سلطات القاضي الجنائي في تقدير الدليل الالكتروني المستمد من التفتيش الجنائي

The powers of the criminal judge in assessing the electronic evidence derived from the inspection Criminal

تاريخ الارسال: 2019/12/26	تاريخ القبول: 2019/12/30	تاريخ النشر: 2020/01/08

*د. نادية ضريفي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Nadia.drifi@univ-msila.dz

ط.د. دراج عبد الوهاب
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
nafa2007@yahoo.fr

ملخص :

إن للقاضي الجنائي سلطة واسعة في تقدير أدلة الإثبات، إذ أن بإمكانه التحري عن الحقيقة بشتى الوسائل وجمع الأدلة دون أن يكون ملزما بتفضيل مسبق لدليل معين على دليل آخر، أما إذا تم تحديد مسبق لنوع الأدلة التي لا يجوز الإثبات بغيرها أو كان الدليل علميا كالدليل الالكتروني، فإنه يجب على القاضي الجنائي عند أخذه بهذه الأدلة مراعات الشروط التي وضعها المشرع، وتعد هذه الشروط بمثابة صمام أمان تجاه انحراف القاضي الجنائي عند الأخذ بهذه الأدلة، كما أن قبول الدليل الالكتروني يكون أمرا نسبيا يختلف من نظام لآخر، سواء كان نظام لاتيني أو نظام أنجلو سكسوني أو النظام المختلط.

الكلمات المفتاحية : القاضي الجنائي، الدليل الالكتروني، التفتيش.

Abstract:

The criminal judge has a broad authority to assess evidence, since he can investigate the truth by various means and collect evidence without having to pre-prioritize a particular evidence on another evidence. If, however, the type of evidence that is not substantiated or scientifically proven, The criminal judge must take such evidence into account in accordance with the conditions laid down by

***المؤلف المرسل : ضريفي نادية**

the legislator. Such conditions shall serve as a safety valve against the deflection of the criminal judge when such evidence is taken. Acceptance of the electronic evidence shall be relatively different from one system to another, Anglo Saxon or system Combination.

Keywords: Criminal Judge; Electronic Directory; Inspection.

مقدمة :

إن الإثبات الجنائي يعتبر نشاطا موجها مباشرة للوصول إلى اليقين القضائي، ولذلك فإن الهدف من الإثبات هو بيان مدى التطابق بين النموذج القانوني للجريمة وبين الواقعة المعروضة، وتستخدم في هذا المجال وسائل معينة للإثبات، وتعد وسيلة الإثبات كل نشاط يبذل في سبيل اكتشاف حالة أو مسألة أو شخص أو شيء ما، وتثير مسألة الإثبات في أنظمة الكمبيوتر والإنترنت صعوبات كبيرة لدى القائمين بالتحقيق، وذلك نظرا لعدة أسباب من بينها عدم مرئية المعطيات المخزنة في الحاسب الآلي، وسهولة محو الدليل في زمن قصير وغيرها من الصعوبات التي يواجهها القائمين بالتحقيق، ولقبول الدليل الالكتروني من طرف القاضي الجنائي لا بد أن يستند إلى أساس ويحترم الشروط المنصوص عليها قانونا.

وعلى ضوء على التمهيد نطرح التساؤل التالي:

ما هي الشروط الواجب توافرها في الدليل الالكتروني المستمد من التفتيش الجنائي وما مدى سلطة القاضي الجنائي في تقدير هذا الدليل؟

ومن خلال هذه الإشكالية المطروحة يمكن الدراسة إلى محورين كما يلي:

المحور الأول: شروط قبول الدليل الالكتروني المستمد من التفتيش الجنائي.

المحور الثاني: أساس قبول الدليل الالكتروني على ضوء أنظمة الإثبات الجنائية.

المحور الأول: شروط قبول الدليل الالكتروني المستمد من التفتيش الجنائي

إن الأدلة الالكترونية إما أن تكون مخرجات ورقية يتم إنتاجها عن طريق الطابعات أو الراسم، وإنا أن تكون مخرجات غير ورقية أو أن تكون إلكترونية كالأشرطة والأقراص الممغنطة وأسطوانات الفيديو وغيرها من الأشكال الالكترونية غير التقليدية، أو تتمثل في عرض مخرجات المعالجة بواسطة الحاسوب على الشاشة الخاصة به، أو الإنترنت بواسطة الشاشات أو وحدة العرض المرئي، ويكون الدليل الالكتروني باطلا إذا تم التحصل عليه بطريقة مخالفة للقانون، فإذا ما شاب التفتيش الواقع على نظم الحاسوب عيب فإنه يبطله، ولذلك فإن التفتيش الجنائي في الجرائم الالكترونية يخضع لعدة شروط وذلك كما يلي:

أولا: شرط مشروعية الدليل الالكتروني

إن من بين أهم الحقوق والحريات التي يحميها الدستور الجزائري هي الحق في صيانة كرامة الإنسان وحماية حقوقه، بحيث تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة[1]، وتضمن الدستور نصوصا تنظم القواعد الأساسية للتفتيش وعلى هذا الأساس تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه[2]، كما أن الحريات الأساسية وحقوق المواطن مضمونة[3]، ولا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون وسرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة، ولا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم، كما أن حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه[4]، فهذه النصوص الواردة في الدستور تفرض على المشرع عند وضع قواعد الإجراءات الجزائية الالتزام بها وعدم الخروج عنها، وكذلك فإن إجراءات الحصول على الأدلة الجنائية يجب أن يكون ضمن الإطار العام الذي حدده الدستور، وإلا فإن الدليل المستمد بطريق مخالف للأحكام الواردة في الدستور يكون باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولذلك فإنه ومن الضروري أن يقوم المشرع الجزائري بتشريع نصوص إجرائية تتكفل بحماية الحياة الخاصة المخزونة في الحاسوب والإنترنت، بحيث يمنع اقتحام الملفات الشخصية بدون

سند قانوني حماية للحقوق والحريات الفردية التي كفلها الدستور الجزائري، بالإضافة إلى المواثيق الدولية.

أما بالنسبة لجزاء مخالفة القانون في الحصول على الأدلة فيترتب عليه جزاءات جنائية أو إدارية فضلا عن الحكم بالتعويض، فالموظف الذي يعهد إليه القانون بعمل فيتصرف على وجه مخالف يعد مقصرا في عمله ومخالفا في واجباته فيستحق المؤاخذة[5]، وقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 107 منه على أنه "يعاقب الموظف العمومي بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات إذا أمر بعمل تحكمي أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر"[6]، كما نص قانون الإجراءات الجزائية في المادة 85 على أن "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 2.000 إلى 20.000 دج كل من أفشى أو أذاع مستندا متحصلا من تفتيش شخص لا صفة له قانونا في الاطلاع عليه وكان ذلك بغير إذن من المتهم أو من خلفه أو الموقع بإمضائه على المستند أو الشخص المرسل إليه وكذلك كل من استعمل ما وصل إلى علمه منه ما لم ذلك من ضرورات التحقيق القضائي"[7]، وفي جميع الأحوال فإن العمل المخالف للقانون يترب عليه الحق في التعويض لمن وقع عليه هذا الفعل المخالف للقانون، فضلا عن استحقاق القائم بهذه المخالفة لعقوبة جنائية مع وجوب بطلان هذا العمل كونه وليد جريمة، وبالتالي بطلان الدليل المستمد من هذا العمل، وفي حالة وجود شهود على الجريمة الالكترونية فهل هم ملزمون بأن يقوموا بطبع ملفات البيانات المخزنة في ذاكرة الحاسوب مفشين للسر، أو الإفصاح عن كلمات المرور السرية أو الكشف عن الشفرات المدونة بها الأوامر الخاصة بتنفيذ البرامج؟ وتجدر الإشارة إلى أن الفقه المقارن اختلف في الإجابة عن هذا التساؤل بين مؤيد ومعارض ويمكن بلورة هذا الخلاف في اتجاهين رئيسيين هما كالتالي:

1- الاتجاه الأول

يذهب أصحابه إلى أنه ليس من واجب الشاهد وفقا للالتزامات التقليدية للشهادة أن يقوم بطبع ملفات البيانات المخزنة في ذاكرة الحاسوب أو الإفصاح عن كلمات المرور السرية أو الكشف عن الشفرات المدونة، ففي لوكسنبورغ الشاهد ليس مجبرا على التعاون في كل ما يعرفه عند سؤاله أمام المحكمة، وبالتالي من الصعب إجباره على تقديم بيانات يجهلها ولم يقم بإدخالها بنفسه في ذاكرة الحاسوب وإن كان يستطيع الوصول إليها

نظرا لمعرفته بكلمات المرور السرية[8]، أما إذا تعاون الشاهد على هذا النحو فإن دوره يكون أقرب إلى الخبرة منه إلى الشهادة.

2- الاتجاه الثاني.

ويرى أصحابه أنه من الالتزامات التي يجب أن يقوم بها الشاهد هي طبع ملفات البيانات أو الإفصاح عن كلمات المرور أو الشفرات الخاصة بالبرامج المختلفة، ففي فرنسا مثلا يرى جانب من الفقه في غياب النص التشريعي يكون الشاهد مكلفا بالكشف عن كلمات المرور السرية التي يعرفها وشفرات تشغيل البرامج ما عدا حالات المحافظة على سر المهنة[9].

وفي إطار مشروعية الأدلة الإلكترونية، نجد أن تقنين الإجراءات الجنائية الفرنسي رغم أنه لم يتضمن أي نصوص تتعلق بمبدأ الأمانة أو النزاهة في البحث عن الحقيقة، إلا أن الفقه والقضاء كانا بجانب هذا المبدأ سواء في مجال البحث عن الجرائم التقليدية أم في مجال البحث في جرائم الحاسوب والإنترنت، كأن يستخدم ضباط الشرطة القضائية طرقا معلوماتية في أعمال التنصت على المحادثات الهاتفية، ويشير رأي فقهي فرنسي إلى أن القضاء قد قبل استخدام الوسائل العلمية الحديثة في البحث والتحري عن الجرائم بتحفظ، وذلك بأن يتم الحصول على الأدلة الجنائية ومن بينها الأدلة المتحصل عنها من الحاسوب والإنترنت، بطريقة شرعية ونزيهة، ونفس الشيء نجده في سويسرا وبلجيكا[10].

وفي بريطانيا قامت الشرطة بتركيب جهاز تنصت على خط هاتف إحدى الشاكيات بناء على موافقتها، وقد أجرت الشاكية عدة مكالمات هاتفية مع الشخص التي كانت الشرطة تشك في ارتكابه الجريمة، وقد تم تسجيل مكالمات تضمنت موضوعات تدين المتهم، لكن القاضي استبعد هذه التسجيلات على أساس أنها تمت من خلال شرك خداعي[11].

وتعد أيضا من الطرق الغير مشروعة استخدام التدليس أو الغش أو الخداع في الحصول على الأدلة الإلكترونية، وعليه فمشروعية الدليل الإلكتروني تعد ضمانا كبيرا للحرية الفردية، إذ يترتب على استخدام وسائل غير مشروعة للحصول على الأدلة الرقمية بطلان الإجراءات وعدم صلاحيتها لأن تكون أدلة إدانة في المواد الجنائية، ومن أمثلة الطرق غير المشروعة استخدام الإكراه المادي أو المعنوي أو الغش ضد الجاني في الجرائم

المعلوماتية من أجل فك الشيفرة الخاصة بالدخول إلى النظام والوصول إلى الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية[12].

ثانيا: شرط مناقشة الدليل الإلكتروني

يجب على القاضي أن يبني حكمه على أدلة طرحت أمامه لمناقشة الدليل في الجلسة، وهذه تعتبر قاعدة من أهم القواعد في الإجراءات الجزائية، ويترتب على ذلك أن يكون للدليل أصل ثابت في أوراق الدعوى وأن تمنح للخصوم فرصة الإطلاع عليه ومناقشته، وقد نصت المادة 212 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه"[13].

ولذلك فإن الدليل الالكتروني أيا كان شكله سواء كانت بيانات معروضة على شاشة الحاسب الآلي، أو معلومات مخزنة على أقراص، أو أشرطة ممغنطة أو مستخرجة في شكل مطبوعات فجميعها تكون محلا للمناقشة في حالة الأخذ بها كأدلة إثبات أمام المحكمة، وتقوم مناقشة الدليل الرقمي على عنصران أساسيان وذلك كما يلي:

1- العنصر الأول

يتمثل العنصر الأول في إتاحة الفرصة للخصوم من أجل الاطلاع على الدليل الالكتروني والرد عليه، وبهذا يحترم مبدأ حق الدفاع والذي يعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم التنظيم القضائي الجزائري، كما يتيح شرط مناقشة الدليل الإلكتروني تطبيق مبدأ المواجهة والذي يعتبر أيضا من بين أهم المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي الجزائري، كما يكرس ضمانات منها لزوم إحاطة المتهم علما بالتهمة المنسوبة إليه ومنحه الوقت الكافي لتحضير دفاعه والسماح له بالاستعانة بمحامي، ومن جهة أخرى يسمح لكل طرف من الخصوم تقديم ما لديه من مستندات وسؤال الشهود والخبراء أثناء عملية المواجهة.

2- العنصر الثاني

يتمثل العنصر الثاني في أن يكون للدليل الالكتروني أصل في أوراق الدعوى وذلك حتى يكون اقتناع القاضي مبني على أساس، وبالتالي ألزم المشرع تحرير محضر الجلسة لإثبات وقائع الدعوة الجنائية وأدلتها حتى يتمكن كل من قاضي الموضوع أو أحد من الخصوم الرجوع إلى هذا المحضر لتوضيح أي من الوقائع الثابتة به[14]، وعليه يترتب على

شرط مناقشة الدليل الالكتروني أن يكون اقتناع القاضي أثناء إصدار الحكم مبني على عقيدته وليس على اقتناع غيره، فلا يجوز أن يبني اقتناعه استنادا إلى معلوماته الشخصية أو رأي غيره، لأن القناعة المتولدة لدى القاضي هي جزء من مناقشة الأدلة والتي عن طريقها تتضح قوة أو ضعف الأدلة، فتتولد لدى القاضي قناعة من خلالها يأخذ بالدليل أو يستبعده[15].

ثالثا: شرط بلوغ الاقتناع القضائي درجة اليقين

يشترط في الأدلة المستخرجة من جهاز الكمبيوتر والإنترنت أن تكون غير قابلة للشك حتى يمكن الحكم بالإدانة، ذلك أنه لا مجال لدحض قرينة البراءة وافتراض عكسها إلا عندما يصل اقتناع القاضي إلى حد الجزم واليقين، وهكذا يستطيع القاضي من خلال ما يعرض عليه من أدلة إلكترونية وما ينطبع في ذهنه من تصورات واحتمالات بالنسبة لها أن يحدد قوتها الاستدلالية على صدق نسبة الجريمة المعلوماتية إلى شخص معين من عدمه، لذلك لا بد أن يكون الدليل الالكتروني غير قابل للشك، إذ أن هذا الأخير يفسر لصالح المتهم استنادا إلى قاعدة أن الأصل في الإنسان البراءة حتى تثبت إدانته، فيكفي أن يتشكك القاضي من صحة إسناد التهمة إلى المتهم حتى يقضي بالبراءة، وذلك إعمالا بقاعدة دستورية منصوص عليها في المادة 56 من الدستور الجزائري[16]، وإذا كان القاضي الجنائي يستطيع الوصول إلى اليقين بالمعرفة الحسية أو العقلية عن طريق التحليل والاستنتاج، فإن الجزم بوقوع الجريمة الالكترونية ونسبتها إلى المتهم بارتكابها تحتاج من القاضي نوع آخر من المعرفة، وهي المعرفة العلمية بالأمور المعلوماتية والالكترونية خصوصا أن القاضي الجنائي يلعب دورا إيجابيا في الإثبات، ويؤدي الجهل في هذه الأمور إلى التشكيك في قيمة الدليل الالكتروني، وبالتالي يفضي هذا الشك إلى الحكم بالبراءة على المتهم الذي ارتكب فعلا الجريمة الالكترونية ويستفيد من هذا الشك، وبهذا يفلت المجرمون من تطبيق العدالة والقانون، ومن ثمة يترتب على بلوغ الاقتناع بالإدانة درجة اليقين من طرف القاضي الجنائي لأن الاقتناع ثمرة اليقين[17].

ويعتبر الرأي الغالب في الفقه الكندي مخرجات جهاز الإعلام الآلي أو الحاسوب من بين الأدلة التي تتوفر على اليقين المنشود في الأحكام الجنائية، وبالتالي هي من أحسن وأفضل الأدلة، وكذلك نصت بعض القوانين الأمريكية على اعتبار أفضل الأدلة الممنوحة لإثبات

البيانات والمعلومات هي النسخ المستخرجة من البيانات المخزنة في الحاسوب، لذلك تعد أفضل الأدلة ويتحقق مبدأ اليقين فيها[18].

المحور الثاني: أساس قبول الدليل الرقمي على ضوء أنظمة الإثبات الجنائية.

إن قيمة ما تتمتع به المخرجات الالكترونية المتحصل عليها من جهاز الحاسب الآلي، هي قوتها الاستدلالية على صدق التهمة الموجهة للشخص الذي يعتبر متهما، ولقد اختلفت أنظمة الإثبات في تقديرها لحجية المخرجات وذلك كما يلي:

أولا: النظام الأنجلوسكسوني

يعرف هذا النظام بنظام الإثبات المحدد أو نظام الأدلة القانونية بحيث تكون فيه الأدلة محصورة ومحددة مسبقا من طرف المشرع، فلا يجوز للقاضي أن يخرج عليها وأن يقوم ببناء الحكم على دليل مخالف لها، ففي الحالة التي يتوافر فيها شروط الدليل على النحو الذي حدده وقيده المشرع يلزم القاضي الجنائي بأن يؤسس حكمه على أساس هذا الدليل حتى وإن لم يكن مقتنعا به، وفي حالة ما إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة قانونا يكون القاضي الجنائي ملزما ببناء اقتناعه وتأسيس حكمه على أساس عدم قيام الدليل على الإدعاء حتى لو كان القاضي الجنائي على قناعة بثبوت الإدعاء[19].

تجدر الإشارة إلى أنه من بين الدول التي تأخذ بهذا النظام نجد على رأسها إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا[20] ، والدليل في النظام الأنجلوسكسوني تحكمه كما ذكرنا سابقا قواعد خاصة لقبوله أمام المحاكم سواء تعلقت هذه القواعد بمضمون الأدلة والتي من بينها استبعاد شهادة السماع، أو تعلقت بكيفية تقديم الأدلة والتي تدعى بقاعدة الدليل الأفضل[21]، ويعتبر الدليل الالكتروني من بين الأدلة التي تحتاج شهادة سماع لكونه يتضمن أقوالا أو مواد قام بوضعها شخص معين في جهاز الإعلام الآلي أو في شبكة الإنترنت، ولذلك فما موقع الدليل الالكتروني من قاعدة استبعاد شهادة السماع فهل يتم رفضه ومن ثمة استبعاده كدليل إثبات جنائي، أم يتم قبوله وعلى أي أساس يتم هذا القبول؟

ترفض الشهادة السماعية في الإثبات الجنائي في التشريعات التي تأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني، غير أنه قد وضعت قائمة من الاستثناءات على قاعدة شهادة السماع ومن بين هذه الاستثناءات البيانات وكذا المعلومات التي تستخرج من جهاز الحاسب الآلي[22].

ومن خلال التجارب التي مر بها القضاء الإنجليزي يلاحظ أنه حتى وإن قبل الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي على أساس أنه استثناء من قاعدة شهادة السماع، إلا أنه قد قبل الدليل على أساس أنه شهادة مباشرة ومن بين القضايا التي توضح لنا هذا الأمر قضية (R.V. WOOD) وتدور أحداث هذه القضية حول سرقت بعض المعادن من طرف أحد الأشخاص وبعد ذلك تم ضبطها في حيازة أحد الأشخاص وأصبح متهما، وقد كانت تركيبة المواد الكيمياوية لهذه المعادن مسجلة في جهاز الحاسب الآلي للمجني عليه وقد قدم الورقة المستخرجة من جهازه كدليل إثبات، فأجابت المحكمة على أن الورقة المستخرجة من الحاسب الآلي للمجني عليه مقبولة وتعد كدليل إثبات وفقا للشريعة العامة، فهي ليست من قبيل الشهادة السماعية بل هي شهادة مباشرة[23].

ومن بين القضايا التي تعد من الأمثلة على اعتبار الدليل الالكتروني كوسيلة إثبات مباشر وليست من الأدلة السماعية قضية (R.V. PETTINGREME) وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه في أحد الأيام قام شخص بسرقة بنك، وبعد مدة ألقي عليه القبض وكانت أرقام النقود مسجلة في كمبيوتر البنك في إنجلترا، وأخذت المحكمة من مخرجات جهاز الحاسب الآلي الورقية كدليل إثبات مباشر وليست من الأدلة السماعية[24].

أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فقد تناولت بعض القوانين حجية الأدلة الالكترونية، ومن ذلك على سبيل المثال ما نص عليه قانون الحاسوب لسنة 1984، والصادر في ولاية (أيوا) من أن مخزنات جهاز الإعلام الآلي تكون مقبولة بوصفها أدلة إثبات بالنسبة للبرامج والبيانات المخزنة فيه وهذا طبقا للمادة (716/أ/16)، كما يتضح من قانون الإثبات الصادر في عام 1983 في ولاية كاليفورنيا من أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها جهاز الحاسب الآلي تكون مقبولة بوصفها أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات[25].

أما في كندا يمكن قبول السجلات المستخرجة من الحاسوب، إذا ما توافرت شروط معينة وتنص المادة 29 من قانون الإثبات الكندي على عدد من الشروط التي يجب توافرها قبل عمل صورة أو مستخرج من السجل الذي يضاف إلى الأدلة، ومن بين هذه الشروط أن تكون الصورة حقيقة من المدخل الأصلي وقد قضت محكمة استئناف اونتاريو الكندية في قضية مكميلان (MC MULLEN) بأنه يشترط لكي تكون سجلات جهاز الحاسب الآلي مقبولة بوصفها نسخا حقيقية من السجلات الالكترونية، وأن تكون

محتوية على وصف كامل لنظام حفظ السجلات السائد في المؤسسات المالية، كما يمكن أن يتضمن ذلك وصفا للإجراءات والعمليات المتعلقة بإدخال البيانات وتخزينها واسترجاعها حتى يتبين أن المخرج المتحصل عليه من جهاز الحاسب الآلي موثوق به بشكل كاف[26].

ثانيا: النظام اللاتيني

إن النظام اللاتيني أو نظام الأدلة الإقناعية أو نظام الإثبات الحر كما يطلق عليه يقوم على حرية الإقناع حيث أنه في هذا النظام لا يحدد المشرع أدلة الإثبات ووسائله، بل يترك الحرية للقاضي في تأسيس حكمه وفقا لاقتناعه الشخصي بأي من الأدلة المتوفرة أمامه وبدون أن يفرض عليه دليل معين، كما أن للقاضي الجنائي أن يقرر قبول أو رفض دليل بشرط أن يكون استنتاجه مطابقا للحقيقة ولا يخرج عن مقتضيات العقل والمنطق[27].

ومن بين التشريعات التي تأخذ بهذا النظام التشريع الفرنسي والمصري والجزائري[28]، وبالنظر إلى التشريع الجزائري نجده قد كرس مبدأ الاقتناع كأصل عام من خلال نص المادة 212 في فقرتها الأولى والتي تنص على "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص"[29]، ويتضح من نص هذه المادة أن مبدأ حرية الإثبات يعد مبدءا عاما واستثناءا إذا نص القانون على خلاف ذلك يتقيد القاضي بالنص ويفهم هذا من عبارة "...ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك..."، وبذلك أقر المشرع الجزائري هذه الحرية لاختيار طريقة الإثبات المناسبة لمواجهة الجرائم المستحدثة كالجريمة الالكترونية.

ولذلك أصبح القاضي الجنائي مضطرا للتعامل مع الأدلة المستحدثة باعتبارها ضرورية وتؤدي إلى كشف أنواع جديدة من الجرائم في مقابل نقص الإلمام بجميع الجوانب المعلوماتية من طرف القضاة.

ومن بين النتائج التي تترتب على تطبيق هذا المبدأ (مبدأ حرية الإثبات) ما يلي:

1- تمتع القاضي الجنائي بدور إيجابي في توفير وقبول وتقدير الدليل الجنائي بما في ذلك الدليل الالكتروني.

2- يستطيع القاضي الجنائي أن يوجه أوامر إلى مزود الإنترنت من أجل البحث والكشف عن الحقيقة كعناوين المواقع والصفحات المطلع عليها من طرف المتهم، وكذا الحوارات والملفات التي شارك فيها، الرسائل التي أرسلها أو استقبلها.

3- باستطاعة القاضي الجنائي أن يأمر مشغل النظام بتقديم المعلومات اللازمة لاختراق النظام والولوج إلى داخله، والإفصاح عن كلمات المرور السرية والشفرات الخاصة بتشغيل البرامج المختلفة.

4- يمكن للقاضي الجنائي أن يأمر بتفتيش نظم الحاسب الآلي عن طريق فحص نظام الاتصال بالإنترنت وفحص مركبات الحاسب الآلي وملحقاته.

ثالثا: النظام المختلط

النظام المختلط هو النظام الذي يجمع ما بين النظامين السابقين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني، ولذلك فإن النظام المختلط يعتمد على تحديد القانون لأدلة معينة لإثبات بعض الوقائع دون بعضها الآخر، أو يشترط في الدليل شروطا في بعض الأحوال، أو يعطي القاضي الحرية في تقدير الأدلة القانونية، ومثال ذلك القانون الإجرائي الياباني والذي حصر طرق الإثبات المقبولة بما يأتي (أقوال المتهم، وأقوال الشهود، والقرائن، والخبرة) أما بالنسبة لأدلة الحاسوب والإنترنت فيقرر الفقه الياباني أن السجلات الإلكترومغناطيسية تكون غير مرئية في حد ذاتها، ولذلك لا يمكن أن تستخدم كدليل في المحكمة، بشرط أن يتم تحويلها إلى صورة مرئية ومقروءة عن طريق مخرجات الطابعة لمثل هذه السجلات، وحينها يتم قبول هذه الأدلة الناتجة عن الحاسوب والإنترنت سواء كانت هي الأصل أم كانت نسخة من هذا الأصل[30].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالنظام المختلط أيضا إلى جانب النظام اللاتيني، وذلك بالأخذ بحرية الإثبات كأصل عام من خلال نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي أشرنا إليها سابقا واستثناءا بنص القانون أخذ بمبدأ الأدلة القانونية، وذلك من خلال عبارة "ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك"، وتجب الإشارة إلى بعض الجرائم التي قيد المشرع الجزائري إثباتها بنصوص خاصة كجريمة الزنا المعاقب عليها في نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري[31]، والتي لا يمكن إثباتها إلا بالطرق التي أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في نص المادة 341

من قانون العقوبات الجزائري[32]، والتي نصت على أنه: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

أما بالنسبة للأدلة الالكترونية فتتميز بكونها غير مرئية في ذاتها، وبالتالي لا يمكن إسنادها كدليل في المحكمة إلا في حالة تحويلها إلى أدلة مرئية ومقروءة عن طريق مخرجات الطباعة، وحينها تكون مقبولة سواء كانت هي الأصل أو نسخة من الأصل[33]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بحيث جعل طريقة الإثبات بالكتابة مقبولة مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها[34]، كما نص على أن يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[35].

ومنه فإن ظهور الدليل الإلكتروني غير كثيرا من طرق الإثبات الجنائية بالنسبة للجرائم التي تقع على ملفات ومستندات إلكترونية، خصوصا أن الدليل الالكتروني ذو طبيعة تقنية ويصعب إثباته، وفي مقابل ذلك فإن محل الدليل الالكتروني ألا وهو الجريمة الالكترونية يتجاوز مداها أحيانا حدود الدولة الواحدة أو القارة بأكملها، مما يثير مشكلات في قواعد القانون الجنائي من حيث تنازع الاختصاص سواء داخليا أو دوليا، وبذلك تكون الجرائم المعلوماتية خارجة عن أية رقابة أو سيطرة جهة معينة مما يؤدي إلى عدم إمكانية خضوعها لقانون جنائي معين، وبالتالي فإن الأمر يحتاج إلى إبرام اتفاقيات دولية تعمل على التعاون الدولي في المجال القضائي لمواجهة مشكلات الاختصاص القضائي الناجمة عن الجريمة الالكترونية.

الخاتمة :

كحوصلة لما سبق ذكره يعد التفتيش من أشد إجراءات التحقيق أثرا على الحرية الفردية، ولذلك فإن القاضي الجنائي قبل أن يبدأ في تقدير الدليل الالكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، لا بد من التأكد أولا من مدى صلاحيته وملائمته كدليل إثبات جنائي، ومدى توفر الشروط المحددة قانونا لقبول هذا الدليل، وتتمثل هذه الشروط في شرط مشروعية الدليل الالكتروني وشرط مناقشته وشرط بلوغ الاقتناع القضائي درجة اليقين، وفي حالة عدم احترام شرط من الشروط يصبح الدليل المستمد من التفتيش الجنائي باطلا، وتجدر الإشارة إلى أن قبول الدليل الالكتروني يختلف من نظام لآخر كما بينا سابقا في المحور الثاني، وفي الأخير نقدم توصيتين مهمتين تتمثلان فيما يلي:

- وجوب الاهتمام بتدريب الخبراء والمحققين والقضاة على التعامل مع الجرائم الالكترونية، والتطوير المستمر لأدوات التحليل كأدوات نسخ محتويات الأقراص وتخزين البيانات.

- ضرورة التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الالكترونية وذلك من خلال الدخول في اتفاقيات ومعاهدات تجرم صور هذه الجرائم، وينبغي على الدول التي لم تجرم بعد الاستخدام غير المشروع للحاسب الآلي أن تسارع إلى سن القوانين اللازمة لتجريم هذا النمط من الجرائم العابرة للحدود.

الهوامش :

[1] المادة 40 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

[2] المادة 47 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، مرجع سابق.

[3] المادة 38 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، مرجع سابق.

[4] المادة 46 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، مرجع سابق.

[5] علي حسن الطوالبة، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، أربد، 2004، ص 179.

[6] المادة 107 من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 49 لسنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

[7] المادة 85 من الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 48 لسنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، الجريدة الرسمية للجمهوري الجزائرية عدد رقم 20 المؤرخة في 29 مارس 2017.

[8] Concil of Europe activites relaled to Information Technology, Data Protection and computer crime, esonka, Peter-Information and Communiction Technology Law – Oat 19 96.Vol.5.Issue 3.P177.

[9] هشام محمد فريد رستم، جرائم الحاسوب كصورة من صور الجرائم الاقتصادية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، العدد رقم 17، 1995، ص 117.

[10] عبد العال هلالي عبد الاه أحمد، التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، النسر الذهبي، القاهرة، مصر، 2000، ص ص 121-122.

[11] عبد العال هلالي عبد الاه أحمد، التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 132.

[12] علي محمود علي حموده، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، تم تنظيم المؤتمر من طرف أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، عدد رقم 1 دبي، الإمارات العربية المتحدة، يوم 26-27-28 نيسان 2003. ص 38.

[13] المادة 212 من الأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

[14] عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص ص 271-272-273.

[15] فايز محمد راجح غلاب، الجرائم المعلوماتية في القانون الجزائري واليمني، أطروحة لاستكمال متطلبات الدكتوراه، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010-2011، ص 413.

[16] المادة 56 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، مرجع سابق.

[17] عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق. ص ص 278-279.

[18] علي حسن الطوالبة، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت، مرجع سابق، ص 8.

[19] لبشير سيدي محمد، دور الدليل الرقمي في إثبات الجرائم المعلوماتية، مذكرة ماجستير، تخصص التحقيق والبحث الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2010، ص 88.

[20] شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 387.

[21] عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 196.

[22] عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 198.

[23] شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 391.

[24] عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 204.

[25] Esonka, Peter- op. cit- p176-177.

[26] عبد العال هلالي عبد الاه أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص ص 55-56-57.

[27] لبشير سيدي محمد، دور الدليل الرقمي في إثبات الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص ص 88-89.

[28] عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 181.

[29] الفقرة الأولى من المادة 212 من الأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

[30] عبد العال هلالي عبد الاه أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 62.

[31] المادة 339 من الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

[32] المادة 341 من الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

[33] فايز محمد راجح غلاب، الجرائم المعلوماتية في القانون الجزائري واليمني، مرجع سابق، ص 405.

[34] المادة 323 مكرر من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

[35] المادة 323 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.