو راسخٌ بصدق الدعاوى المراد إثباتها."^(١٧٧) ولم تستقر المدرسة الأمريكية على تحديد أكبر لدرجة الظن المطلوبة في هذا المعيار، وإنما اكتفى كثير من أهل هذه المدرسة بالتعبير عنها بكون محل الإثبات فيها "راجحاً بقوة" أو "ذا احتمال صحة مرتفع" (highly probably true) وذلك في مقابل المعيار المدني المعتاد من جهة، والمعبر عنه بمجرد كونه "راجحاً" أو "يغلب كونه صحيحاً" (probably true)، ومقابل المعيار الجنائي بعدم اشتراط مجاوزة الشك المعقول فيه من جهة أخرى.^(١٧٨) والذي يظهر للباحث دخول هذا المعيار في درجة الظن الغالب لكن دون اشتراط وصوله إلى درجة مقاربة اليقين.

(174) *Gilberti v. Coraopolis Trust Co.*, 342 Pa. 161, 163 (Pa. 1941).

(175) *St. Louis Union Trust Co. v. Busch*, 346 Mo. 1237, 1245 (Mo. 1940).

(176) *Seymour v. Alkire*, 47 W. Va. 302 (W. Va. 1899).

(177) "Clear and convincing evidence" means the measure or degree of proof that will produce in the mind of the trier of fact a firm belief or conviction as to the truth of the allegations sought to be established." *Texas Family Code* § 101.007, <https://statutes.capitol.texas.gov/Index.aspx>

(178) *McBaine*, "Burden of Proof," 254, *Clermont*, "Standards of Proof in Japan," 268.

المبحث الثاني: اتجاه المدرسة اللاتينية

بخلاف المدرسة الأنجلوسكسونية التي تُعتبر درجة الظن المطلوبة في الإثبات مسألة مركزية وحيوية في فقها وقضاها حتى عرفت بمسألة معيار الإثبات كما تقدم الوقوف عليه، فإن هذه المسألة لا تظهر بشكل بارز لدى المدرسة اللاتينية، وإنما تلاحظ في ثنايا بحثهم عبء الإثبات ومبدأ الاقتناع القضائي،^(١٧٩) ولظهور التأكيد على ضرورة تحقق الاقتناع القضائي في المدرسة اللاتينية فقد اعتبر كثير من الباحثين هذا المبدأ هو معيار الإثبات المقابل لمعيار المدرسة الأنجلوسكسونية.

المطلب الأول: مبدأ الاقتناع القضائي وعلاقته بمعيار الإثبات

يعرف مبدأ الاقتناع القضائي (فرنسي: intime conviction) أيضاً بمبدأ الاقتناع الشخصي، أو الذاتي، أو الصميم، أو الداخلي، ويعني هذا المبدأ أن للقاضي حرية استمداد اقتناعه من أي دليل يقدم إليه، فلا توجد أدلة يحظر عليه القانون أو يفرض عليه قبولها مقدماً، ويعني كذلك حريته في تقدير أوزان الأدلة المطروحة عليه، فليس هناك دليل له قوة ذاتية قانونية يلزم بها القاضي، ولا يضيفي القانون أوزاناً معينة لأي دليل قوة أو ضعفاً.^(١٨٠)

ويلاحظ من هذا التعريف أن مبدأ الاقتناع القضائي إنما يتعلق أساساً بنظام الإثبات من جهة تقييد حرية القاضي في تقدير الأدلة من عدمه، لا بتحديد درجة الاقتناع أو الظن المطلوب

(179) Michele Taruffo, "Rethinking the Standards of Proof," *The American Journal of Comparative Law* 51, no. 3 (Summer, 2003): 662.

(١٨٠) ينظر: حسني: محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، (دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، ط٥، ٢٠١٧م)، ص٨٤٦، ٨٤٧؛ سرور: أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، (دار النهضة العربية: دم، ط٧، ١٩٩٣)، ص٧٤٧.

بلوغها في ذلك التقدير للأدلة،^(١٨١) فهو إنما وضع ابتداءً للمغايرة والمقابلة مع نظام الأدلة القانونية الذي كان سائداً في التشريعات اللاتينية قبل الثورة الفرنسية، والذي كان ينظم فيه القانون الاقتناع واليقين القضائي عن طريق تقييد القاضي بتحديد أدلة معينة لا يجوز الإثبات بغيرها، كاشتراط عدد معين من الشهود أو اشتراط صفات معينة فيهم كالذكورة أو بلوغ سن معينة، أو كون الشهادة مباشرة لا سماعاً، أو عن طريق تحديد الوزن أو القيمة القانونية للدليل إذا توفرت شروط قبوله، فلا يمكن للقاضي الوصول للاقتناع إن لم تتوفر تلك الأدلة المحددة، ولا يملك منع الحكم إن توفرت ولو لم يصل في الحقيقة للاقتناع، بل يقتصر دوره على مجرد التحقق من قيام تلك الأدلة ومراقبة توفر شروطها القانونية لكي يقرر بعد ذلك اقتناعه أو عدم اقتناعه على ضوء توفرها^(١٨٢). ويسود نظام الاقتناع القضائي في التشريعات الحديثة في الدعوى الجنائية، أما الدعوى المدنية فيسود فيها نظام مختلط بين نظام الاقتناع ونظام الأدلة القانونية.^(١٨٣)

وقد ورد ذكر مبدأ الاقتناع القضائي في سياق الدعوى الجنائية في المادة ٤٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، إذ نصت على أنه "تثبت الجرائم بجميع طرق الإثبات، ويحكم القاضي تبعاً لاقتناعه الداخلي. وللقاضي أن يبني حكمه فقط على أدلة طرحت أثناء نظر الدعوى ونوقشت من قبل الخصوم بين يديه."^(١٨٤) وهو المعنى الذي عبرت عنه المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات

(181) Taruffo, "Rethinking the Standards of Proof," 666.

(182) ينظر: حسني: محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ٨٤٢؛ سرور، الوسيط، ص ٧٤٦؛ عبيد: رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، (دار الجيل للطباعة: مصر، ط ١٧، ١٩٨٩م)، ص ٧٣٣. وهذا هو التصوير السائد في المدرسة اللاتينية لنظام الأدلة القانونية. لنقد لهذا التصوير ينظر: محمد، سلطة القاضي الجنائي، ص ٦٥.

(183) حسني: محمود نجيب، الموضع السابق؛

Taruffo, "Rethinking the Standards of Proof," 666; Kinsch, "Probabilité et certitude," 75.

(184) Code De Procédure Pénale, art. 427 (Fr.), translated in John Spencer, Code of Criminal Procedure (2006).

الجنائية المصري والمادة ٢٣٢ من نظيره القطري بأنه "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته. ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة".

أما في القضاء فقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا المبدأ بأكثر من طريقة، فمن ذلك ما قضت به من أن القانون فتح للقاضي "باب الإثبات على مصراعيه يختار من كل طرقة ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر بمحض وجدانه فيأخذ بما تطمئن إليه عقيدته ويطرح ما لا ترتاح إليه ... بغيته الحقيقة ينشدها أنى وجدها ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها، ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده." (١٨٥) كما فُضي فيها وفي محكمة التمييز القطرية بأن "العبرة في الإثبات في المواد الجنائية هي باقتناع المحكمة واطمئنانها إلى الدليل المقدم إليها. فالقانون لم يقيد القاضي بأدلة معينة بل خوله بصفة مطلقة أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة تقدم إليه،" (١٨٦) "ما لم يقيد القانون بدليل معين ينص عليه." (١٨٧) ولما قد يفتحه مبدأ حرية الاقتناع القضائي من خطر التحكم من قبل القضاة فقد وضعت المدرسة اللاتينية عدة قيود على هذا الاقتناع، من أهمها وجوب أن يكون الاقتناع مبنياً على أسس

(١٨٥) نقض ١٢ يونيو ١٩٣٩ مكتب فني ٤ (مجموعة عمر) س٩ رقم ٤٠٦ ص ٥٧٥. وجرى الباحث على تصدير الإحالة إلى أحكام محكمة النقض المصرية بكلمة "نقض"، وإلى محكمة التمييز القطرية بكلمة "الطعن".

(١٨٦) نقض ١١ يناير سنة ١٩٤٣ مكتب فني ٦ (مجموعة عمر) س١٣ رقم ٦٨ ص ٩٤، وبذات المعنى الطعن رقم: ٣٦ لسنة ٢٠٠٥ - جلسة ٢٠٠٥/٦/٦ س١ ص ٩٨؛ الطعن رقم: ٢٩٣ لسنة ٢٠١٣ - جلسة ٢٠١٤/٢/٣ س١٠ ص ٩٧؛ الطعن رقم: ١٩ لسنة ٢٠١٠ - جلسة ٢٠١٠/٥/١٧ س٦ ص ١٦٤.

(١٨٧) الطعن رقم: ١٦٢ لسنة ٢٠١١ - جلسة ٢٠١١/٦/٢٠ س٧ ص ٢٧١.

عقلية ومنطقية، لا على الهوى أو الحدس أو العاطفة، وأن يكون مبنياً على أدلة مشروعة طرحت أمام المحكمة في الجلسة. (١٨٨)

والمقصود بالدليل الذي يبتنى عليه الاقتناع: الذي يحمل بذاته معالم قوته في الإقناع (١٨٩). فلا يعني عدم التقيد بأدلة معينة وفق مبدأ حرية الاقتناع فتح الباب للتحكم، بل لا بد أن يكون الاقتناع - كما هو مقرر قضاءً - مبنياً على أسباب وأدلة قدمت في الدعوى سائغة للإيصال للنتيجة التي توصلت إليها المحكمة، (١٩٠) غير مجافية للمنطق أو مخلة بأصول الاستدلال القضائي، (١٩١) مؤدية إلى ما رتبته عليها من نتائج "من غير تعسف في الاستنتاج ولا تنافر مع حكم العقل والمنطق". (١٩٢) وأنه يعتبر من العيوب التي تصم الحكم بالفساد في الاستدلال: استناد المحكمة في اقتناعها "إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها، أو إلى عدم فهم الواقعة التي ثبتت لديها، أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على تلك العناصر التي ثبتت لديها". (١٩٣) ويتم الرقابة على هذا القيد من قبل محكمة النقض أو التمييز من خلال إلزام المحكمة بتسبيب حكمها. (١٩٤)

(١٨٨) ينظر: أبو عامر: محمد زكي، الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، (الفنية للطباعة والنشر: الإسكندرية، د. ط، ١٩٨٥)، ص ١٥٩، ١٧١؛ سرور، الوسيط، ص ٧٤٩ وما بعدها. (١٨٩) رجال، محمد الطاهر، "القرائن وأثرها في تكوين اقتناع القاضي الجنائي"، مجلة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، ع ٣٦، ص ٤٥٠.

(١٩٠) الطعن رقم: ٩٣ لسنة ٢٠١١ - جلسة ٢٠١١/٥/١٦ س ٧ ص ١٨٧.

(١٩١) نقض ٣ مارس سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٤٦ ص ٢٠٨.

(١٩٢) الطعن رقم: ١٢٧ لسنة ٢٠٠٨ - جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٣ س ٤ ص ٤٨٦.

(١٩٣) الطعن رقم: ١٣٥ لسنة ٢٠١٠ - جلسة ٢٠١٠/١١/٩ - س ٦ ص ٥١٤.

(١٩٤) "القاضي غير مطالب إلا بأن يبين في حكمه العناصر التي استمد منها رأيه، والأسانيد التي بنى عليها قضاءه، وذلك فقط للتحقق مما إذا كان ما اعتمد عليه من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي خلص هو إليها". نقض ١٢ يونيو ١٩٣٩ مكتب فني ٤ (مجموعة عمر) س ٩ رقم ٤٠٦ ص ٥٧٥.

ويقيد حرية الاقتناع من جهة أخرى قيد آخر هو وجوب أن يبلغ الاقتناع درجة اليقين القضائي، وهو القيد المنفرد عن قاعدة وجوب تفسير الشك لمصلحة المتهم، والمنفردة بدورها عن قرينة البراءة التي لها دور محوري في مسائل عبء الإثبات في الدعاوى الجنائية في القانون الوضعي.^(١٩٥) ونتناول حقيقة هذا القيد كمعيار إثبات للمدرسة المدنية في الدعوى الجنائية قبل أن نعرض على حقيقة معيارها في الدعوى المدنية.

المطلب الثاني: اليقين القضائي ومعيار الدعوى الجنائية-

إذا كان الأصل في الإنسان البراءة، فإن المقرر في الدعوى الجنائية أنه لا يجوز العدول عن هذا الأصل إلا بيقين، ولا يُسعى وراء تحصيل ذلك اليقين حتى يحوم الشك حول أصل البراءة. لذا كان الهدف من الإثبات في الدعوى الجنائية تحييص هذا الشك والأدلة التي انبعث عنها لبحث ما إذا أمكن أن ينقلب الشك إلى يقين تبنى عليه الإدانة،^(١٩٦) وإلا وجب تفسير الشك المتبقي لمصلحة المتهم، وامتنع القضاء بالإدانة.^(١٩٧)

لذا كان المستقر عليه قضاءً في المدرسة اللاتينية وجوب "أن تبنى [الأحكام] على الجرم واليقين من الواقع الذي يثبتته الدليل المعتبر، ولا تؤسس على الظن والاحتمال من الفروض

^(١٩٥) أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، ص ١٦٣.

^(١٩٦) يكفي في مرحلة التحقيق الوصول إلى رجحان إدانة المتهم حتى تقرر سلطة التحقيق إحالته إلى المحكمة، أما في مرحلة الحكم فلا يقبل بأقل من اليقين. سرور، الوسيط، ص ٧٤٥.

^(١٩٧) ينظر: حسني، شرح قانون الإجراءات، ص ٨٣٩، ٨٦١.

والاعتبارات المجردة^(١٩٨)، وأنها لا تؤسس على الشك والظن،^(١٩٩) وأنها يجب أن تبني "على حجج قطعية الثبوت تنفيذ الجرم واليقين لا الظن والاشتباه".^(٢٠٠) كما قرروا أنه "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه بالإدانة على ترجيح ثبوت التهمة، وإلا كان حكمه معيباً؛ لأن الترجيح لا يشكل بحد ذاته اقتناعاً"،^(٢٠١) وأن المحكمة إذا "لم تنته من الأدلة التي ذكرتها إلى الجرم بوقوع الجريمة من المتهم، بل رجحت وقوعها منه فحكمها بإدانته يكون خاطئاً واجباً نقضه".^(٢٠٢) وأنه "يكفي في المحاكمة الجنائية أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة إلى المتهم لكي يقضي له بالبراءة إذ مرجع الأمر في ذلك إلى ما يطمئن إليه في تقدير الدليل مادام الظاهر من الحكم أنه أحاط بالدعوى عن بصر وبصيرة".^(٢٠٣)

ورغم استقرار القضاء اللاتيني على اشتراط الجرم واليقين في الاقتناع القضائي إلا أنه لم يرد فيه تحديد صريح لماهية هذا الاقتناع المطلوب ودرجته من مراتب الإدراك كما هو الحال في المدرسة الأنجلوسكسونية، لذا وجب الرجوع إلى الفقه القانوني لتلمس ما يقوله في هذا الشأن.

ففي الفقه القانوني توجد عدة اتجاهات للتعريف بماهية الاقتناع القضائي واليقين المطلوب فيه. فالإتجاه السائد يعتبر اليقين المطلوب فيه يقيناً على الحقيقة، ثم يميز بين اليقين القضائي

^(١٩٨) نقض ٦ فبراير ١٩٧٧ مكتب فني ٢٨ س ٤٦ رقم ٥١٥ ج ١ ص ١٨٠؛ نقض ٣ نوفمبر ١٩٨٨ مكتب فني ٣٩ س ٥٧ رقم ٤٥١٩ ج ١ ص ١٠٠١؛ الطعن رقم: ١٣١ لسنة ٢٠٠٨ - جلسة ٢٠٠٨/٥/١٩ س ٤ ص ٤١٣؛ وينظر بمعناه: الطعن رقم: ١٢٧ لسنة ٢٠٠٨ - جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٣ س ٤ ص ٤٨٦، الطعن رقم: ٩ لسنة ٢٠٠٥ - جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٥ س ١ ص ٤٤.

^(١٩٩) نقض ٧ يونيو ١٩٤٣ مكتب فني ٦ (مجموعة عمر) س ١٣ رقم ١٤٣٤ ص ٢٨٧.

^(٢٠٠) الطعن رقم: ١٣٠ لسنة ٢٠٠٨ - جلسة ٢٠٠٨/٥/١٩ س ٤ ص ٤١٠.

^(٢٠١) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٧، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧ رقم ٦٢١ ص ٥٨٧.

^(٢٠٢) نقض ١٥ ابريل ١٩٤٦، مكتب فني ٧ (مجموعة عمر) س ١٦ رقم ٨٧٨ ص ١٢٤.

^(٢٠٣) الطعن رقم: ٥٨ لسنة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٠٠٦/٦/٥ س ٢ ص ٢٣٤؛ الطعن رقم: ١٧٨ لسنة ٢٠٠٧ - جلسة ٢٠٠٧/١١/٥ س ٣ ص ٧٠٣.

وبين أنواع أخرى من اليقين باعتبار مصدر اليقين في كل نوع، كاليقين الحسابي والحسي الحاصل في علم الرياضيات وعلم الفيزياء، وكاليقين الاستقرائي. فأما اليقين الحاصل عن طريق الإثبات القضائي فهو من جنس ما يسمى باليقين المعنوي أو اليقين الإقناعي، وهو في درجة أقل من أنواع اليقين المتقدمة.^(٢٠٤) وُوصف هذا اليقين المعنوي بأنه حالة ذهنية تستنتج من الوقائع محل البحث احتمالات ذات ثقة عالية من اليقين نتيجة استبعاد أسباب الشك بطريقة قاطعة.^(٢٠٥) كما وصف أيضاً بأنه اليقين "الذي يدركه القاضي في ذات اللحظة التي تتلاشى فيها الأسباب النافية، بحيث لا يكون بإمكانها أن تززع المعنى الذي تفرضه الأسباب المؤيدة،"^(٢٠٦) فتلك هي الدرجة المطلوبة في الاقتناع القضائي.

وثمة اتجاه أكثر تفصيلاً ودقة يذهب إلى أن الاقتناع القضائي ليس بيقين على الحقيقة، وإنما يقع بين الاعتقاد واليقين؛ وهو اتجاه مبني على قسمة معينة لمراتب الإدراك. فالحكم بالثبوت إما أن يبنى على أسباب شخصية - أو ذاتية - كافية لحمل القاضي وحده على التسليم بالثبوت، أو أسباب موضوعية كافية لتسليم القاضي وغيره.^(٢٠٧) فالتسليم إن كان مبنياً على أسباب محتملة فهو مجرد "رأي" لا يتحقق به الاقتناع لاستناده على أسباب قاصرة من الناحيتين الشخصية (المتمثلة في عدم الجزم واليقين عند القاضي) والموضوعية (عدم كفاية الدليل لإقناع الغير). وإن كان التسليم مبنياً على أسباب شخصية تحمل المرء على الإدعان بثبوتها، لكنها لو نظر إليها من الناحية الموضوعية لجاز أن تكون غير كافية لهذا التسليم، فهذه مرتبة "الاعتقاد"، وهي درجة

⁽²⁰⁴⁾ Aly Rached, *de la intime conviction du juge* (Paris, 1942), p. 135.

مشار إليه في محمد، سلطة القاضي الجنائي، ص ١١١.

^(٢٠٥) سرور، الوسيط، ص ٧٤٥؛ حسني، شرح قانون الإجراءات، ص ٨٦١؛

^(٢٠٦) أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، ص ١٦٣.

^(٢٠٧) ينظر: سرور، الوسيط، ص ٧٤٥.

مرفوضة في القضاء للاحتتمالية اللانهائية فيها. أما اليقين فهو "حالة ذهنية تلتصق بالحقيقة دون أن تختلط بأي شك، فهي من الناحية الشخصية تتعارض مع الشك، ومن الناحية الموضوعية فوق الجهل أو الغلط" (٢٠٨) وهي تختلف بحسب المكثات المعطاة، وأعلاها اليقين المادي القائم على المشاهدة المباشرة للواقعة من القاضي، وهي درجة تمنعه من تولي نظر الدعوى احتراماً لمبدأ الوضعية التي تمنع من قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

وبين اليقين والاعتقاد يقع الاقتناع الذي يتسم بقوة التسليم الشخصي أو الداخلي الناتج عن قوة الأدلة الموضوعية، فهو يتفوق على الاعتقاد في ابتئائه على أسباب موضوعية، ويختلف عن اليقين في عدم صرامته في نفي الاحتمالات مائة في المائة، بل يترك وراءه قدراً من الاحتمال. (٢٠٩)

وهذا الإقرار الصريح بعدم القطع بانتفاء الاحتمالات في اليقين القضائي وإن كان غير شائع في المدرسة اللاتينية، إلا أنه ليس محل خلاف فيها على الحقيقة، بل يصرح به أحياناً في مواضع أخرى، فمن ذلك ما صرح به الفقيه الفرنسي نورمان في مقام التفريق بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بقوله: "الوصول إلى اليقين في الدعوى هو الأصلح، ولكن يتعذر ذلك، إذ رجحان الدليل هو الذي يتحقق أمام القضاء، لأن طبيعة الوقائع القانونية وطبيعة الأدلة القانونية التي يلجأ إليها المدعي لإثبات حقه، وطبيعة البشر أيضاً، تفرض أن تكون الحقيقة القانونية حقيقة نسبية، كما تفرض أن يكون الإثبات القانوني إثباتاً ترجيحياً لا إثباتاً يقينياً، فليس ثمة دليل يمكن اللجوء إليه لإثبات الحق إثباتاً يقينياً." (٢١٠)

(٢٠٨) أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، ص ١٦٠، هامش رقم ١٨.

(٢٠٩) المرجع السابق، ص ١٦١، ١٦٤.

(٢١٠) الزلمي: مصطفى إبراهيم، السعاوي: ياسر باسم دنون، "الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق: دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة"، مجلة بحوث مستقبلية، ع ١٤، ص ١٣٤. وقال الفقيه الألماني

وبتحليل ما سبق من مبادئ قضائية واتجاهات فقهية يمكننا أن نقرب من حقيقة استعمال المدرسة اللاتينية لمصطلحي اليقين والظن وصولاً لتحديد محل الاقتناع الجنائي من مراتب الإدراك. فالأقتناع الجنائي يعتبر متحققاً عند حصول "اليقين" الذي يورث الجرم بثبوت الدعوى، وذلك عن طريق أسباب وأدلة "موضوعية" كافية لإقناع القاضي وغيره، من شأن دلالتها أن توصل "اليقين" والاطمئنان الذي وصلت إليه المحكمة. وهذا اليقين يوصف بكونه "معنوياً"، وهو دون أنواع أخرى من اليقين، ولا ينفي كافة الاحتمالات مائة في المائة. والأقتناع يعتبر غير متحقق عند حصول "الظن" فقط الناتج عن الاحتمال والافتراض العري عن الدليل، ولا يعتبر متحققاً أيضاً عند مجرد ترجح ثبوت الاتهام الناتج عن أدلة أو قرائن "ظنية" أو محتملة ليس من شأنها أن تدل إلا على الاشتباه أو الترجيح دون الجرم و"اليقين".

فالملاحظ أن ثمة تجوراً في استعمالهم مصطلحي الظن واليقين، فاليقين المطلوب ليس هو اليقين الذي تنتقي معه كافة الاحتمالات، بل هو يقين معنوي دون أنواع مختلفة من اليقين. ولما كان اليقين وفق الاصطلاح الأصولي مرتبة واحدة لا تتفاضل فإن حقيقة ما تطلبه المدرسة اللاتينية يدخل في الظن لا اليقين. أما الظن المنفي لديهم جواز ابتناء الأحكام عليه فهو أقرب للمعنى اللغوي أو الفقهي للظن، إذ هو أشبه بمعنى مطلق التردد وعدم الجرم سواء كان الاعتقاد راجحاً أو مرجوحاً، وسواءً لديهم أكان ناشئاً عن غير دليل، أو عن دليل لم ينتف معه التردد، أو يفد الجرم، وذلك بخلاف الظن في اصطلاح الأصوليين الذي يعتبر مطلق الرجحان لتحقيق وصف الظن.

Hellwig: "إذا أردنا أن نلزم القاضي بأن لا يصدر حكماً إلا عندما لا يكون هناك وجود لأي شك ممكن حول ارتكاب المتهم للجريمة، فإن أي قاضٍ قدير ومنصف لن يستطيع الوصول إلى قرار أبداً." كورف: فرانسوا، "قناعة المحكمة"، مجلة الحقوق، ترجمة: عبدالرسول الجصاني، ع ٤٤، ص ٥٦، مشار إليه في محمد، سلطة القاضي الجنائي، ص ١١٦.

ثم إن في تعبيرهم عن الاقتناع القضائي ما يشبه أوصاف الظن الغالب بشكل عام، فاشتراط الجزم كاشتراط القوة في الظن الغالب بخلاف الظن المجرد، و"اطمئنان وجدان المحكمة" أشبه بأخذ الظن الغالب بالقلب وفق تعبير ابن نجيم، أو بسكون النفس وفق تعبير الغزالي، فهذه المرتبة من الظن داخلة في الجزم المطلوب في الاقتناع القضائي. فإن أضفنا إلى ذلك تأكيدهم يقينية الاقتناع القضائي في الدعوى الجنائية بما يبلغ درجة دون اليقين المادي أو الحسابي خلصنا إلى أن المطلوب لديهم في الدعوى الجنائية هو درجة عالية من الظن الغالب مقارنة لليقين، أو درجة القطع الذي لا تنتفي معه إلا الاحتمالات غير الناشئة عن دليل.

وعلى ذلك فثمة تقارب كبير بين المدرستين المدنية والأنجلوسكسونية فيما يتعلق بمعيار الإثبات الجنائي، إذ درجة الظن المقارب لليقين لا تنفي إلا الاحتمالات المستبعدة أو غير المعقولة أو غير المبنية على دليل، وهو ذات ما ينفيه معيار مجاوزة الشك المعقول كما تقدم بيانه. وهذا التقارب دفع كثيراً من الباحثين للقول بتساوي معيار الإثبات الجنائي لدى المدرستين،⁽²¹¹⁾ كما ظهرت أحكام قضائية في المدرسة اللاتينية بأوروبا تتقارب في تعبيرها عن الإثبات الجنائي مع تعبير المدرسة الأنجلوسكسونية، فقضت محكمة الاستئناف بلكسمبورغ أن اقتناع القاضي يجب أن يكون نتيجة نظر واستدلال "لا يبقى شكاً معقولاً في ذهن الإنسان"⁽²¹²⁾. كما ظهرت في المدرسة الألمانية أحكام تقر بشكل صريح بأن "اليقين" المطلوب في الإثبات الجنائي لا يتعدى كونه درجة عالية من درجات الفرض الراجح، فقضت محكمة ألمانيا الفيدرالية العليا أنه "في القضايا المحتملة

(211) Clermont and Sherwin, "A Comparative View," 246; Engel, "Preponderance vs. Intime Conviction," 441; Kinsch, "Probabilité et certitude," 76; Wright, "Belief vs. Probability," 80.

(212) Court of Appeal November 4, 1974, Pas. lux. 23, 40 as quoted in Kinsch, "Probabilité et certitude," 76.

يجوز للقاضي ويلزمه أن يكتفي بدرجة من اليقين صالحة للحياة العملية والتي تسكت الشك دون أن تستبعده بالكلية.^(٢١٣)

فإذا كان الاقتناع القضائي في حقيقته مقارباً أو مساوياً لمعيار مجاوزة الشك المعقول الأنجلوسكسوني في الدعوى الجنائية وهو الظن الغالب المقارب لليقين، فهل نجد بينهما ذات التساوي بالنسبة للدعوى المدنية؟

المطلب الثالث: معيار الدعوى المدنية

لئن كان نظام الأدلة القانونية في الإثبات قد تُخلى عنه في الجملة في الدعاوى الجنائية لصالح نظام الاقتناع القضائي كما تقدم بيانه، فالنظام الذي يسود في الدعوى المدنية هو النظام المختلط، أي المختلط من نظام الأدلة القانونية الذي يحدد فيه القانون سلفاً عناصر الإثبات المقبولة فيه، ونظام الاقتناع القضائي الذي يترك للقاضي حريته في استمداد اقتناعه من أي دليل.^(٢١٤) ومع ذلك فإن ذلك التقييد في الدعوى المدنية إنما يتعلق بالدرجة الأولى بشق الاقتناع الخاص

⁽²¹³⁾ BGHZ 53, 245 NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 1970, 946.

^(٢١٤) أهم قيد وارد على الإثبات في الدعوى المدنية هو عدم جواز إثبات وجود أو انقضاء التصرف - إذا زادت قيمته على مبلغ معين - بغير الكتابة، وذلك وفق التفصيل المنظم في المواد ١٣٤١-١٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي، وينظرها المواد ٦٠-٦٣ من قانون الإثبات المصري والمواد ٢٦٠-٢٦٢ من قانون المرافعات القطري. فإذا كان محل التصرف دون ذلك المبلغ فإنه يختفي الفارق بين نظام الإثبات في الدعوى المدنية والجنائية. ويلاحظ أن معظم تشريعات الدول الأوروبية سوى فرنسا لم تأخذ بهذا القيد في الإثبات المدني. ينظر: حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ٨٤٤؛

Taruffo, "Rethinking the Standards of Proof," 661.

بحرية قبول جميع الأدلة ابتداءً، لا بالشق المتعلق بحريته في تقدير تلك الأدلة بعد قبول طرحها عليه، ففي ذلك تتفق الدعوى المدنية في الجملة مع الدعوى الجنائية.^(٢١٥)

أما درجة الظن المطلوبة في ذلك التقدير للأدلة، والذي هو محل نظر هذا البحث، فإن المدرسة المدنية لا تفرق في الجملة بشكل صريح بين معيار الإثبات المطلوب في الدعوى المدنية والمطلوب في الدعوى الجنائية، فالمطلوب في كلا الحالتين هو "اقتناع" المحكمة،^(٢١٦) وذلك رغم وجود اختلاف بين الأنظمة القانونية ضمن المدرسة المدنية في وضوح التعبير عن هذه المسألة.^(٢١٧) فقد جاءت أحكام المدرسة اللاتينية في الدعوى المدنية بمثل ما جاءت به في الدعوى الجنائية فيما يخص اشتراط اقتناع المحكمة واطمئنانها مع التأكيد على اشتراط كونه مبنياً على الأدلة السائغة الكافية لحمله، بالإضافة إلى سائر الشروط المتعلقة بدليل الاقتناع التي مرت معنا في المطلب الأول من هذا المبحث.

وعلى ذلك فقد ذهب كثير من الباحثين إلى أن هذا الاقتناع في الدعوى المدنية ينبغي أن يبلغ اليقين المعنوي، أو مجاوزة الشك المعقول،^(٢١٨) وألا يساوره أدنى شك،^(٢١٩) شأنه في ذلك شأن

^(٢١٥) من أبرز أمثلة تقييد حرية القاضي في تقدير وزن الدليل في الإثبات المدني الإقرار واليمين الحاسمة، فليس للقاضي أن يردهما أو يجزئ الإقرار بحجة عدم الاقتناع بخلاف الحال في الإثبات الجنائي. ينظر: سرور، الوسيط، ص ١٦.

⁽²¹⁶⁾ Clermont and Sherwin, "A Comparative View," 246; Kinsch, "Probabilité et certitude," 82; Engel, "Preponderance vs. Intime Conviction," 440; Wright, "Belief vs. Probability," 80; Jean-Marc Baissus, "Common v. Continental: A Reaction to Mr. Evan Whitton's 1998 Murdoch Law School Address", *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 5, no. 4 (December 1998): para. 77.

⁽²¹⁷⁾ فتجد المدرسة الألمانية أكثر وضوحاً وتنصيماً من المدرسة اللاتينية على اشتراط بلوغ ذات درجة الاعتقاد المطلوبة في الدعوى الجنائية في الدعوى المدنية، وعلى عدم الاعتداد بمعيار الرجحان، بينما لا يفهم ذلك من المدرسة اللاتينية إلا ضمناً في أكثر الأحيان وفي سياق مناقشة عبء الإثبات.

⁽²¹⁸⁾ Kinsch, "Probabilité et certitude," 81.

⁽²¹⁹⁾ Baissus, "Common v. Continental," para. 77: "On the other hand, the standard of proof required in civil and penal law in France is the same: the judge has to be convinced, without a shadow of a doubt, of a person's fault, be it penal or civil. In other words, there is in French law a direct relationship

الدعوى الجنائية. ومما استدلووا به في ذلك ما هو مقرر في جملة الأنظمة المدنية من حجية الأمر المقضي به في الدعوى الجنائية أمام الدعوى المدنية، وذلك أن القاضي المدني يتقيد بالحكم الجنائي بالنسبة للوقائع التي فصل فيها إذا كان فصل الحكم الجنائي فيها ضرورياً؛ فلو قضت المحكمة الجنائية بالإدانة لثبوت واقعة الخطأ الموجب للعقاب لديها، أو بالبراءة لعدم ثبوتها، لكان ذلك حجة على القاضي المدني فيمتنع عليه بحث ثبوت الخطأ من جديد لأجل القضاء بالتعويض مثلاً، بل يتقيد بما انتهى إليه الحكم الجنائي في هذا الشأن ثبوتاً أو نفيًا. قالوا: فلو كان معيار الإثبات في الدعويين مختلفاً - فكانت درجة الظن المطلوبة في الدعوى المدنية أقل منها في الدعوى الجنائية - لكان التقيد بتلك الحجية غير منطقي بالنسبة لأحكام البراءة، إذ إن البراءة قد يُقضى بها لعدم ثبوت الإدانة بما يبلغ درجة الاقتناع الجنائي، أو مجاوزة الشك المعقول، ولا يلزم من ذلك عدم بلوغ ثبوتها درجة الاحتمال الراجح المقبول في الدعوى المدنية.^(٢٢٠) فلما تبين أن القانون اعتد بحجية الدعوى الجنائية مطلقاً أمام الدعوى المدنية دل ذلك على أن معيار الإثبات فيهما واحد وهو ذات درجة الاقتناع المطلوبة في الدعوى الجنائية.^(٢٢١)

between the civil tort and the penal fault. The outcome is that where a civil and a penal action are concurrently pending, the civil case is stayed until the penal decision is taken.”

^(٢٢٠) وقد التزمت المدرسة الأنجلوسكسونية بهذا اللازم فأجازت القضاء بالتعويض عن الخطأ على أساس رجحانه ولو قضى بالبراءة على أساس عدم ثبوت الإدانة بما يجاوز الشك المعقول. وقد التزم بذلك في قضية (O. J. Simpson) الشهيرة والتي قضى فيها ببراءة المتهم من تهمة قتل شخصين لعدم ثبوته بما يجاوز الشك المعقول، ثم حكم عليه في قضية تالية بالتعويض لأهل المجني عليهما على أساس ثبوت مسؤوليته عن مقتلهما بمعيار الرجحان. ينظر:

Rufo v. Simpson, Cal. App. No. B112612 (Cal. App. 2nd 2001); “Jury unanimous: Simpson is liable.” CNN. February 4, 1997. Accessed August 18, 2019 from <http://edition.cnn.com/US/9702/04/simpson.verdict1/index.html>

⁽²²¹⁾ Kinsch, “Probabilité et certitude,” 88, 89; Baissus, “Common v. Continental,” para. 77.

واستندوا كذلك إلى عدد من الأحكام القضائية في تأييد هذا الفهم، فمن المدرسة الألمانية استدلوا بحكم محكمة ألمانيا الفيدرالية العليا السابق الإشارة إليه والذي اشترط صراحة بلوغ درجة من اليقين صالحة للحياة العملية تسكت الشك دون أن تستبعده بالكلية.^(٢٢٢) أما من المدرسة اللاتينية الأقل صراحة في تناول هذه المسألة فاستندوا إلى ما قرره محكمة النقض الفرنسية من أن "الشك وعدم اليقين المتبقي بعد إبراز الدليل لا بد أن يفسر ضد مصلحة الشخص الذي كان عليه عبء الإثبات"،^(٢٢٣) قالوا: فمفهومه وجوب نفي الدليل لكل شك وإلا فسر الشك المتبقي لمصلحة المدعى عليه وحكم لصالحه. كما قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يكفي القول بمعقولية الواقعة^(٢٢٤) أو كونها عالية الاحتمال^(٢٢٥) لاعتبارها ثابتة، وأن تأسيس الحكم على ذلك مما يستدعي تمييز الحكم. كما قررت محكمة التمييز في بلجيكا أنه لا يكفي أن يثبت المدعي أن السداد أو الواقعة التي أدت إلى انقضاء الالتزام راجحة الاحتمال، بل يجب أن يثبت وجودها يقيناً.^(٢٢٦)

أما في إطار القضاء العربي وخاصة القضاء المصري والقطري فقد يُستدل لهذا الرأي بعدد من الأحكام التي استعملت فيها لغة الجزم واليقين في دعاوى مدنية بما قد يُحمل على التسوية في درجة الظن المطلوبة بين الأحكام المدنية والجنائية. فمن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن إقامة الحكم بعدم نفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الحقيقي على سند من أن الشواهد

(222) BGHZ 53, 245 NJW 1970, 946, *ibid.*

(223) Soc. 31 janvier 1962, Bull. civ. IV, 105, Legifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006959197>, retrieved 2/3/2019.

(224) J. et L. Boré, *La cassation en matière civile* (Paris, 2008), no. 78.141, as cited in Kinsch, "Probabilité et certitude," 88.

(225) Civ. 3e 18 juin 2002, 01-03.429

(226) Cass. 19 décembre 1963, Pas. b. 1964, I, 416, as cited in Kinsch, "Probabilité et certitude," 86.

التي أحاطت بالمالك الظاهر - الذي تصرف بتأجير العقار - قد تصدر من غير مالك هو إقامة للحكم على "دعامة ظنية تقوم على الشك والترجيح ولا تقوم على الجزم واليقين، إذ العبارة التي استعملها الحكم بأن المظاهر قد تصدر من غير مالك لا تنفي أن تلك المظاهر قد تصدر من المالك أيضاً... مما يعيب الحكم ويوجب نقضه." (٢٢٧) ومن أنه "إذا قضت المحكمة برفض دعوى التزوير بناء على أن بصمة الختم الموقع به على السند ولو أنها لا تشبه بصمة الختم الحالي للمدعي إلا أنها قد تكون لختم آخر له إذ ثبت أنه كان له ختم سابق على الختم الحالي وختم آخر لاحق له لم يهتد إلى بصمته فإن هذا السبب لا يصلح لأن يحمل عليه ذلك الحكم إذ الأحكام يجب أن تبني على الجزم واليقين ولا يصح أن تبني على مجرد الاحتمال والتخمين." (٢٢٨) كما صدرت عدة أحكام من محكمة التمييز المدنية القطرية تستعمل لغة الاقتناع القضائي - من اشتراط اطمئنان المحكمة واقتناعها - استعمالاً عاماً لا تخص به الدعوى الجنائية كما تقدمت الإشارة إليه. (٢٢٩)(٢٣٠)

وثمة اتجاه آخر لدى بعض الباحثين يذهب إلى أن الاقتناع القضائي ليس فيه - كأصل عام - تحديد لمعيار إثبات معين، وإنما غاية ما يتطلبه هو تحقق نتيجة محددة هي الاعتقاد

(٢٢٧) نقض مدني ٢٧ فبراير ١٩٩٢ مكتب فني ٤٣ س ٥٥ رقم ١٩٣٧ ج ١ ص ٣٩٢.

(٢٢٨) نقض مدني ١٩ فبراير ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ س ١١ رقم ٤٣ ج ١ ص ٤١٤.

(٢٢٩) ينظر مثلاً: الطعن رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٧ - جلسة ١١/١٢/٢٠٠٧ - س ٣ ص ٤٢٥؛ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ - جلسة ١١/٥/٢٠١٠ - س ٦ ص ٣٥٤؛ الطعن رقم ١٤٢، ١٤٣ لسنة ٢٠١٠ - جلسة ٩/١١/٢٠١٠ - س ٦ ص ٥٢٦؛ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٢٠١٤ - جلسة ١٧/٦/٢٠١٤ - س ١٠ ص ٢٦٩.

(٢٣٠) ومع ذلك فثمة استثناءات على هذا الأصل يعرفها القضاء في بعض الدول الأوروبية أتباع المدرسة اللاتينية وذلك في حالات يعسر فيها الإثبات لأسباب خارجة عن إرادة المدعي أو تتعلق بعسر إثبات محل الإثبات بطبيعته، فمن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف بلكسمبورغ في شأن إثبات قيمة المسروقات في عقود التأمين ضد السرقة المطالب بتنفيذها، إذ لا تبقي السرقة عادة من الآثار ما يكفي لإثبات قيمتها بيقين، فيُنزل عن تطلب إثبات قيمتها بيقين معقول إلى الاحتمال الراجح، لكن لم تبلغ به مبلغ محض الرجحان الأنجلوسكسوني. ينظر:

Cour d'appel 30 octobre 1985, Pas. lux. 26, 362, 364-365; Kinsch, "Probabilité et certitude," 90; Schweizer, "The Civil Standard of Proof," 220.

الصميم والاطمئنان الداخلي واليقين المعنوي في نفس القاضي ووجدانه بقطع النظر عن درجة احتمال الأدلة التي يستند إليها أو قطعيتها، إذ إن غاية المطلوب من المحكمة هو إبداء الحجج والأسباب والاستدلالات المعقولة والكافية لحمل حكمها وفق العرف الثقافي السائد، ولو عُبر عن ذلك بلغة الاحتمالات لم يبلغ أكثر من الاحتمال الغالب لا مجاوزة الشك المعقول. وأن المقصود من اشتراط انتفاء الشك والاحتمال من الأحكام ليس اشتراط مجاوزة الشك المعقول، بل انتفاء التردد في تعبير القاضي عن رأيه؛ فعليه أن يستعمل لغة جازمة لا تردد فيها بثبوت الواقعة سند حكمه ولو كان مستنده في ثبوتها رجحان أدلتها بما لا يبلغ مجاوزة كل شك معقول.⁽²³¹⁾

ولعل لهذا الاتجاه حظاً من النظر، إذ المتأمل في عبارات الأحكام القضائية من المدرسة اللاتينية المستشهد بها من قبل القائلين بمساواة معيار الإثبات المدني للمعيار الجنائي فيها يجد أن لغتها أقرب للانصباب على منع ابتناء الأحكام على التردد والشك المورث لعدم الجزم منها إلى التأكيد على يقينيتها واشتراط بلوغها درجة اليقين، أو مجاوزة الشك المعقول. فالشك المتبقي بعد إبراز الدليل المشار إليه في حكم النقض الفرنسي إنما هو بقاء التردد لدى المحكمة وعدم قدرتها على الجزم، وليس نفي الدليل لكل احتمال معقول ولو كان ضعيفاً، ومثله القول في حكم النقض المصري. أما منع النقض الفرنسي ابتناء الحكم على مجرد القول بمعقولية الواقعة أو كونها عالية الاحتمال فإنما يتعلق بالإثبات بالفرضيات والاحتمالات المجردة دون إثبات ذي تعلق مباشر بالدعوى الماثلة أمام المحكمة، ومثل ذلك القول في حكم التمييز البلجيكي.

وأما استشهادهم بحجية الحكم الجنائي على المدني فلا يبدو بذاك القوة، إذ هو استشهاد بمفهوم النصوص القانونية في مقابل منطوق الأحكام القضائية على الوجه المتقدم بيانه، ولا شك

(231) Taruffo, "Rethinking the Standards of Proof," 667-671.

أن الثاني مقدم، إذ المنطوق أقوى من المفهوم، والأحكام القضائية معتبرة حيث سكت النص، خاصة وهي متعلقة تعلقاً لصيقاً بمحل البحث - وهو الظن في الإثبات - بخلاف النص المتعلق بمسألة حجية الأحكام القضائية؛ فتلك الحجية للأحكام الجنائية أقرب أن يكون قد لوحظ فيها مراعاة حفظ هيبة قوة الأمر المقضي فيه ومنع تضارب الأحكام القضائية منها إلى مراعاة مسألة الظن في الإثبات غير البارزة أصلاً لدى المدرسة اللاتينية.

وعلى ذلك وإذ تكتفي جملة أحكام المدرسة اللاتينية باشتراط انتفاء التردد وعدم الجزم في الأحكام المدنية دون أن تضيف عليه التأكيد على قوة الجزم واليقين - كما هو الحال في الأحكام الجنائية - فإن الأشبه أن درجة الظن المطلوبة في الدعوى المدنية لديهم إنما هي نظيرة لدرجة الظن الغالب، قارب اليقين أو لم يقارب.

الفصل الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي ومدرستي القانون

الوضعي في درجة الظن في الإثبات القضائي

بعد هذا الفحص لاتجاه الفقه الإسلامي في الظن المطلوب في الإثبات القضائي، واتجاه

كل من المدرسة الأنجلوسكسونية واللاتينية من القانون الوضعي يمكننا أن نقارن بينها من عدة

أوجه مع الوقوف على أثر الاختلاف بينها حيث وجد.

وقد جاءت قسمة هذا الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المقارنة من حيث التأصيل العام.

المبحث الثاني: مقارنة درجة الظن في الإثبات القضائي باعتبار نوع الدعوى.

المبحث الثالث: موقف القانون القطري من الظن في الإثبات القضائي.

المبحث الأول: المقارنة من حيث التأصيل العام

المطلب الأول: عدم اشتراط اليقين في الإثبات القضائي

تتفق مدرستا القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي على عدم اشتراط الإثبات بما يبلغ درجة اليقين الذي يقطع كل احتمال، كالعلم الحاصل من علم القاضي الشخصي أو بالتواتر في الفقه الإسلامي، أو كالعقليات والعلم الحسابي في القانون الوضعي، ويصرح القانونيون أن الحقيقة القضائية إنما هي حقيقة نسبية لا مطلقة. ومأخذ الجميع واحد في ذلك وهو تعذر أو تعسر الوقوف على ذلك اليقين عادةً في الإثبات القضائي بما يجعل اشتراطه سبباً لفوات "مصالح كثيرة خوفاً من مفسد قليلة"^(٢٣٢) وفق تعبير العز بن عبدالسلام، أو سبباً لفشل القانون في حماية المجتمع وفق تعبير بعض الأحكام القضائية.^(٢٣٣) وزاد الفقه الإسلامي على ذلك الاهتداء بنصوص الوحي التي وردت بالقضاء بما لا يفيد اليقين كالقضاء بالشاهدين.

المطلب الثاني: لا عبرة بالظن إلا بدليل

تتفق مدرستا القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي على عدم اعتبار الظن غير المبني على دليل في الإثبات القضائي، فقررت المدرسة الأنجلوسكسونية أن تحقق معيار الإثبات إنما يعتبر بعد النظر في الأدلة المقدمة في الدعوى، كما اشترطت المدرسة اللاتينية أن يكون الاقتناع مبنياً على أسباب وأدلة قدمت في الدعوى سائغةً للإيصال للنتيجة التي توصلت إليها المحكمة. وبذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامي أن الظن لا يكون طريقاً للحكم إذا لم يكن عن أمانة ودليل.

^(٢٣٢) ابن عبدالسلام، شجرة المعارف، ص ٣٠٨

^(٢٣٣) Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372, 373.

المطلب الثالث: تحديد مظان الظن المعتمد

رغم اتفاق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي على مبدأ اشتراط درجة معينة من الظن في الإثبات القضائي إلا أن الفقه الإسلامي تميز بوضعه مظاناً لتحقيق تلك الدرجة متمثلة في أنصبة الشهادة الواردة في النصوص الشرعية، وهو بذلك أشبه بنظام الأدلة القانونية الذي يقيد فيه القانون القاضي في نوع الأدلة المقبولة لإثبات الدعوى، مع إعطاء الفقه الإسلامي القاضي الحق في تقدير الأدلة وردّها عند الاشتباه. وقد مكن هذا النظام الفقه من اعتبار تلك الأنصبة أصولاً ومؤشرات يقاس عليها ما يشبهها من أنواع الدعاوى في درجة الظن المطلوبة فيها.

وقد صرح ابن القيم بجواز بلوغ تلك الدرجات من الظن بغير طريق تلك الأنصبة إذا قوي الظن بها، ف"الله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمانة."^(٢٣٤) وهذا القول أشبه بنظام الاقتناع القضائي، أو نظام الحرية في الإثبات السائد في مدرستي القانون الوضعي، والتي تتميز بالتركيز على تحقيق المقصد، وهو تحقق الدرجة المطلوبة من الظن، مع إهمال تحديد مظان لتحقيقها تاركاً ذلك لاجتهاد القضاة وتقديرهم بأي طريق بلغوا تلك الدرجة من طرق الإثبات المشروعة.

أثر هذا الاختلاف

يترتب على هذا الاختلاف أن الأصل في القانون الوضعي أن ينظر القاضي إلى ما تحدّثه الأدلة في نفسه من قوة في الظن والاقتناع دون استبعاد ابتدائي لأي دليل من اعتباره في إحداث ذلك الأثر ودون تقيد بتحقيق نصاب معين في الإثبات من عدمه. أما في الفقه الإسلامي فالأصل

^(٢٣٤) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٣.

نظر القاضي إلى تحقق نصاب الإثبات باعتباره مظنة تحقق درجة الظن المطلوبة في مثل الدعوى المنظورة، فإن تحققت دون أن تُشأب بما يوهنها أو يضعفها في نظر القاضي وإلا رفضت الدعوى؛ وذلك ما لم تكن الأدلة من القوة بحيث توازي أو تزيد على ما يحدثه النصاب من ظن فحينها يعتد بها رغم عدم تحقق النصاب وفق رأي ابن القيم.

ويرى الباحث أن تحديد الأنصبة وفق ما عليه الفقه الإسلامي أضبط للقضاء من جهة من نظام الاقتناع القضائي القائم على مبدأ حرية الإثبات، دون أن يتخلى عن المرونة التي يتوخاها الاقتناع القضائي من جهة أخرى. فهو أضبط من جهة الحفاظ على الحقوق ألا تستباح بضعيف الأدلة بناءً على توهم تحقق الظن المعترف عند القاضي. وهو يحافظ على المرونة من جهة أخرى إذ لا يلغي تحديد الأنصبة في الفقه الإسلامي سلطة القاضي في تقديرها وردها إن لم يطمئن إليها، كما أنه لا يمنع - وفق رأي ابن القيم - الإثبات بغيرها من وسائل الإثبات إن قويت وبينت الحقيقة بما يساوي أو يجاوز درجة الظن التي تورثها الأنصبة. إضافة إلى ذلك فإن تحديد الأنصبة يفتح الباب للاجتهاد في قياس مختلف الأدلة عليها فيما تورثه من الظن وفيما تقبل فيه تلك الأدلة من الدعاوى بما يعتبر مدخلاً لإثراء فقه الإثبات وتطوره. (٢٣٥)

(٢٣٥) ينظر في ذلك مثلاً ملاحظة ابن فرحون لأصل وزن الشاهدين والشاهد في الإثبات في تحليله لدليل النكول عن اليمين، فقال: "وأصل هذا الباب إقامة السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد الواحد. وبيان ذلك أن الدعوى إذا لم تقم عليها بينة، ونكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعي حلف واستحق حقه باجتماع نكول المدعى عليه ويمين المدعي، فكما كانت تجب اليمين مع الشاهد وجبت مع النكول، فالنكول سبب يقوم مقام الشاهد الواحد، واليمين تقوم مقام الشاهد الآخر، فيستحق بذلك حقه كما يستحق بالشاهدين، فإن نكل المدعي عن اليمين فلا شيء له. وإن أقام على الدعوى شاهداً فنكل الذي قام له الشاهد، حلف الآخر وبرئ؛ لأن يمينه تكافئ شاهد المدعي، فيسقط الطلب، فإن نكل المطلوب بعد رد اليمين عليه غرم؛ لأن نكوله سبب ثان يقوي دعوى الطالب، فوجب الحق لاجتماع السببين كما يجب بالشاهدين، وحاصله أن الحق لا يثبت بسبب واحد، كما لا

المطلب الرابع: وضوح التعبير عن مسألة الظن في الإثبات القضائي

يلاحظ أن لكل من الفقه الإسلامي والمدرسة الأنجلوسكسونية تصوراً واضحاً لمسألة الظن الذي تبني عليه الأحكام القضائية، فظهر هذا الوضوح في الفقه الإسلامي على شكل وضوح الفارق بين مراتب الإدراك من شك وظن وغالب ويقين، ووضوح ما يصح التعويل عليه منها، وكذلك في التفاعل بين تلك المراتب وأنصبة الإثبات ووسائله التي ورد بها الشرع لأنواع الدعاوى القضائية. أما في المدرسة الأنجلوسكسونية فظهر في وضوح واستقرار فكرة أن الإثبات القضائي إنما هو إثبات احتمالي لا يكاد يبلغ القطع، ومن ثم التفرع على ذلك بتحديد درجات الاحتمال المقبولة في الدعاوى الجنائية والمدنية والتحديد الواضح لأوصاف تلك المعايير.

أما المدرسة اللاتينية فرغم الإقرار الموجود في كتب شراح القانون بعدم إمكان بلوغ اليقين القاطع لكل احتمال في الإثبات القضائي إلا أن ذلك لم ينعكس إقراراً بظنيتها ودخول الاحتمال فيها في القانون والأحكام القضائية لهذه المدرسة، فضلاً عن التفرع على ذلك تفريقاً بين الاحتمال المؤثر والاحتمال غير المؤثر، بل حيثما ورد الاحتمال والظن وردا منفيين ومقترنين بالتردد والتخمين والشك، ثم في الدعاوى المدنية يأتي التأكيد على تحقق اقتناع المحكمة واطمئنانها، وفي الدعاوى الجنائية يأتي التأكيد على تحقق الجرم واليقين، وأن مجرد التشكك كاف للقضاء بالبراءة.

أثر هذا الاختلاف

ينعكس أثر هذا الاختلاف على وضوح تصور القاضي والمتقاضى لكيفية التعامل مع الاحتمال الذي يرد في الإثبات القضائي، فالمدرسة اللاتينية من شأن تعبيرها عن هذه المسألة أن

يثبت بشاهد واحد." فيمكن أن يعتبر مثل هذا النص مثلاً يحتذى لقياس غير ذلك من الأدلة على أنصبة الإثبات ثم التفرع على ذلك بإعطائها آثارها كوجوب توجيه يمين متممة وغير ذلك من الآثار. تبصرة الحكام، ج ١ ص ٣٣١.

يوقع أتباعها في إنكار وجود الاحتمال أصلاً في الحكم المؤيد لدعوى المدعي لتوهم أن مجرد وجوده يتنافى مع الاقتناع والاطمئنان والجزم واليقين، ومن شأنه كذلك أن يوقع في خطر رفض الدعوى أو القضاء بالبراءة لمجرد الاحتمال المستبعد أو غير المبني على دليل لتوهم دخول ذلك في التشكك أو عدم الاطمئنان الذي ترفض بمثله الدعوى، أو تدرأ بمثله العقوبة. أما كل من الفقه الإسلامي والمدرسة الأنجلوسكسونية فمن شأن تعبيرهما الذي يتسم بالتمييز الواضح بين الظن والاحتمال المؤثر وغير المؤثر أن يدفع هذا التوهم من ذهن أتباعهما.

المبحث الثاني: مقارنة درجة الظن في الإثبات القضائي باعتبار نوع

الدعوى

يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في التمييز بين درجة الظن المطلوبة في الدعوى الجنائية والمطلوبة في الدعوى المدنية، ثم إنه يظهر بعد ذلك التقارب بينهما في درجة الظن المطلوبة في الدعاوى الجنائية، بينما يظهر نوع من التمايز في درجة الظن المطلوبة في الدعاوى المدنية.

المطلب الأول: الدعاوى الجنائية

أما الدعاوى الجنائية فقد ذهبت المدرسة الأنجلوسكسونية إلى تحديد الظن المطلوب فيها بمعيار الإثبات بما يجاوز الشك المعقول، أي: رجحان الاعتقاد الذي لا يبقى معه في مقابله إلا احتمالاً أو احتمالات ضعيفة لا يعتد بها الإنسان السوي المعتدل في حيظته عند إقدامه على تدبير أمر مهم من شؤونه. وتبين مناظرة هذا المعيار لمرتبة الظن الغالب أو الاعتقاد الجازم في اصطلاح الفقه الإسلامي إذا قارب اليقين، أو القطع على القول بعدم اشتراط أن ينتفي معه إلا الاحتمال غير الناشئ عن دليل والموسوم بعلم الطمأنينة لدى الحنفية.^(٢٣٦)

أما المدرسة اللاتينية فمعيار الدعوى الجنائية في القضاء هو "الجزم واليقين" الذي ينتفي معه "الاحتمال والتخمين"، وفي الفقه هو الاقتناع الشخصي للقاضي البالغ حداً مقارباً لليقين، أو البالغ ما يوصف بـ "اليقين المعنوي"، والمؤسس على أسباب وأدلة موضوعية تبلغ من القوة والقطع ما من شأنه أن يحدث تلك الدرجة من الاقتناع. وقد انتهى الباحث إلى أن الظن الغالب المقارب

^(٢٣٦) ينظر ص ٥٨ من هذا البحث.

لليقين الذي تطلبه المدرسة الأنجلوسكسونية هو ذات الدرجة التي تطلبها المدرسة اللاتينية في الدعوى الجنائية، خاصة مع تخصيصها الدعاوى الجنائية - دون الدعوى المدنية - بلغة التأكيد على تطلب الجزم واليقين، لا مجرد "الترجيح"، وأن يكون ذلك الجزم مبنياً على أدلة "قطعية"، واشترطها انتفاء الاحتمال والتخمين، وأنه يكفي أن يتشكك القاضي الجنائي في صحة إسناد التهمة لكي يقضي بالبراءة.^(٢٣٧)

وبذلك فثمة تقارب في القانون الوضعي مع درجة الظن التي يتطلبها الفقه الإسلامي في الجنايات، وخاصة في الحدود والقصاص، إذ قرر الفقه قاعدة درء الحدود بالشبهات، وأن الشبهة كافية لدراء العقوبة "وإن ضعفت" - وفق قول الشاطبي -، ولو لم تبلغ درجة قلب الظن إلى شك أو وهم، ما دامت مبنيةً على دليل. وهذا نظير لمنع الإدانة مع وجود الاحتمال المعقول لدى المدرسة الأنجلوسكسونية، كما يناظر كفاية تشكك القاضي الجنائي ليقضي بالبراءة لدى المدرسة اللاتينية. وقد وسع الفقه الإسلامي من محل تطبيق هذه القاعدة عن الاستعمال المعهود في القانون الوضعي، فقرر درء العقوبة بوجود شبهة في ثبوت تحريم أو تجريم الفعل ابتداءً، أو بوجودها في علم الجاني بالتحريم عند الحنفية وفق الأحوال والضوابط المذكورة في كتبهم. وقد ظهر أثر اعتبار درجة ظن مرتفعة في الجنايات في الفقه الإسلامي على أنصبه الشهادة فيها أيضاً حيث لم يقبلوا فيها بأقل من شهادة رجلين، وخصوا الزنا باشتراط الثبوت بأربعة شهود، ومنعوا شهادة النساء فيها، ولم يقبلوا بتوجيه اليمين الأصلية في الحدود.

أما التعازير فقد تبين مخالفة القانون لاتجاه جمهور الفقهاء في درجة الظن المطلوبة فيها، حيث شاع لديهم ثبوتها بمعيار الظن ذاته الذي تثبت به الأموال وبطرق الإثبات نفسها، ولم يطبقوا

^(٢٣٧) يراجع ص ٨٠ من هذا البحث.

قاعدة درء الحدود بالشبهات عليها بل صرحوا بثبوتها مع الشبهة؛ بينما لم يفرق القانون في درجة الظن المطلوبة بين أنواع الجرائم بل تطلب مجاوزة الشك المعقول أو مقاربة اليقين في الجميع. وقد تبين ذهاب بعض المعاصرين إلى عدم وجود ما يمنع شرعاً من رفع درجة الظن المطلوبة في التعازير بحيث يمكن درؤها بالشبهات لعموم مبدأ "الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة"، ولخطورة أمر العقوبات ولضمان مصلحة المتهمين.^(٢٣٨)

أثر هذا الاختلاف

يؤثر هذا الاختلاف على درجة الحماية المعطاة للمتهم على أساس قرينة البراءة، فتتفق كل من مدرستي القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في الجملة على عدم جواز قلب تلك القرينة إلا بظن يبلغ من القوة ما يحدث في نفس القاضي الجنائي الجزم والاطمئنان، أو بما يأخذ بالقلب ويقارب اليقين، بثبوت الجريمة، وعلى كفاية عروض الشبهة والاحتمال الضعيف المبني على دليل لدراء العقوبة الجنائية.

ومع ذلك فقد أضعف الفقهاء المتقدمون من تلك القرينة في باب التعازير حيث أجازوا إثباتها بظن غالب نظير لما تثبت به الأموال، ولو مع وجود الشبهة. ولعل ذلك إنما كان اعتباراً لخفة العقوبات التعزيرية في الأصل عن عقوبات جرائم الحدود والقصاص في الفقه الإسلامي، لا إضعافاً لقرينة البراءة بحد ذاتها، وقد تبين ذهاب بعض المعاصرين لعدم منع القواعد العامة للشريعة

^(٢٣٨) يلاحظ أن محاكم المملكة العربية السعودية نحت حديثاً هذا الاتجاه حيث صدر تعميم قضائي بمنع العقوبة بناءً على الشبهة أو توجه التهمة، بل لا بد من التصريح الجازم بثبوت الإدانة. ينظر: "المجلس الأعلى للقضاء: لا عقوبة للشبهة.. إما إدانة أو براءة"، صحيفة عكاظ، ٢٠١٩/١/٣.

<https://www.okaz.com.sa/article/1696686>

- ككون الخطأ في العفو خيراً من الخطأ في العقوبة - من رفع مستوى الظن المطلوب فيها إلى ما يقارب الحدود والقصاص.

المطلب الثاني: الدعاوى المدنية

ثمة اختلاف بين المدرسة الأنجلوسكسونية والفقهاء الإسلاميين في درجة الظن المطلوبة في الإثبات في الدعاوى المدنية في مقابل تقارب من الفقهاء مع المدرسة اللاتينية، فقد حددت المدرسة الأنجلوسكسونية معيار "رجحان الأدلة" أو "الرجحان على ميزان الاحتمالات" كمعيار للإثبات المدني، أي رجحان الاعتقاد، أو الظن، الناشئ عن الأدلة بكون وقوع محل الإثبات "متمملاً أكثر منه غير متمم"، ولو كان الرجحان "بوزن ريشة"؛ وقد تبين من مقارنة هذا المعيار لأدنى درجة من درجات الظن وفق اصطلاح الفقهاء الإسلاميين ولو لم تصحبه قوة^(٢٣٩) وقد تبين أن الفقهاء لا يعتبرون الظن غير القوي الذي لا يأخذ بالقلب ولا تسكن إليه النفس كأصل عام في الإثبات القضائي، فلذا لم يُجوز جمهورهم القضاء بالشاهد الواحد في الأموال إلا أن يتقوى بيمين المدعي، مع أن الشاهد الواحد قد يفيد لوحده رجحان جانب المدعي.^(٢٤٠)

أما المدرسة اللاتينية فلم تفرق بين الدعاوى المدنية والدعاوى الجنائية بشكل صريح في الظن المطلوب في الإثبات، وإنما اكتفت باشتراط تحقق الاقتناع القضائي في الجميع، فوصفت الظن المطلوب بتحقيق اقتناع المحكمة واطمئنانها وانتفاء التردد وعدم الجزم عنها، مع الاشتغال بالتأكيد على ضرورة تحقق شروط سند ذلك الاقتناع من قيامه أساس أدلة وأسباب سائغة وكافية للإيصال للنتيجة التي توصلت إليه المحكمة. وإذ لاحظ الباحث غياب لغة التأكيد على قوة ويقينية

^(٢٣٩) ينظر ص ٦٥ من هذا البحث.

^(٢٤٠) ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٦٧، ٦٨.

سند الأحكام المدنية، خلافاً للأحكام الجنائية، فإنه ترجح له مناظرة الظن المطلوب فيها لمرتبة الظن الغالب في الفقه الإسلامي دون اشتراط مقارنته اليقين. وبهذا تكون المدرسة اللاتينية متفقة مع اتجاه الفقه الإسلامي في هذا الباب، والذي لم يقبل بأقل من الظن الغالب فيه.

ثم إن القضاء الأمريكي من المدرسة الأنجلوسكسونية تميز بتخصيص بعض المسائل التي تتسم بنوع من الخطورة بمعيار إثبات أعلى من معيار الدعوى المدنية المعتادة وأدنى من معيار الدعوى الجنائية، وهو معيار "الأدلة الواضحة والمقنعة"، والتي يكون الثبوت فيها "راجحاً بقوة"، وإن لم يبلغ درجة مجاوزة الشك المعقول الجنائي؛ وهو ما يعتبر مناظراً لدرجة الظن الغالب في الفقه. ومن أمثلة تلك المسائل التي حُصت بهذا المعيار إثبات النسب وإسقاط حقوق الوالدين والحجر وقضايا إسقاط الجنسية والترحيل والإيداع غير الاختياري بالمصحات النفسية. والملاحظ تعلق كثير من هذه المسائل بأحكام الأبدان أكثر من تعلقها بالأموال - وإن لم يحصره القضاء الأمريكي فيها -، وهو ما يتشابه مع الاتجاه العام للفقه الإسلامي الذي خص أحكام الأبدان ومسائل الأسرة بمرتبة وسط في الظن المطلوب في الإثبات بين المعاملات والجنايات، فبينما قبل بعض الفقهاء - كما هو المذهب الحنفي ورواية عند الحنابلة - إثباتها بشهادة رجل وامرأتين إلحاقاً لها بالمعاملات، ذهب الجمهور إلى منع الإثبات بذلك وبالشاهد واليمين فيها إلحاقاً لها بالجنايات. كما منع الحنفية والحنابلة من توجيه اليمين الأصلية فيها في سبع مسائل لخطورتها قياساً على الحدود. أما المدرسة اللاتينية والقضاء البريطاني من المدرسة الأنجلوسكسونية فلم يخص تلك المسائل بمعيار إثبات مميز عن سائر أنواع المسائل المدنية.

أثر هذا الاختلاف

يؤثر هذا الاختلاف على درجة حماية المرجحات الأولية للمدعى عليه في هذه الأنظمة، فبينما يكفي أدنى رجحان لجانب المدعي لتزول عنه تلك الحماية في المدرسة الأنجلوسكسونية فإن المدعى عليه في المدرسة اللاتينية وفي الفقه الإسلامي يتمتع بدرجة حماية أكبر لوضعه القانوني إذ لا يجوز تغييره بغير ظن غالب.

وكذلك يؤثر هذا الاختلاف في درجة حرص القاضي على الاستيثاق من ثبوت ادعاء المدعي في الدعوى المدنية، فبينما يكتفي القاضي الأنجلوسكسوني بحدوث أدنى رجحان في نفسه، فإن القاضي اللاتيني والإسلامي سيحرص على نفي التردد الذي قد يصحب ذلك الرجحان بما لديه من وسائل إثبات، كتوجيه يمين الاستظهار أو تحليف الشهود، فإن لم ينتف التردد ويتحقق الاطمئنان وتسكن النفس فلن تقبل دعوى المدعي ولو ترجح جانبه.

المبحث الثالث: موقف القانون القطري من الظن في الإثبات القضائي

سلك القانون القطري باعتبار نظامه القانوني من ضمن المدرسة اللاتينية مسلك تلك المدرسة في موقفها من الظن في الإثبات القضائي، وهو اشتراط اقتناع المحكمة واطمئنانها المبني على الأدلة المقدمة في الدعوى والسائغة للإيصال للنتيجة التي توصلت إليها المحكمة، ويضاف إلى ذلك في الدعوى الجنائية اشتراط ابتناء الأحكام على الجرم المقارب لليقين، المبني على الأدلة المقاربة للقطع بمفردها أو مجموعها، مع انتفاء التردد والتخمين، وكفاية تشكك المحكمة في صحة نسبة التهمة لتقضي بالبراءة. وقد تبين مناظرة ذلك للظن الغالب في الدعوى المدنية، وللظن الغالب المقارب لليقين، أو للقطع الذي لا تنتفي معه إلا الاحتمالات الناشئة عن دليل، في الدعوى الجنائية.^(٢٤١)

^(٢٤١) ينظر ص ٨٠، ٨٧ من هذا البحث.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، توصل الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات

يشير إليها فيما يأتي:

أولاً: نتائج البحث:

تمحور البحث حول أربعة أسئلة وهي: التصور الإسلامي لمراتب الإدراك ومفهوم الظن ومحلها منها، حكم العمل بالظن في الفقه الإسلامي والدرجة المطلوبة منه في الإثبات القضائي في مختلف أنواع الدعاوى، درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي في الدعاوى الجنائية والمدنية في كل من مدرستي القانون الوضعي الأنجلوسكسونية واللاتينية، ومدى توافق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في درجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي ومحل القانون القطري من ذلك. وقد نتج عن هذه الأسئلة النتائج الآتية:

١- تتحصل مراتب الإدراك المشتهرة لدى الأصوليين في ست مراتب هي: العلم والاعتقاد

والظن والشك والوهم والجهل المركب.

٢- الظن لغةً يتردد استعماله بين الشك واليقين، واصطلاحاً هو الحكم الراجح غير الجازم.

٣- الظن درجات متفاوتة غير محصورة بتبدي من الدرجة التي فوق الشك بأدنى رجحان لأحد

الطرفين، وتقوى تدريجياً حتى تصل إلى ما دون اليقين، فإن بلغت اليقين خرجت عن

مسمى الظن.

٤- قسم كثير من العلماء الظن إلى درجتين: الظن الغالب: وهو الظن القوي إذا أخذ به القلب،

والظن: وهو ما دون ذلك.

٥- قد يطلق الفقهاء وصف غلبة الظن ويريدون به مجرد الظن، كما قد يطلقون وصف اليقين ويريدون به الظن الغالب إلحاقاً له باليقين. وكذلك يجعلون الظن من قبيل الشك، إذ الشك لديهم بمعنى مطلق التردد، سواء استوى الطرفان أو ترجح أحدهما.

٦- اليقين لغةً هو العلم بالشيء وتحققه وزوال الشك، واصطلاحاً هو عبارة عن الحكم الجازم الذي ينتفي معه كل احتمال، وهو مرتبة واحدة يقطع فيها بانتفاء كل احتمال آخر ولا يقبل التفاضل أو التردد بوجه من الوجوه؛ وقد ذهب بعض العلماء إلى اشتراط مطابقته الواقع وكونه ناشئاً عن دليل.

٧- يطلق القطع عند الأصوليين على ما لا يكون فيه احتمال أصلاً، وعلى ما لا يكون فيه احتمال ناشئ عن دليل، والمعنى الثاني هو ما يطلق عليه الحنفية اسم علم الطمأنينة، وفيه تداخل مع مرتبة الظن الغالب المقارب لليقين.

٨- يتفق الأصوليون والفقهاء في الجملة على أصل وجوب، أو جواز العمل بالظن في الأحكام الشرعية العملية، ومنها الإثبات القضائي. وأنه يشترط لجواز العمل به أن يكون ناشئاً عن دليل، فإن لم يستند إلى دليل فيعد من قبيل الوهم أو الشك.

٩- عدل الفقه الإسلامي عن تطلب اليقين إلى الاكتفاء بغلبة الظن كأصل عام في الإثبات القضائي، وذلك لأدلة سمعية منها قضاء النبي ﷺ بشهادة الاثنين وبيمين المدعي مع نكول المدعى عليه، وهي لا تفيد إلا ظناً، وللمصلحة والحاجة، إذ يتعذر أو يتعسر القطع واليقين في مجال الإثبات القضائي عادةً إلا بمشقة شديدة لا تأتي بمثلها الشرعية.

١٠- وضع الشرع مظاناً لتحقيق درجة الظن المطلوبة في مختلف أنواع الدعاوى متمثلة في أنصبة الشهادة المتنوعة، واعتبر الفقهاء تلك المظان في تفرعاتهم فيها.

١١- يعتبر الظن الحاصل عند شهادة رجلين هو المعيار العام لدرجة الظن المطلوبة في الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي، إذ تعتبر حجة كاملة في إثبات كافة أنواع الدعاوى في الجملة ما خلا الزنا، مع ضرورة التحقق من توفر شروط الشهادة في الشاهدين وانتفاء أسباب التهمة عنهما.

١٢- فيما وراء شهادة الرجلين فقد تخفف الفقه في الإثبات في المعاملات بإجازته الإثبات فيها بما يفيد درجة ظن أقل، كشهادة الرجل والمرأتين والرجل مع يمين المدعي، معللاً ذلك بدعاء الحاجة وقلة خطر أمر الأموال.

١٣- تشدد الفقه في الظن المطلوب في الجنايات بعدم إجازته إثباتها بما دون شهادة رجلين وبإسقاطه عقوباتها بالشبهات، فالمطلوب فيها هو ظن قوي يكاد يبلغ اليقين حتى إن ورود الاحتمال - ولو لم يبلغ درجة قلب الظن إلى شك أو وهم - كافٍ لدرء العقوبة عن المدعى عليه. أما التعازير فقد جرت كتب الفقه المتقدمة على ثبوتها بما يثبت به المال وعدم سقوطها بالشبهات، وذهب بعض المعاصرين إلى عدم وجود مانع شرعي من إسقاطها بها كسائر العقوبات.

١٤- يتردد الفقه في قوة الظن المطلوبة في مسائل الأسرة بين باب المعاملات وباب الجنايات، فنقاس فيما تثبت به تارة على الأموال وتارة على الحدود والقصاص. وبهذه النتائج يتبين حكم العمل بالظن والدرجة المطلوبة منه في الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي.

١٥- درجة الظن، أو معيار الإثبات، المطلوب في الدعوى الجنائية لدى المدرسة الأنجلوسكسونية هو مجاوزة الشك المعقول، ويعني رجحان الاعتقاد الذي لا يبقى معه في

مقابله إلا احتمالاً أو احتمالات ضعيفة لا يعتد بها الإنسان السوي المعتدل في حيطةه عند إقدامه على تدبير أمر مهم من شؤونه، وهو نظير لمرتبة الظن الغالب المقارب لليقين، أو القطع على القول بعدم اشتراط أن ينتفي معه إلا الاحتمال غير الناشئ عن دليل.

١٦- معيار إثبات الدعوى المدنية لدى المدرسة الأنجلوسكسونية هو رجحان الأدلة، أو الرجحان على ميزان الاحتمالات، ويعني رجحان الاعتقاد الناشئ عن الأدلة بكون وقوع محل الإثبات "محتملاً أكثر منه غير محتمل"، ولو كان ذلك بأدنى رجحان. وهو مناظر لأدنى درجة من درجات الظن ولو لم تصحبه قوة.

١٧- خص القضاء الأمريكي من المدرسة الأنجلوسكسونية بعض المسائل التي تتسم بنوع من الخطورة بمعيار إثبات أعلى من معيار الدعوى المدنية المعتادة وأدنى من معيار الدعوى الجنائية، وهو معيار "الأدلة الواضحة والمقنعة"، والتي يكون الثبوت فيها "راجحاً بقوة"، وإن لم يبلغ درجة مجاوزة الشك المعقول الجنائي. وهو مناظر لدرجة الظن الغالب.

١٨- معيار إثبات الدعوى الجنائية لدى المدرسة اللاتينية في القضاء هو "الجزم واليقين" الذي ينتفي معه الاحتمال والتخمين، وفي الفقه هو الاقتناع الشخصي للقاضي البالغ حداً مقارباً لليقين، أو البالغ ما يوصف بـ "اليقين المعنوي"، والمؤسس على أسباب وأدلة موضوعية تبلغ من القوة والقطع ما من شأنه أن يحدث تلك الدرجة من الاقتناع. وهو مناظر لدرجة الظن الغالب المقارب لليقين، أو القطع على القول بعدم اشتراط أن ينتفي معه إلا الاحتمال غير الناشئ عن دليل.

١٩- معيار إثبات الدعوى المدنية هو اقتناع المحكمة واطمئنانها وانتفاء التردد وعدم الجزم عنها. ومع غياب لغة التأكيد على قوة ويقينية سند الأحكام المدنية، خلافاً للأحكام

الجنائية، فإن هذا المعيار يعتبر مناظراً لمرتبة الظن الغالب في الفقه الإسلامي دون اشتراط مقاربتة اليقين.

٢٠- تتفق مدرستا القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في عدم اشتراط الإثبات بما يبلغ درجة اليقين الذي يقطع كل احتمال، وذلك لتعذر أو تعسر الوقوف على ذلك اليقين عادةً في الإثبات القضائي.

٢١- تتفق مدرستا القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في عدم اعتبار الظن غير المبني على دليل في الإثبات القضائي.

٢٢- يتميز الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي بوضعه مظاناً لتحقيق تلك الدرجة متمثلة في أنصبة الشهادة الواردة في النصوص الشرعية بما يشبه نظام الأدلة القانونية، مع جواز بلوغ تلك الدرجات من الظن بغير طريق تلك الأنصبة إذا قوي الظن بها وفق قول بعض أهل العلم كابن القيم.

٢٣- يتفق الفقه الإسلامي ومدرستي القانون الوضعي على اشتراط درجة عالية من الظن مقارنة لليقين في الإثبات في دعاوى الجنائية، وخاصة في جرائم الحدود والقصاص، فقاعدة درء الحدود بالشبهات مناظرة لمنع الإدانة مع وجود الاحتمال المعقول لدى المدرسة الأنجلوسكسونية، وكفاية تشكك القاضي الجنائي ليقضي بالبراءة لدى المدرسة اللاتينية، هي القاعدة التي رأى معاصرون عدم وجود مانع شرعي من تطبيقها على جرائم التعازير كذلك.

٢٤- وسع الفقه الإسلامي من محل تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات عن الاستعمال

المعهود في القانون الوضعي، فقرر درء العقوبة بوجود شبهة في ثبوت تحريم الفعل أو تجريمه ابتداءً، أو بوجودها في علم الجاني بالتحريم في أحوال عند الحنفية.

٢٥- يختلف الفقه الإسلامي مع المدرسة الأنجلوسكسونية في معيارها العام في إثبات

الدعوى المدنية، إذ يجيز معيارها القضاء لصالح المدعي بمحض الرجحان ولو لم تصحبه قوة، بينما يمنع الفقه الإسلامي كأصل عام القضاء بالظن الضعيف الذي لا يأخذ بالقلب ولا تسكن إليه النفس.

٢٦- يتفق الفقه الإسلامي مع المدرسة اللاتينية في معيار إثبات الدعوى المدنية، والذي

لا يقبل الإثبات بما دون الظن الغالب وإن لم يشترط مقارنة اليقين.

٢٧- يتشابه اتجاه القضاء الأمريكي من المدرسة الأنجلوسكسونية في تخصيصه بعض

المسائل المدنية التي تتسم بنوع من الخطورة بمعيار أعلى من المعيار العام لإثبات الدعوى المدنية مع اتجاه الفقه الإسلامي في مسائل الأسرة والتي تتردد درجة الظن المطلوبة فيها بين مسائل المعاملات والجنايات.

٢٨- يتسم تصور كل من الفقه الإسلامي والمدرسة الأنجلوسكسونية لمسألة ظن الذي

تبنى عليه الأحكام القضائية بالوضوح والتحديد لمراتب الإدراك وما يصح التعميل عليه منها في الإثبات القضائي، أما المدرسة اللاتينية فيتسم تصورها بالغموض والإجمال في طبيعة اليقين الذي تؤكد على اشتراطه وطبيعة الاحتمال والظن الذي تؤكد على انتقائه، وفي ضعف إظهار الفارق بين معيار كل من الدعوى المدنية والدعوى الجنائية.

٢٩- سلك القانون القطري باعتباره من الأنظمة القانونية اللاتينية مسلك تلك المدرسة

في التعبير والتصوير لمسألة الظن المطلوب في الإثبات القضائي، ولم يلاحظ شذوذه في الجملة عن ذلك الاتجاه.

ثانياً: التوصيات:

وبعد انتهاء الباحث من بحث مسألة بناء الأحكام القضائية على الظن بين الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي يوصي بما يأتي:

١- تجنب القضاء القطري المثير للبس من تعبيرات المدرسة اللاتينية في باب الظن المقبول

في إثبات أنواع دعاوى، خاصة ما يتعلق بمصطلحات اليقين والقطع والظن والشك، وتبني

اصطلاحات الفقه الإسلامي في هذا الباب لكونها أكثر دقةً وتحديداً، ولما في ذلك من

ربط للقانون القطري بترائه الفقهي الإسلامي وإحياء له في القضاء في هذا الباب.

٢- نشر الوعي بمراتب الإدراك لدى الأصوليين وحجية الظن ودرجته المطلوبة في الإثبات

القضائي في الفقه الإسلامي بين القانونيين عامة والقضاة والمحامين خاصة، والتنبية إلى

طريقة تفاعل هذه المسألة مع وسائل الإثبات واستعمالاتها في القضاء.

٣- مزيد عناية بدراسة مرتبة الظن الغالب المقارب لليقين وتطبيقاته خاصة وبدرجة الظن

المطلوبة في مختلف المسائل الفقهية عامة في الفقه الإسلامي، وتتبع تفرعات الفقهاء

على أساسها واستخلاص القواعد العامة الضابطة لها والنظر فيما عسى أن يقاس عليها

من النوازل المعاصرة.

٤- دراسة الأصول الفلسفية لنظرية الاحتمالات في الفكر الغربي ومقارنتها بمراتب الإدراك ومصادرها في التراث الإسلامي.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

إبراهيم: أحمد وإبراهيم: واصل علاء الدين أحمد، طرق الإثبات الشرعية، (المكتبة الأزهرية للتراث: د.م، ط٤، ٢٠٠٣م).

أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند أحمد، تحقيق: أحمد محمد شاكر، (دار الحديث: القاهرة، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

الأحمد نُكري: القاضي عبد النبي بن عبد الرسول، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون المعروف بدستور العلماء، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م).

الأصفهاني: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقاء، (دار المدني: السعودية، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).

الأمدي: أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، (المكتب الإسلامي: بيروت، د.ط، د.ت).

ابن أمير الحاج: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد ويقال له ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحبير في شرح التحرير، (دار الكتب العلمية: د.م، ط٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).

الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي،
إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبدالله محمد الجبوري، (مؤسسة الرسالة:
بيروت، ط ١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ج ١، ص ٤٦.

..... الحدود في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن
إسماعيل، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م).

البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي،
(دار الكتاب الإسلامي: دم، د.ط، د.ت).

البخاري: أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن، محاسن الإسلام وشرائع الإسلام، (مكتبة القدسي:
القاهرة، د.ط، ١٣٥٧هـ).

البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر
الناصر، (دار طوق النجاة: دم، ط ١، ١٤٢٢هـ).

البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، دقائق أولي النهى لشرح
المنتهى، (عالم الكتب: دم، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م).

..... كشف القناع عن متن الإقناع، (دار الكتب العلمية: دم، د.ط، د.ت).

الترمذي: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك أبو عيسى، سنن الترمذي، تحقيق
وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣) وإبراهيم عطوة

عوض (ج ٤، ٥)، (شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي: مصر، ط ٢،
١٣٩٥هـ/١٩٧٥م).

التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، (مكتبة صبيح بمصر: د.م،
د.ط، د.ت).

أبو الحسين البصري: محمد بن علي الطيب المعتزلي، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل
الميس، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ).

ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق:
عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف: المدينة
النبوية، د.ط، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف
الناشر، (دار الكتب العلمية بيروت: لبنان، ط ١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).

ابن جزى: أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية،
(د.ن: د.م، د.ط، د.ت).

.....
تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمد حسن
محمد حسن إسماعيل، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م).

جمال صليبا، المعجم الفلسفي، (الشركة العالمية للكتاب: بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م).

الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق:
أحمد عبد الغفور عطار، (دار العلم للملايين: بيروت، ط٤، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).

الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب
بإمام الحرمين، البرهان، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، (دار الكتب العلمية:
بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

ابن حجر الهيتمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج
مع حاشية الشرواني والعبادي، (المكتبة التجارية الكبرى: مصر، د.ط،
١٣٥٧هـ/١٩٨٣م).

ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الإحكام في
أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، (دار الآفاق الجديدة: بيروت، د.ط، د.ت).

.....، المحلى بالآثار، (دار الفكر: بيروت، د.ط، د.ت).

.....، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات،
(دار الكتب العلمية: بيروت، د.ط، د.ت).

حسني: محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، (دار
المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، ط٥، ٢٠١٧م).

الحموي: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحنفي، غمز عيون البصائر
في شرح الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ١، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).

أبو الخطاب: محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلؤداني الحنبلي، التمهيد في أصول
الفقه، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة، محمد بن علي بن إبراهيم، (مركز البحث العلمي
وإحياء التراث الإسلامي: جامعة أم القرى، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م).

الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،
(دار الكتب العلمية: د.م، ط ١، ١٤١٥هـ/٢٩٩٤م).

وأبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن
أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمّد كامل قره بللي، (دار الرسالة العالمية: د.م،
ط ١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م).

الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دار
الفكر: د.م، د.ط، د.ت).

الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق:
يوسف الشيخ محمد، (المكتبة العصرية: بيروت، ط ٥، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م).

الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي

خطيب الري، المحصول، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، (مؤسسة الرسالة:

د.م، ط ٣، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

رحال، محمد الطاهر، "القرائن وأثرها في تكوين اقتناع القاضي الجنائي"، مجلة الأمير عبدالقادر

للعلوم الإسلامية، العدد ٣٦، ٢٠١٦.

الريسوني: أحمد، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية، (دار الكلمة: القاهرة،

ط.١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م).

ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،

بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار الحديث: القاهرة، د.ط، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م).

الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، تاج العروس

من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، (دار الهداية: د.م، د.ط، د.ت).

الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول

الفقه، (دار الكتبي: د.م، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م).

.....، تصنيف المسامع بجمع الجوامع، تحقيق: سيد عبد العزيز

وعبد الله ربيع، (مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث: د.م، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م).

.....، المنشور في القواعد الفقهية، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الكويت،

ط ٢، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).

الزلمي: مصطفى إبراهيم، السبعوي: ياسر باسم ذنون، "الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين

النسبية والإطلاق: دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة"، مجلة بحوث مستقبلية، العدد ١٤،

٢٠٠٦.

السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، (دار المعرفة: بيروت، د.ط،

١٤١٤هـ/١٩٩٣م).

سرور: أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، (دار النهضة العربية: دم، ط ٧،

١٩٩٣).

السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، (دار الكتب

العلمية: بيروت، ط ٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م).

السمعاني: أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي التميمي الحنفي ثم

الشافعي، قواطع الأدلة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل

الشافعي، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م).

الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموفقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن

حسن آل سلمان، (دار ابن عفان: دم، ط ١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م).

الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، **اللمع في أصول الفقه**، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ٢، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م).

.....، **شرح اللمع**، تحقيق: عبدالمجيد تركي، (دار الغرب الإسلامي: بيروت، ط ١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).

الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، (مؤسسة الرسالة: د.م، ط ١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، **رد المحتار على الدر المختار**، (دار الفك: بيروت، ط ٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م).

أبو عامر: محمد زكي، **الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة**، (الغنية للطباعة والنشر: الإسكندرية، د.ط، ١٩٨٥).

ابن عبدالسلام: عز الدين بن عبدالسلام بن حسن السلمي، **شجرة المعارف والأحوال وصالح الأقوال والأعمال**، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م).

عبيد: رؤوف، **مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري**، (دار الجيل للطباعة: مصر، ط ١٧، ١٩٨٩م).

ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي،
المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، (دار
الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ).

عودة: عبدالقادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، (دار الكاتب العربي:
بيروت، د.ط، د.ت).

الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي،
(دار الكتب العلمية: د.م، ط ١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م).

..... المنحول من تعليقات الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، (دار الفكر
المعاصر: بيروت، ط ٣، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م).

ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق:
عبد السلام محمد هارون، (دار الفكر: د.م، د.ط، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).

ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية
ومناهج الأحكام، (مكتبة الكليات الأزهرية: د.م، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).

الفراهيدي: الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي
وإبراهيم السامرائي، (دار ومكتبة الهلال: د.م، د.ط، د.ت).

الفيروزآبادى: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، (مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع: بيروت، ط ٨، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م).

ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، **المغني**، (مكتبة القاهرة: د.م، د.ط، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨).

..... روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع: د.م، ط ٢، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م).

القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس، **نفائس الأصول في شرح المحصول**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، (مكتبة نزار مصطفى الباز: د.م، ط ١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

..... أنوار البروق في أنواء الفروق، (عالم الكتب: د.م، د.ط، د.ت).

ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١١هـ/١٩٩١م).

..... **إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان**، تحقيق: محمد حامد الفقي، (مكتبة المعارف: الرياض، د.ط، د.ت).

.....، الطرق الحكمية، (مكتبة دار البيان: د.م، د.ط، د.ت).

الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب

الشرائع، (دار الكتب العلمية: د.م، ط ٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).

الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في

المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، (مؤسسة الرسالة:

بيروت، د.ط، د.ت).

الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في

فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، (دار

الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م).

محمد: فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، (دار الثقافة: عمان، ط ١، ٢٠٠٦).

المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد

الحو، (هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان: القاهرة، ط ١، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م).

.....، تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول، تحقيق: عبد الله

هاشم، هشام العربي، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: قطر، ط ١، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م).

مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل
عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المعروف بصحيح مسلم، تحقيق: محمد
فؤاد عبد الباقي، (دار إحياء التراث العربي: بيروت، د.ط، د.ت).

ابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، (دار
المسلم للنشر والتوزيع: د.م، ط ١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م).

ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي
الإفريقي، لسان العرب، (دار صادر: بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ).

الميداني: عبدالرحمن حسن حبنكة، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، (دار القلم:
دمشق، ط ٤، ١٤١٤ هـ/١٩٩٣م).

ابن النجار الحنبلي: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح، مختصر
التحرير شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد، (مكتبة العبيكان: د.م،
ط ٢، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة
النعمان، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م).

..... البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي:
د.م، ط ٢، د.ت).

النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، *السنن الكبرى*، تحقيق: مركز البحوث بدار التأصيل،
(دار التأصيل: القاهرة، ط ١، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م).

النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، *المجموع شرح المهذب*، (دار الفكر: دم، د.ط،
د.ت).

ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، *فتح القدير*، (دار الفكر: دم، د.ط،
د.ت).

أبو يعلى: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، *العدة في أصول الفقه*، تحقيق: أحمد
بن علي بن سير المباركي، (د.ن: دم، ط ٢، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

المراجع باللغات الأجنبية:

Baissus, Jean-Marc. "Common v. Continental: A Reaction to Mr. Evan
Whitton's 1998 Murdoch Law School Address." *Murdoch University
Electronic Journal of Law*, 5, no. 4 (December 1998).

Brook, James. "Inevitable Errors: The Preponderance of the Evidence
Standard in Civil Litigation." *Tulsa Law Review* 18 (1982).

Clermont, Kevin. "Procedure's Magical Number Three: Psychological
Bases for Standards of Decision." *Cornell Law Review* 72 (1987):
1115-1156.

Clermont, Kevin and Emily Sherwin. "A Comparative View of Standards
of Proof." *Cornell Law Faculty Publications* 50 (2002): 243-275..

Clermont, Kevin. "Standards of Proof in Japan and the United States." *Cornell International Law Journal* 37 (2004): 263-284.

Code De Procédure Pénale, art. 427 (Fr.), translated in John Spencer, *Code of Criminal Procedure* (2006).

Engel, Christoph. "Preponderance Of The Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective On A Conflict Between American And Continental European Law." *Vermont Law Review* 33 (2009):435-467.

John Henry Wigmore, *Evidence*. 3rd Ed, 1940

Kinsch, Patrick. "Probabilité et certitude dans la preuve en justice." *ACTES de la Section des Sciences Morales et Politiques* 12 (2009): 65-103.

McBaine, J. P. "Burden of Proof: Degrees of Belief," *California Law Review* 32 (1944): 242-268

O'Malley, K. F., J. E. Grenig and W.C. Lee, (2001) *Federal Jury Practice and Instructions*. Eagan, MN: Westlaw.

Pennsylvania Suggested Standard Criminal Jury Instructions (PSSCJI) (3d ed. 2016).

Pennsylvania Suggested Standard Civil Jury Instructions (4th ed. 2018).

Schweizer, Mark. "The civil standard of proof—what is it, actually?" *The International Journal of Evidence & Proof* 20, no. 3 (2016): 217-234.

Shapiro, Barbara J. *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991.

Taruffo, Michele. "Rethinking the Standards of Proof." *The American Journal of Comparative Law* 51, no. 3 (Summer, 2003):659-677

Winter, Ralph K. "The Jury and the Risk of Nonpersuasion." *Law & Society Review* 5, no. 3 (Wiley, Feb., 1971) 335-344.

Wright, Richard W. "Proving Facts: Belief versus Probability." *IIT Chicago-Kent College of Law* (January 2009) 79-105.

مراجع شبكة الإنترنت:

"المجلس الأعلى للقضاء: لا عقوبة للشبهة.. إما إدانة أو براءة"، صحيفة عكاظ، ٢٠١٩/١/٣.
استعرض بتاريخ ٢٧/٧/٢٠١٩ <https://www.okaz.com.sa/article/1696686>

"Common law." *Britannica Academic*, accessed July 15, 2019. <https://0-academic.eb.com.mylibrary.qu.edu.qa/levels/collegiate/article/common-law/108636#>.

"Civil law." *Britannica Academic*, accessed July 15, 2019. <https://0-academic.eb.com.mylibrary.qu.edu.qa/levels/collegiate/article/civil-law/108635>.

"Jury unanimous: Simpson is liable." CNN. February 4, 1997. Accessed August 18, 2019. <http://edition.cnn.com/US/9702/04/simpson.verdict1/index.html>

“Standard of Proof.” *Merriam-Webster’s Law Dictionary*, accessed August 6, 2019. <https://www.merriam-webster.com/legal/standard%20of%20proof>

Texas Family Code. <https://statutes.capitol.texas.gov/Index.aspx>