الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني

مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية

تخصص القانون الجنائي والعلوم

من إعداد الطالبة:

*عبو نصيرة

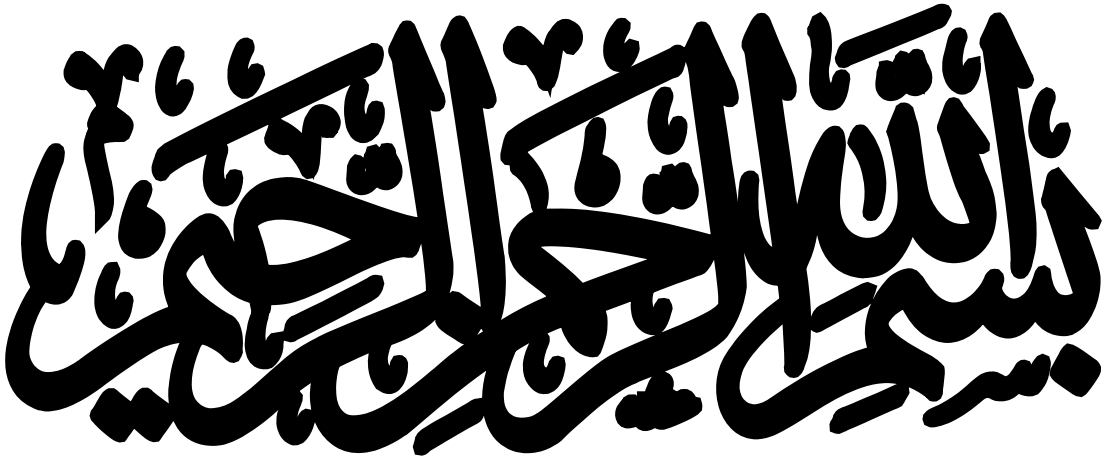
تحت إشراف الأستاذة:

*عبو تركية

أعضاء **اللجنة المناقشة**

– عثماني عبد الرحمان	أستاذ محاضر(أ)	جامعة سعيدة	رئيسا
– عبو تركية	أستاذ مساعد قسم (أ)	جامعة سعيدة	مشرفا و مقررا
- نعار زهرة	أستاذ مساعد قسم(أ)	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي 2021/2020



قال تعالى: (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَٰدِمِينَ **) (٦)**

الآية 6 من سورة الحجرات

شكر وعرفان

في البداية و قبل كل شيء نحمد الله عز و جل الذي يسّر و مهد لنا الطريق لإتمام هذا البحث و صلى الله على سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة و التسليم.

أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذتي الفاضلة **عبو تركية** التي لم تبخل علي بتوجيهها الرشيد،رغم انشغالاتها الكثيرة و ما تعانيه من ظروف صحية ،شاكرين لها كل الشكر على صبرها معنا و سعة خاطرها ،جزاك الله خيرا.

كما أشكر أعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما لا أنسى أن أشكر كل من قدّم لي يد العون من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا البحث.

عبو نصيرة

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من كان له الفضل بعد الله سبحانه وتعالى في إنارة طريقي إلى أبي رحمه الله و أسكنه فسيح جنانه الذي طالما كنت أتمنى أن يشرفني بحضوره الكريم.

إلى من ملكت قلبي كله التي لا توافيها الكلمات كامل حقها أمي الغالية حفظها الله و أطال في عمرها.

إلى من لا تحلو الدنيا إلا بلقائهم أخواتي و إخوتي حفظهم الله.

إلى الأخت و الصديقة بونوالة أسماء.

مقدمة

لا شك أنّ المعلوماتية غزت كل مجال من مجالات الحياة ، إذ طبعت على الكثير من المعاملات باليسر والسهولة و السرعة ، وإن كان هذا هو الجانب المشرق لها ؛ إلاّ أن هناك جانبا مظلما أفرزه استعمالها لأغراض غير مشروعة ، ممّا أدى إلى ظهور ما يعرف بالجريمة الإلكترونية التي تنفرد بمجموعة من الميزات و الخصائص تميزها عن الجريمة التقليدية.

فقد زادت نسبة الجرائم الإلكترونية بصورة طردية مع التقدم الحاصل في المجتمع ، حيث أصبح هذا النوع من الجرائم يهدد أمن وسلامة الأشخاص في الأوساط الاجتماعية ، و يشكل خطرا عليها لأن الخطر الناجم عن هذه الجرائم أصبح يتعدى الخطر الذي يتولد عن الجرائم التقليدية، فكان لا بد من تطوير وسائل الإثبات بما يواكب التطور في وسائل الإجرام.

فالإثبات الجنائي هو تأكيد الحق بالبينة و البينة هي الدليل أو الحجة ، ومعنى ذلك أنّ الإثبات في اللغة هو تأكيد حقيقة أي شيء بأي دليل ، أما في القانون فهو تأكيد لحق متنازع فيه أو مسألة غير مؤكدة بحيث ترتب أثرا قانونيا بالدليل الذي أباحه القانون على ذلك الحق أو تلك المسألة.

أما بالنسبة للمواد الجنائية يقصد بالإثبات إقامة الدليل على وقوع الجريمة أو عدم وقوعها وعلى إسنادها للمتهم أو براءته منها ، فالإثبات في المواد الجنائية هو كافة الأدلة الكفيلة إمّا بتحقيق حالة اليقين لدى القاضي أو ترجيح موقف الشك لديه ، والهدف منه هو بيان التطابق بين النموذج القانوني للجريمة و بين الواقعة المعروضة، وبهذا يتم الحديث عن نظام الإثبات بدل الإثبات و النظام عبارة تنطوي على جملة من المسائل التي تتعلق بطبيعة الوسائل المقدمة و قوتها الثبوتية ، الدور الذي يقوم به أطراف الدعوى وكذا الدور الفعال للقاضي في إدارة هذه الوسائل.

حيث عرفت الأنظمة القانونية نظامين من نظم الإثبات الجنائي هما:نظام الإثبات القانوني و نظام الإثبات المعنوي إضافة إلى النظام الثالث وهو ما نظام وسط بين النظامين السالف ذكرهما وهو ما يعرف بالنظام المختلط.

فنظرا للتطور السريع الحاصل في ميدان الإجرام استدعى لزاما ظهور نوع مستحدث من وسائل الإثبات تختلف عن سابقتها من وسائل الإثبات التقليدية المعروفة ، تتمتع بالفاعلية وقوة الإثبات ، يجعلها أكثر توافقا وانسجاما مع النوع الجديد من الإجرام الذي بات فيه المجرم يتمتع بقوة الذكاء و الدهاء معا بطريقة لا يخلف وراءه آثارا مادية تدل عليه.

من ثمّ ظهر ما يعرف بالدليل الإلكتروني الذي أصبح في وقتنا الحالي الركيزة الأساسية في مجال الإثبات الجنائي، لما له من قيمة قانونية وحجية في الإثبات و لعل أهم ما يبرزه هذا النوع من الأدلة هو ما يقع على عاتق

القاضي الجزائي في تقدير أدلة الإثبات سواء تعلق الأمر بالقبول أو الرفض والتي تختلف سلطته من دولة إلى أخرى حسب نظام الإثبات السائد فيها.

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي يتميز بها الدليل الإلكتروني و ما يصاحب إجراءات الحصول عليه من خطوات معقدة ، ناهيك عن إمكانية التلاعب فيه ، و تغيير الحقيقة التي يجب أن يعبّر عنها يثير الموضوع العديد من التساؤلات و الإشكالات فارتأينا أن تكون إشكالية الدراسة الرئيسية على النحو التالي: مامدى حرية القاضي الجنائي في قبول الدليل الإلكتروني؟ أو ما هو نطاق سلطة القاضي في قبول الدليل الإلكتروني؟

إن دراسة موضوع سلطة القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني لها أهمية بالغة ، تتجلى من خلال التطور الحاصل الذي طغى على جميع الميادين مما يستدعي بالضرورة مواكبة هذا التطور في مجال البحث العلمي ، إضافة إلى ذلك معرفة مدى مواكبة الجهات القضائية لهذا التطور، كما تكمن أهمية هذا الموضوع في معرفة الدور الذي يلعبه القاضي الجزائي أو السلطة الذي يمتلكها في تقدير الدليل العلمي من حيث قبوله أو رفضه كدليل إثبات، زد على ذلك الانتشار الهائل للجريمة المعلوماتية في وقتنا الحالي ومعرفة الارتباط الوثيق بين الدليل الإلكتروني والجريمة المعلوماتية.

إنّ الدافع من وراء اختيار هذا الموضوع هو الرغبة في البحث في هذا المجال بالإضافة إلى حداثة و جدة هذا الموضوع ، و الأهمية الكبيرة الذي يكتسبها هذا الموضوع في مجال الإثبات الجنائي ، و محاولة معرفة مدى تأثير الأدلة الإلكترونية على اقتناع القاضي الجنائي.

يعتبر هذا الموضوع من المواضيع الحديثة نسبيا، نتج عنه دراسات قليلة لباحثين أجانب و لكن لا توجد بحوث حول هذا الموضوع من طرف باحثين جزائريين و إن كانت هناك بعض المذكرات التي تبقى غير كافية تناولت هذا الموضوع كجزئية بسيطة دون التوسع فيه.

تتجلى أهداف البحث في مجال الدليل الالكتروني أننا نتطرق إلى نوع جديد من الجرائم و هي الجرائم الإلكترونية؛ وكذلك محاولة معرفة موقف المشرع الجزائري و القوانين الوضعية من الدليل الإلكتروني ؛ التأكد من مدى تأثير الأدلة العلمية على استقلالية القاضي الجنائي و حريته في قبول الأدلة ، محاولة إزالة الغموض عن الأدلة الإلكترونية.

من المؤكد أنه لا يخلو أي بحث من صعوبات ، وهذا البحث كغيره من البحوث تلقينا فيه مجموعة من الصعوبات والعراقيل تتجلى معظمها في عزوف غالبية الباحثين من التطرق إلى هذا الموضوع رغم كثرة المشاكل المتعلقة به، وضرورة إيجاد الحلول له، مما ينتج عنه بالضرورة نقص المراجع و المصادر؛ ضيق الوقت ، إضافة إلى الظروف الاستثنائية التي نعيشها والمتمثلة في جائحة كورونا.

ارتأينا في هذه الدراسة الاستعانة بالمنهج التحليلي من خلال تحليل مضمون النصوص القانونية المتعلقة به، وتحليل كافة جوانبه وأهم النقاط المثيرة للجدل، وكذلك المنهج المقارن حيث يظهر جليا من خلال مقارنة النظام اللاتيني وعلى قمته القانون الفرنسي و القوانين التي تأثرت به كالجزائر بنظيره النظام الأنجلو أمريكي وبصفة خاصة القانون الإنجليزي و القانون الأمريكي.

للإجابة عن الإشكالية المطروحة أعلاه ، قمنا بتقسيم الخطة إلى مبحث تمهيدي و فصلين حيث تطرقنا في المبحث التمهيدي إلى مفهوم الدليل الإلكتروني قسمناه إلى مطلبين المطلب الأول خصصناه لذاتية الدليل الإلكتروني و تعريفه ، أما المطلب الثاني تناولنا فيه خصائص الدليل الإلكتروني و إجراءاته ، أما فيما يخص الفصل الأول تطرقنا فيه لحرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني قسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول أساس قبول الدليل الإلكتروني في القانون اللاتيني ، و تعرضنا في المبحث الثاني لأساس قبول الدليل الإلكتروني في القانون الأنجلو أمريكي، وتناولنا في الفصل الثاني القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني حيث أفردنا المبحث الأول لقيد مشروعية الدليل الإلكتروني أما المبحث الثاني تكلمنا فيه عن قيود المستمدة من نصوص قانونية خاصة وصولا إلى الخاتمة التي اشتملت على أهم النتائج المتوصل إليها مع اقتراح بعض التوصيات.

مبحث تمهيدي: ذاتية الدليل الإلكتروني

ممّا لاشك فيه أن التّطور الحاصل في مجال نظم المعلومات الالكترونية لم تؤثر فقط في نوعية الجرائم التي ترتبت عليها فحسب، و إنما أثرت تأثيرا مباشرا على الإثبات الجنائي خاصة طرق هذا الإثبات ،لا يمكن للطرق التقليدية معالجة واثبات هذا النوع المستحدث من الجرائم ممّا أدّى بالضّرورة إلى ظهور نوع خاص من الأدلة وهو مايعرف بالدليل الالكتروني أو الدليل الرقمي، وللدليل الالكتروني ذاتية خاصة يتميز بها اكتسبها من موضوعه وهو الجريمة الالكترونية وهذه الذاتية أثرت بدورها على إجراءات وطرق الحصول عليه ، وعلى ذلك سنتناول في هذا المبحث ذاتية الدليل الالكتروني في المطلب الأول وإجراءات جمع الدليل الالكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ذاتية الدليل الالكتروني وتعريفه

يولد الدليل الجنائي بمولد الجريمة ذاتها سواء كان سابقا على ارتكابها في مراحل الإعداد أو الترتيب أو مرحلة الشروع أو معاصرا لها عند اقتراف الأفعال الإجرامية أو لاحقا لها، فالأدلة بطبيعتها تتواجد بتواجد الجريمة التي تقع فالدليل الالكتروني يولد أو ينبعث من محله وهي الجريمة الالكتروني؛أي تلك الواقعة الإجرامية المدعى بحدوثها من قبل سلطات الاتهام التي يترتب على النجاح من إثبات وقوعها وصحة إسنادها لفاعلها ثبوت إدانته، وتقرير مسؤوليته لذا ينبغي علينا في مستهل هذا المبحث تحديد المقصود بالجريمة الالكترونية ومن ثمّ تعريف الدليل الالكتروني.

الفرع الأول: تعريف الجريمة الالكترونية

قبل الخوض في دراسة الدليل الالكتروني لابّد علينا أن نتناول محله وهو الجريمة الالكترونية لأنّه لا يستقيم الحديث عنه إلا بعد دراسة هذه الجريمة التي تعد ظاهرة حديثة نسبيا قياسا بغيرها من الجرائم التقليدية، لذا سوف نتطرق في هذا الفرع لتعريف الجريمة الالكترونية

البند الأول:تعريف الجريمة الالكترونية :يلاحظ بعد الدراسة عدم وجود اتفاق على مصطلح معين للدلالة على هذه الظاهرة المستحدثة فهناك من يطلق عليها ظاهرة الغش المعلوماتي أو الجريمة المعلوماتية بالمثل لا يوجد تعريف محدد ومتفق عليه حول مفهوم الجريمة المعلوماتية.[1]

قد عرفها البعض بأنها فعل إجرامي يستخدم الحاسب الآلي في ارتكابه كأداة رئيسية،[1]أما خبراء منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عرفوها بأنها:"كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو ينقلها"[2].

[1] أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص92

نلاحظ من خلال هذه التعريفات أنه لا يوجد تعريف مانع جامع للجريمة الالكترونية .

قد قام المشرع الجزائري بتجريم الأفعال الماسة بأنظمة الحاسب الآلي.[3] بتعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم15/04المؤرخ في10نوفمبر 2004بإضافة قسم سابع مكرر تحت عنوان"جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"من المواد(394مكرر الى394مكرر7)[4] ويتضح لنا من نصوص المواد أن المشرع توسع في تجريم الأفعال الواقعة على نظام المعالجة الآلية للمعطيات ومنها ما تعلق بالتلاعب في معطيات النظام سواء الإدخال أو المحو أو التعديل.

البند الثاني: خصائص الجريمة الالكترونية

تتميز الجريمة المعلوماتية بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

1-عالمية الجريمة الالكترونية:تعد الجرائم الالكترونية من الجرائم الحديثة التي لا تعترف بالحدود بين الدول و حتى بين القارات فهي جريمة تقع في الغالب عبر حدود كثيرة[5].

2-أقل عنفا في التنفيذ: تتميز الجريمة الالكترونية عن الجرائم التقليدية أنها لا تتطلب نوعا من المجهود العضلي الذي يكون في صورة ممارسة العنف و الإيذاء[6]؛وتتميز جرائم الانترنت بأنها جرائم هادئة بطبيعتها كل ما تحتاج إليه هو القدرة على التعامل مع جهاز الحاسوب.[7]

---

[1]عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص32

[2]شهرزاد حداد،الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر،تخصص القانون الجنائي للأعمال،جامعة العربي بن مهيدي،كلية الحقوق،أم البواقي،1017/2016،ص7

[3]عائشة بن قارة مصطفى،المرجع نفسه،ص27

[4] يزيد بوحليط، الجرائم الالكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري،بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2019ص172

[5] خلود الصاولي، مروى مكباش، حجية الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي،مذكرة لنيل شهادة الماستر،قانون أعمال، جامعة 8 ماي 45 قالمة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،2016/2015،ص13

[6]عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص43

[7] خلود الصاولي،مروى مكباش،المرجع السابق،ص14

3-صعوبة الكشف عن الجريمة الالكترونية و إثباتها:تتصف الجريمة الالكترونية بأنها صعبة الاكتشاف لأن الجاني من الممكن أن يستخدم إسما مستعارا أو أن يرتكب جريمته من خلال إحدى مقاهي الانترنت و إن تم اكتشافها فإن ذلك يكون بمحض الصدفة عادة [1].

4-امتناع المجني عليهم عن التبليغ :لا يتم في الغالب الأعم الإبلاغ عن الجرائم الالكترونية إما لعدم اكتشاف الضحية لها وإما خشية من التشهير.[2]

الفرع الثاني: تعريف الدليل الالكتروني

لقد تعددت التعريفات التي قيلت بشأن الدليل الالكتروني نظرا لأنه دليل مستحدث وذو طبيعة خاصة وصعبة.

البند الأول:التعريف اللغوي

الدليل في اللغة:هو المرشد وما يتم به الإرشاد وما يستدل به والدليل هو الدال أيضا والجمع أدلة ودلالات[3].

الدليل اصطلاحا:يعرف البعض الدليل بأنه :هو المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ،يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتكنولوجيا خاصة.[4]

الدليل في الاصطلاح القانوني:يقصد به في الاصطلاح القانوني بالوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها [5]

أما الدليل الالكتروني يمكن تعريفه:كل بيانات يمكن إعدادها أو تخزينها في شكل رقمي بحيث تمكن الحاسوب من انجاز مهمة ما[6].

---

[1] عبد الباقي الصغير ،القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة،الطبعة الأولى،سنة1992،دار النهضة العربية،ص17

[2] خلود الصاولي،مروى مكباش،المرجع السابق،ص15

[3] سمير شبلاق ،حجية الدليل الرقمي في الكشف عن الجريمة ،مذكرة لنيل شهادة الماستر،القانون الجنائي والعلوم الجنائية جامعة الدكتور مولاي الطاهر ،كلية الحقوق، سعيدة،2020/2019،بدون صفحة

[4] سمير شبلاق ،المرجع السابق،بدون صفحة

[5] اشرف عبد القادر قنديل،المرجع السابق،ص123.

[6] زروقي عاسية،طرق الإثبات في ظل قانون الإجراءات الجزائري،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،قانون عام،جامعة الدكتور مولاي الطاهر،سعيدة،2018/2017،ص332.

المطلب الثاني:خصائص الدليل الالكتروني وإجراءاته

بما أن الدليل الالكتروني وليد البيئة الالكترونية الحديثة ومرتبط بالجريمة المعلوماتية فان له مجموعة من الخصائص و الإجراءات التي تميزه عن الدليل التقليدي وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب حيث خصصنا الفرع الأول لخصائص الدليل الالكتروني والفرع الثاني لإجراءات جمع الدليل الالكتروني

الفرع الأول:خصائص الدليل الالكتروني

يتميز الدليل الالكتروني بمجموعة من الخصائص تميزه عن باقي الأدلة الجنائية التقليدية وهذا نظرا للطبيعة أو البيئة الرقمية التي يعيش فيها فهي تشمل أنواع متعددة من البيانات الرقمية التي تحصل منفردة أو مجتمعة لتكون دليلا للإدانة والبراءة فمن بين الخصائص التي يتميز بها مايلي :

1-الدليل الالكتروني دليل علمي: يعني ذلك أن الدليل الالكتروني يتكون من بيانات ومعلومات ذات هيئة الكترونية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية[1].

2-الدليل الالكتروني دليل تقني: فهو عبارة عن نبضات رقمية ذات طبيعة ديناميكية فائق السرعة ينتقل من مكان إلى آخر عن طريق شبكات الاتصال.[2]

3-الدليل الالكتروني يصعب التخلص منه:الأدلة الالكترونية يمكن استرجاعها بعد محوها و إصلاحها بعد إتلافها وإظهارها بعد إخفائها مما يؤدي إلى صعوبة التخلص منه[3]،حيث إنّ نشاط الجاني لمحو الدليل يشكل كدليل ضده ويتم تسجيلها في الكمبيوتر ويمكن استخلاصها لاحقا كدليل إدانة ضده[4]

4-الدليل الالكتروني قابل للنسخ:تعتبر من أهم الخصائص التي تميزه عن الدليل التقليدي بحيث يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية الرقمية ولها نفس القيمة العلمية.[5]

5-سهولة إخفاء الدليل الالكتروني:من خلال إمكانية الجناة من إخفاء الأفعال غير المشروعة عن طريق التلاعب غير المرئي في النبضات أو الذبذبات الإلكترونية.[6]

---

[1] أمير فرج يوسف، الإثبات الجنائي للجريمة الالكترونية والاختصاص القضائي بها، الطبعة الأولى، 2016، الإسكندرية، ص291

[2] أشرف عبد القادر قنديل، المرجع السابق، ص126.

[3] ميسون خلف حمد الحمداني،(مشروعية الأدلة الالكترونية في الإثبات الجنائي)، مجلة العراقية الأكاديمية،جامعة النهرين،كلية الحقوق،ص201.

[4] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص63

[5] أشرف عبد القادر قنديل،المرجع السابق،ص127

[6] راشد محمد المري،الجرائم الالكترونية في ظل الفكر الجنائي المعاصر،دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة،الطبعة الأولى ،2018،ص168

الفرع الثاني:إجراءات جمع الدليل الالكتروني

باعتبار أن الدليل الالكتروني هو صنف جديد لنوع مستحدث من الجرائم ألا وهو الجريمة الالكترونية فانه يستلزم وجود إجراءات لتحصيله تتمثل فيما يلي :

البند الأول:الإجراءات التقليدية لجمع الدليل الالكتروني

إن الدليل الالكتروني مثل باقي الأدلة يحتاج لاستخلاصه مجموعة من الإجراءات مما يستدعي بالضرورة التطرق أولا إلى إجراءات التحقيق المادية ثم إلى إجراءات التحقيق الشخصية

أولا:الإجراءات المادية:

1-المعاينة:تعتبر المعاينة إجراء من إجراءات التحقيق تتطلب سرعة الانتقال إلى محل الواقعة الإجرامية لمباشرتها وذلك لإثبات وضبط الأشياء وتقيد في إثبات وقوعها ونسبها لفاعلها.[1]

أ/دور المعاينة في استنتاج الدليل الالكتروني

حيث تكتسي المعاينة أهمية بالغة في التسيير على سلطات التحقيق في الكشف والمحافظة على العناصر المادية المتعلقة بالجريمة التقليدية ومع انعدام جدوى العناصر المادية في التحقيق فإنه لا يكون ثمة فائدة من إجراء المعاينة[2]؛كما هو الحال بالنسبة للجرائم الالكترونية وذلك راجع إلى عدة أسباب أهمها:

*قلة الآثار المادية التي تترتب عن الجرائم الالكترونية.

*إمكانية تلاعب الجاني في البيانات عن بعد أو محوها عن طريق التدخل من خلال وحدة طرفية.[3]

*حدوث تغيير في الآثار المادية من خلال تردد العديد من الأفراد على مسرح الجريمة خلال فترة تتوسط ارتكاب الجريمة و اكتشافها[4]

[1] بن طالب ليندا،الدليل الالكتروني ودوره في الإثبات الجنائي(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه،جامعة مولود معمري،كلية الحقوق،تيزي وزو،ص46.

[2] مسعود بن حميد المعمري، (الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، مسقط، سلطنة عمان، العدد الثالث، أكتوبر 2018، ص210

[3] حمري سميرة،عاشور رزيقة ،حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي،مذكرة لنيل شهادة الماستر،تخصص قانون جنائي،جامعة مولود معمري،كلية الحقوق،تبزي وزو،ص35

[4] غانم نسيمة،معمش زهية،الإثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية،مذكرة لنيل شهادة الماستر،تخصص قانون خاص وعلوم جنائية، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2013/2012،ص8

ب/المعاينة التقنية لمسرح الجريمة الالكترونية

إن معاينة مسرح الجريمة الالكترونية يختلف عن غيره من الجرائم بسبب طبيعة الدليل الالكتروني لذا قبل الانتقال إلى مسرح الجريمة يجب القيام بالخطوات الآتية:

1-توفير معلومات مسبقة عن مكان الجريمة.

2-إعداد فريق من التقنيين والضباط وإعطائهم الوقت الكافي للاستعداد فنيا عن طريق وضع خطة عمل لضبط أدلة الجريمة وقت معاينته

3-إعداد خريطة للموقع المتوقع للإغارة عليه والتأكد من تامين وصلاحية الأجهزة التي سيتم الاستعانة بها في عملية المعاينة.[1]

4-تأمين عدم انقطاع التيار الكهربائي المفاجئ لأن ذلك يتسبب في محو المعلومات من الذاكرة[2]

2-التفتيش: يعرف التفتيش على أنه إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي التي تهدف إلى البحث عن الأدلة المادية سواء جناية أو جنحة يتحقق وقوعها في محل يتمتع بحرمة المسكن[3]

ويمكن تعريف تفتيش نظام الحاسوب والانترنت بأنه البحث في مستودع المتهم عن أشياء مادية أو معنوية تفيد في الحقيقة ونسبتها إليه.[4]

تضمنت معظم التشريعات الاجرائية على ضوابط معينة يجب إتباعها عند القيام بالتفتيش وتنقسم الشروط العامة بالتفتيش إلى نوعين من الشروط شروط موضوعية وأخرى شكلية:

أولا: الشروط الموضوعية لتفتيش نظم الحاسوب:يقصد بها الضوابط اللازمة لإجراء تفتيش صحيح وهي في الغالب تكون سابقة له[5]وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

[1] بوعناد فاطمة الزهرة،مشروعية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي،مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه،جامعة الجيلالي ليابس،كلية الحقوق والعلوم السياسية،سيدي بلعباس،2014/2013،ص102

[2] يزيد بوحليط،المرجع السابق،ص326

[3] ليندا بن طالب،المرجع السابق،ص49

[4] شهرزاد حداد،المرجع السابق،ص27

[5] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص99

1-وقوع الجريمة المعلوماتية بالفعل سواء كانت جناية أو جنحة: يشترط في الأصل أن وقوع الجريمة فعلا للقيام بإجراء التفتيش بوصفها جناية أو جنحة وتستبعد المخالفات لضآلة خطورتها.[1]

تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فلا محل لإصدار الإذن بالتفتيش إلا إذا كان المشرع قد نص صراحة على الأفعال التي تشكل جرائم من هذا النوع وهذا ما فعله المشرع من خلال القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 حيث أدرج فصلا خاصا وهو الفصل السابع المتعلق بجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.[2]

2-اتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب الجريمة أو المشاركة فيها:

لا يكفي لقيام سبب التفتيش وقوع الجريمة المعلوماتية بل لابد أن يكون اتهام موجه ضد شخص معين أو تتوافر ضده أدلة كافية للاعتقاد بأنه متهما؛الواقع لم تتعرض قوانين الإجراءات الجزائية سواء في الجزائر أو مصر لتعريف الدلائل الالكترونية وإنما ترك الأمر للفقه فعرفها الفقه المصري بأنها:"مجموعة من الوقائع الظاهرة الملموسة التي يستنتج منها أن شخصا معينا هو مرتكب الجريمة."[3]

3-توافر أمارات قوية أو قرائن دالة على وجود بيانات أو معدات معلوماتية تفيد في كشف الحقيقة لدى المعلوماتي أو غيره:معناه لا يصدر التفتيش إلا إذا توافرت أدلة كافية من شأنها كشف الحقيقة كالأدوات المستخدمة في الجريمة الإلكترونية.

2-محل التفتيش:يكون محل التفتيش في الجرائم الالكترونية نظام الحاسب الآلي بكل مكوناته المادية والمعنوية ولكي يتم التفتيش على هذه المحال فانه ينبغي الإشارة إلى أن هذه الأخيرة لا تكون قائمة بذاتها بل تكون موضوعة في مكان ما كالمسكن أو المكتب أن تكون صحبة مالكها أو حائزها كما هو الشأن في الحاسوب المحمول أو الهاتف النقال.[4]

3-السلطة المختصة بالتفتيش:لقد حرص المشرع على إسناد التفتيش لجهة قضائية تكفل الحقوق والحريات وتضمنها؛ والجزائر عهدت لأن يكون التفتيش لقاضي التحقيق أو النيابة العامة غير أنه يجوز لقاضي التحقيق إذا تعذر عليه القيام بذلك بنفسه أن ينيب لضابط الشرطة القضائية القيام بعملية التفتيش.[5]

---

[1] منير عبيزة،(الدليل الالكتروني والسلطة التقديرية للقاضي)،مجلة العلوم القانونية والسياسية،العدد الثالث،ديسمبر2017،ص568

[2] عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص100

[3] محمد زكي أبو عامر،الاجراءات الجنائية،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،مصر،الطبعة السابعة،سنة 2005،ص226

[4] منيرة عبيزة،المرجع السابق،ص568

[5] بوعناد فاطمة الزهرة،المرجع السابق،ص123

ثانيا:الشروط الشكلية لتفتيش نظم الحاسب الآلي

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية لصحة تفتيش نظم الحاسب الآلي وشبكات الاتصال الخاصة به هناك شروط أخرى ذات طابع شكلي يجب مراعاتها عند ممارسة هذا الإجراء تتمثل فيما يلي:

1-الحضور الضروري لبعض الأشخاص أثناء التفتيش في البيئة الالكترونية:حيث تشترط معظم التشريعات للقيام بعملية التفتيش حضور المتهم أو من ينوب عنه أو صاحب المسكن أو شاهدين يحددهم القائم بالتفتيش أو من يأمر به.[1]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اشترط لإجراء عملية التفتيش في المعطيات المخزنة في المنظومة المعلوماتية إعمال قاعدة الحضور تطبيقا لإحكام المادة 5من القانون 04/09التي يشترط ضرورة حضور صاحب المسكن المشتبه في ارتكابه الجريمة أو صاحب المسكن أو شخص من الغير يحوز أوراقا أو أشياء تتعلق بالجريمة لعملية التفتيش أو من ينوبهما أو حضور شاهدين إذا تعذر حضورهما.

2-الميقات الزمني لإجراء التفتيش في الجرائم الالكتروني:نجد القانونين الجزائري والفرنسي يحظران تفتيش المنازل وما في حكمها في وقت معين إلّا أن هناك حالات استثنائية نصت عليها المادة 10من قانون الإجراءات الجزائية رقم 22/06على أنه يجوز فيها الخروج عن هذه المواعيد ويصبح التفتيش أي ساعة من ساعات الليل والنهار ذلك إذا تعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في المادة65 مكرر5[2]؛والملاحظ أن المشرع الجزائري استثنى الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات من حظر التفتيش ليلا لإدراكه لميزة هذه الجرائم من حيث قابلية الدليل الالكتروني للمحور والتدمير.

3-الضبط:يقصد به الحصول على أشياء ذات صلة بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبها[3]، إلّا أنه وخلال عملية الضبط يواجه المحقق عدة صعوبات تتمثل في مايلي:

1-ضخامة البيانات وذلك نتيجة حجم الشبكة.

2-احتواء النظام المعلوماتي على عناصر لا يمكن فصلها ومع ذلك يتعين ضبطها

[1] رضا هاشمي،(تفتيش المنظومة المعلوماتية في القانون الجنائي)،مجلة العلوم القانونية والسياسية،جامعة ورقلة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،العدد الخامس،جوان 2012،ص169

[2] بن طالب ليندا،المرجع السابق،ص64

[3] مأمون سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،بدون طبعة،سنة1990 ،ص68

3-الضبط في المجال المعلوماتية يمثل أحيانا اعتداء على حقوق الغير أو حرمة حياتهم الخاصة

ثانيا:الإجراءات الشخصية:

بعدما تطرقنا إلى الإجراءات المادية سوف نتطرق إلى مجموعة أخرى من الإجراءات التقليدية ذات الطبيعة الشخصية تتمثل هذه الإجراءات في :عملية التسرب،الشهادة ،الخبرة التقنية

أولا:عملية التسرب

هو إجراء مستحدث يقصد به قيام ضابط أو عون ضابط الشرطة القضائية تحت رقابة الشرطة القضائية بالتغلغل داخل الشبكات الإجرامية أو الجماعات الإرهابية بقصد الإطاحة بهم نص عليه المشرع في المادة 65مكرر12 من قانون الإجراءات الجزائية.

كما أن المشرع الجزائري حدد نطاق استخدام هذا الأسلوب ؛و بالرجوع إلى المادة 65مكرر5 قد حددت نطاق استخدام هذا الأسلوب في سبعة جرائم على سبيل الحصر[1]والتي من بينها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات؛ التي نصت عليها المواد 394مكررالى 394 مكرر7 ؛وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستحدثة ظهرت مع ظهور الحاسب الآلي و الانترنت وتعرف على أنها الدخول والبقاء عن طريق الغش في كل جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك.

حيث يشتمل إجراء التسرب على مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1/صدور إذن التسرب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية.

2/يجب أن يكون الإذن مكتوبا مع احتوائه على الأسباب التي تبرر صدوره أي وجوب أن يكون مسببا.

3/يذكر في الإذن الجريمة التي تبرر هذا الإجراء وهوية ضابط الشرطة القضائية التي تتم العملية تحت مسؤوليته.

4/يحدد في الإذن مدة التسرب التي لا يمكن أن تتجاوز 4 أشهر ويمكن تجديدها أو وقفها قبل انقضاء مدتها.

ثانيا: الشهادة

[1]معزيز أمينة،(التسرب في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري)،مجلة القانون والمجتمع،جامعة مستغانم،كلية الحقوق والعلوم السياسية،ص248

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الشهادة وترك ذلك للفقه والقضاء فالأصل أن تكون الشهادة مباشرة حيث يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه [1].

أما الشاهد في الجريمة الإلكترونية:هو الفني صاحب الخبرة والتخصص في تقنية الحاسب وشبكات الاتصال الذي تكون لديه معلومات جوهرية لازمة لولوج لنظام المعالجة الآلية للبيانات إذا كانت مصلحة التحقيق تقتضي التنقيب عن أدلة الجريمة داخله[2]وهي تشمل بهذا المفهوم عدة طوائف أهمها:مشغلو الحاسوب،خبراء البرمجة،المحللون، الصيانة،مدير النظم،مهندسو الصيانة.

وتعد التزامات الشاهد المعلوماتي نفسها التزامات الشاهد في الجرائم التقليدية ومن أهم هذه الالتزامات يذكر مايلي:

أ-حضور الشاهد :إن لسلطة التحقيق كامل الحرية في أن تسمع الشهود عن الوقائع التي تثبت أو تؤدي إلى ثبوت الجريمة وظروفها و إسنادها إلى المتهم أو براءته منها[3]؛لقد نص المشرع صراحة على عقاب الشاهد المتخلف عن الحضور أو رفض الحضور أو أداء الشهادة.

ب-حلف اليمين:ألزم المشرع الشاهد بأن يحلف اليمين قبل إدلائه بالشهادة وذلك كضمانة تضفي عليها الثقة كي تكون دليلا يستمد منها القاضي اقتناعه.[4]

ج-الالتزام بالإدلاء بالشهادة:وذلك عن طريق الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالجريمة.

ثالثا:الخبرة

تختلف الخبرة في الجرائم التقليدية عن تلك الخبرة في الجرائم الالكترونية إذ تستعين العدالة بأصحاب الخبرة الفنية المتميزة في مجال الحاسب الآلي بغية كشف غموض هذه الجرائم ومساعدة المحقق فيها من استجلاء غموضها خاصة في العمليات الالكترونية تتعلق بمسائل فنية في غاية التعقيد.[5]

[1] محمد حسين المنصور،الاثبات التقليدي والالكتروني،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2006،ص126

[2] عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص127

[3] بن طالب ليندا،المرجع السابق،ص71

[4] عائشة ن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص133

[5] زروقي عاسية،المرجع السابق،ص334

كما أن مهمة الخبير الجرائم الالكترونية تقتصر على مهمة تشغيل النظام وتقديم البيانات المطلوبة حسب الطريقة تريدها جهات التحقيق عن طريق قرص أو ورق.

فمن خلال الدراسة يلاحظ أن هناك قصور بخصوص أساليب البحث والتحري التقليدية في استخلاص الدليل الرقمي للكشف عن الجرائم الالكترونية ؛ مما أدى بالضرورة من المشرع إلى تعديلها واستحداثها لمواكبة التطور الحاصل في مجال التكنولوجيا.

البند الثاني:الإجراءات المستحدثة لجمع الدليل الالكتروني

إنّ التطور العلمي و التكنولوجي الحاصل في مجال المعلوماتية أدّى إلى ظهور قصور بالنسبة للإجراءات التقليدية التي كان من الصّعب على جهات التحقيق كشف الجرائم ،وهذا ما استدعى بالضرورة إلى تبني إجراءات حديثة مستقلة منها ما يتعلق بالبيانات الساكنة وأخرى متعلقة بالبيانات المتحركة.

أولا:الإجراءات المتعلقة بالبيانات الساكنة

إنّ الإجراءات الخاصة بالبيانات الساكنة أو المتحركة كلها مستقاة من اتفاقية بودابست المنعقدة في 23 نوفمبر2001 وهي أولى المعاهدات الدولية التي تكافح تلك الجرائم الالكترونية[1]وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

1-التحفظ المعجل على البيانات المخزنة:يطبق إجراء التّحفظ المعجّل على البيانات المخزنة التي سبق تجميعها؛ والاحتفاظ بها عن طريق حائزي البيانات كمقدمي الخدمات هذا الإجراء[2]؛يعرف التحفظ المعجل على البيانات المخزنة بأنه توجيه السلطة المختصة لمزودي الخدمات الأمر بالتحفظ على بيانات معلوماتية مخزنة في حوزته أو تحت سيطرته في انتظار اتخاذ إجراءات قانونية أخرى.

ينبغي تحديد السلطة المختصة بإصدار تقديم البيانات الملاحظ أن التشريعات ذات الأصل اللاتيني مثل القانون الفرنسي والقانون الجزائري تختلف عن القانون الأمريكي إذ لا تجيز تلك التشريعات أن يصدر رجال الضبطية مثل هذا الأمر و إنما تجيزه لسلطة التحقيق[3]وقد تلك الاتفاقية المقصود بتلك البيانات بقولها أن تتعلق:

- بنوع خدمة الاتصال التي اشترك فيها الشخص و الوسائل الفنية لتحقيقها.

[1] عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص153

[2] عيدة بلعابد،(الدليل الرقمي بين حتمية الاثبات الجنائي والحق في الخصوصية المعلوماتية)،مجل آفاق علمية،جامعة سعيدة،العدد الأول،2019،ص141

[3] بن طالب ليندا،المرجع السابق،ص93

– العنوان البريدي أو الجغرافي أو رقم التلفون المشترك.

– رقم دخول المشترك للحصول على تلك الخدمة أو الفواتير التي ترسل إليه وأي معلومات تتعلق بطريقة الدفع(رقم بطاقة الائتمان).[1]

ثانيا:الإجراءات المتعلقة بالبيانات المتحركة

تتجسد الإجراءات المتعلقة بالبيانات المتحركة في اعتراض الاتصالات الالكترونية الخاصة ويقصد بهذا الإجراء "مراقبة الاتصالات الالكترونية"؛يمكن تعريفها بأنها إجراء يعني التصنت على المحادثات التي تدور بين أكثر من شخص سواء بأجهزة سلكية أو لاسلكية.[2]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري04/09 الذي يتضمن القواعد الخاصة بالرقابة في الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها فقد عرف الاتصالات الالكترونية:"أي تراسل أو إرسال استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات بواسطة أي وسيلة الكترونية."[3]

ويشترط للقيام بعملية المراقبة مايلي:

أ–لا يجوز إلا بعد الحصول على إذن من طرف جهات القضائية المختصة المتمثلة في قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم وقضاة التحقيق .[4]

ب–تحديد مدة المراقبة ب4 أشهر قابلة للتجديد في القانون الجزائري و الفرنسي ومدة 30 يوم قابلة للتجديد بالنسبة للقانون المصري.

ج– تحديد الجرائم التي يجوز فيها المراقبة الالكترونية وهي الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5 ومنها الجرائم الماسة بأنظمة الحاسب المعالجة الآلية للمعطيات وذلك نظرا للخصوصية هذه الجريمة.[5]

[1] عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص163

[2] حمري سميرة،عاشور رزيقة،المرجع السابق،ص47

[3] زروقي عاسية،المرجع السابق،ص350

[4] تنص المادة 4ف2 من القانون 04/09(..."لا يجوز إجراء عمليات المراقبة في الحالات المذكورة أعلاه إلا بإذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة)

[5] زروقي عاسية، المرجع السابق،ص151

تساهم الإجراءات سواء التقليدية أو الحديثة لجمع الدليل الالكتروني التي أقرها المشرع إلى حد كبير في الكشف عن الجرائم الالكترونية و القبض على مرتكبيها وعدم إفلاتهم من العقاب وفي الوقت نفسه يكون الهدف منها عدم المساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد.

الفصل الأول: حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني

يعتبر الدليل محل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و المجال الخصب لإعمالها، كما أنه يعتبر كل وسيلة مشروعة تثبت الحقيقة، و يستعين بها القاضي في تكوين قناعته القضائية من خلال تقديره السليم لها.

حيث تختلف هذه الأدلة باختلاف طبيعتها فهناك أدلة معنوية غير محسوسة كالشهادة و الاعتراف و هناك أدلة مادية كالعثور على السلاح ، و هناك العديد من أنواع الأدلة الأخرى كالدليل الإلكتروني الذي أصبح يكتسي أهمية كبرى في مجال الإثبات الجنائي نظرا للتطور التكنولوجي الحاصل الذي شهده العالم في مجال الجريمة.

فيعد قبول الدليل بصفة عامة والدليل الالكتروني بصفة خاصة الخطوة الأولى التي يمارسها القاضي الجزائي ، حيث إن مسالة تقييم الدليل في إثبات الواقعة الإجرامية مسألة موضوعية محضة تخضع لسلطة القاضي التقديرية ؛ وقبول القاضي الجنائي الدليل الالكتروني في الإثبات لابد أن يستند على أساس، وهذا الأخير يختلف من نظام إلى آخر سواء كان النظام اللاتيني أو النظام الأمريكي.

وعلى ضوء ماسبق ذكره سوف يقسم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول خصص لأساس قبول الدليل الالكتروني في النظام اللاتيني، أما أساس قبول الدليل الالكتروني في النظام الأنجلو أمريكي سيتم التطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أساس قبول الدليل الالكتروني في النظام اللاتيني

يعتمد قبول الدليل الالكتروني في النظام اللاتيني على أساس مبدأ حرية الإثبات في المسائل الجنائية ، حيث يمثل هذا المبدأ المنعرج الرئيسي الذي يرتكز عليه هذا النظام ، ومن بين الدول التي تبنت هذا المبدأ فرنسا والجزائر ومصر وغيرها، أما فيما يخص مضمون هذا المبدأ أن القاضي يمتلك الحرية في تكوين عقيدته للفصل في الدعوى المعروضة أمامه، كما يمكن له أن يستعين بكل طرق الإثبات ويعتمد على الدليل الذي يراه مناسبا للبحث عن الحقيقة وللخصوم أيضا اللجوء إلى أي دليل يمكنهم من إثبات ادعائهم .

نتيجة لما تم ذكره يتضح لنا أنه يمكن للقاضي الجنائي الاستناد إلى الدليل الالكتروني لإثبات الفعل الإجرامي في كل الجرائم عامة والجرائم الالكترونية خاصة ، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين مبدأ حرية الإثبات الجنائي كأساس لقبول الدليل الالكتروني في المطلب الأول ،ثم تبيان أهم النتائج المترتبة على الأخذ بهذا الأساس في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات كأساس لقبول الدليل الالكتروني

يعتبر مبدأ حرية الإثبات من المبادئ المستقر عليها في نظرية الإثبات الجزائي فيمكن للقاضي الجزائي من خلال إعمال هذا المبدأ أن يستمد عقيدته من أي دليل يرتاح له وجدانه، إلّا أن الحرية لا نعني بها أنه يمتلك الحرية المطلقة في الاقتناع بما يريد ، وإنما هو حر فقط في استخلاص الحقيقة من أي مصدر مشروع لهذا ارتأينا في هذا المطلب إلى دراسة المقصود بمبدأ حرية الإثبات في الفرع الأول، ثم الأسباب الداعية إلى إعماله في الفرع الثاني، إضافة إلى عيوب هذا المبدأ في الفرع الثالث.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ حرية الإثبات

نظرية الإثبات هي الأساس الذي تقوم عليه قواعد الإجراءات الجزائية منذ لحظة وقوع الجريمة إلى غاية صدور حكم النهائي.

الإثبات في المواد الجنائية هو كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة ، و إقامة دليل على وقوع الجريمة و على صحة إسناد الواقعة للمتهم من خلال أدلة مشروعة تكشف عن الحقيقة، مما تجعل القاضي يحكم بناء على أدلة قاطعة ، كما أنّ الإثبات الجنائي يختلف عن الإثبات المدني في كل من غرض و عبأ و أدلة الإثبات ودور القاضي في الدعوى ، إلا أن كلتا الدعويين الجنائية و المدنية تسعيان إلى تقديم الدليل للقاضي وتكوين اقتناعه.

حيث يتضمن الإثبات الجنائي قانونا ثلاث معاني تتمثل في:

إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود قاعدة قانونية ترتب آثارها ، وفي الخصوص يقال أنه يقع عبئ الإثبات على الخصم[1]، أو أنه بيان الوقائع أو العناصر التي يعتمد عليها المدعي لإقناع القاضي بوجود الحق، أو بأن الواقعة قد حصلت أو لم تحصل لعلاقة هذه العناصر أو الوقائع.

تعتبر حرية الإثبات إحدى خصائص نظرية الإثبات في المواد جنائية ، وذلك على خلاف مع المواد المدنية حيث يحدد القانون وسائل الإثبات وقواعد قبولها وقوتها[2]، ويقصد بهذا المبدأ حرية جميع الأطراف في اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات للتدليل على صحة ما يدعونه فسلطة الاتهام لها أن تلجا إلى أية وسيلة لإثبات وقوع الجريمة على المتهم ، ويدفع المتهم كذلك بكل الوسائل و يستظهر القاضي الحقيقة بكل ذلك أو بغيره من طرق الإثبات.[3]

فقد استقر مبدأ حرية الإثبات الجنائي منذ القديم على الرغم من أن تقنين التحقيقات الجنائية الفرنسي لم يكرسه صراحة ، وإنما يشير إليه ضمنيا في بعض النصوص ، خاصة التعليمة المقررة لدى المحلفين لدى المحكمة الجنائية ، وفي الوقت الحالي فإن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي قد أقر مبدأ حرية الإثبات الجنائي صراحة بمقتضى المادة472 بنصها على: "ما لم يرد نص مخالف يمكن إثبات الجرائم بكل الطرق ويحكم القاضي بناءا على اقتناعه الشخصي"[4]، وهذا النص وان كان مخصصا لمحاكم الجنح ، إلّا أنّ مبدأ حرية الإثبات يطبق أمام جميع أنواع المحاكم الجنائية . ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية صارمة في تطبيق هذا المبدأ وتحرص في العديد من أحكامها لمنح القضاة الاستعانة بأي دليل ساعدهم في تكوين عقيدتهم[5]، وأن الفقرة الثانية من نفس المادة 427 تطبق على وسائل الدفاع حيث نجد أن محكمة النقض الفرنسية رأت أنه لا يجوز للمحكمة رفض الدليل ولو كان ذلك الدليل غير مشروع بل لو كانت عدم المشروعية ناتجة عن ارتكاب جريمة ، مادام لم يوجد نص قانوني يستبعد صراحة الدليل ، إلّا أنّها تشترط أن يكون هذا الدليل قد خضع للمناقشة الحضوريّة في الجلسة أي احترام حقوق الدفاع.

[1] عبد الله سعيد أبو داسر ، إثبات الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة) ، رسالة الدكتوراه،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، قسم السياسة الشرعية ، المملكة العربية السعودية ، 2013 ، ص7،8.

[2] محمد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص323.

[3] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق، ص184.

[4] محمد مروان ، المرجع السابق ، ص324.

[5] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص185.

الفرع الثاني: أسباب إعمال مبدأ حرية الإثبات الجنائي

إنّ مبدأ حرية الإثبات الجنائي من بين أهم مبادئ نظرية الإثبات الجنائي لذلك توجد العديد من الأسباب التي نادت بضرورة إعماله والتي سوف نتطرق إليها فيما يلي:

1- إن حرية الإثبات تعد نتيجة منطقية لمبدأ قضاء القاضي بمحض اقتناعه ، التي تتبع في نفس الوقت السماح له بالاستعانة بجميع وسائل الإثبات ، التي يقتنع ويطمئن إليها لتمكينه من أداء رسالته ، لإرساء العدالة بين المتقاضين؛ وبالتالي فالدليل الالكتروني له نفس القيمة القانونية سواء كنا أمام جرائم الكترونية ، أو حتى الجرائم التقليدية وللقاضي فيه نفس سلطة الدليل التقليدي، أي مبدأ الاقتناع القضائي له محل من الإعمال في الدليل الإلكتروني.

2-إن الإثبات في الدعوى الجنائية يتعلق بوقائع مادية ونفسية يصعب أو يستحيل الحصول على دليل مسبق لها ، وذلك بعكس الدعوى المدنية ،التي يرد الإثبات فيها على تصرفات و أعمال يسهل إعداد تقرير مسبق بشأنها، واستحالة تحصيل دليل سابق على ارتكاب الجريمة يساهم في صعوبة الإثبات مما يصعب في إصدار الحكم ، هذا ما دفع إلى اعتماد مبدأ حرية الإثبات في المسائل الجنائية.

3-إن طبيعة المصلحة التي تحميها الدعوى الجنائية تختلف عن تلك التي تحميها الدعوى المدنية فغالبا ما تتعلق الأولى بمصلحة المجتمع في أمنه واستقراره ، وإن كانت في ظاهرها تحمي مصلحة خاصة تكون متعلقة إما بالجاني أو المجني عليه ، فالأصل في إرساء القانون الجنائي عامة ، هو المحافظة على دوام المجتمع الإنساني والمحافظة على أمنه واستقراره ؛ أما المصلحة في الدعوى المدنية فهي خاصة بأطرافه ، أي الهدف من القضاء المدني بشكل عام هو حماية المصالح الخاصة للأفراد كأصل عام.

4-إن حرية الإثبات الجنائي تبرر بوجود مبدأ البراءة الأصلية ، ذلك أن إقرار مبدأ الحرية من شأنه تخفيف العبء على سلطة الاتهام في مجال البحث عن أدلة الإثبات التي هي عملية جد صعبة[1]؛لذلك كان من الضروري تسليح المجتمع ممثلا في سلطة الاتهام بمختلف الوسائل و الصلاحيات التي تسمح بالقيام بواجبها؛ بمعنى أن القاضي أثناء دراسته للملف لإصدار الحكم ، لا بد أن ينطلق من فكرة البراءة هي الأصل ، ولأجل هذا كان لزاما عليه أن يستعين بكل الوسائل لإثباتها كأصل وللإدانة كاستثناء ، وأهم مبدأ يحقق هذا هو مبدأ حرية الإثبات الجنائي.

5-مبدأ حرية الإثبات يعدّ بمثابة إقرار ضمني من المشرع بعدم قدرة الأدلة التقليدية و التي لو تمّ حصرها كأدلة إثبات ستكون حتما قاصرة على مواجهة الجرائم المستحدثة ، و منها الجرائم الإلكترونية ن بمعنى فتح الباب لنوع من الأدلة

[1] محمد مروان ، المرجع السابق ، ص327.

العلمية للاستفادة من الوسائل التي يكشف عنها العلم الحديث كبصمة الصوت و البصمة الوراثية(D.N.A) و الدليل الإلكتروني[1].

6-إن محل الإثبات في الدعوى الجنائية يرد على وقائع قانونية تنتمي إلى الماضي لذلك لابد للمحكمة أن تستعين بكل الوسائل الممكنة كي تعيد لها رواية ما حدث،خاصة و أنّ يسعون لطمس آثار سلوكهم الإجرامي حتى يكون الدليل عليه مستحيلا.

وعليه بمكن القول أنّ الدليل الإلكتروني شأنه شأن الأدلة الجنائية الأخرى التي تمّ ذكرها على سبيل المثال في القانون يكون مقبولا مبدئيا في الإثبات الجنائي بصفة عامة ، و الإثبات في مجال الجرائم الإلكترونية بصفة خاصة ، إذا ما تمّ فيه احترام قيد المشروعية ذلك لأنّ الحرية هنا لا يقصد بها إمكان اللجوء إلى وسائل غير مقبولة قانونا ، فحرية الأطراف في مجال الإثبات الجنائي يجب أن تمارس في إطار ما تفرضه عليه ضوابط المشروعية من قيود يستحيل مخالفتها و إلا ترتب على ذلك عدم مشروعية الدليل بل بطلانه.[2]

الفرع الثالث: عيوب مبدأ حرية الإثبات

بالرغم من أن مبدأ حرية الإثبات أصبح القانون العام في الإجراءات الجزائية في التشريعات اللاتينية ، إلا أنه لم يسلم من النقد ، وأهم الانتقادات التي وجهت إليه يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا: إن الأخذ بهذا المبدأ يهدد دقة القواعد القانونية الخاصة بعبء الإثبات ، ذلك أن قرينة البراءة التي تعتبر من أهم ضمانات الحرية الفردية تصبح عرضة للانتهاك بسهولة من القاضي الجزائي بما يملكه من حرية الاقتناع و تقدير الأدلة ، و تعطل قاعدة إن الشك يفسر لصالح المتهم ، لأن القاضي هو من يقدر الشك أو اليقين من خلال تحديده لقيمة الدليل الذي يوصله إلى حد اليقين.

ثانيا: إن هذا المبدأ وإن كان القصد منه الوصول إلى العدالة الإنسانية ، إلّا أنّه لا يعبّر في جميع الحالات عن اليقين ، باعتبار أنه نتيجة عمل ذهني ، وكون أنّ القاضي إنسانا يتأثر كغيره من البشر ببعض العوامل و البواعث المختلفة ن التي تؤثر في ضميره عند تحليله وتقييمه للوقائع المعروضة عليه للوصول إلى الاقتناع الذي سيبني عليه حكمه[3].

[1] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص188.

[2] المرجع نفسه ، ص189.

[3] إيناس محمد مؤمن العبيدي ، ضوابط وحدود القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي في التشريع الليبي ، مجلة البحوث القانونية ، جامعة مصراتة ، كلية الحقوق ، العدد الحادي عشر، 2020 ، ص13.

ثالثا: إنّ منح محاكم الموضوع الحرية المطلقة في تقدير الأدلة يتعذر معه على محكمة التمييز ممارسة أي رقابة على قيمة الأدلة في الإثبات ، إذ يكفي أن يعبّر القاضي عن اقتناعه من الأدلة التي اختارها حتى يمتنع على محكمة التمييز النظر في كيفية تكوين مثل هذا الاقتناع.

رابعا: إن الأخذ بهذا المبدأ يجعل المتهم في حيرة من مدى الأثر الذي يتركه هذا الدليل أو ذلك في نفس القاضي وهكذا يبقى مركز الدفاع متأرجحا ومصيره قلقا وفي عالم مجهول[1].

على الرغم من الانتقادات التي وجهت لمبدأ حرية الإثبات الجنائي ، إلا أنها لم تؤثر في بقائه أساسا للإثبات الجنائي بل إنها ساعدت على تنقيته من الشوائب و الأخطاء من خلال وضع الضوابط ، التي تؤدي إلى التوازن بين حق المتهم في الدفاع عن نفسه و حق المجتمع في العقاب ، و بالتالي فإن مبررات هذا المبدأ طغت على عيوبه و أدت إلى تطبيقه في أغلب التشريعات.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ حرية الإثبات الجنائي

إن إعمال مبدأ حرية الإثبات يجعل القاضي الجزائي يتمتع بدور ايجابي في كشف الحقيقة في الجرائم التقليدية منها والمستحدثة ، ويبدو هذا الدور من خلال أن يكون له الحرية في توفير الدليل المناسب والضروري للفصل في الدعوى بما في ذلك الدليل الالكتروني ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول ، وأن يكون له الحرية في قبول أي دليل يمكن أن تتولد منه قناعة بما في ذلك الدليل الالكتروني وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : الدور الايجابي للقاضي الجزائي في توفير الدليل الالكتروني

يؤدي القاضي الجنائي دورا هاما بل لعله أكثر الأدوار أهمية في الدعوى الجنائية، وبصفة خاصة في شأن عملية الإثبات ؛ ولم يكن منح القاضي الجنائي هذا الدور إلا أحد مظاهر اعتناق المشرع لمبدأ حرية الإثبات ، لذا سوف نتطرق لمفهوم هذا الدور بداية ، ثم نعرض أهم المظاهر الدور الايجابي للقاضي الجنائي.

أولا: مفهوم الدور الايجابي للقاضي الجنائي في توفير الدليل الالكتروني

إن التطبيق الصارم لقاعدة البراءة الأصلية يؤدي إلى إعفاء الشخص المتابع جنائيا إعفاء كليا من تحمل كل عبئ في ميدان الإثبات ، هذا الإثبات الذي يمتد إلى العناصر الثلاثة المكونة للجريمة والمتمثلة في الركن المادي ، الركن

[1] إيناس محمد المؤمن العبيدي ، المرجع السابق ، ص14.

الشرعي و الركن المعنوي ؛ غير أنّ الشخص قد يجد نفسه مرغما بالرغم من تمتعه بالبراءة الأصلية على الدفاع عن مصلحته حتى يتمكن من إبعاد التهمة الموجهة ضده[1].

ولا شك أن مهمة الإثبات هي مهمة ثقيلة و صعبة ، لذلك أطلقت عليها تسمية عبء الإثبات فهذا العبء تتحمله أطراف الدعوى الجنائية ممثلة في النيابة العامة و المجني عليه والجاني ، إلا أنه لا يمكن إغفال الدور الذي يلعبه القاضي الجزائي في الإثبات إذ يقوم بمساعدة هذه الأطراف لما يتمتع به من وسائل قوية تسمح له بالبحث عن الأدلة.[2]

يقصد بالدور الإيجابي للقاضي عدم التزامه بما يقدمه له أطراف الدعوى من أدلة ، وإنما له سلطة بل وواجب عليه أن يبادر من تلقاء نفسه إلى اتخاذ جميع الإجراءات لتحقيق في الدعوى و الكشف عن الحقيقة الفعلية فيها ، وليس له أن يقنع بما يقدمه إليه أطراف الدعوى وإنما عليه أن يبحث بنفسه عن الأدلة اللازمة لتكوين عقيدته على الوجه الصحيح لأنه يسعى إلى اكتشاف الحقيقة الموضوعية أي الحقيقة في كل نطاقها.[3]

فالدعوى الجزائية هي نشاط القاضي و هو القائم على إدارتها ، من هنا كان واجبا عليه أن يصل إلى معرفة الحقيقة المادية كما حدثت في الواقع إلى أن يصل إلى الحقيقة التي تشكل محل اقتناعه وعلى ذلك فهو ملزم بالبحث عنها ، و إقامة الدليل عليها وهذا الدور يتمحور من ناحيتين ، فمن ناحية يمكن للقاضي أن يستعين بكافة طرق الإثبات للتحري عن الحقيقة و الكشف عنها وهو في ذلك يختلف عن القاضي المدني الذي يكون دوره في الدعوى المدنية المنظورة أمامه سلبيا يقتصر على الموازنة بين أدلة الخصوم الذين يلعبون دورا أي إيجابيا أي أن القاضي المدني يتقيد فيه بالاقتناع بأدلة معينة[4] وهكذا فإن القاضي المدني لا يملك أن يبحث بنفسه فيما يعتقد أنه مفيد في إظهار الحقيقة بل يجب أن يكتفي بعناصر الإثبات التي قدمها الأطراف ، وهذا يرجع في الواقع إلى أن الإثبات الجنائي يعالج وقائع مادية ونفسية و ليس مجرد تصرفات قانونية و التي هي موضوع الإثبات المدني.

هكذا فإن للقاضي الجزائي سواء بناء على طلبات الأطراف أو بموجب مقتضيات وظيفته أن يأمر باتخاذ الإجراء الذي يراه مناسبا و ضروريا للفصل في الدعوى ، فله أن ينتقل إلى محل الواقعة و أن يأخذ أقوال المتهم ، بل و أن يقوم باستجوابه كما خول له القانون حق استدعاء الشهود وندب الخبراء ، كذلك له أن يأمر باستكمال التحقيق إذا

[1] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص251.

[2] محمد مروان، المرجع السابق ، ص138.

[3] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص190.

[4] دوار حنان ، حدود سلطة الإثبات الجنائي الاقتناع للقاضي الجزائي و ضوابطه ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، علم الإجرام ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة ، 2017/2016 ، ص20.

ما كانت عناصر الإثبات التي بين يديه غير كافية أو مقنعة أيضا فإن القاضي يتعين عليه أن يتحقق بنفسه من عدم وجود أدلة براءة ظاهرة حتى ولم يدفع المتهم بها[1].

علاوة على ذلك فإنّه أمام محكمة الجنايات الفرنسية ن فإنّ سلطة القاضي تبدو أكثر اتساعا و شمولا ذلك أنّ المشرع الفرنسي قد خوّل رئيس محكمة الجنايات سلطة تفويضية بمقتضاها يمكنه أن يتخذ كافة الإجراءات التي يعتقد أنها مفيدة للوصول إلى الحقيقة.

ثانيا: مظاهر الدور الايجابي للقاضي الجنائي في توفير الدليل الالكتروني

إذا كانت مهمة البحث عن الأدلة وتقديمها في مرحلة المحاكمة تقع بصفة أساسية على عاتق الادعاء والدفاع ، فلا يعني ذلك أن القضاة لا يتحملون جانبا من هذه المسؤولية بل يلقى عليهم عبئ الإثبات شأنهم شأن سلطة الاتهام . و للاستدلال على ذلك نجد أنّ المحاكم الفرنسية في مواد الجنح و المخالفات يمكنها أن تتخذ جميع الإجراءات لتكوين اقتناعها[2]، فلها أن تسأل أو تستجوب المتهم حول أساس الاتهام الموجه إليه هذا ما نصت عليه المادتان 442 و536 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي ، و يمكنها سماع الشهود أو استدعاء الخبراء إذا واجهتها مسألة فنية.

أمّا في مواد الجنايات فقد أفرد القانون الإجرائي الفرنسي نصّا خاصا ، منح بموجبه رئيس محكمة الجنايات سلطة تقديرية خاصّة للقيام بجميع الإجراءات التي يقدّر فائدتها في كشف الحقيقة و هو نص المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

تطبيقا على الجرائم الإلكترونية فإن القاضي الجزائي يستطيع من أجل الوصول إلى الحقيقة أن يطلع على جميع الأفعال التي قام بها مستخدم الانترنت وهو متصل بها ، كعناوين المواقع التي زارها ووقعت الزيارة ، والصفحات التي اطلع عليها و الملفات التي جلبها و الكلمات و المعلومات التي بحث عنها ، و الحوارات التي شارك فيها، و الرسائل الإلكترونية التي أرسلها ، ونماذج الشراء التي قام بتعبئتها و التوقيع عليها و غيرها من الأفعال ، ذلك عن طريق مزود خدمات الانترنت الذي عادة ما يحتفظ بسجلات تحوي كل أفعال مستخدم الانترنت عندما يتصل بالشبكة[3].

[1] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص252.

[2] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص192.

[3] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص253.

كذلك من الممكن للقاضي الجزائي الاستماع لأقوال الشهود في الجرائم الإلكترونية ، و التي تعد من أكثر الأدلة حرجا سواء لصالح الاتهام أو الدفاع ، لذا كان لابد من تقديم الشهود وفق ضوابط محددة وحتى يتحقق ذلك لابد من مراعاة ما يلي:

- تحديد النطاق التي ينبغي إثباتها أمام المحكمة.
- وضع أسئلة نموذجية مرتبة وفقا للوقائع ترتيبا منطقيا ولها إجابات مؤكدة لإثبات تلك النقاط.
- تحديد الشهود الذين توجه لهم الأسئلة.
- وضع بدائل للأسئلة لمزيد من الشرح في حالة فشل الشاهد في إعطاء إجابات مقنعة.

فمن مظاهر الدور الايجابي للقاضي الجنائي في البحث عن الدليل الالكتروني ، أنه بإمكان القاضي الجنائي أن يأمر القائم بتشغيل النظام بتقديم المعلومات اللازمة لاختراق النظام والولوج إلى داخله ، كالإفصاح عن كلمات المرور السرية والشفرات الخاصة بتشغيل البرامج المختلفة ، أو تكليفه بمحل رموز البيانات مشفرة داخل ذاكرة الحاسب الآلي بمكوناته المادية أو المعنوية وشبكات الاتصال متى ما قدر ضرورة وملائمة هذا الإجراء.[1]

حيث تعد للخبرة في مجال الحاسب الآلي و الانترنت من أقوى مظاهر التعامل والتفاعل القانوني والقضائي مع ظاهرة تكنولوجيا المعلومات في تؤدي دورا كبيرا لا يستهان به ، خاصة مع نقص المعرفة القضائية الشخصية لظاهرة الانترنت ، و من أهم الوسائل التي عادة ما يلجأ إليها القاضي الجزائي فيها إلى الخبرة تلك المتعلقة بأمور فنية كتركيب أجهزة الحاسب الآلي أو صناعتها أو أنواعها المختلفة ، بالإضافة إلى الأجهزة الطرفية الملحقة بها ، وكلمات المرور ونظام التشفير وغيرها من المسائل المعلوماتية[2].

من مظاهر الدور الايجابي للقاضي الجزائي في البحث عن الدليل الالكتروني أيضا ، أنه يأمر القائم بتشغيل النظام بتقديم المعلومات اللازمة لاختراق النظام والولوج إلى داخله كالإفصاح عن كلمات المرور السرية و الشفرات الخاصة بتشغيل برامج مختلفة ، كما له سلطة الأمر بتفتيش نظم الحاسب الآلي بمكوناته المادية والمعنوية وشبكات الاتصال.

الفرع الثاني: الدور الايجابي للقاضي الجنائي في قبول الدليل الالكتروني

تحدثنا فيما سبق عن الدور الايجابي للقاضي الجنائي في توفير الدليل الالكتروني من حيث ماهيته ومظاهره وتبيان كيف أن القاضي الجنائي على خلاف القاضي المدني ، حيث لا يجوز له أن يقنع بما يقدمه له الأطراف في الدعوى

[1] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص194.

[2] غازي عبد الرحمان هيان الرشيد ، الحماية القانونية من الجرائم المعلوماتية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بيروت ، كلية حقوق ، لبنان ، 2004 ، ص592.

من أدلة ، وإنما عليه أن يبحث بنفسه عن الأدلة ذات الأثر في تكوين عقيدته ، وان يستشير الأطراف إلى تقديم ما لديهم من أدلة وتعد مرحلة قبول الدليل الالكتروني الخطوة الثانية بعد البحث عن الدليل وتقديمه من طرف كل من سلطة الادعاء والمتهم و القاضي في حالة ما إذا تطلب أن الفصل في الدعوى يتطلب الدليل بعينه[1] ، و ذلك من أجل خلق حالة اليقين المطلوبة لدى القاضي كأساس لإصدار حكمه بالإدانة أو تأكيد حالة البراءة.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه طبقا لمبدأ الشرعية الجزائية التي يتحصل من خلالها الدليل بما يتضمنه من أدلة مستخرجة من رسائل الكترونية كالكمبيوتر المحمول مثلا ، لا يكون الدليل مقبولا لعملية الإثبات التي يتم من خلالها إخضاعها للتقدير ، إلا إذا كان مشروعا بأن تم البحث عنه وفقا لطرق مشروعة[2].

يخلص إلى أن مشكلة قبول الدليل الالكتروني لا تثار في القانون الجزائري لأن هذا الأخير لا يعهد عنه سياسة النص على قائمة أدلة الإثبات ، فالأساس هو حرية الأدلة ، ولذلك فمسألة قبول الدليل الالكتروني لا ينال منها سوى مدى اقتناع القاضي به إذا كان هذا النوع من الأدلة يمكن إخضاعه للتقدير القضائي.

المطلب الثالث: موقف القوانين العربية والقانون الجزائري من الدليل الإلكتروني

بعد بيان نظام الإثبات الحر والأسس التي يقوم عليها ، وكما سبق وذكرنا أن هذا النظام يتميز بالدور الفعال للقاضي حيال الدليل حيث هو من يقرر نفسه حسب اقتناعه الذاتي والداخلي قبول الدليل من عدمه ، وله سلطة قبول أي دليل يمكن أن يتولد معه اقتناعه وبعد وصولنا إلى هذا النظام الذي أعطى للقاضي الحرية في تقدير الأدلة الجنائية وفقا لمجموعة من الشروط والضوابط ، يتوجب علينا إذن معرفة موقف التشريعات أو القوانين لذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى موقف كل من القوانين العربية في الفرع الأول ، ثم إلى موقف القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف بعض القوانين العربية من الدليل الإلكتروني

إن مختلف القوانين العربية قد أخذت بمبدأ حرية الإثبات ، لذا سوف نتطرق في هذا الفرع إلى معرفة موقف بعض القوانين العربية من الأدلة الجنائية الرقمية ، ومن بين هذه القوانين سوف يتم التطرق إلى موقف القانون المصري ، ثم موقف القانون العماني.

[1] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص195.

[2] بن طالب ليندا ، المرجع السابق ، ص.125

البند الأول: موقف القانون المصري

بالنسبة لحجية الدليل الالكتروني في مصر ، فقد خلا التشريع من التعرض لذلك غير أنه و بالرغم من خلو التشريع الإجرائي المصري من التعرض لهذه المسألة ، فانه يمكن الاستناد إلى المخرجات الكمبيوترية في إثبات أو نفي الجريمة ، وتكون لها قوة القرائن في الإثبات حيث أن المشرع أخذ بمبدأ الإثبات الحر فقد نص في المادة 291 من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أنه:" للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء النظر في الدعوى في تقديم أي دليل تراه مناسبا"[1] ، وعلى ذلك يكون للمحكمة أن تستند إلى الدليل الالكتروني لإثبات وقوع الجريمة أو نفيها.

البند الثاني: موقف القانون العماني

مع تزايد الاعتماد على مسائل تقنية المعلومات في إدارة وإنفاذ الأعمال المختلفة في السلطنة ، ازداد الاهتمام بمبدأ حجية وقوة وسائل التخزين التقني للمعلومات في الإثبات ، ومدى حجية الدليل الالكتروني ، ومدى إمكان النظام القانوني للإثبات استيعاب هذه الأنماط المستجدة من وسائل الإثبات.

فالقاعدة في الدعاوى الجزائية جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية ، والقيد على هذه القاعدة أن الدليل يتعين أن يكون من الأدلة التي يقبلها القانون ، وبالتالي تظهر أهمية اعتراف القانون بالأدلة ذات الطبيعة الالكترونية.

فالمشرع في سلطنة عمان لم يختلف عن المشرع المصري فيما يتعلق بحجية الدليل الالكتروني ، إلا أن المشرع العماني نص في المادة 186 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:" ليس لمحاضر التحقيقات السابقة على المحاكمة حجية في الإثبات أمام المحكمة و إنما يجوز لها الاستفادة منها في استخلاص القرائن و استخدام عناصرها في مناقشة المحقق كشاهد بعد حلفه اليمين فيما أثبته في محاضره." وكذلك المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه:"يحكم القاضي في الدعوى حسب القناعة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز أن يبنى حكمه على أي دليل لم يطرح على الخصوم أمامه في الجلسة أو على معلوماته الشخصية".

بالتالي فالمحكمة لها أن تستعين بالخبرة في سبيل التيقن من الدليل الالكتروني المقدم، و أن تناقش الخبير عن الجوانب الفنية في الحاسب الآلي المتعلقة بالجريمة لكي يصل القاضي من خلالها إلى قناعة معينة يترتب عليها صدور حكم في الدعوى.[2]

[1] بوعناد فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص257.

[2] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص258.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من الدليل الإلكتروني

قبل بيان موقف المشرع الجزائري من الأدلة الجنائية الرقمية ، يمكن القول بعد استقراء نصوص قانون الإجراءات الجزائية قد أخذ بنظام الإثبات الحر شأنه شأن المشرع الفرنسي ، لذا سوف نتطرق إلى موقف التشريع الجزائري من الأدلة الجنائية الرقمية في هذا الفرع.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حرية الإثبات طبقا لنص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي نصت على أنه:"يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص..." ، كما نصت المادة 307 أيضا من نفس القانون على نفس المبدأ بقولها:"...إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا تكوين قناعتهم ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما و لكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر و أن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم و أوجه الدفاع عنها و لم يضع لها القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم :هل لديكم اقتناع شخصي؟"

لذا بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من الأدلة الجنائية الرقمية ، و انطلاقا من نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية ن و التي أجاز فيها المشرع إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ، ومنح من خلالها للقاضي الحرية في تقدير الأدلة بناء على اقتناعه الشخصي يمكن القول أن المشرع الجزائري سلك ما سلكه المشرع الفرنسي من خلال اعتبار أن الدليل الرقمي مثل باقي الأدلة الجنائية الأخرى[1] ، وأن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي تمتد لتشمل جميع الأدلة الجنائية بما فيها الأدلة الرقمية فيستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه من الأدلة التي تقدم في الدعوى دون التقيد بدليل معين ما لم ينص القانون على غير ذلك[2].

حيث يمكن الأخذ بالدليل الالكتروني سواء في إطار الإدانة أو البراءة إذا توافرت في هذا الدليل الشروط التالية:

*المشروعية: أي يتم الحصول على الدليل الالكتروني بصورة قانونية.

*الصحة والمطابقة: أي أن يكون الدليل الالكتروني المقدم الى المحكمة هو نفس الدليل الذي تم جمعه و أن لا يطرأ على هذا الدليل أي تغيير خلال فترة حفظه.

[1] طاهري عبد المطلب ، الاثبات الجنائي بالأدلة الرقمية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون جنائي ، جامعة المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015/2014 ، ص71.

[2] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص258.

*الدقة: أي أن نظام الحاسوب الذي استخرج منه الدليل يعمل على نحو دقيق و سليم بحيث لا يتطرق الشك في دقته[1].

في حين يرى البعض أن المحاكم لم تواجه مشكلة في تعاملها مع الأدلة الجنائية الإلكترونية[2] ، و ذلك وفقا للأسباب التالية:

- الثقة التي اكتسبها الحاسوب ، و الكفاءة التي حققتها النظم الحديثة للمعلوماتية في مختلف المجالات.
- ارتباط الأدلة الجنائية الإلكترونية و آثارها بالجريمة موضوع المحاكمة.
- قيام الأدلة الإلكترونية على نظريات حسابية مؤكدة لا يتطرق إليها الشك ، مما يقوي يقينية الأدلة الإلكترونية التي تبنى على الدراسات والبحوث والتقنية العلمية.
- الأدلة الإلكترونية عادة ما يدعمها رأي الخبير،و للخبرة في المواد الجنائية دورها في الكشف عن الأدلة و فحصها وتقسيمها، و عرضها أمام المحاكم وفق شروط وقواعد نظمها القانون وأقرها القضاء و بهذه الخبرة تأتي النتائج بصورة موضوعية .
- الأدلة الإلكترونية تقوم على حقائق و أسس علمية ذات نتائج واضحة ودقيقة ، لها أثرها على اقتناع القاضي يتجاوز في تأثيره كل أنواع الأدلة الأخرى[3].
- أن تطور الجريمة و استفادتها من التطور العلمي يفرض مواجهتها بالأسلوب نفسه سواء في مجال الضبط أو التحقيق أو المحاكمة.

وعليه يتضح أن القاضي ولبيان سلطته في تقدير الأدلة الجنائية الرقمية يجب التمييز بين أمرين ، الأمر الأول يتمثل في القيمة القاطعة للدليل ، و الأمر التالي الظروف و الملابسات التي وجد فيها هذا الدليل ومنه فتقدير القاضي لا يتناول الأمر و ذلك لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة و لا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة ، و أما الظروف و الملابسات التي وجد فيها هذا الدليل و أحاطت به فإنها تدخل في نطاقه الشخصي[4].

[1] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص259.

[2] ناصر بن محمد البقمي ، أهمية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي ، مجلة الفكر الشرطي ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد الأول ، يناير 2012، ص45.

[3] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص259.

[4] طاهري عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص72.

لذا فالاعتماد على الأدلة الجنائية الرقمية و التعامل معها من طرف الهيئات القضائية الجزائية التي لا تثير أي إشكال قانوني ما دام التشريعين الجزائري و الفرنسي يتبنيان نظام الإثبات الحر، و من جهة أخرى لا تثير أي إشكال تقني بسبب وضوح الأدلة الجنائية الرقمية و دقتها قي الإثبات زيادة على ذلك إمكانية تعبقها و استخلاصها و الوصول إلى مصدرها بدقة نظرا لقيامها على نظريات حسابية مؤكدة لا يشوبها أي شك ، وهو ما يقوي من يقينيتها في الإثبات.

بالرجوع إلى القانون 04/09 الذي يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال ومكافحتها خالية من أي أوضاع خاصة بالدليل الإلكتروني ، وعليه فالأصل في الأدلة مشروعية وجودها ومن ثم سيكون الدليل مشروعا في الوجود اصطحابا للأصل[1].

[1] براهيمي جمال ، التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية ، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تيزي وزو ، 06/27/ 2018 ، ص144.

المبحث الثاني: قبول الدليل الالكتروني في النظام الانجلو أمريكي

نظام الإثبات المقيد بصفة عامة هو ذلك النظام الذي يطلق عليه نظام الأدلة القانونية أو نظام الإثبات المحدد ، أو بمعنى آخر أن المشرع هو الذي يحدد فيه الأدلة المسبقة والقاضي بدوره لا يجوز له أن يخرج من الأدلة المحدودة ، أي أن اقتناع المشرع يقوم مقام اقتناع القاضي[1] ، كما أن المشرع هنا يقوم بتحديد طرق معينة يتقيد بها القاضي والخصوم ويجعل لكل طريق قيمته[2].

هو نظام سائد في الدول ذات الصياغة الأنجلو سكسونية التي تعتنق النظام الانجليزي والتي تنتهي نوعا ما إلى الارتباط بالتاج البريطاني ؛ إلّا أنّ الدليل الالكتروني في هذا النّظام يواجه عدة مشاكل خاصة فيما يتعلق بمضمون الأدلة كقاعدة استبعاد شهادة السماع ؛ أما فيما يخص القواعد المتعلقة بكيفية تقديم الأدلة إلى القضاء ، فهناك قاعدة الدليل الأفضل وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث حيث خصصنا المطلب الأول لقبول الدليل الالكتروني استثناء من قاعدة استبعاد شهادة السماع ، أما المطلب الثاني خصصناه لقبول الدليل الالكتروني استثناء من قاعدة الدليل الأفضل.

المطلب الأول: الدليل الالكتروني مقبول استثناء قاعدة استبعاد شهادة السماع

يواجه الدليل في النظام الأنجلو أمريكي عدة مشاكل خاصة فيما يخص مضمون الأدلة، كقاعدة استبعاد الشهادة ، وبما أن الدليل الالكتروني يعد شهادة سماع ، فيعتبر للوهلة الأولى انه دليل غير مقبول ، إلا أنه في الحقيقة غير ذلك لأن المشرع في الأنظمة الانجلو أمريكية وضع قائمة من الاستثناءات على قاعدة شهادة السماع ، ومن بينها المعلومات والبيانات التي يتم الحصول عليها من الكمبيوتر حيث يكون هذا الأخير شأنه شأن غيره من الأدلة ، لكن بشروط معينة وهذا ما سيتم التعرض إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف شهادة السماع

الشهادة قد تكون عن رؤية حضورية ، وقد تكون سماعية يشهد فيها الشاهد بما سمعه ممن رأى الواقعة ، والحقيقة أن بعض التشريعات كالولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا وكندا واستراليا لا تعتد بالشهادة السماعية في الإثبات الجنائي[3].

[1] محمود مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص36.

[2] خالد حسن احمد لطفي ، المستند الالكتروني ووسائل إثباته وحمايته ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، 2018 ، ص19.

[3] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص.198.

يقصد بشهادة السماع أو كما يطلق عليها البعض التسامع عن الغير، أو الشهادة النقليّة بأنها: بيان شفوي أو تقرير شفوي أو كتابي يحدث خارج المحكمة ويقدم إليها من اجل الحقيقة أو بعبارة أخرى من اجل إثبات أمر حدث الجلسة وكان صادقا[1].

كما يرى بعض الفقهاء بأنّ شهادة السماع نوع من الشهادة غير المباشرة ، و ليست هي شهادة السماع ذاتها بحيث تقسم الشهادة غير المباشرة إلى نوعين: "الشهادة السماعيّة"و "الشهادة بالتسامع" ، فالأولى تعني أن يشهد الشاهد بما سمعه من شخص آخر، ما يفيد أن الشاهد لم يشاهد الواقعة أو الحادثة بنفسه بل سمع عنها من شخص آخر ، ولا تكون موضع ثقة كونها معرضة للتحريف[2] ، وأن يدلي الشاهد بما نقله إليه شخص آخر عايش أو شاهد موضوع النزاع[3] ، أما الشهادة بالتسامع فهي ترديد لإشاعة تتردّد بين الناس بدون الجزم بصحّتها فقد تكون صادقة أو لا تكون ، و ترجع العلة في التمييز بين النوعين ، في أنّ النوع الأول من الشهادة له قوة في الإثبات ، و لكنّها بدرجة أقل من النوع الثاني ، و التي لا تصلح أساسا كدليل لاستحالة التحقق من صحتها[4].

الأصل في شهادة السماع أنها لا يعول عليها كدليل حيث يمكن الحكم على مقتضاه ، و يرجع ذلك إلى عدم الثقة في الشخص الذي يدلي به خارج المحكمة فهو لا يؤدي يمينا أمام المحكمة حتى يخضع الملاحظة القاضي أو المحلف وقت إدلائه أو كتابته ،ومن ناحية أخرى فان هذا السبيل لا يتيح للمتهم حقوقه الدستورية خاصة حق المتهم في المواجهة[5].

مع ذلك لا تعني هذه القاعدة أن يكون النقل عن الغير سواء كان نطقا أو كتابة يتم تجاهله نهائيّا، أن هناك حالات استثنائية تقبل فيها شهادة السماع كدليل في الدعوى الجنائية تتمثل فيما يلي:

1-أقوال المجني عليه التي نطق بها قبل وفاته.

2-إخبار أحد أعضاء الاتفاق الجنائي.

3-التسجيلات الرسمية.

---

[1] المرجع نفسه ، ص199.

[2] دوار حنان ، حدود سلطة الإثبات والاقتناع للقاضي الجزائي وضوابطه ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، علم الإجرام ، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة ، كلية الحقوق ، 2017/2016 ، ص28.

[3] بن نوناس ليلى ، ولد سعيد ليدية ، الإثبات في المواد الجنائية في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون جنائي، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق ، تيزي وزو، 2018/09/09 ، ص61.

[4] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ،ص200.

[5] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع نفسه ، ص201.

4-التقرير التلقائي.

5-البيانات والمعلومات التي يتم الحصول عليها من الكمبيوتر.

6- النطق بمفهوم الانطباعية.

تبين من خلال ماسبق أن الدليل الالكتروني يدخل في طائفة الحالات الاستثنائية عن قاعدة شهادة السماع ، ليصبح هذا الدليل مقبولا في الإثبات الجنائي، إلا أن قبول الدليل على أساس استثناء قاعدة شهادة السماع لا ينطبق على جميع أنواع سجلات الحاسوب مع العلم أن هذه الأخيرة تم تقسيمها من قبل المحاكم الفدرالية الأمريكية إلى ثلاث أنواع ، سجلات الحاسوب المخزنة على بيانات بشرية مثل المخرجات من برامج الكتابة من الكمبيوتر ، حيث أنها تعتبر شهادة سماعية مثلها في ذلك مثل الكلمات أو التقريرات التي يسجلها الإنسان على أجهزة مختلفة[1].

أما سجلات الحاسوب المتوالدة أو ما تعرف بالسجلات المأخوذة عن الحاسوب ، ومن أمثلتها سجلات الدخول إلى الانترنت و سجلات الهاتف و إيصالات الصراف الآلي و غيرها، فهذه السجلات لا تتضمن إفادات بشرية ، و إنما هي عبارة عن نتائج البرامج الحاسوبية كأرقام و ساعة ومدة المكالمات الهاتفية ، وهذا النوع من السجلات يمكن للمحاكم أن تأخذ به،إذا كان برنامج الكمبيوتر يؤدي على نحو جيد و سليم[2].

فالأصل إذن أنّ مخرجات الكمبيوتر تشكل شهادة سماعية ما دامت تتكون من جمل و كلمات أدخلها جهاز الكمبيوتر،سواء تم معالجة تلك البيانات أم لا،في هذه الحالة يتعين على سلطة الإدعاء أن تثبت أن مخرجات الكمبيوتر في هذه الحالة تشكل استثناءا من قاعدة الشهادة السماعية ،و ذلك حتى يتم الاعتداد بها كحجة في الإثبات.

غير أنه يجب التمييز بين المعلومات التي يضعها الإنسان والمعلومات التي تسجلها الآلة من تلقاء نفسها، فالأولى كما سبق الإشارة هي شهادة سماعية مثلها في ذلك الكلمات أو التقريرات التي يسجلها الإنسان على الأجهزة المختلفة ، ويرجع السبب في هذا التمييز إلى أنه في الحالة الأولى يقوم الشخص بدور إيجابي في تدوين البيانات أو الملفات ، فيتعين عليه أن يحضر كشاهد إلى المحكمة لكي يحلف اليمين ، وتتم مناقشته في أقواله حتى تكون لها

[1] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص264.

[2] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص264.

مصداقيتها ، أما في الحالة الثانية فإن الجهاز هو الذي يقوم بتدوين البيانات التي تصلح أن تقدم مباشرة إلى المحكمة فهي ليست من قبيل الشهادة السماعية[1].

أما بالنسبة للنوع الثالث ، والذي يجمع بين التدخل الإنساني ومعالجة الكمبيوتر، وإن كان جزء منها يعد شهادة سماع ، وهو الصادر عن الإنسان إلا أنّه لا يعد هذا النوع من السجلات شهادة سماع حتّى و إن كان يجب توافر الشرط اللازم لصحّة المستند الإلكتروني شرطين: فمن ناحية يجب توافر الشرط اللازم لصحة الشهادة السماعية ، كما أنه يجب التأكد من عمل الجهاز نفسه على نحو صحيح[2].

الفرع الثاني: موقف القضاء الانجليزي من أساس قبول الدليل الالكتروني

إذا كان المشرع الانجليزي قبل الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي على أساس أنّه أساس استثناء من قاعدة شهادة السماع ، إلّا أن القضاء قد قبل هذا الدليل على أساس انه شهادة مباشرة[3].

يظهر ذلك جليا في العديد من القضايا المعروضة أمامها ففي قضية R.V.Wood تم العثور في حيازة المتهم على بعض المعادن التي سرقت ، وكانت تركيبة المادة الكيميائية لهذه المعادن مسجلة في كومبيوتر المجني عليه ، وقد قدمت ورقة مخرجة من الكومبيوتر كدليل ، و السؤال الذي طرح في هذه القضية هل تعتبر هذه الورقة الناتجة عن الكومبيوتر دليلا سماعيا وبالتالي لا نأخذ به ؟ أجابت عن ذلك المحكمة معتبرة أن الورقة الناجمة عن الكمبيوتر مقبولة وفقا للشريعة العامة وتصلح للإثبات[4] ، فهي ليست من قبيل الشهادة السماعية.كما قبلت المحكمة الجزئية في قضيةِ Castle v.Cross الدليل المستخرج من جهاز قياس نسبة الكحول في الدم باعتباره دليلا مباشرا وليس من قبيل الشهادة السماعية[5].

في نفس الاتجاه أيضا قضت محكمة الاستئناف في انجلترا بقبول الدليل المستخرج من الكمبيوتر في قضية R.v.Pettigrew بوصفه شهادة مباشرة ، و ليست سماعيّة و التي تخلص وقائعها في أنّه وجد في حيازة المتهم الذي قام بالسطو على البنك أرقام النقود المسروقة و التي كانت مسجلة في كمبيوتر البنك في انجلترا ، وقد قبلت المحكمة في هذه القضية مخرجات الكمبيوتر الورقيّة باعتبارها دليلا مباشرا و ليس من الأدلة السماعيّة.

[1] بوعناد فاطمة الزهرة ،المرجع نفسه ، ص264.

[2] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع نفسه ، ص202.

[3] أشرف عبد القادر قنديل ، المرجع السابق ، ص203.

[4] أيمن علاء الدين بصيلة ، الحماية الجنائية الإجرائية للتجارة الإلكترونية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،أ م البواقي ، 2018/2017 ، ص70.

[5] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص204.

المطلب الثاني: الدليل الالكتروني مقبول استثناء من قاعدة الدليل الأفضل

بعدما تطرقنا في السابق إلى قاعدة استبعاد شهادة السماع ، سوف نتطرق إلى ثاني قاعدة والمتعلقة بكيفية تقديم الأدلة إلى القضاء ، وتحديد مدى قبولها كأدلة إثبات في المواد الجنائية ، تلك القاعدة المعروفة بقاعدة الدليل الأفضل أو قاعدة المحرر الأصلي، ولو طبقنا هذه القاعدة من حيث المبدأ على الدليل الالكتروني لكان مستبعدا كوسيلة إثبات في هذا النظام ، وهو ما أدى إلى خلق رجال الضبط القضائي والمدعيين العموميين من أنّ مجرد مخرجات طابعة ملف الكتروني مخزن على الحاسوب لا يعد أصليا ، وذلك راجع إلى أنه عادة ما يقدم الدليل إلى القضاء في شكل مستندات مطبوعة أو كبيانات معروضة على شاشة الكمبيوتر ، إلّا أنّ هناك عائق يمنع المحلفين والقضاة من ملامسة الدليل الأفضل نتيجة لأنّ أصل الدليل الالكتروني هو مجرد إشارات الكترونية ونبضات ممغنطة لا ترى بالعين المجردة ، إضافة إلى ذلك أنّ النسخة لا تظهر البيانات المتضمنة في الأصل مما يجعله دليلا ثانويا لا أصليا ، لذا سوف نتطرق في هذا المطلب بالتفصيل إلى مفهوم هذه القاعدة في الفرع الأول ، ثم الانتقال إلى شروط قبول الدليل الالكتروني في النظام الأنجلو أمريكي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف قاعدة الدليل الأفضل

تذهب قواعد الإثبات في التشريعات ذات الأصل الانجلو أمريكي إلى تطبيق قاعدة الدليل الأفضل والتي يقصد بها: لأجل إثبات محتويات كتابة أو سجل أو صورة فان أصل الكتابة أو السجل أو الصورة يكون مطلوبا[1].

بمعنى آخر لا يجوز تقديم الصورة لإثبات محتوى الأصل[2]، بصفة عامة حين يقدم أحد الأطراف تأييدا لدعواه ، دليلا يستند إلى عدة دعائم فان عليه أن يقدم أفضل نموذج وهو ما يعني أن تكون الأدلة الواجب تقديمها أولية وليست ثانوية أصلية لا بديلة[3]، و أن يكون الدليل المقدم هو أحسن ما يمكن الحصول عليه بالنسبة لظروف و طبيعة القضية.

كما تبنى قانون الإثبات الفيدرالي في المادة 1002 منه قاعدة الدليل الأفضل ويقصد بها أيضا أنه عندما يتم إثبات مضمون كتابات أو سجلات أو صور ، فإن أصل هذه الكتابات يجب أن يكون متوفرا، أي يتوفر تقديمه

[1] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص204.

2-Amoury(B)et Poullet(Y),le droit de la preuve face àlinformatique,revue internationale de droit comparè,n°2,avril –juin,1985,p339.

[3] اشرف عبد القادر قنديل ، المرجع السابق ، ص203.

للمحكمة ،[1]وقد جاء نصها الحرفي كالتالي:"باستثناء ما هو مقرّر في هذا القانون أو بقانون خاص يصدر عن الكونجرس ، فإنه عند إثبات مضمون الكتابة والتسجيل و الصورة فإنّه يلزم توافر أصل الكتابة و التسجيل و الصورة[2].

مع ظهور المستندات الالكترونية استدعى الأمر إلى تغيير هذه القاعدة كي تتلاءم مع عصر المعلومات ، وقد استجابت بعض التشريعات كالقانون الأمريكي والانجليزي لهذه المستجدات[3] ، و قام بحسم هذه المسألة لصالح الدليل الإلكتروني ، لذلك قام المشرع الأمريكي من خلال تعديل قانون الإثبات الفيدرالي الأمريكي ، وذلك من خلال تطوير المادة 1/101 من قانون الإثبات الأمريكي لكي تشمل الدليل الالكتروني بشكل موسع ، حيث سمحت بالاعتراف بالمواد المكتوبة(writing)والمسجلة(recording) والالكترونية(Electronic) لكي تحظى بذات الاهتمام الذي تحظى به الأدلة الأخرى في المحاكم[4].

بالتالي قام المشرع الأمريكي باستخدام مدلول موسع للكتابة والتسجيلات ، ليشمل كل من الحروف أو الكلمات أو ما يعادلها مكتوبة على اليد ، أو منسوخة على الآلة الكاتبة ، أو مطبوعة أو تم تصويرها ، أو اتخذت شكل نبضات مغناطيسية بتسجيل ميكانيكي أو الكترونيا ، و أي شكل آخر من تجميع المعلومات.

لذلك يتم اعتبار الكتابة الموجودة داخل الجهاز في صورة كهرومغناطسية من قبيل النسخة الأصلية ، و بالتالي لا نصطدم بقاعدة الدليل الأفضل ، و نعتبر أنّ المحرّرات الالكترونية نسخة أصليّة ، ولقد ذهب القانون الأمريكي أبعد من ذلك حال توسّعه في مدلول عرض الدليل الالكتروني،إذ تنص المادة 3/1001 من قانون الإثبات الأمريكي على أنّه:"إذا كانت البيانات مخزّنة في الحاسوب أو جهاز مماثل ، فإنّ مخرجات الطابعة أو أيّة مخرجات أخرى يمكن قراءتها بالنظر إلى ما تمّ إظهارها و تبرز انعكاسا دقيقا للبيانات ، تعد بيانات أصلية[5] ، ما يمكن استخلاصه من هذه المادة ، أنه يقبل الدليل الالكتروني المستخرج من الطابعة كدليل أصلي كامل من غير جلب الحاسوب إلى قاعة المحكمة لتأكيد تلك الأصالة.

فضلا عن ذلك ، فقد توسع القانون الأمريكي أكثر حين قيامه باعتماد مقياس قانون عام ، وذلك في إطار الاعتراف بالنسخة طبق الأصل الفورية الصادرة في الحاسوب ، فالمادة 4/1004 من قانون الإثبات الأمريكي تعرّف

[1] بو عناد فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص263.
[2]عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص205.
[3] أشرف عبد القادر قنديل ، المرجع السابق ، ص203.
[4]عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص 206.
[5] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص207.

النسخة طبق الأصل بأنها:"النسخة المطابقة للأصل المنتجة لذات الأثر للنسخة الأصل،..عن طريق إعادة تسجيلها ميكانيكيا أو الكترونيا..أو عن طريق وسيلة تقنية أخرى مساوية التي تعيد إنتاجها بدقة كالأصل".

فالقانون الأمريكي يقرر في المادة 1003 من قانون الإثبات الأمريكي أنّ"النسخة المطابقة للأصل تقبل كالأصل إلاّ إذا :

أولاّ : أثيرت حولها تساؤل جدي يتعلق بجديتها وأصالتها.

ثانيا: إذا كانت الظروف لا تسمح بقبول النسخة المطابقة للأصل لكي تحل محل الأصل".[1]

أماّ بالنسبة للقانون الإنجليزي فقد تم قبول صور المستندات ، أو جزء منها بموجب المادة 27 من قانون العدالة الجنائية لسنة 1988.

الفرع الثاني: شروط قبول الدليل الالكتروني في الإثبات عند النظام الانجلو أمريكي

هناك مجموعة من الشروط التي نص عليها المشرع الانجليزي لقبول الدليل الالكتروني ، حيث تعاقبت في انجلترا العديد من القوانين التي تسمح بقبول الدليل الالكتروني ، كقانون الإثبات الجنائي لسنة 1984 الذي ترتب عليه قبول المشرع الانجليزي للدليل الالكتروني كدليل في الإثبات الجنائي ، وهذا خروجا عن الأصل العام الذي يعمل به القانون الانجليزي الذي لا يقبل الشهادة السماعية ، إلا أن هذا القبول له مجموعة من الشروط نصت عليها المادة 69 من قانون 1984 وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1-عدم وجود أسباب معقولة للاعتقاد بأن البيان يفتقر إلى الدقة بسبب الاستخدام غير المناسب أو الخاطئ للحاسوب.

2-أن يعمل الحاسب في جميع الأحوال بصورة سليمة ، وإذا لم يكن كذلك فان جزء لم يعمل فيه بصورة سليمة أو كان معطلا عن العمل لم يكن ليؤثر في إخراج المستند أو دقة المحتويات.

3-الوفاء بأية شروط متعلقة بالمستند محددة طبقا لقواعد المحاكمة المتعلقة بالطريقة أو الكيفية التي يجب أن تقوم بها المعلومات الخاصة بالبيان المستخرج عن طريق الحاسوب.[2]

[1] المرجع نفسه ، ص208.

[2] هلال آمنة ، الإثبات الجنائي بالدليل الالكتروني ، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، قانون جنائي ، جامعة محمد خضر، بسكرة ، كلية الحقوق ،2014 /2015، ص79.

وبناءا عليه فان النيابة العامة إذا استندت إلى مستند الكتروني في دعوى جنائية يتعين عليها أن تقدم الدليل على أنّ الجهاز يعمل بطريقة صحيحة ، ولا يلزم أن يتم إثبات هذه الأخيرة من جانب الخبير.

كما أكد القضاء الأمريكي هذا المعنى في قضية تتلخص وقائعها ، في أنّ متهما بتجارة المخذرات كان يقوم بتسجيل الصفقات الممنوعة في ثلاث ملفات في الكمبيوتر الخاص به تحت أسماء مستعارة ، وقد حصل رجال الضبطية القضائية على هذه الملفات بمساعدة المتهم صاحب الكمبيوتر، وذلك عند تفتيش هذا الجهاز بناء على إذن بذلك ، وقد تم ضبط ملفات تحتوي على أسماء المتعاملين مع المتهم الأول. دفع أحد هؤلاء المتعاملين بعدم صحة إجراءات الضبط وذلك لسهولة العبث بالبيانات وتغييرها وسهولة إدخال اسمه من المتهم الأول ، ومع ذلك رفضت المحكمة هذا الدفع مستندة إلى انه لا يشترط لصحة إجراءات ضبط بيانات الكمبيوتر أن يتم من جانب الخبير[1].

من الواضح جليا أنّ صحة الدليل الالكتروني يتوقف على صحة برنامج التشغيل الذي يعمل الكمبيوتر بحسب تعليماته ، و من حق المتهم أن تتاح له الفرصة لإثبات أنّ برنامج التشغيل لا يعمل بطريقة صحيحة أو منتظمة.

تجدر الإشارة إلى أن قانون الشرطة و الإثبات الجنائي لسنة 1984 لم يكتفي بتحديد الشروط الواجب توافرها في مخرجات الحاسب كي تكون أدلة مقبولة أمام القضاء ، بل تضمن كذلك توجيهات لكيفية تقدير قيمة أو وزن البيان المستخرج عن طريق الحاسب[2] ، فأوصت المادة 11 من الجزء الثاني من الملحق 3 من القانون السالف الذكر بمراعاة كل الظروف عند تقييم البيانات الصادرة عن الحاسب المقبولة في الإثبات طبقا للمادة 69 من القانون ، و بوجه خاص مراعاة "المعاصرة "، أي ما إذا كانت المعلومات المتعلقة بأمر قد تزويد الحاسب بها في وقت معاصر لهذا الأمر أم لا ، و كذلك مسألة ما إذا كان أيّ شخص من المتصلين على أيّ نحو بإخراج البيان من الحاسب ، لديه دافع لإخفاء الوقائع أو تشويهها.

كخلاصة لهذا الفصل يمكن القول بأن الدليل الالكتروني يكتسي نوعا من الخصوصية تميزه عن الدليل التقليدي خاصة في مجال الإثبات الجنائي ، فبالنسبة لمسألة قبوله تختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام السائد فيها ، فهناك دول تعتنق النظام اللاتيني فالقاضي هنا له حرية واسعة في قبول الدليل الالكتروني بمجرد أن تتولد لديه قناعة أما بالنسبة للدول التي تتبنى النظام الأنجلو أمريكي ، فالأمر يختلف فالقاضي لا يمتلك أي سلطة بل المشرع هو من يحد من سلطته ، أو بمعنى آخر كما سبق وذكرنا أن اقتناع المشرع يقوم مقام اقتناع القاضي.

[1] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص210.

[2] المرجع نفسه ، ص211.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني

قدمنا أن القاضي حر في أن يستعين بكافة طرق الإثبات للبحث في الحقيقة والكشف عنها ، فالقاعدة في الإثبات الجنائي أنه يجوز إثبات الجرائم بكل الطرق إلا أنه ليس من المعقول أن تكون هذه الحرية مطلقة من كل قيد لأنه قد ينتج عن هذا الإطلاق مساس بالحقوق وحريات الأفراد لأنه بوجود السلطة المطلقة يعم الفساد ، فالقاضي وان كان غير مكلف ببيان أسباب اقتناعه الشخصي إلا أنه مكلف ببيان أسباب الحكم الذي انتهى إليه ويجب أن يكون هذا الاقتناع منطقيا وليس مبنى على محض تصوراته الشخصية.

لذا كان من الضروري رسم ضوابط وأطر معينة يتعين أن تمارس هذه السلطة في نطاقها بحيث لا تنحرف عن الغرض الذي يرجوه المشرع من ورائها وهو الوصول إلى الحقيقة الفعلية في الدعوى.

رغم عدم اتفاق فقهاء القانون الجنائي على أنواع هذه الضوابط إلا أنها لا تخرج عن ضوابط تتعلق ببعض الجرائم التي حددت أغلب التشريعات الأدلة التي تقبل في إثباتها بحيث لا يجوز الإثبات بغيرها كأدلة إثبات جريمة الزنا أو أدلة الإثبات الخاصة ببعض المسائل غير الجزائية التي يملك اختصاص النظر فيها بصفة التبعية للدعوى الأصلية و التي تكون أدلة إثباتها قانونية على عكس أدلة الإثبات الجزائية التي هي إقناعية.

وبالنظر إلى إمكانية استعانة القاضي الجنائي بالدليل الالكتروني لإظهار الحقيقة و إثبات وقوع الجريمة نجد قيدا عاما يحد من حرية القاضي في قبول هذا الدليل وهو قيد المشروعية وقيد خاص يتمثل في القيود المستمدة من نصوص قانونية خاصة.

بناء على ما تقدم طرحه سوف نتطرق إلى مبدأ مشروعية الدليل الالكتروني في المبحث الأول والى القيود المستمدة من نصوص قانونية خاصة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مبدأ مشروعية الدليل الالكتروني

إن القاضي الجنائي حر في تقدير الدليل الالكتروني المقبول في الدعوى الذي تم الحصول عليه بطريقة مشروعة ، لأن محل هذه الحرية هو الأدلة المقبولة فالتطبيق الحسن للقانون يفرض أن يكون اقتناعه من دليل الكتروني مقبول بالإضافة إلى وجوب عنصر هام ورئيسي ، و هو عنصر المشروعية فلا يصح الاستناد إلى دليل يغيب فيه عنصر المشروعية و إلا كان هذا الدليل باطلا خاصة وان كان هذا الدليل هو الدليل الوحيد ، فلا يصح الاستناد إليه في إدانة المتهم و إلا اعتبر حكمه معيبا قابلا للبطلان.[1]

لذا فان القاضي ملتزم بقيد المشروعية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الخاصة من جهة، و أن الإجراءات الجنائية تقوم على دعامات قوية تضمن للأفراد حرياتهم الشخصية و كرامتهم الإنسانية من جهة أخرى ، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول خصصناه لمشكلة المصلحة الأولى بالرعاية أما المطلب الثاني خصصناه لقيمة الدليل غير المشروع.

يقصد بمشروعية الدليل الجنائي بما يتضمنه من أدلة الكترونية هو التوافق و التقيد بالأحكام القانونية في إطارها و مضمونها العام ، فهي تهدف إلى تقرير ضمانة أساسية و جدية للأفراد و حماية حرياتهم و حقوقهم الشخصية ضد تعسف السلطة ، وبالتطاول عليها في غير الحالات التي رخص فيها القانون بذلك من أجل حماية وبنفس القدر لتحقيق مماثلة الفرد ذاته.

كما يقصد بها كذلك ضرورة توافق الإجراء مع القواعد القانونية و الأنظمة الثابتة في وجدان المجتمع المتحضر كما ، أن مشروعية الدليل لا ترتبط بالقواعد القانونية فقط بل يجب كذلك مطابقتها مع إعلانات حقوق الإنسان و المواثيق و الاتفاقيات الدولية ، و كذلك حتى مع قواعد النظام العام و حسن الآداب السائد في المجتمع.

مبدأ المشروعية يمثل أحد الدعائم التي نصت عليها التشريعات الجنائية المعاصرة ومن ثم فإن كل قواعد الإثبات تخضع لهذا المبدأ ، و مقتضاه أن الدليل الجنائي بما يتضمنه من أدلة مستخرجة من وسائل إلكترونية كالكمبيوتر مثلا لا يكون مشروعا ومن ثم مقبولا في الإثبات إلا إذا جرت عملية البحث عنه ، و الحصول عليه و إقامته أمام القضاء في إطار أحكام القانون و احترام قيم العدالة و أخلاقياتها التي يحرص على حمايتها[2] ، فإذا كان المشرع يلقي على كاهل المحقق مهمة كشف الحقيقة في شأن الجريمة و جمع أدلتها فإن عمله مشروط بأن يتم في إطار الشرعية و ذلك باحترام حقوق الأفراد و عدم المساس بها إلا في الحدود التي يقررها القانون ، كما و أنه في ذات الوقت أحاط ذلك

[1] –عبد المجيد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996،ص34

[2] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق،ص213.

بضمانات معينة يتعين احترامها حتى لا يتم تغليب سلطة العقاب على احترام الحريات الشخصية[1] ، فإن تجاوز المحقق هذه الحدود و تمكن من الحصول على دليل يثبت وقوع الجريمة وجب طرح هذا الدليل و عدم قبوله في الإثبات.

كما سبق و ذكرنا أن مبدأ المشروعية يشكل أحد الركائز التي نصت عليها التشريعات الجنائية المعاصرة ، لذا وضعت الاتفاقيات الدولية و الدساتير الوطنية و القوانين الإجرائية المختلفة نصوصا تتضمن ضوابط لشرعية الإجراءات الماسة بالحرية ، و من ثم فإن مخالفة هذه النصوص في تحصيل الدليل الجنائي يؤدي إلى نفي مشروعية هذا الأخير.

ترتيبا على ما سبق ذكره فإنه يتعين على القاضي الجزائي ألا يثبت توافر سلطة الدولة في عقاب المتهم بصفة عامة و المتهم المعلوماتي بصفة خاصة إلا من خلال إجراءات مشروعة تحترم فيها الحريات ، و تؤمن فيها الضمانات التي رسمها القانون ولا يحول دون ذلك أن تكون الأدلة تقليدية أم كانت أدلة إلكترونية صارخة على إدانة المتهم طالما كانت مشبوهة و لا يتسم مصدرها بالنزاهة و احترام القانون .[2]

كما يمكن القول أن الدليل العلمي لا يكون مشروعا أو مقبولا، إلا إذا تمت عملية البحث و الحصول عليه و تقديمه أمام القضاء بإجراءات صحيحة و سليمة من الناحية القانونية مع استعمال وسائل طرق مشروعة يقرها العلم و القانون بشكل يحقق التوازن بين مصلحتين متعارضتين ، مصلحة المجتمع في الحفاظ على أمنه بتوقيعه الجزاء على مرتكب الجريمة ، و مصلحة المتهم في احترام حقوقه و كرامته الإنسانية[3].

في كل الأحوال فإن قاعدة المشروعية تستلزم ضرورة اتفاق الدليل الالكتروني مع النظام القانوني في جملته و ليس فقط مجرد موافقته للقاعدة المكتوبة أو المنصوص عليها من قبل المشرع ، فعلى سبيل المثال المشرع الفرنسي فإن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي رغم أنه لا يتضمن أية نصوص تتعلق بمبدأ الأمانة أو النزاهة في البحث عن الحقيقة القضائية حتى بعد تعديلاته الأخيرة ، إلا أن الفقه و القضاء كان بجانب هذا المبدأ سواء في مجال الجرائم التقليدية ، أم في مجال الإلكترونية[4].

قد حرص المشرع المصري على إيضاح معنى قاعدة المشروعية ، و التي أفصح من خلالها على وجوب مراعاة أحكام القانون بصفة عامة عند تنظيم الحرية الشخصية للمواطن ، و عند القبض عليه أو تقييد لحريته أو انتهاك حرمة

[1] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق،ص288.

[2] المرجع السابق، ص289.

[3] بيراز جمال،الدليل العلمي في الإثبات الجنائي،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير،قانون جنائي، جامعة الحاج لخضر،كلية الحقوق و العلوم السياسية، باتنة ،2014/2013،ص95.

[4] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق،ص289.

مسكنه أو مراسلاته أو اتصالاته، وكذلك هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص على مبدأ المشروعية في العديد من النصوص سواء في الدستور أو في قانون الإجراءات الجزائية؛من خلال نصوص المواد 32،34،35،46 من الدستور الجزائري وكذلك المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية.

لذا وضعت الاتفاقيات الدولية و الدساتير الوطنية و القوانين الوطنية الإجرائية المختلفة نصوصا تتضمن ضوابط لشرعية الإجراءات الماسة بالحرية.

المشروعية لا تتعلق أو تقتصر على الدليل فحسب بل تشتمل على جميع الأدلة فمثلا لو تم ضبط كمية من المخذرات داخل منزل ما دون مذكرة التفتيش عندها يعتبر هذا التفتيش باطلا لأن وسيلة إثباته باطلة ، وهذا ينطبق على الدليل الالكتروني مثلا لو تم ضبط سجلات في جهاز الحاسوب يعود للمتهم ويفيد بتورطه في بجرائم معينة ، و وجد هذا الجهاز في منزل ما وتم ضبطه من غير إذن تفتيش فإن هذه الوسيلة باطلة أيضا[1] ومن ثم فإن مخالفة هذه النصوص في تحصيل الدليل الجنائي تكسبه صفة عدم المشروعية ، ومن هنا لا يجوز للقاضي أن يقبل في إثبات إدانة المتهم دليلا الكترونيا تم حصوله من تفتيش لنظام معلوماتي باطل وذلك إثر صدور إذن من جهة غير مختصة أو لم تكن الجريمة الإلكترونية محل الإذن قد وقعت[2].

هناك مجموعة من الطرق غير المشروعة في الحصول على الدليل الإلكتروني من أمثلتها مايلي: استخدام التعذيب أو الإكراه المادي أو المعنوي في مواجهة المتهم المعلوماتي لفك شفرة نظام من النظم المعلوماتية ، أو الوصول إلى ملفات البيانات المخزنة و أعمال التحريض على ارتكاب الجريمة الإلكترونية من قبل رجال الضبطية القضائية ولا شك أن الاعتداء على السلامة الجسدية للشخص من أجل الحصول على اعترافات يعد عملا باطلا بما في ذلك استخدام الأساليب العلمية ، أو أي إجراء طبي أو كيميائي من أجل إجبار المتهم على الاعتراف و هو أمر ضروري بسبب هذا السلوك الذي ينتهك كرامة الإنسان غير أنه في سبيل الوصول إلى الحقيقة يجب أن لا تتجاوز جهات التحقيق فوق ما هو ضروري لاكتشاف هذه الحقيقة [3].

حتى و إن كان الهدف من الإثبات الجنائي هو الكشف عن الجريمة ، و إظهار الحقيقة إلا أن هذه الغاية لا تبرر استعمال أي وسيلة ، و بالتالي فإن حرية مبدأ الإثبات ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة مراعاة الشرعية في اختيار هذه الوسائل.

[1] بن طالب ليندا،المرجع السابق،ص52.

[2] عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص214.

[3] بوعناد فاطمة الزهرة،المرجع السابق،ص290.

يرى فقهاء القانون الجنائي أن الإكراه بصفة عامة ، و التعذيب بصفة خاصة هما من الطرق اللا إنسانية التي يجب نبذها كلية لأنه من غير الممكن الوصول إلى الحقيقة ما دام المتهم واقعا تحت تأثير التعذيب فكل الوسائل أو الأساليب التي تؤثر على الإرادة الحرة للإنسان سواء كانت عن طريق التعذيب أو الإكراه يجب أن تستبعد[1].

لا يختلف أيضا ضرورة طلب المشروعية للدليل الإلكتروني في الأنظمة القانونية التي أخذت بمبدأ الإثبات المقيد وفقا لما يسمى بقاعدة الاستبعاد ، ففي انجلترا مثلا يوجد اتساع العمل بقاعدة استبعاد الدليل الذي تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة ، وهكذا فإن كل دليل قد تم التوصل إليه مباشرة أو بطريقة غير مباشرة و كان متضمنا اعتداء على الحقوق الأساسية لمواطن يتعين استبعاده حتى و لو كانت دليلا ملائما أو موضوعيا ، أي يتصل بموضوع النزاع مباشرة فيثبته أو يساهم في إثباته.

في كندا ينبغي استبعاد الدليل الذي يتم الحصول عليه بطريقة غير مشروع فالمادة 2/24 من الدستور الكندي للحقوق والحريات ، تقرر أن المحكمة إذا رأت أثناء نظرها لعناصر الإثبات أنه قد تم الحصول عليها في حالات تحمل اعتداء على الحقوق والحريات التي يحميها الدستور فانه يجب استبعادها بالنظر إلى هذه الظروف لأن استخدامها يفقد العدالة اعتبارها[2] ؛ كما لا تختلف الأنظمة القانونية التي تعتنق مبدأ الإثبات المختلط عن سابقتها في وجوب استناد الحكم بالإدانة على أدلة الكترونية التي تم الحصول عليها من خلال اعترافات غير مشروعة.

أما المشرع الجزائري فلم يتدخل بصفة حاسمة للفصل في مختلف جوانب هذه المسألة، بل جاءت النصوص بمعالجة جزئية للموضوع مما ترك المجال أمام الاجتهاد القضائي الذي يجب إعطاء الأجوبة حسب معطيات كل قضية تطرح عليه ؛ يمكن أن تبرز بعض القواعد التي يستنتجها الفقه و أهمها:

*احترام كرامة الإنسان و احترام حياته الخاصة.

*منع كل تصرف يشكل تشجيعا أو تحريضا على ارتكاب الجرم ثم استغلال الأدلة المحصلة من خلاله.

*التقيد باحترام القواعد الإجرائية من طرف المصالح العمومية.

*السماح لمن يكون ضحية جرم أن يحضر ما يراه من أدلة في إطار حقه في الدفاع.

[1] محمد مروان،المرجع السابق،الجزء الثاني،ص407

[2] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق،ص290

الواقع أن هذا القيد يمثل المقابل لحرية القاضي الجنائي في قبول جميع أدلة الإثبات بما فيها تلك التي لم ينظمها المشرع ، فالمعروف أن القانون قد اقتصر على الإشارة على بعض أهم وسائل الإثبات و أكثرها شيوعا في العمل ، و ترك الباب مفتوحا أمام ما قد يستجد من وسائل أخرى يكون من شأنها تيسير الوصول إلى الحقيقة لذلك يكون قيد المشروعية كوسيلة لفلترة وسائل الإثبات من جهة ومن جهة أخرى يكتسب هذا القيد أهمية كبرى نتيجة التقدم الهائل الذي تحقق في السنوات الأخيرة في شأن الوسائل الفنية للبحث و التحقيق، و التي تسمح باختراق مجال الحياة الخاصة للأفراد و إن كان في مقابل ذلك يرضي أو يلبي مقتضيات العدالة الجنائية على مكافحة الجريمة بصفة عامة و الجريمة الالكترونية بصفة خاصة[1].

بهذا الصدد نكون أمام أمران وهما مدى إمكانية قبول دليل إلكتروني غير مشروع وذلك من خلال تغليب المصلحة العامة على مصلحة الخاصة بالإضافة إلى الدليل غير المشروع في الإثبات الجنائي.

المطلب الأول: المصلحة الأولى بالرعاية

إن التوازن بين مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة ، و مصلحة الفرد بأن تبقى حقوقه الأساسية محفوظة و مصانة يمثل الركيزة الأساسية أو جوهر إشكالية الإثبات الجنائي فمن ناحية تتناول تطبيق حرية الإثبات بالأدلة العلمية ، و من ناحية أخرى تتناول التضييق الواجب في نطاق تطبيق هذا المبدأ عندما ينطوي هذا الأخير على إهدار حق من حقوق الإنسان حتى لا يمكن استبعاد هذا الدليل بصورة آلية و بشكل مطلق تحت ذريعة صيانة حقوق الإنسان ، و ذلك لأن مثل هذا الاستبعاد سيؤدي إلى حماية مصلحة المجتمع في مكافحة الجرائم و على وجه الخصوص الجرائم الخطيرة منها أي عندما تمثل خطر يهدد مصلحة المجتمع بأسره لذا سوف نتطرق في هذا المطلب لتعريف المصلحة في الفرع الأول ومن ثم يتم التطرق إلى مشكلة المصلحة الأولى بالرعاية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف المصلحة

المصلحة لغة، ضد الفساد و الإصلاح ضد الفساد و المصلحة واحدة المصالح فكل ما فيه نفع سواء كان بالجلب و التحصيل ،كاستحصال الفوائد و اللذائذ ؛ أو بالدفع و الاتقاء كاستبعاد المضار و الآلام فهو الجدير بأن يسمى مصلحة.

أما المصلحة اصطلاحا، فهي تعني عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، جلب المنفعة أو دفع مضرة و المنفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم فالمنفعة

[1] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص215.

هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها و دفع الألم وما كان وسيلة إليه ؛ و بتعبير آخر هي اللذة تحصيلا عن اللذة بجلب اللذة مباشرة و إبقاء بالحفاظ عليها بدفع المضرة و أسبابها.

أما عند فقهاء القانون الجنائي يرى بعضهم أن المصلحة بمعنى المال على اعتبار أن الحق، هو كل مصلحة مالية يحميها القانون فهي بهذا المعنى ، كل ما من شأنه أن يشبع حاجات الإنسان إلا أن الآخرين يرون بأن المصلحة اعتقاد بأن شيئا ما يشبع الإنسان ، و بذلك تختلف المصلحة عن المال الذي يعني عندهم كل ما من طبيعته إشباع أحد الحاجات الإنسانية و يعد هذا المفهوم أعم من معنى المال ، فهو يحتوي على المال ويزيد عليه ما يحقق المصلحة في أشياء لا يمكن إطلاق لفظ المال عليها[1].

الملاحظ أن المصلحة أعم من المال ، فقد تكون المصلحة مالية إذا كانت مرتبطة بمنفعة تتحقق لشخص معين فهي محل اعتبار المشرع بسبب ذلك ، ولكن قد تكون غير مالية ، وأيضا تكون محل تقييم منفعتها ومدى صلاحيتها لإشباع حاجات الإنسان تماماً كالمصلحة المالية، وعلى هذا الأساس فلو حصل تعارض بين تقييم الشخص لمصلحة مالية أو غير مالية مع تقييم المجتمع لهذه المصلحة والمنفعة الحاصلة منها ، وترتب على هذا التقييم ارتكاب هذا الشخص لفعل معين أدى إلى المساس بقيم المجتمع ، والإخلال بروابطه صار هذا الفعل موجباً لمعاقبة هذا الشخص الذي اقترف الفعل المذكور فعندما يحرم المشرع فعل القتل مثلا و ينص على عقوبة لكل من يخالف هذا المنع فهو إنما يسعى بذلك بالدرجة الأولى لحماية السلامة البدنية لكل إنسان ليضمن الحق في الحياة لكل إنسان ، وهذه هي المصلحة الخاصة ؛ ولكن فيما وراء هذه الحماية للفرد التي تخص حياة الإنسان ؛ يسعى المشرع إلى ضمان وبقاء ودوام المجتمع فتتفق هنا حماية السلامة البدنية للفرد وهي مصلحة خاصة مع المصلحة الأساس للمشرع المتمثلة بحماية المجتمع وضمان بقائه ودوامه ، ويتضح بذلك إن علة التجريم هي المصلحة وليس المال.

الفرع الثاني: تقييم المشرع للمصلحة

إن غاية المشرع ليست في تقنين قانون العقوبات أو معاقبة المجرمين فحسب بل يسعى إلى ضمان سلامة المجتمع بالمحافظة على القيم الاجتماعية السائدة ، و حماية المصالح المعتبرة و لما كانت هذه المصالح تتفاوت في أهميتها في مقياس القيم الاجتماعية فإنها تبعا لذلك تحتاج إلى حماية أقل أو أكثر حسب نسبة أهميتها ، و يكون مقدار العقوبة متناسبا مع قيمة المصلحة كذلك فإن كانت المصلحة جديرة بالحماية وضع المشرع عقوبة لحمايتها حسب درجة كفاءتها وأهميتها ؛ فإن كانت أهميتها عالية فإن العقوبة بالضرورة يجب أن تكون مشددة وإن كانت أهميتها قليلة تكون

[1] استشارات قانونية،مقال الكتروني،بعنوان المصلحة الأولى بالرعاية،تاريخ النشر2018/11/06،تم الاطلاع عليه يوم2021/05/27،على الساعة19:31على الوصلة ، www.mohamah.net

العقوبة مخففة تبعا لذلك ، و لو حصل إن تعارضت مصلحتان أحدهما ذات تقييم شخصي و الأخرى ذات تقييم اجتماعي ، وترتب على ذلك أن فضل الشخص مصلحته و قام بارتكاب فعل معين أدى إلى المساس بمصلحة المجتمع ، و اضطراب روابطه و انتهاك قيمه[1] ، فإن هذا الفعل يكون موجبا لمعاقبته عما ارتكبه من فعل أخل به بالمصلحة المحمية في المجتمع و هكذا تختلف المصالح حسب أهميتها و اختلافها ، هذا سبب في اختلاف المعايير التي يستهدي بها المشرع حين يضع حماية لمصلحة معينة أو حين يفضلها على مصالح أخرى وهذه المعايير تتلخص فيما يلي:

البند الأول: المعيار التاريخي

يقيم المشرع المصلحة من حيث نشأتها تاريخيا و الأهداف التي يمكن أن تحققها عند تقدير الحماية اللازمة لها على حسب نشأتها التاريخية ، فيقرر بناء على ذلك تبنيها أو تركها فإن قرر تبنيها فإنه يحدد لها التسلسل المقتضي ضمن بقية المصالح حسب أهميتها ، و ما تحققه من أهداف و غايات.

البند الثاني: معيار التناسب

يقوم المشرع بحصر المصالح المعتبرة في المجتمع ، و يحاول ترتيب أهميتها بحسب الغايات و الأهداف التي تحققها ثم يقيم التوازن و التناسب بين المصالح المختلفة فيرتبها حسب أهميتها في المجتمع وبما يحقق استقرار المجتمع و لا يخل بالتوازن بين المصالح المختلفة في المجتمع

البند الثالث: المعيار المنطقي

يعمد المشرع إلى وضع القوانين على أسس منطقية لتحقيق المصالح المختلفة فيشترط في هذه الأسس أن يكون لها دور في تقييم المصالح التي يستهدف المشرع حمايتها.

البند الرابع: المعيار العملي

يقرر أصحاب هذا المعيار أن يكون بحث المشرع عن حلول عملية لتحديد المصالح على أساس إشباع أكبر قدر من الاحتياجات الإنسانية ، عن طريق التنظيم الاجتماعي بأقل قدر من التضحيات فترتب أهمية المصالح بدرجة احتياجها و يضحي بالمصلحة في سبيل مصلحة أخرى تكون حاجتها بالنسبة للمجتمع أكبر منها.

[1] استشارات قانونية ، المرجع السابق ، تاريخ الاطلاع 2021/05/29 على الساعة11:15

الملاحظ أن هذه المعايير قد حددت الوسيلة التي يستخدمها المشرع في عملية تقييم و تبني المصلحة ، إلا أنها جميعها لا تحدد الأسس التي يستهدي بها المشرع لوضع الحماية على مصلحة معينة ، أو إسباغ حماية أكبر و تقديمها و تفضيلها على مصالح أخرى أقل أهمية منها ؛ و إن كل معيار بمفرده لا يصلح أساسا لتقييم المشرع لمصلحة وتبنيها دون أخرى و تفضيلها و تقديمها عليها ، فكل معيار لوحده يكون قاصرا على الوصول إلى هذا الهدف لذلك كان لا بد من معيار يحدد المصلحة التي يحميها القانون ؛ وهو عمل ليس بالسهل أو اليسير لذلك اجتهد كثير من الفقهاء لتحديد المصالح التي يتطرق القانون لحمايتها وذلك بوضع معايير معينة.

إن أهم هذه الدراسات التي قام بها الفقهاء للتعرض للمعيار المحدد للمصلحة هي الدراسة التي قام بها روسكو باوند[1] في نظريته عن المصالح ، حيث قسم المصلحة إلى ثلاث مجموعات ألا وهي المصالح الفردية،المصالح الاجتماعية،المصالح العامة.

أولا: المصالح الفردية ، هي المصالح التي تهدف إلى المحافظة على خصوصيات الإنسان بوصفه فردا له كيان خاص مستقل حيث تمثل هذه الخصوصية حاجة اجتماعية معترف بها.

ثانيا: المصالح العامة، هي كل ما يعبر عن مطالب الجماعة بوصفها شخصية قانونية.

ثالثا: المصالح الاجتماعية، هي كل ما يعبر عن مطالب الجماعة كمجتمع إنساني حيث تتضمن هذه الأخيرة أمن الجماعة ، وضمان النظم الاجتماعية و الأخلاق العامة ، و المحافظة على الثروة العامة و حياة الفرد ؛ و حسب باوند أن المصلحة الأولى بالحماية هي المصلحة الاجتماعية ، لأن بالمحافظة على أمن الجماعة يتحقق الحفاظ على السلامة العامة ، وهي سلامة المجتمع من الكوارث و السلام العام ، وهو سلامة الجماعة من الأفعال التي تخل بالنظام العام ، فهي تشمل منع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم عن طريق القوة ، و تدخل القانون الجنائي لحماية هذه المصالح تدخلا واسعا إضافة إلى أن المصالح الاجتماعية ترمي إلى المحافظة على النظم الاجتماعية التي يقوم المجتمع على أسسها ، سواء كانت تشمل العائلة كنظم الزواج و الطلاق والميراث والعلاقات الأسرية ، أم تشمل الشؤون السياسية خاصة وقت الاضطرابات و المحن أو الشؤون الثقافية و تشمل العقائد الدينية و حريتها ؛ أو الاقتصادية وما تحتويه من إنتاج و توزيع وعمل و نقد وغير ذلك ، كما يرى باوند أن تعداد المصالح بهذا الشكل لا يعني أنه يفصل بينها خطوط واضحة بل مجرد تعداد بما يعتقده هو هدف كل النظم القانونية.

[1] روسكو باوند فقيه أمريكي مارس القانون ابتداء من عام 1890 و كان أستاذا في جامعات مختلفة و أحيل على التقاعد عام 1947،انظر في ترجمته روسكو باوند ، مدخل إلى فلسفة القانون ، ترجمة صلاح دباغ ، المؤسسة الوطنية، بيروت ،1967، ص7

وهناك من يرى أن تحديد المصالح و تحديد القواعد القانونية التي تحمي هذه المصالح يسند على ثلاثة عوامل:

1/العوامل الاقتصادية التي تقوم في المجتمع و التي صارت من ضرورات الحياة الاجتماعية لما تحدده هذه الأخيرة بين الفرد والمجتمع.

2/العوامل الدينية و الأخلاقية السائدة في المجتمع.

3/العوامل السياسية و الاجتماعية وهي تمثل المذاهب و المعتقدات السياسية و الاجتماعية السائدة في المجتمع.

إضافة إلى اتجاه آخر يرى أن معيار تحديد المصلحة يتبع الفلسفة التي يتبناها المشرع عند سن التشريع في سبيل تنظيم شؤون المجتمع ، و بذلك تختلف المصلحة في مداها ومدى الاعتداد بها بحسب هذه الفلسفة أو تلك ، فالمصلحة المحمية في النظام الرأسمالي[1] هي حرية الفرد الذي يعد محورا للنشاط الاجتماعي و الاقتصادي و تقتصر وظيفة الدولة على حراسة هذه الحرية و حمايتها ولا تتدخل إلا في أضيق الحدود و ضمن واجباتها في حماية الأمن الخارجي و الداخلي والقضاء و لا تستطيع تقييد حرية الأفراد إلا بقدر ما يحمي النظام الاقتصادي الحر لكي لا تعم فيه الفوضى و الاضطرابات نتيجة تعسف الأفراد باستعمال حقوقهم و حرياتهم.

أما المصلحة المحمية في النظام الاشتراكي[2] ، فإنها تتعدد وتتنوع نظرا لسيطرة الدولة على وسائل الإنتاج و توسع وظيفتها بشكل كبير، و الذي يتضح من كل ذلك أنه لا يمكن تعيين واحد للأخذ به في عملية تبني مصلحة دون الأخرى أو في عملية تقييم المصالح المختلفة حين يرتبها المشرع ، ويقرر لها الحماية اللازمة ؛ و الملاحظ أن مجموعة العوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية بما فيها الأعراف السائدة و التقاليد المتبعة التي تحكم مجتمعا معينا هي التي يستهدي بها المشرع لإضفاء الحماية على مصلحة دون الأخرى ، و هي التي تهدي المشرع حين يقوم بتقييم المصالح و تفضيل بعضها على بعض فيقدم مصلحة لأهميتها و يؤخر أخرى لأنها أقل أهمية وهكذا ؛ وإن الفلسفة التي ينتهجها المشرع لا يمكن عدها أساسا لتبني المصالح أو تقييمها لأنها بدورها ترجع في أساسها إلى العوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية بما فيها الأعراف والتقاليد في المجتمع ، فالمشرع لا يستطيع الخروج على هذه العوامل حين يتبنى فلسفة معينة بل إن هذه الفلسفة التي يتبناها إنما يتبناها من هذه العوامل حتى تأتي سياسته التشريعية ضمن الإطار العام للمجتمع ، وما يحكمه من عوامل وعلاقات و أعراف وتقاليد سائدة.

[1] النظام الرأسمالي :هو نظام اقتصادي مالي يركز على الملكية الفردية الشخصية وتنمية رؤوس الأموال وزيادتها بكافة الطرق و الأساليب من اجل تلبية حاجيات الإنسان الأساسية و الكمالية

[2]– النظام الاشتراكي:هو نظام فكري قائم على مجموعة من المبادئ و القواعد التي تسيطر على السياسة و الاقتصاد في دولة ما.

الفرع الثاني: مشكلة المصلحة الأولى بالرعاية

إن الجريمة تضر بأمن المجتمع و نظامه ، لذا فإن القانون يقوم على حماية المجتمع و أمنه و استقراره من أي اعتداء بالسبل كافة ، الأمر الذي يعطي للقاضي الحرية الواسعة للتعرف إلى الجناة و معاقبتهم لكي يتم التوصل إلى الحقيقة و الكشف عنها ؛ كما أن مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة و كشف حقيقتها مع وجود قرينة البراءة كحماية للمتهم لذا استوجب القانون قبول جميع أدلة الإثبات ، و منح سلطة للقاضي في تقديرها و ذلك تحقيقا للتوازن بين مصلحة المجتمع من جهة ومصلحة المتهم من جهة أخرى[1].

فمشكلة المصلحة الأولى بالرعاية هي الحالة التي يكون فيها دليل الالكتروني غير المشروع كأثر للتعدي على الحياة الخاصة من جهة ، و في نفس الوقت يعد وسيلة إثبات لجرائم تهدد أمن و نظام المجتمع الأخلاقي ، فأي المصلحتين أولى بالرعاية.[2] ؛ كما يثور التساؤل من ناحية القانون الجزائي الإجرائي حول مدى جواز حرية الإثبات ، اللجوء إلى الوسائل العلمية خاصة أنه قد يترتب على استخدامها اعتداء على(ينقصك كلمة) أساسية للإنسان ، و بإمكان الملاحظ أن يلحظ التنامي حاليا في اتجاه كثير من الدول نحو الرفع من شأن ضرورة إثبات الجريمة[3] ؛ فازدياد نسبة الجرائم و ارتفاع حجم خطورتها بما فيها الجرائم التي تمثل اعتداء على مصالح المجتمع مثل ، الإرهاب أو الاتجار بالمخدرات أو غيرها من الجرائم العابرة للحدود هذه الأخيرة تؤدي بالضرورة إلى التجاوز على بعض المبادئ الإجرائية التي تعتبر ضمن المعايير التي يقوم عليها مفهوم المحاكمة العادلة[4].

إذا كان البعض يشككّ في مشروعية الدليل الالكتروني باعتباره طريقة للتدخل في الحياة الخاصة للأفراد لا سيما في مجال الجرائم الجنسية حيث يكون السلوك الجنسي برضا المشتركين فيه ، إلا أنّ الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة مثل الانترنت و استخدامه كدليل على وقوع جريمة الإعلان عن البغاء و نشر المطبوعات الفاضحة يستهدف المصلحة العامة ، وحتى تتمكن الدولة من حماية النظام الاجتماعي حتى لا ينهار هذا النظام بسبب احترام مبالغ فيه للحقوق و الحريات الخاصة ، و لايمكن الاعتراض عليه بحجة عدم مشروعية الدليل. الالكتروني ، فكل ما يسفر عنه العلم الحديث يجب أن يستخدم في تحقيق أمن المجتمع و لاشك في مشروعيته[5].

---

[1] إبراهيم محمد الرمامنة ، المرجع السابق ، ص74

[2] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص216.

[3] بن طالب ليندا ،المرجع السابق، ص144.

[4] المرجع السابق ، ص145.

[5]– عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص216.

و إذا تم التسليم بالقول أن هناك تعدي على حريات الفرد ، فإنه تعدي ضئيل مقارنة مع الجرائم التي تمس المجتمع خاصة في الجانب الأخلاقي ، و بالتالي ما يتعين الاعتداد به هو مدى خطورة العدوان أو المساس بالنظام الاجتماعي ، فلا يمكن استبعاد كل وسيلة لمجرد منافاتها للقواعد العامة دون دراسة أو تعمق لآثارها على المجتمع[1].

المطلب الثاني: قيمة الدليل غير المشروع

إن خصوصية مشروعية الدليل الالكتروني في القوانين ذات الصيغة اللاتينية ، فإنها تترك للقاضي كامل الحرية في انتفاء الدليل ، و بأي وسيلة يراها مناسبة و موصلة للحقيقة إلا أنه في المقابل يقيده من حيث الوسيلة التي يستعين بها في الوصول إلى الدليل الذي يبني عليه حكمه ، و التي لا بد أن تكون مطابقة للقانون ، فلا يكفي وجود الدليل للحكم بالإدانة أو بالبراءة ، و هذا خلافا مع ما يتماشى و القوانين ذات الصيغة الأنجلوسكسونية ، فمضمون قاعدة مشروعية الدليل يختلف اتساعا و ضيقا حسب ما يسمى بقاعدة الاستبعاد ، لذا ارتأينا في هذا المطلب إلى دراسة قيمة الدليل غير المشروع من وجهة نظر النظام اللاتيني في الفرع الأول ، و الأنجلو أمريكي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: قيمة الدليل غير المشروع في النظام اللاتيني

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى التمييز بين نوعين من الأدلة ، دليل الإدانة و دليل البراءة

البند الأول: بالنسبة لدليل الإدانة

انطلاقا من قاعدة أنّ الأصل في الإنسان البراءة ، فإن المتهم يجب أن يعامل على أساس أنه بريء في مختلف مراحل الدعوى إلى أن يصدر بحقّه حكم بات (نهائي) ، وهذا يقتضي أن تكون الأدلة التي يؤسس عليها حكم الإدانة مشروعة سواء كانت أدلة تقليدية أو ناتجة عن الوسائل الالكترونية بصفة عامة[2] ، ومن أمثلة الطرق غير المشروعة التي يمكن أن تستخدم في الحصول على الدليل الالكتروني إكراه المتهم المعلوماتي من أجل فك شفرة الدخول إلى النظم المعلوماتية ، أو كلمة السر اللازمة للدخول إلى ملفات البيانات المخزنة [3] ؛ و تتسم بعدم المشروعية أيضا أعمال التحريض على ارتكاب الجريمة الالكترونية من قبل رجال الضبط القضائي كالتجسس المعلوماتي أو المراقبة الالكترونية عن بعد دون مسوّغ قانوني[4] ، فأي دليل يتم الحصول عليه بطريقة مشروعة يتم إبطاله بما في ذلك الدليل

[1]- هلال آمنة ، المرجع السابق ، ص97.

[2]- عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص217.

[3]- بن طالب ليندا، المرجع السابق ، ص139.

[4]- عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص217.

الالكتروني و عدم إنتاج الإجراء الباطل للآثار التي تترتّب عليه مباشرة [1] ، لم يتضمن القانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال ومكافحتها أية أوضاع خاصة و تركها للقواعد العامة ، و منها أن الأصل في الأدلة مشروعية وجودها و من ثم فإن الدليل الالكتروني سيكون مشروعا من حيث الوجود اصطحابا للأصل.

حدد قانون الإجراءات الجزائية الجزائري وذلك في نص المادتين 157 فقرة 1 على أن "تراعى الأحكام المقررة في المادة المتعلقة باستجواب المتهمين ، و المادة 105 المتعلقة بسماع الدعي المدني و إلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه و ما يتلوه من إجراءات..."، و نصت المادة 191 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أن" تنظر غرفة الاتهام في صحة الإجراءات المرفوعة إليها و إذا تكشف لها سبب من أسباب البطلان قضت ببطلان الإجراء المشوب به و عند الاقتضاء ببطلان الإجراءات التالية له كلها أو بعضها.."[2].

وإذا كانت القاعدة أن الإجراء الباطل يمتد بطلانه إلى الإجراءات اللاحقة له مباشرة ؛ غير أنّ هذه القاعدة تثير مسألة في غاية الأهمية تتعلّق بماهية المعيار الذي يبّين مدى العلاقة التي تربط بين العمل الإجرائي ، و الأعمال التالية له ، حتى يمتد إليها البطلان ، وقد تعددت المعايير التي قال بها الفقه المقارن[3] ، و المعيار السائد في مصر و الجزائر، هو أنّ العمل اللاحق يعتبر مرتبطا بالإجراء السابق إذا كان هذا الأخير مقدمة ضرورية لصحة العمل اللاحق ، فإذا أوجب القانون مباشرة إجراء معين قبل آخر بحيث يصبح الأول بمثابة السبب الوحيد للإجراء الذي تلاه كان الإجراء الأول شرطا لصحة الإجراء التالي له ، فإذا بطل ترتب عليه بطلان الإجراء الذي بني عليه[4].

البند الثاني: بالنسبة لدليل البراءة

هناك اختلاف حول مدى اشتراط المشروعية بوجه عام في دليل البراءة ، و يمكن رد هذا الاختلاف إلى ثلاثة اتجاهات ، الأول يتمسك باعتبار المشروعية شرطا لازما في كل دليل ، و الاتجاه الثاني يقصر المشروعية على دليل الإدانة وحده وهو ما تأخذ به محكمة النقض ، و الاتجاه الثالث يذهب إلى التفرقة بين ما إذا كانت طريقة الحصول على الدليل غير المشروع ترقى إلى مرتبة الجريمة من عدمه.

[1]- بن طالب ليندا، المرجع السابق، ص.140.

[2]- عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص218.

[3] أحمد فتحي سرور،نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة ،كلية الحقوق ،1959 ، ص182.

[4] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص219.

الاتجاه الأول: تزعمته محكمة النقض المصرية و جانب من الفقه ، إذ يرون أن الأصل في الإنسان البراءة و لا تحتاج المحكمة لإثباتها بل كل ما تحتاجه هو التشكيك في الإدانة ، بالإضافة إلى بطلان دليل الإدانة الناتج عن إجراء غير مشروع ، وضع كضمان لحرية المتهم و بالتالي لا يمكن قلب أثره عليه[1].

الاتجاه الثاني: يرى أن المشروعية لازمة في كل دليل سواء إدانة أو براءة ، و ذلك تأسيسا على نص المادة 336 من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تقرر بطلان جميع الآثار المترتبة على الإجراء الباطل ، دون التفرقة بين دليل الإدانة و دليل البراءة ، إضافة إلى أنّ قصر المشروعية على دليل الإدانة فقط دون البراءة فيه إضرار للفرد والمجتمع لأنه يؤدي إلى اعتبار التزوير و شهادة الزور و إرهاب الشهود حتى يعدلوا عن أقوالهم مشروعة لإثبات البراءة[2]، وينتهي هذا الاتجاه إلى أن إثبات البراءة كالإدانة لا يكون إلا من خلال سبل مشروع ، و لا يصح أن يتلف إثبات البراءة من قيد المشروعية الذي هو شرط أساسي في أي تشريع لكل اقتناع سليم.

الاتجاه الثالث: يرى مؤيدي هذا الاتجاه ، بأنه من الضروري التفرقة بين ما إذا كان دليل البراءة قد تم الحصول عليه نتيجة سلوك يعد جريمة ، و ما إذا كان قد تم الحصول عليه نتيجة مخالفة لقاعدة إجرائية، فإذا كان الأول وجب إهدار الدليل وعدم الاعتداد به لأن القول بغير ذلك هو إباحة بعض الجرائم ، أما إذا كان الحصول على الدليل يخالف قاعدة إجرائية فهنا يصح الاستناد إلى هذا الدليل في تبرئة المتهم لأن البطلان شاب وسيلة للتوصل إلى الدليل ، و لا يصح أن يضر المتهم بسبب لا دخل له فيه[3].

يستنتج أن الاتجاه الثاني هو الأرجح ، لأن مبدأ المشروعية يسعى إلى تحقيق احترام الدفاع بحيث لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل ، فالضرر لا يتحقق عند إفلات المتهم من العقاب بقدر ما يتم إدانة شخص بريء ، لذا يجب الأخذ بمبدأ أن الأصل في الإنسان البراءة دون النظر إلى أي اعتبار آخر حتى تتحقق العدالة بمفهومها الصحيح في المجتمع.

الفرع الثاني: قيمة الدليل غير المشروع في النظام الأنجلو أمريكي

يختلف مضمون قاعدة مشروعية الدليل بما يتضمنه من مخرجات الوسائل الالكترونية كالكمبيوتر مثلا ضيقا ، و اتساعا في النظام الأنجلو أمريكي حسب ما يسمى بقاعدة الاستبعاد، وعلى ذلك سوف نتناول في هذا الفرع

[1] بن لاغة عقيلة ، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،قانون جنائي، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2012/2011، ص45.

[2]- عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص220.

[3]-عائشة بن قارة مصطفى ،المرجع نفسه ، ص221.

نموذجين من القوانين القانون الانجليزي و القانون الأمريكي فيما يتعلق بمدى قبول أو استبعاد الدليل غير المشروع من خلال دراسة كل قانون على حدى.

البند الأول: بالنسبة القانون الانجليزي

إن التشريع الانجليزي يعتبر من التشريعات التي تعمل بقاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة ، خاصة بعد صدور قانون الشرطة و الإثبات الجنائي سنة 1984 الذي تم العمل به سنة1986 ، وذلك بخلاف ما كان معمول به في السابق ، حيث كان المشرع يتقبل الدليل ولو كان مصدره غير مشروع فإذا تم التدقيق في مضمون هذا القانون يتضح أنه في مجموعة من النصوص القانونية تنص صراحة على استبعاد الأدلة المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة والمادة 76 من القانون أعلاه نصت بصريح العبارة على استبعاد الاعتراف[1] المتحصل عليه تحت الضغط أو بأي وسيلة غير مشروعة تجعل منه دليلا مستبعدا ، كما تضمن القانون السالف الذكر تحديد الشروط الواجب توافرها في مخرجات الحاسوب لكي تقبل أمام القضاء، وتضمن كذلك توجيهات في كيفية تقدير البيان المستخرج عن طريق الحاسب ، فأوصت المادة 11 منه على مراعاة كل الظروف عند تقييم البيانات الصادرة عن الحاسب لقبولها في الإثبات بوجه خاص مراعاة المعاصرة ، أي ما إذا كان قد تم تزويد الحاسوب بالمعلومات في وقت معاصر أم لا[2] ، و ذلك طبقا للمادة 69 من القانون نفسه والتي نصت على ثلاثة شروط أساسية:

*يجب ألا يوجد أساس معقول للاعتقاد أن البيان خاطئ أو غير دقيق.

*يجب أن تكون جميع المكونات المادية للحاسوب تعمل بدقة و على نحو متوافق.

*إن أيا من الشروط المحددة المتعلقة بالموضوع يجب أن تخضع لتقدير المحكمة.

أما المادة 78 فهي تنظم السلطة التقديرية للقضاة في استبعاد الدليل حيث يجوز للمحكمة أن ترفض السماح بقبول الأدلة التي قدمها الادعاء إذا ظهر للمحكمة من خلال تقدير كافة الظروف التي تم فيها تحصيل الدليل ، و أنّ قبول الأدلة يمكن أن يحدث تأثيرا مضادا على نزاهة الإجراءات إلى حد أن المحكمة تقضي بعدم قبولها ؛ و الملاحظ من خلال هذه المادة لم تحدد المعايير بشأن إعمال أحكام هذه المادة ، إلا أن بعض الفقهاء وجدوا معايير محددة يمكن استلهامها أثناء تطبيق نصوص المادة 78 ، وتتمثل في ثلاثة مبادئ هي مبدأ حسن النية و مبدأ الحماية ، و

[1]- المرجع السابق، ص223.

[2]- بن طالب ليندا،المرجع السابق، ص141.

الذي يدور حول فكرة حماية المتهمين و آخر مبدأ هو مبدأ المخالفة الجوهرية لنصوص قانون الشرطة و الدليل الجنائي لعام 1984[1].

البند الثاني: بالنسبة للقانون الأمريكي

كان القضاء الأمريكي في البداية يتبنى القاعدة الإنجليزية التي سادت في نظام القانون العام ، أي استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة إلا أن المحكمة الفيدرالية العليا بطريقة عارضة عام 1986 في قضية (united Boyd v.states) ضرورة حظر إدانة الفرد بأدلة مستمدة من شخصه أو مسكنه بطريقة غير معقولة أو دون سبب معقول ، و ذلك بهدف حماية الفرد من السلطة[2] إلا أن البداية الحقيقية لتكريس قاعدة استبعاد الدليل غير المشروع ترجع إلى قضية شهيرة عام 1914 هي قضية (weeks v.united states) ، و التي قررت فيها المحكمة الاتحادية العليا بإجماع أعضائها مبدأ عدم قبول الدليل المتحصل بالمخالفة للتعديل الدستوري الرابع أمام المحاكم الاتحادية.

إذن فالتطبيق القضائي الأمريكي لقاعدة الاستبعاد أكثر وضوحا عن التطبيق القضائي الإنجليزي ، ذلك أن نظرية "فاكهة الشجرة المسومة يجب أن لا تؤكل" تجد لها مكانا مقبولا في التطبيق القضائي الأمريكي دون الإنجليزي ، بحيث أن الأصل في القضاء الأمريكي هو التطبيق المطلق للقاعدة و الاستثناء هو التطبيق التخييري لها[3].

تأكيدا على ذلك خصص المشرع الأمريكي مبحثا خاصا وهو المبحث الخامس في المرشد الفيدرالي الأمريكي لتفتيش و ضبط الحاسوب وصولا إلى الدليل الالكتروني يتعلق بعلاج انتهاكات قانون المراقبة و قانون التسجيل و التقصي و يقصد به علاج بطلان الإجراءات غير المشروعة في الحصول على الدليل الالكتروني.

[1]- المرجع السابق ، ص224.

[2]- عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص225.

[3]- حددت المحكمة العليا الأمريكية أربعة حالات لا يتم فيها الاستبعاد و هي:توفر حسن النية لدى رجال الشرطة –أن تكون الصلة بين العمل الإجرائي المخالف ضعيفة مع الدليل –قد يتم الحصول على الدليل بصورة مستقلة عن العمل الإجرائي المخالف –أن لا يمكن اكتشاف الدليل إلا بالخروج عن السبيل القانوني الصحيح .انظر عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص142.

المبحث الثاني: القيود المستمدة من نصوص قانونية خاصة

سبقت الإشارة إلى القيد العام في المبحث الأول و هو قيد مشروعية الدليل الالكتروني إلا أنه لا يعتبر الدليل الوحيد الذي يحد من حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الالكتروني ، ما يعني بذلك وجود قيود أخرى ، وهي محددة بنصوص قانونية خاصة وتنحصر في نوعين من القيود يتمثل الأول في التقيد بأدلة معينة في جريمة الزنا أما الثاني فيتعلق بطرق الإثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية.

مما يستدعي المحاولة لمعرفة موقف الدليل الالكتروني من هذه القيود و ذلك من خلال المطلبين الآتين قيد مشروعية الحصول على الدليل الالكتروني في المطلب الأول وقيد إثبات المسائل غير الجنائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: قيد مشروعية الحصول على الدليل الالكتروني في جريمة الزنا.

تعتبر الزنا من أخطر الجرائم التي تهدد المجتمع و كيانه ، و نظرا لما تتميز به هذه الأخيرة في أنّها ذات طبيعة خاصة لكونها لا تمس بمصلحة الضّحية فحسب ، و إنما لأنها تمس بكيان الأسرة التي هي عماد المجتمع لذلك حرصت مختلف الشعائر السماوية منها و الوضعية لتجريم فعل الزنا وما ينجر عنه من فواحش ؛ حيث قام المشرع بالتدخل للحد من سلطة القاضي و حدد مسبقا و حصريا أدلة الإثبات التي يمكن الاعتماد عليها في بعض الجرائم ، ومن بينها جريمة الزنا وهذا ما يعرف بنظرية الإثبات المقيد وبناء عليه سيتم التعرض إلى مفهوم جريمة الزنا في الفرع الأول ثم إلى تحديد الأدلة في جريمة الزنا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف جريمة الزنا

نتيجة لخطورة جريمة الزنا وما ينجر عنها من آثار سلبية على الجاني و المجني عليه أيا كانت صفتهم ، كان من المهم التعرف إلى حقيقة هذه الجريمة وما ينجر عنها من آثار على الفرد والمجتمع لذا خصصنا هذا الفرع لتعريف الزنا و وحكمها في القانون الجزائري.

البند الأول: تعريف الزنا في اللغة

عرّف الفقهاء الزنا لغة بتعاريف منها : يزني زنا مقصور فهو زان والجمع زناة و زاناها مزاناه و زناء ومنهم من يجعل المقصور و الممدود لغتين في الثلاثي ويقول المقصور لغة الحجاز و الممدود لغة نجد[1].

[1]– سارة فردية،جريمة الزنا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري،مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة في العلوم الإسلامية،جامعة حمه لخضر،كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإنسانية،2015/2014،ص4.

الزنا في الشريعة: قبل التطرق إلى تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للزنا نشير إلى أن القرآن الكريم قد تطرق إليها في ثلاث مواضع أولها، قوله تعالى:" وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا (٣٢) "[1] ، وثانيهما قوله تعالى:" ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ"[2] ، و ثالثها قوله تعالى:" وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا "[3].

اختلفت التعاريف الفقهية لجريمة الزنا إلاّ أنها كلها تصب في معنى واحد سنعرضها فيما يلي:

*المذهب الحنفي: الزنا هو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار[4] في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام.

*المذهب الشافعي: الزنا هو وطء الرجل من دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد ولا ملك وهو مختار عالم بالتحريم.

*المذهب المالكي: الزنا هو وطئ مكلف فرج امرأة لا ملك له فيه تعمدا أو كل وطئ وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة و لا ملك يمين.

*المذهب الحنبلي: هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر[5].

التعريف القانوني: لم يضع القانون الوضعي تعريفا للزنا ، و إنما حدده بعبارات و صيغ مختلفة فالقانون الجزائري نص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات أما القانون المصري في تنظيمه لأحكام جريمة الزنا في قانون العقوبات قد استسقى فكرته في التجريم من المواد 336 إلى 369 من قانون العقوبات الفرنسي قبل التعديل أما بعد التعديل فقد تم النص عليها في المواد من 274 إل 277 و على هذه النصوص تقرر أن محل الحماية الجنائية في هذه الجريمة ليس حماية الفضيلة في ذاتها كما في الشريعة الإسلامية و إنما المحافظة على حق كلى طرفي الرابطة الزوجية و صيانة نظام

[1] سورة الإسراء، الآية 32.

[2] سورة النور،الآيتين 2 و3.

[3] سورة الفرقان، الآية 68 .

[4] بوكشوط أسماء ، الزنا بين القانون و الشريعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،بجاية ، 2016/2015 ، ص7.

[5] إيناس "محمد وهبي"يوسف التل ، جريمة الزنا بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عام ، جامعة الشرق الأوسط ،كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ،2014،ص7.

الأسرة ، و لذلك لا نجد للزنا في قانون العقوبات المصري والفرنسي و الجزائري مثلا معنى اصطلاحي[1] ، لذلك عرفها بعض فقهاء القانون بأنها:"تدنيس فراش الزوجية و انتهاك حرمتها بتمام الوطء، وجاء في الموسوعة الكبيرة الفرنسية "بور داس"على أنّ الزنا هو علاقة جنسية لشخص متزوج خارج إطار الزواج و يميز بين نوعين من الزنا زنا بسيط ، هو الزنا الذي يرتكبه شخص متزوج مع شخص غير متزوج وزنا ثنائي يرتكبه شخص متزوج مع شخص متزوج[2].

البند الثاني: أركان جريمة الزنا في القانون الوضعي

بالرجوع إلى نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري يشترط لقيام هذه الجريمة توفر ركنين أساسين هما ، ركن مادي وهو قيام الرابطة الزوجية فلا يمكن تصور وجود الزنا في نظر القانون بدون أن يكون أحد طرفي العلاقة متزوجا و فعل الوطء أو الواقعة الجنسية أما الركن الثاني ، وهو الركن المعنوي وهو وجود قصد جنائي عام.

أولا: قيام الرابطة الزوجية

يجب لقيام زواج صحيح إثبات مايلي:

يشترط لقيام جريمة الزنا تطبيقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري ، أن تكون الزانية وقت ارتكابها للأفعال المنسوبة إليها مرتبطة بعقد زواج صحيح مع الشاكي ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا"كما لا تشترط المادة 22 من قانون الأسرة[3]، أن يكون عقد الزواج مسجل بالحالة المدنية حتى يكون صحيح ، بل يكفي أن يكون العقد مستوفي لجميع الشروط و الأركان الشرعية و القانونية ، سواء كان عقد الزواج عرفي أو رسمي محرر من طرف ضابط الحالة المدنية ، و عليه تقوم جريمة الزنا ضد المرأة التي تزوجت بالفاتحة و حصل الزواج بين جماعة من المسلمين ولم يحصل تسجيله في الحالة المدنية[4].

إضافة إلى ذلك يشترط أن تكون الفترة التي ارتكبت فيها جريمة الزنا محصورة بين انعقاد الزواج وانحلاله ، ومنه لقيام الجريمة لا بد أن تكون الرابطة الزوجية قائمة فعلا حيث تكون الزوجة على ذمة زوجها.

---

[1] بوكشوط أسماء ، المرجع السابق ، ص9.

[2] Encyclopedie, Bordas, tome 1, SGED, PARIS, 1984

[3] المادة 22 من الأمر رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في18 محرم 1426 الموافق ل27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، سنة2005.

[4] بوكشوط أسماء ، المرجع السابق ، ص15.

ثانيا: وقوع فعل الوطء غير المشروع

لا نكون أمام جريمة الزنا إلاّ بحصول الوطء فعلا بالطريق الطبيعي أي إيلاج العضو الذكري في فرج المرأة ، و على هذا تشترك جريمة الزنا مع جناية هتك العرض في هذا الشرط ولا تقوم الجريمة دون ذلك إعمال الفاحشة الأخرى التي يرتكبها أحد الزوجين مع غيره مثل القبلات و الملامسات الجنسية و إتيان المرأة من الدبر وغيرها[1].

ثالثا: القصد الجنائي

القصد الجنائي هو اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم بتوافر جميع أركانها القانونية.

وعليه إذا وقع أيّ فعل جنسي بين رجل وامرأة أحدهما أو كلاهما متزوج ، و توفرت في الفعل كل الشروط أو الأركان مجتمعة ، فإنّ ذلك ستتولد عنه حتما جريمة الزنا[2] ، و يترتب عنه معاقبة الزوج الزاني و شريكته ومعاقبة الزوجة الزانية و شريكها تطبيقا لما ورد النص عليه في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة 339 من قانون العقوبات.

لا تقوم جريمة الزنا إذا انعدم القصد الجنائي ؛ إذا ثبت أنّ الوطء قد حصل بدون رضا الزوج كما لو تم بالعنف أو التهديد أو نتيجة للخديعة فهنا تقوم جريمة الاغتصاب.

البند الثالث: عقوبة جريمة الزنا

تعاقب المادة 339 من قانون العقوبات على الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين دون تمييز بين الزوجة والزوج مرتكب الجريمة ، وتطبق نفس العقوبة على الشريك ، و مادام القانون يشترط في الزنا الاتصال الجنسي فلا عقاب على الشروع ، و بالرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أنها تختلف على ما هو مقرر في التشريع الجزائري ، فنجد مثلا أن القانون الأردني يعاقب المرأة سواء متزوجة أو غير متزوجة بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين أما الزوج فيعاقب من سنة إلى سنتين ، ويعاقب التشريع المصري الزوجة الزانية بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أي دون تحديد الحد الأدنى أما الزوج الزاني فيعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة أشهر حسب المواد،274إلى 277 من قانون العقوبات المصري.[3]

[1] إيناس "محمد وهبي"يوسف التل ، المرجع السابق ، ص31.

[2]- المرجع نفسه ، ص35.

[3]- عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري،بمجلة العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بسكرة ، العدد العاشر، نوفمبر، 2006، ص18.

بهذا يكون المشرع الجزائري الأحسن من بين التشريعات الوضعية في الدول العربية ، إذ أنه لم يفرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة من حيث العقاب ، ومدة العقوبة كما أنه وضع الحد الأدنى للعقوبة على خلاف التشريعات التي سبق ذكرها ، مما قد يؤدي بالقضاة إلى وضع عقوبات تكون غير كافية لردع مرتكبي هذه الجريمة.

الفرع الثاني: قيد مشروعية الحصول على الدليل الالكتروني في جريمة الزنا

أورد المشرع المصري عددا من الأدلة الجنائية التي تقبل ، و تكون حجة دون غيرها في إثبات جريمة الزنا ، و ذلك على سبيل الحصر لا المثال حيث تنص المادة 276 من قانون العقوبات المصري على أنّ:" الأدلة التي تقبل و تكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى صادرة منه أو وجوده في منزل مسلم في المنزل المخصص للحريم". و الواضح من هذا النص أنّ المشرع المصري حدّد الأدلة التي تقبل و تكون في شأن إثبات الزنا وحصرها في، التلبس بالزنا، و الاعتراف، ووجود أوراق صادرة من المتهم ووجوده في المنزل المخصص للحريم[1]، و بذلك يكفي توافر أحد الأدلة لإمكان الحكم على المتهم بالزنا[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نص في المادة341 من قانون العقوبات على أنّ: "الدليل الذي يقبل عند ارتكاب الجريمة المعاقب عليها في المادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس ، و إما بإقرار وارد في رسائل و مستندات صادرة عن المتهم وإما بإقرار قضائي".

فلا يجوز الاعتماد على شهادة الشهود أو غيرها من الأدلة و القرائن خارج حالة التلبس ، و الاعتراف القضائي ، و غير القضائي إن كان في رسائل و مستندات ، و في هذا الإطار قضت غرفة الجنح و المخالفات بالمحكمة العليا في قرارها المنشور الصادر بتاريخ 24 جوان 2009 فصلا في الطعن رقم 443709 بما يلي:

"فعلا حيث أنه بالرجوع للقرار المطعون فيه يتضح أن قضاة الموضوع لإدانة الطاعنة بتهمة المشاركة في الزنا طبقا للمادتين 339 و 42 من قانون العقوبات اعتبروا شريط الفيديو كأنه وسيلة إثبات كاملة بينما شريط الفيديو ليس من الدلائل المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات ، التي تشترط أن يكون الدليل

[1]– هذا النص منقول عن المادة 338 من قانون العقوبات الفرنسي قد ألغيت هذه المادة سنة 1975 حيث كانت تنص على أنّ الأدلة التي تقبل و تكون حجة على شريك الزوجة الزانية هي التلبس بالجريمة أو وجود خطابات و مكاتيب صادرة عن المتهم و قد أضاف إليها المشرع المصري اعتراف المتهم ووجوده في المحل المخصص للحريم "، أنظر عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص228.

[2] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص228.

الذي يقبل عن ارتكاب هذه الجريمة المعاقب بالمادة 339 من نفس القانون إما بمحضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهمة و إما بإقرار قضائي[1].

يذهب الرأي الغالب في القضاء و الفقه المصري إلى أنّ الأدلة سالفة البيان لازمة فقط لإثبات زنا شريك الزوجة الزّانية ، أما بالنسبة للزوجة أو للزوج أو شريكته فإثبات الزنا على أيّ منهم يخضع لمبدأ حريّة الإثبات الجنائي ، و لهذا لا يجوز للقاضي الجزائي أن يقبل لإثبات الزنا في حق شريك الزوجة ؛ إلا أن الأدلة أخرى التي تم إقرارها حتى وإن كان دليلا إلكترونيا سواء كان عبارة عن صور فيديو أو رسالة مرسلة من الشريك الزوجة أو غيرها عن طريق الهاتف النقال أو عن طريق الانترنت ، وسواء تضمنت الرسالة اعترافا ضمنيا أو صريحا من الشريك بوقوع الزنا أو فيها نوع من الكلام الذي يوحي بممارسة علاقة غير شرعية مع الزوجة[2].

على ذلك ومن أجل سد الفراغ التشريعي الواقع في أغلب التشريعات المعاصرة تقوم بقياس الكتابة الالكترونية على المكاتيب و الأوراق ، خاصة وأنّ المشرعيّن الجزائري و المصري وسّعا في تعريف الكاتبة حيث نص المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني على: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أيّة علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها".[3] بل أكثر من ذلك فقد ساو بين الكتابة في الشكل الالكتروني ، و الكتابة على الورق و ذلك بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها بالكتابة الالكترونية المادة323 مكرر2من القانون المدني الجزائري ، خاصة وأن المشرع لم يشترط في المكاتيب و الأوراق التي تكون دليلا على فعل الزنا أن تكون موقعة من المتهم طالما كان من الثابت صدورها منه ، وتبقى للقاضي في الأخير السلطة التقديرية في تقدير هذه المكاتيب و الأوراق مهما تجسدت في أي صورة.

فمن خلال استعراض موقف المشرعين الجزائري و المصري،يستخلص أنه لا يجوز للقاضي الجزائي أن يقبل لإثبات جريمة الزنا أدلة أخرى غير ما قررته النصوص المذكورة.

المطلب الثاني: قيد إثبات المسائل غير الجنائية

قد يستلزم في الدعوى الجزائية أن يفصل القاضي في مسألة غير جزائية ضرورية للحكم في الدعوى ، ويحدث ذلك عندما يكون المشرع قد جعل من عناصر الجريمة مسائل مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية ، أي أنه أدخل في الواقعة الإجرامية عناصر قانونية تتعلق بفرع آخر من فروع القانون ومثال ذلك الملكية في السرقة والعقود الخاصة التي

[1]- بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص278.

[2]- هلال آمنة، المرجع السابق، ص102.

[3] عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق ، ص230.

تقوم عليها جريمة إساءة الأمانة ، ففي جميع الأمثلة قد يثير المتهم دفعا يتعلق بتلك العناصر القانونية للواقعة و التي تدخل في فرع آخر من فروع القانون ، و يتعين على القاضي أن يفصل فيها طالما أن الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف عليها فما هو المقصود بالمسائل غير الجزائية وهل يخضع إثباتها لقواعد الإثبات الخاصة بها؟، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف المسائل غير الجزائية

إن المسائل غير الجزائية التي يتوقف الفصل فيها على الفصل في الدعوى الجزائية تتمثل في الوقائع أو في الأعمال القانونية التي يتعين توافرها من الناحية المنطقية قبل الركن المادي للجريمة، وهذه المسائل بحكم طبيعتها تخضع بحسب الأصل لقانون غير جزائي[1].

كما عرفها البعض بأنها أوضاع قانونية غير جزائية تتعلق بالشرط المفترض في الجريمة و التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى ؛و من ثم فإن المسائل الأولية تشكل دفوعا يتوجب على القاضي الجزائي حلها،فهو ملزم بالتصدي لها و الفصل فيها[2]،إذا عرضت عليه أثناء الدعوى الجزائية يتوقف على الفصل فيها.

وبهذا لا يكون القانون الجزائي خاصة قانون العقوبات مصدرا للمسائل الأولية وإنما تنشأ عن الفروع الأخرى كالقانون المدني أو القانون التجاري، فإذا كانت المسألة أو الموضوع ذو طبيعة مدنية خضع إثباتها أو إثباته للقواعد المدنية ولو كانت معروضة على القضاء الجزائي ويعلل البعض هذه القاعدة، أنه إذا خول المشرع القضاء الجزائي أن يفصل في حقوق مدنية، فأن ذلك لا يخول صاحب الحق أن يصل إلى حقه بغير الطريق الذي كان يسلكه أمام القضاء ذي الاختصاص الأصلي، إضافة إلى أن قضاء القاضي الجزائي له حجيته على القاضي المدني ومن ثم يتعين ألا يكتسبها إلا إذا أستند إلى ذات وسائل الإثبات التي يقررها القانون المدني، وتطبق هذه القاعدة ولو لم يكن في الدعوى مدعٍ مدني.

وبالتالي فإنه لو قيل بغير ذلك لكان للمدعي المدني أن يتهرب من قيود الإثبات المدنية باختيار الطريق الجزائي كلما أمكنه ذلك.

[1] إبراهيم الرمامنة ، المرجع السابق ، ص90.

[2] محمد صبحي نجم،قانون أصول المحاكمات الجزائية،بدون طبعة،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2000،ص455.

الفرع الثاني: قيد إثبات المسائل غير الجنائية

من المسلم به أن إثبات المسائل غير الجنائية التي تطرح على المحكمة الجنائية ، ويكون الفصل فيها مقدمة ضرورية للفصل في الدعوى الجنائية يخضع للقانون الخاص بتلك المسائل سواء كانت مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية ، و هو ما نصت عليه صراحة المادة 225 من قانون الإجراءات الجنائية المصري:"تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل" ، و يعد هذا النص تطبيقا لقاعدة أنّ"قواعد الإثبات إنما ترتبط بالموضوع التي ترد عليه لا بنوع المحكمة "[1] ، ومن ثم فإن كانت الجريمة خيانة أمانة و صار نزاع بشأن العقد وكانت قيمته تزيد عن خمسمائة ألف(500.000)جنيه فلا يجوز إثبات هذا العقد بالتسجيلات الصوتية إذ يلزم إثباته بالكتابة أو لوجود مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي أو لكون العقد ذو صبغة تجارية المواد60،63 من قانون الإثبات[2].

لهذا قضي بأن التسجيل الصوتي الذي قامت به الطاعنة يعد ولا ريب إقرار غير قضائي و لما كانت الطاعنة تسلم في أسباب طعنها أنّ المطعون ضده قد أنكر هذا التسجيل الخاص به فإنه يجب على الطاعنة أن تثبت صدوره منه طبقا للقواعد العامة في الإثبات في القانون المدني ، و إذا كانت هذه القواعد توجب الحصول على دليل كتابي في هذا الصدد فإن قضاء الحكم المطعون فيه بعدم جواز الإثبات بالبينة ينسحب على هذا التسجيل و يتضمن الرد عليه ما دام لا يعد عنصرا مستقلا عن العناصر التي أبدى الحكم رأيه فيها.

غير أنّ تقييد القاضي الجزائي بوسائل الإثبات المقررة في القوانين غير الجنائية بالنسبة للمسائل الأولية مشروط بأن تكون هذه المسألة عنصر مفترض في الجريمة سابق في وجوده على ارتكاب الفعل الإجرامي.

فالإشكالية تبرز كذلك عند اللجوء للدليل الإلكتروني من أجل إثبات العقد الخاص بالأمانة في حالة ما إذا قام طرفا عقد الأمانة بإبرام هذا العقد عن طريق الانترنت ، وكان العقد يتجسد في شكل سند أو محرر إلكتروني ، وعلى ذلك إذا كان يتعين على القاضي الجزائي حسب الأصل أن يستبعد الدليل الجنائي بما في ذلك الدليل الإلكتروني عند إثبات المسائل الأولية و التقيد بما هو وارد في النصوص الخاصة بتلك المسائل إلاّ أنه في هذه الحالة يستثنى منها الدليل الإلكتروني ، الذي أصبح له دور خاصة في المعاملات المدنية و التجارية، حيث أدى ذلك إلى تغيير مفهوم الإثبات تبعا لإمكانية إنشاء الحقوق و الالتزامات بطرق إلكترونية ، و الاستغناء في غالب الأحيان عن الكتابة الورقية[3] ،

[1] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص231.

[2] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص280.

[3] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص281.

وحتى تواكب مختلف الدول هذا التقدم في مجال تكنولوجيا الاتصالات عن بعد ، وبالتالي تنمية و تشجيع التجارة الإلكترونية قامت بتوسيع تعريف الكتابة لتشمل المحررات الإلكترونية و ذلك كالتشريع الفرنسي و الجزائري و المصري ، كما تم الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل لإثبات المعاملات الإلكترونية.

غير أنّ الدليل الكتابي يتألف من عنصرين جوهرين،الكتابة و التوقيع سيتم التطرق لهما على النحو التالي:

البند الأول: الكتابة الالكترونية

بالنسبة للتشريع الفرنسي تنص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي على أن:"الإثبات بالكتابة أو الدليل الكتابي ينتج من تتابع حروف أو خصائص مطبوعة أو أرقام أو كل إشارة أو رموز لها معنى مفهوم أيا كانت الدعامة المدون عليها و طريقة نقله"[1].

كما تنص المادة 01/1316 من القانون المدني الفرنسي على أنه : "تقبل الكتابة في شكل إلكتروني كدليل في الإثبات مثلها في ذلك مثل الكتابة على دعامة ورقية، ما دام أنّ الشخص المنسوب إليه هذه الكتابة و الإحتفاظ بها في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها".

قد أخذ المشرع الجزائري حرفيا بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و المعدل للقانون المدني الجزائري حيث تنص المادة 323 مكرر1على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[2].

في هذا الصدد فالخصائص المادية للوسيط الالكتروني تمثل عقبة أمام تحقق هذا الشرط ذلك أن التكوين المادي للشرائح الممغنطة و الأقراص المغناطيسية تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع ، إلا أن هذه الصعوبة تم التغلب عليها باستخدام أجهزة ، و وسائط أكثر قدرة وجودة[3].

أما بالنسبة للوسائل الالكترونية الأخرى كالفاكس مثلا فاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع لسنة 1978 أعطت السندات المرسلة بالفاكس حجية في الإثبات ، وذلك بمنحها حجية السندات العرفية.

[1] بوعناد فاطمة الزهرة،المرجع السابق،ص281

[2] عائشة بن قارة مصطفى،المرجع السابق،ص235

[3]- بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص282.

قد أقر المشرع الفرنسي التماثل بين الكتابة على الورق ، و الكتابة الالكترونية من حيث الحجية في الاثبات[1] ، كما أعطى الفقه الفرنسي السندات المرسلة عبر جهاز الفاكس الحجية في الإثبات عندما لا يتطلب القانون شكلا معينا للتصرف المراد إبرامه و الحرية في الإثبات ، ما لم يرد عليه قيد وكذلك عندما نكون بصدد التزامات يسمح بإثباتها بطريق غير الكتابة.

أما بالنسبة لمسألة الترجيح بين الدليل الكتابي و الدليل الالكتروني فقد يحدث وأن يتعارض الدليل الكتابي مع الدليل الالكتروني ، في هذه الحالة أورد القانون المدني الفرنسي حكما خاصا بهذه الحالة يتمثل في السلطة التقديرية للقاضي ، إذ يجب على المحكمة أن تحدد ما هي الطريقة الأكثر احتمالا في الممارسة العملية وإن كانت الوثيقة المكتوبة أكثر ترجيحا.

فيما يخص المشرع المصري و بعد ملاحظة المادة 15 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني في مصر يضع على قدم المساواة المحرر الإلكتروني و المحرر التقليدي ، و بالتالي في حالة التعارض بين محررين أحدهما إلكتروني وآخر ، يعود الأمر للسلطة التقديرية للقاضي للترجيح بينهما مستعينا بالخبرة إذا لزم الأمر[2].

أماّ بالنسبة للقانون الجزائري فلا يوجد نص يقضي بالتفضيل بين المحرر الإلكتروني الرسمي و المحرر التقليدي الرسمي في الإثبات ، و ترك المشرع تقدير قوة المحرر الإلكتروني لسلطة القاضي التقديرية.

وفي هذا الخصوص يتعين ذكر أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ، و إنما تتعلق بمصلحة الأطراف[3] ، و بالتالي يمكن للأطراف أن يتفقوا على ما يخالف قواعد معينة للإثبات يكون القانون قد أوردها ، و بالتالي فإن طريقة التعامل بالانترنت تدل على أن هناك اتفاقا ضمنيا بين الأطراف على إثبات تعاملاتهم بطرق أخرى غير تقليدية ، وهي طريق المحررات الإلكترونية.

البند الثاني: التوقيع الإلكتروني

ما يعزز القيمة الإثباتية للوثيقة الإلكترونية هو الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ، هذا الأخير الذي يعد من إبداعات تكنولوجيا المعلومات ، كما أنه مناسب لتقديم أدلة موثوقة تجنبا لأي نزاع ، فالمحرر الإلكتروني يتكون من عنصرين ، الكتابة و التوقيع الالكتروني ، القاعدة العامة أن التوقيع التقليدي يشير إلى شخصية صاحبه و رضاه بمحتوى المحرر ،

[1]– عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق، ص235.

[2] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص284.

[3] أبو طعيمة أسماء ، جمعي نعيمة ، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2012/2011، ص74.

فهو يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة التي يتطلبها القانون في الشخص لإنشاء تصرف قانوني[1] ، و نتيجة لذلك تبنى المشرع الفرنسي فكرة التوقيع الإلكتروني و ذلك بموجب القانون الصادر في 13مارس2000 وأعطى له قوة في الإثبات إذا توافر له شرطان[2]:

*استعمال وسيلة موثوق فيها ، بحيث تضمن ربط صاحب التوقيع بمحتوى المستند الإلكتروني.

*أن يتوافر في المستند الإلكتروني شروط سلامته المحددة وفقا لمرسوم المجلس الأوروبي المادة4/1316من القانون المدني الفرنسي.

بالرجوع إلى القانون الجزائري فالمشرع من خلال تعديل القانون المدني المشار إليه سابقا نص في المادة 327 على أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 و بموجب هذه المادة يعتبر التوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي المقام على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الموقع[3].

كما أن القانون الجزائري لم يتعرض لكيفية التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني عكس ما فعله المشرع الفرنسي الذي أصدر مرسوما يتناول المسألة بالتفصيل ، ومن المؤكد أنه من الناحية العلمية لا يمكن الخروج عن الطريقة التي رسمها القانون الفرنسي[4] ، وعندما يطرح الأمر على المحاكم بجدة فيقوم المشرع بالتدخل.

فيتمثل التوقيع الإلكتروني في وجود سلطة مختصة تتولى حفظ التوقيع الذي يضعه صاحبه على شكل أرقام أو حروف أو رموز ، تكون كلها مشفرة بحيث يستحيل استعمالها من طرف الغير و بالنتيجة نجد التوقيع الإلكتروني يتمتع بكثير من الثقة في إجراءات توثيقه و استخدامه في تحديد هوية الموقع فهو يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر لقدرته على التأكد من شخصية صاحب التوقيع ، لذلك كان لا بد من إدراك أهمية التوقيع الإلكتروني من أجل أمن المعاملات.

كما اعتد المشرع المصري بالقوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني بنصه في المادة 14 من القانون السالف الذكر على أنه: "للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية إذا روعي في إنشائه و إتمامه الشروط المنصوص عليها في القانون و الضوابط

[1]- Margot Stephan, le régime de la preuve électronique, le 31/03/2014, disponible à l'adresse suivant : www.faq-adullact .org

[22]- عائشة بن قارة مصطفى ، المرجع السابق، ص236.

[3] عبد العزيز سمية، التوقيع الإلكتروني وسيلة للإثبات – دراسة مقارنة – ، معارف مجلة علمية محكمة، قسم العلوم القانونية، العدد السابع عشر، ديسمبر2014، ص195.

[4]بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص286.

الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". أما عن الشروط التي يتطلبها المشرع المصري في القانون السابق لحجية التوقيع و الكتابة و المحررات الإلكترونية فإنه قد عددها في المادة 18 بقوله : "يتمتع التوقيع الإلكتروني و الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط التالية:

-ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره

-إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني و تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية و التقنية اللازمة لذلك.

-سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني[1]".

قد اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في 13ديسمبر 1999 بالتوقيع الإلكتروني بأنه:"بيان في شكل إلكتروني ملحق أو مرتبط من الناحية المنطقية و يستخدم كوسيلة لتحديد هوية صاحبه"[2].

بما أن التشفير يعتبر طريقة من طرق التوقيع الإلكتروني فيطرح التساؤل حول القيمة الثبوتية للمحرر المشفر حيث يقصد به المحرر المكتوب بطريقة رمزية و ليس بكتابة عادية بحيث لا يفهمه إلا طرفا التعامل ومادام أن القانون في بعض الدول يعترف بهذا النوع من التشفير كالقانون الفرنسي ، و مؤدى ذلك أن تلك الرسائل لها قوة في الإثبات أمام المحاكم كما يمكن القول أن الرسالة المشفرة لها حجية أكثر من الرسالة غير المشفرة و ذلك لأن التشفير يكفل لها حماية من العبث بها تفوق ما للرسالة غير المشفرة[3].

كما أدرك المشرع المصري أهمية تشفير الرسائل الإلكترونية و إن لم يستخدم التعبير صراحة بمقتضى القانون رقم 15 لسنة 2004 عندما تضمن نصوصا تنظم عملية التصديق الإلكتروني.

حتى المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 07 / 162 تطرق للتشفير بطريقة غير مباشرة عند حديثه عن الشهادة الإلكترونية التي عرفها بأنها:"وثيقة في شكل إلكتروني تبث الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني و الموقع"[4]

[1]- بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص.287

2- Didier Frochot,Preuve èlectronique,disponible à l'adresse suivante:www.les- infostrategies.com

[3] بوعناد فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص288.

[4] المادة 3مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 162/07.

كخلاصة لهذا الفصل يمكن القول أنه رغم امتلاك القاضي السلطة الواسعة في مجال الإثبات الجنائي كما له الحرية في الاستعانة بكافة وسائل الإثبات بما فيها الدليل الإلكتروني ، إلاّ أنه لا يمكن أن تكون هذه الحرية مطلقة خالية من أي قيد أو ضابط ، لأن الحرية المطلقة قد ينجر عنها انتهاك لحقوق و حريات الأفراد مما كان ينبغي أن تكون هذه السلطة أو تمارس في إطار ضوابط وقيود معنية متمثلة منها ما يتعلق بالدليل الإلكتروني بحدّ ذاته ، و هذا من خلال مشروعيته غير أن هذه القاعدة هي الأصل وترد عليها بعض الاستثناءات للأخذ بالأدلة الجنائية بصفة عامة و بالدليل الإلكتروني بصفة خاصة ، وفي هذه المسألة فرق الفقه و القضاء بين نوعين من الأدلة غير المشروعة ، فاتفقوا على أن يكون الدليل أو الأدلة التي تدين المتهم يجب أن تكون مشروعة وذلك احتراما لمبدأ أن الأصل في الإنسان البراءة بينما طرأ الاختلاف في دليل البراءة ، فهناك من رأى أن يكون مشروعا ومنهم من رأى جواز الأخذ بدليل البراءة إذا كان غير مشروعا ،وهناك اتجاه ثالث فرق بين نوعين من أدلة البراءة كما أن القاضي ملزم بإتباع قاعدة الجرائم التي وردت فيها أدلة إثبات معينة من قبل المشرع ذلك نظرا لخصوصية هذه الجرائم والتي سبق وذكرناها وهي جريمة الزنا وكذلك قيد إثبات المسائل غير الجزائية وأبرز مثال جريمة خيانة الأمانة.

فالدليل الإلكتروني في وقتنا الحالي أصبح يكتسي أهمية بالغة في مجال الإثبات الجنائي أصبح دليلا لا يمكن الاستغناء عنه خاصة في ظل التطور التكنولوجي الحاصل.

خاتمـــــــــــــــــة

يتضح جليا أنه بالرغم من الايجابيات التي أحدثتها الثورة المعلوماتية من تسهيل سبل الحياة إلا أنها في نفس الوقت أظهرت جانبا آخر بات يؤرق المجتمعات ، وهو ظهور الجرائم الإلكترونية التي تولد عنها نوع مستحدث من الأدلة يبعد كل البعد عن الأدلة التقليدية ألا وهو الدليل الإلكتروني.

يكتسي الدليل الإلكتروني نوعا من الخصوصية تميزه عن باقي الأدلة الأخرى ، مما جعل مختلف الدول والمنظمات تسارع للنهوض بوضع وطرح أساليب جديدة تسهل عملية البحث عنه وبالتالي توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج يمكن حصرها في ما يلي :

1-تعتبر الأدلة الجنائية الرقمية من أكثر أنواع الأدلة المادية وفرة وثبات ، و هي عبارة عن معلومات مخزنة في أجهزة الحاسوب وملحقاتها والتي يتم تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة بهدف إثبات الجريمة ونسبتها إلى مرتكبها.

2-صعوبة الحصول على الدليل الإلكتروني وسهولة محوه وإخفاءه،مما يؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب .

3-سعي المشرع الجزائري للتصدي للجريمة الإلكترونية وذلك بإصدار مجموعة من القوانين أهمها 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتعلقة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال .

4-قصور التشريعات الإجرائية الجنائية العربية في مواجهة الجرائم الإلكترونية وعدم مواكبتها للتطور الحاصل على خلاف الدول الغربية التي أثبتت كفاءتها وجدارتها في هذا المجال.

5-عدم الاكتفاء بالإجراءات التقليدية لجمع الدليل مما أدى إلى ظهور مجموعة من الإجراءات الحديثة كالتحفظ المعجل على البيانات والمعلومات.

6-اعتبار مبدأ حرية الإثبات أساس لقبول الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي في الدول ذات الأصل اللاتيني منها الجزائر.

7-رغم امتلاك القاضي سلطة واسعة في مجال الإثبات الجنائي وإمكانية استعانته بكافة وسائل الإثبات ،إلاّ أنه لايمكن أن تكون هذه الحرية مطلقة خالية من أي قيد أو شرط.

8-إعتناق العديد من الدول مبدأ مشروعية الدليل الإلكتروني .

9-تأثر قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة للمسائل غير جنائية التي تدخل عناصر تكوينية في بعض الجرائم ،ذلك أن هذه المسائل قد تغير مضمونها فقد ظهرت المحررات الإلكترونية ولذلك فإن إثبات هذه المسائل سيكون بالأدلة التي تتفق مع طبيعتها التي تجد مصدرها في قوانين غير عقابية كالقانون التجاري والقانون المدني.

10-الإنتهاء إلى أن الحقيقة العلمية قد تشوش وتضلل الحقيقة القضائية وهو ما يلقي مزيدا من الأهمية لتدريب الخبراء و المحققين والقضاة من أجل فهم هذه الحقيقة العلمية والعمل على مطابقة الحقيقة لها على قدر المستطاع.

وبعد الخلاص من النتائج التي توصل إليها البحث يمكن عرض التوصيات التالية:

1-ضرورة اعتماد سياسة فعالة من طرف الدول لمواجهة الجرائم الإلكترونية.

2-ضرورة سن الدول العربية قوانين جزائية خاصة بالجرائم الإلكترونية لمجابهة التطور الحاصل في ميدان علم الإجرام.

3-ضرورة التفات رجال القانون والباحثين خاصة الجزائريين بالجوانب الإجرائية المتعلقة بالجرائم الإلكترونية والعمل على إثراء محتواها.

4-وجوب تسليط عقوبات صارمة على مرتكبي الجرائم الإلكترونية.

5-جعل ثقافة الأدلة الرقمية جزءا من تدريب وتكوين رجال تنفيذ القوانين خاصة رجال الشرطة والقضاء.

6-توعية الجمهور بدور الأدلة الجنائية الرقمية في تحقيق العدالة الجنائية.

7-حتمية التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية وذلك من خلال إبرام اتفاقيات ومعاهدات تجرم صور هذه الجرائم؛ وتبين كيفية تسليم مجرمي المعلوماتية.

وفي الأخير يعتبر الدليل الإلكتروني وسيلة فعالة لإثبات واكتشاف الجرائم الإلكترونية لذا يجب أن نوليه جانبا من الأهمية

قائمة المصادر والمراجع

أولا المصادر

- القرآن الكريم

ثانيا المراجع:

أولا:الكتب باللغة العربية

1. أشرف عبد القادر قنديل ، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2015.
2. أمير فرج يوسف، الإثبات الجنائي للجريمة الالكترونية والاختصاص القضائي بها، الطبعة الأولى، مصر، الإسكندرية ، 2016.
3. خالد حسن أحمد لطفي، المستند الإلكتروني ووسائل إثباته وحمايته ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ،2018 .
4. راشد محمد المري ، الجرائم الالكترونية في ظل الفكر الجنائي المعاصر، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية للنشر ،2018 .
5. عائشة بن قارة مصطفى ، حجية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، 2010.
6. عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1992.
7. عبد المجيد الشواربي ، الإثبات الجنائي في ضوء الفقه و القضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، 1996.
8. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر، سنة1990.
9. محمد حسين المنصور، الإثبات التقليدي والالكتروني ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
10. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة2005.
11. محمد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون سنة نشر .
12. محمود مروان،نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ، بدون سنة نشر .

13. محمد صبحي نجم ، قانون أصول المحاكمات الجزائية ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2000.

14. يزيد بوحليط ، الجرائم الالكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، مصر.

ثانيا:المذكرات و الرسائل العلمية:

1. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ،1959.

2. براهيمي جمال ، التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية ، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تيزي وزو ، 2014/06/27.

3. بن طالب ليندا ، الدليل الالكتروني ودوره في الإثبات الجنائي(دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق ، تيزي وزو،2019/01/23.

4. بوعناد فاطمة الزهرة ، مشروعية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سيدي بلعباس، 2014/2013.

5. زروقي عاسية ، طرق الإثبات في ظل قانون الإجراءات الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، قانون عام ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة،2018/2017.

6. عبد الله سعيد أبو داسر، إثبات الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة) ، رسالة الدكتوراه ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، قسم السياسة الشرعية ، المملكة العربية السعودية ،2013 .

7. غازي عبد الرحمان هيان الرشيد ، الحماية القانونية من الجرائم المعلوماتية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بيروت ، كلية حقوق ، لبنان2004.

8. إيناس محمد وهبي يوسف التل ، جريمة الزنا بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عام ، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ،2015/2014.

9. بن لاغة عقيلة ، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون جنائي ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2012/2011.

10. بيراز جمال ، الدليل العلمي في الإثبات الجنائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، باتنة ،2013 /2014.

11. أبو طعيمة أسماء ، جمعي نعيمة ، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2012/2011.

12. أيمن علاء الدين بصيلة،الحماية الجنائية الإجرائية للتجارة الإلكترونية،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، أم البواقي ،2017 /2018.

13 .بن نوناس ليلى ، ولد سعيد ليدية ، الإثبات في المواد الجنائية في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون جنائي ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق ، تيزي وزو ،2018/09/09.

14 .-بوكشوط أسماء ، الزنا بين القانون و الشريعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بجاية ، 2016/2015.

15 .حمري سميرة ، عاشور رزيقة ، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي ، مذكرة لنبل شهادة الماستر، قانون جنائي ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق ، تيزي وزو،2017/09/27.

16 .خلود الصاولي ، مروى مكباش، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون أعمال ، جامعة 8 ماي 45 قالمة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2016/2015.

17 .دوار حنان ، حدود سلطة الإثبات الجنائي الاقتناع للقاضي الجزائي و ضوابطه ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، علم الإجرام ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة ، 2017/2016.

18 .سارة فردية ، جريمة الزنا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية ، جامعة حمه لخضر،كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإنسانية ،2014 /2015.

19 .شهرزاد حداد ، الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الجنائي للأعمال ، جامعة العربي بن مهيدي ،كلية الحقوق ، أم البواقي ،2016 /2017.

20 .طاهري عبد المطلب ، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون جنائي ، جامعة المسيلة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015/2014.

21 .سمير شبلاق ، حجية الدليل الرقمي في الكشف عن الجريمة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، القانون الجنائي والعلوم الجنائية جامعة الدكتور مولاي الطاهر ،كلية الحقوق ، سعيدة ، 2020/2019..

22 .هلال آمنة ، الإثبات الجنائي بالدليل الالكتروني ، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، قانون جنائي ، جامعة محمد خضر، بسكرة ،كلية الحقوق ،2014 /2015.

ثالثا:المقالات العلمية:

1. إيناس محمد مؤمن العبيدي ، (ضوابط وحدود القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي في التشريع الليبي) ، مجلة البحوث القانونية،جامعة مصراتة ، كلية الحقوق ، العدد الحادي عشر،2020 .
2. رضا هاشمي،(تفتيش المنظومة المعلوماتية في القانون الجنائي)،مجلة العلوم القانونية والسياسية،جامعة ورقلة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،العدد الخامس،جوان2012.
3. عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بسكرة ، العدد العاشر، نوفمبر، 2006.
4. عبد العزيز سمية ، التوقيع الإلكتروني وسيلة للإثبات – دراسة مقارنة – ، معارف مجلة علمية محكمة ، قسم العلوم القانونية ، العدد السابع عشر، ديسمبر2014.
5. عيدة بلعابد ، (الدليل الرقمي بين حتمية الإثبات الجنائي والحق في الخصوصية المعلوماتية) ، مجلة آفاق علمية، جامعة سعيدة ، العدد الأول ،2019 .
6. غازي عبد الرحمان هيان الرشيد ، الحماية القانونية من الجرائم المعلوماتية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بيروت ، كلية حقوق ، لبنان،2004 .
7. مسعود بن حميد المعمري، (الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، مسقط، سلطنة عمان، العدد الثالث، أكتوبر 2018.
8. منير عبيزة ، (الدليل الالكتروني والسلطة التقديرية للقاضي) ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد الثالث، ديسمبر2017.
9. ميسون خلف حمد الحمداني، (مشروعية الأدلة الالكترونية في الإثبات الجنائي)، مجلة العراقية الأكاديمية ، جامعة النهرين، كلية الحقوق.
10. ناصر بن محمد البقمي ، أهمية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي ، مجلة الفكر الشرطي، الإمارات العربية المتحدة ، العدد الأول ، يناير 2012.

رابعا :الكتب باللغة الأجنبية

1. Amoury(B) et Poullet(Y), le droit de la preuve face à linformatique, revue internationale droit comparè, n°2, avril –juin, 1985. Encyclopedie, Bordas, tome 1, SGED, PARIS, 1984

خامسا:الاتفاقيات والقوانين :

أ–الاتفاقيات:

–اتفاقية بودابست الموقعة في 2001/11/03 بمدينة القاهرة في جمهورية مصر العربية.

ب–القوانين:

1. القانون رقم 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل عدة مرات آخرها بالأمر 04/20 ،المؤرخ في 11 محرم 1442هجري الموافق ل20 أوت 2020،الجريدة الرسمية العدد11.
2. القانون 156/66 المؤرخ في 08 يونيو المتضمن قانون العقوبات الجزائري،الجريدة الرسمية رقم 49 الصادرة بتاريخ 15 جويلية 1966 و المعدل عدة مرات آخرها 20/15.
3. القانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان 1430 ، الموافق 05 غشت سنة 2009 ، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحته ، الجريدة الرسمية عدد 47 بتاريخ 16 غشت 2009.
4. الأمر رقم 84-11 ، المؤرخ في 09يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في18 محرم 1426 الموافق ل27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد15، سنة2005.
5. الأمر رقم75-58،المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم عدة مرات آخرها 2007.
6. المرسوم التنفيذي رقم07-162 المؤرخ في 30 مايو 2007 ، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 مايو 2001 و المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم 37.

القوانين العربية:

1–قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 مع آخر تعديلاته (القانون رقم 189 المؤرخ في 5 سبتمبر 2020).

2–القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في جمهورية مصر العربية.

3–القانون رقم 1982/37 المؤرخ في 28 سبتمبر 1982 المعدل و المتمم بالقانون رقم 96/95 المؤرخ في 30 جوان 1996 و المتضمن قانون العقوبات المصري.

القوانين الأجنبية

1. Code pénal francais (modifié en 06.08.2014)
2. Code procédure pénal francais (modifié en 06.08.2014).

سادسا:المواقع الإلكترونية:

1-استشارات قانونية، مقال الكتروني، بعنوان المصلحة الأولى بالرعاية، تاريخ النشر 2018/11/06، . www.mohamah.net

2-Didier Frochot, Preuve électronique disponible l'adresse suivante: www.les- infostrategies.com

3-Margot Stephan, le régime de la preuve électronique, le 31/03/2014, disponible à l'adresse suivant :http:// faq-

4-adullact .org

الفهرس

شكر وعرفان

إهداء

مقدمة ---------- 1

مبحث تمهيدي: ذاتية الدليل الإلكتروني ---------- 5

المطلب الأول: ذاتية الدليل الالكتروني وتعريفه ---------- 5

الفرع الأول: تعريف الجريمة الالكترونية ---------- 5

الفرع الثاني: تعريف الدليل الالكتروني ---------- 7

المطلب الثاني:خصائص الدليل الالكتروني وإجراءاته ---------- 8

الفرع الأول:خصائص الدليل الالكتروني ---------- 8

الفرع الثاني:إجراءات جمع الدليل الالكتروني ---------- 9

الفصل الأول: حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني ---------- 18

المبحث الأول: أساس قبول الدليل الالكتروني في النظام اللاتيني ---------- 20

المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات كأساس لقبول الدليل الالكتروني ---------- 20

الفرع الأول: المقصود بمبدأ حرية الإثبات ---------- 20

الفرع الثاني: أسباب إعمال مبدأ حرية الإثبات الجنائي ---------- 22

الفرع الثالث: عيوب مبدأ حرية الإثبات ---------- 23

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ حرية الإثبات الجنائي ---------- 24

الفرع الأول : الدور الايجابي للقاضي الجزائي في توفير الدليل الالكتروني ---------- 24

الفرع الثاني: الدور الايجابي للقاضي الجنائي في قبول الدليل الالكتروني ---------- 27

المطلب الثالث: موقف القوانين العربية والقانون الجزائري من الدليل الإلكتروني ---------- 28

الفرع الأول: موقف بعض القوانين العربية من الدليل الإلكتروني ---------- 28

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من الدليل الإلكتروني ---------- 30

المبحث الثاني: قبول الدليل الالكتروني في النظام الانجلو أمريكي ---------- 33

المطلب الأول: الدليل الالكتروني مقبول استثناء قاعدة استبعاد شهادة السماع ---------- 33

الفرع الأول: تعريف شهادة السماع ---------- 33

الفرع الثاني: موقف القضاء الانجليزي من أساس قبول الدليل الالكتروني ---------- 36

المطلب الثاني: الدليل الالكتروني مقبول استثناء من قاعدة الدليل الأفضل ---------- 37
الفرع الأول: تعريف قاعدة الدليل الأفضل ---------- 37
الفرع الثاني: شروط قبول الدليل الالكتروني في الإثبات عند النظام الانجلو أمريكي ---------- 39
الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني ---------- 41
المبحث الأول: مبدأ مشروعية الدليل الالكتروني ---------- 43
المطلب الأول: المصلحة الأولى بالرعاية ---------- 47
الفرع الأول: تعريف المصلحة ---------- 47
الفرع الثاني: مشكلة المصلحة الأولى بالرعاية ---------- 52
المطلب الثاني: قيمة الدليل غير المشروع ---------- 53
الفرع الأول: قيمة الدليل غير المشروع في النظام اللاتيني ---------- 53
الفرع الثاني: قيمة الدليل غير المشروع في النظام الأنجلو أمريكي ---------- 55
المبحث الثاني: القيود المستمدة من نصوص قانونية خاصة ---------- 58
المطلب الأول: قيد مشروعية الحصول على الدليل الالكتروني في جريمة الزنا. ---------- 58
الفرع الأول: تعريف جريمة الزنا ---------- 58
المطلب الثاني: قيد إثبات المسائل غير الجنائية ---------- 63
الفرع الأول: تعريف المسائل غير الجزائية ---------- 64
الفرع الثاني: قيد إثبات المسائل غير الجنائية ---------- 65
خاتمـــــــــــة ---------- 71
قائمة المصادر والمراجع ---------- 74

الملخص

رغم ما قدمته الثورة المعلوماتية من إسهامات في مجال التطور التكنولوجي إلاّ أنها أدت إلى ظهور نوع مستحدث من الجرائم و هي الجرائم المعلوماتية التي تتميز بصعوبتها وخطورتها خاصة في مجال الإثبات الجنائي مما أدى بالضرورة إلى ظهور نوع مستحدث من الأدلة الجنائية التي تتفق مع طبيعتها و هو الدليل الإلكتروني.

حيث أنّ هذا الأخير يخضع لسلطة القاضي من ناحية قبوله،حيث يتم قبول الدليل الإلكتروني حسب النظام السائد في الدولة سواء تمثل في النظام اللاتيني (نظام الإثبات الحر)أو النظام الأنجلوأمريكي .

إلاّ أنّ هذه السلطة لا تكون مطلقة و إنما تخضع لقيود يحددها المشرع باعتبار أن هذا الدليل أصبح يكتسب أهمية بالغة كغيره من الأدلة في مجال الإثبات الجنائي.

Résumé:

Malgré toutes les contributions apportées par la révolution informatique dans le domaine du progrè technologique, elle a entrainé l'apparition d'un nouveau type de crimes tel que la cybercriminalité cette dernière se caractérise par sa difficulté et son danger, notamment dans le domaine de la preuve criminale ce qui a engendré l'emergence d'un nouveau genre que se conforme a se nature, qui est la preuve éléctronique .Ce dernier est accepté sans l'autorité du juge; la preuve éléctronique est accepté selon le système en vigueur dans le pays soit le système latin (système de preuve gratuit) ou le système anglo-saxon. Cependant, cette autorité n'est pas absolue, mais est soumise à des restrictions fixées par le législateur, considérant que cette preuve est devenue d'une grande importance comme d'autres preuves dans le domaine de la preuve pénale.

Abstract :

Despite the contributions made by the information revolution in the field of technological development, it led to the emergence of new type of crime, namely information crimes, which are characterized by their difficulty and danger, especially in the field of criminal evidence, which necessarily led to the emergence of a new type of forensic evidence that is consistent with its nature, which is the evidence. mail. As the latter is subject to the authority of the judge in terms of its acceptance, as the electronic evidence is accepted according to the prevailing system in the country, whether it is represented in the Latin system (the free evidence system) or the Anglo-American system. However, this authority is not absolute, but is subject to restrictions set by the legislator, given that this evidence has become of great importance like other evidence in the field of criminal proof.