Means of Proving the Crime of Harassment by Means of Telecommunications

Muna Abdel-aly Mousa **Mustafa Karim Hadi**
College of Law / University of Babylon
krym79925@gmail.com

Submission date: 16/10/2018 **Acceptance date**: 12/11/2018 **Publication date**: 13/1 /2019

Abstract

The means of criminal proof are constantly evolving with the development of modern technology, as one of the most prominent means of proof is the modern digital evidence, which is a number of digital figures turn into information as this guide many characteristics, including the difficulty of discovering this guide as well as the difficulty of erasing the digital guide as easy to retrieve It is also easy to copy the digital guide. In order for the digital evidence to be considered a project, it must be obtained in a legitimate manner. It must be obtained after a judicial warrant has been issued. For the digital guide, the legislation, jurisprudence and jurisprudence were a position of the authenticity of the digital evidence. The opinions of jurisprudence and jurisprudence differed between taking the digital evidence and not taking it. As for the position of the legislations, some legislations also regulated the digital evidence as a method of proof, while others limited themselves to general principles Such as the Iraqi legislature.

Key words: Authentic, Proof, crime, lies, willies, Anoxia

وسائل اثبات جريمة الازعاج بواسطة الوسائل السلكية واللاسلكية

منى عبد العالي موسى **مصطفى كريم هادي**
كليه القانون/ مجامعة بابل

الخلاصة

ان الوسائل الاثبات الجنائي في تطور مستمر مع تطور التكنلوجيا الحديثة اذ ان من ابرز وسائل الاثبات الحديثة هو الدليل الرقمي الذي يعد عباره عن ارقام رقمية تتحول الى معلومات اذ ان لهذا الدليل خصائص كثيره منها صعوبة اكتشاف هذا الدليل وكذلك صعوبة محو الدليل الرقمي اذ من السهولة استرجاعه وكذلك يعتبر من الادلة العلمية والمتطورة بطبيعتها كما انه من السهولة نسخ الدليل الرقمي ولكي يعتبر الدليل الرقمي مشروع لابد من ان يتم الحصول عليه بطريقه مشروعه اذ لابد ان يتم الحصول عليه بعد صدور اذن قضائي بالتفتيش وان يتم التفتيش بالطرق القانونية اما بالنسية الى حجيه الدليل الرقمي فقد كان التشريع والقضاء والفقه موقف من حجيه الدليل الرقمي اذ تباينت اراء الفقه والقضاء بين الاخذ بالدليل الرقمي وعدم الاخذ به اما بالنسبة لموقف التشريع فقد اختلف كذلك الحال بين التشريعات فبعض التشريعات نظمت حجيه الدليل الرقمي باعتباره وسيله من وسائل الاثبات وبعضها الاخر اكتفت بالمبادئ العامة كالمشرع العراقي.

الكلمات الدالة: جريمة، الازعاج، السلكية، الاثبات، الدليل الالكتروني، الحجية

by University of Babylon is licensed under a Journal of University of Babylon for Humanities (JUBH)
Creative Commons Attribution 4.0 International License

1-المقدمة

1-1 اهميه البحث: طبقا لنظرية لكارد للتبادل إن " كل شيء أو شخص يدخل مكانا أو مسرحا للجريمة يأخذ معه شيئا ويترك خلفه شيئا منه عند مغادرته. فالأثبات الجنائي أهمية في الوصول إلى الحقيقة الواقعية التي هي غاية الدعوى الجنائية ومن أجل ذلك يجب أن توضع عملية الإثبات الجنائي في إطار فعال ودقيق يحتوي على مجموعة من الإجراءات التي تساعد على كشف هذه الحقيقة واتجاهاتها إذ إن الحقيقة لا تنكشف من تلقاء نفسها وإنما تكون ثمرة مجهود شاق ومتابعة فكرية أو كما يقول الفلاسفة: "إن الحقيقة لا تنتظر من يكتشفها كما انتظرت أمريكا كريستوفر كولومبس لأنها عادة ترقد مبعثرة في أعماق البئر تنتظر، من يجمعها بكل المشقة والجهد هو الذي يكتشفها "[1،ص10]. وبما ان جريمة الازعاج ترتكب بواسطة احدى الوسائل السلكية واللاسلكية كما الانترنيت والهاتف النقال والراديو فان الدليل المستخلص سوف يكون دليل رقمي لذلك سوف نبحث في المبحث الاول الدليل الرقمي باعتباره وسيلة من وسائل الاثبات.

1-2 مشكله البحث:في زمن ثورة التقنية الحديثة اصبح الانسان يعاني في سبيل الحفاظ على خصوصيته الشخصية التي اصبحت هدفا لبعض مستخدمي التقنية الحديثة سواء بحسن نية او بضدها ولان الكثير من مستخدمي الاجهزة الحديثة الذين يستخدمون مواقع التواصل الاجتماعي الاحتفاظ في خصوصياتهم فأنها تكون محل التطفل والإزعاج من قبل الاخرين وباستخدام شتى الوسائل كالفيس بوك والتوتير والانستجرام ولذلك فهناك عدة أسأله تتبادر الى الذهن على شكل صور منها

1- ما هو الدليل الرقمي وما هي خصائصه.

2- ما هو موقف المشرع العراقي من الدليل الرقمي.

3- هل اخذ القضاء العراقي بالدليل الرقمي كوسيله من وسائل الاثبات.

ثالثا- منهج البحث: ان متطلبات البحث حتمت علينا اتباع المنهج الوصفي والتحليلي المقارن حيث سيتم تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ثم مقارنتها مع التشريعات الاخرى ونبين موقف كل من القضاء والفقه العراقي والمقارن.

رابعا- نطاق البحث: يتحدد نطاق البحث في وسائل اثبات جريمة الازعاج بواسطة الوسائل السلكية واللاسلكية في قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنه 1969 المعدل والقوانين الجنائية الخاصة المتعلقة بالموضوع والتشريعات الاخرى ومقارنتها بالتشريع العراقي لذلك سوف نتناول البحث في مبحثين وكل مبحث مقسم الى مطلبين.

2- اثبات جريمة الازعاج بواسطة الوسائل السلكية واللاسلكية

اسفر التطور العلمي الهائل الذي صار سمة العصر الحاضر عن حدوث العديد من التغيرات في مجال البحث عن الحقيقة حيث انعكس التقدم العلمي لكل وسائل البحث العلمي على فروع العلوم والمعرفة المختلفة وهذا ما ظهر بصوره جلية في مجال الدراسات الجنائية والاثبات الجنائي بصوره خاصة والاثبات الجنائي الحديث يقوم على الاستعانة بالأساليب العلمية والفنية والتقنية والتي كشف عنها العالم الحديث في مجال اثبات الجريمة ونسبتها الى المتهم. لذلك سوف نبين في هذا المطلب الاول ماهيه الدليل الرقمي وصوره وفي المطلب الثاني خصائصه الدليل الرقمي.

2-1ماهيه الدليل الرقمي

في مجال جريمة الازعاج التي ترتكب بإحدى الوسائل الحديثة يبرز لدينا في مجال الاثبات دليلا علميا تقنيا من غير الممكن تجاهله او الاستعاضة عنه لأنه يمثل من الاهمية بمكان بحيث يمكن عن طريقة كشف الجريمة المرتكبة بواسطة احدى الوسائل الحديثة والاجل الالمام بهذا الموضوع سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الاول مفهوم الدليل الرقمي وصوره في الفرع الثاني.

2-1-1مفهوم الدليل الرقمي

يقصد بالدليل الرقمي وحسب راي الفقه بانه "ما يستخلصه اهل الخبرة من نتائج، بنيت على تطبيقات علمية واصول فنية اعقبت عدة مشاهدات وملاحظات حسية وامكن من خلالها الوصول الى هذه النتائج الفنية عن طريق الاستنباط العقلي وتحكم العلم ونظرياته[2،ص7]. ويعرف جانب اخر من الفقه الدليل الرقمي[3، ص*8]. بانة " الدليل المأخوذ من اجهزه الحاسب الالي ويكون في شكل نبضات كهرومغناطيسية او كهربائية ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنلوجيا خاصة ويمكن تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده امام القضاء"[4، ص13] او هو معلومات يقبلها العقل والمنطق ويعتمدهما العلم، يتم الحصول عليه بطرق قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في اجهزه الحاسوب من اجل الربط بين الجريمة والمجرم والمجنى عليه بشكل قانوني وبالشكل الذي يمكن الاخذ بها من اجل تطبيق القانون"[5، ص243]. وقد عرفت المنظمة العالمية لدليل الكمبيوتر (IOCE)[*]. في أكتوبر 2001م الدليل الرقمي بأنه: "المعلومات ذات القيمة المحتملة والمخزنة أو المنقولة في صورة رقمية "[1، ص119] وقد عرفت المنظمة العالمية لدليل الكمبيوتر الأدلة ذات الصلة على النحو التالي: الدليل الرقمي الأصلي: "هو الأشياء المادية أو المعلوماتية المتصلة بهذه الأشياء المادية عند الضبط "[6، ص555]. أما الدليل الرقمي المزدوج: "فهو كل الأشياء المتعلقة بالبيانات عند ضبط الشيء الملموس الأصلي"[6، ص 555].

وتأسيسا على ما تقدم يمكن تعريف الدليل الرقمي بانه" هو الدليل المتحصل من النظم البرمجية المعلوماتية الحاسوبية واجهزه الاتصال بواسطة برامج وتطبيقات وفق إجراءات قانونية وفنية بعد تحليلها علميا وتفسيرها في شكل رسوم مكتوبة او صور لتقديمها للقضاء لأثبات وقوع الجريمة ولتقرير البراءة او الادانة فيها". وتختلف الجريمة المعلوماتية عن الجريمة التقليدية في ان الاولى تتم في بيئة غير مادية عبر نظام الحاسب الالي او شبكة المعلومات الدولية _الانترنيت_ حيث يمكن للجاني عن طريق نبضات الكترونية رقمية لا ترى ان يعبث في برامج الحاسب الالي في وقت قياسي قد يكون جزء من الثانية كما يمكن محوها قبل ان تصل الى يد العدالة مما يصعب الحصول على دليل مادي في مثل هذه الجرائم حيث تغلب الطبيعة الالكترونية على الدليل المتوفر[4، ص130].

2-1-2صور الدليل الرقمي

لا يظهر الدليل الرقمي المستخلص من الإنترنت او اي وسيله اخرى في صورة واحدة بل يوجد العديد من الصور والأشكال وقد قسمها البعض[7، ص88]إلى الأقسام الرئيسة الآتية:

---

* يرجع اصل مصطلح الدليل الرقمي الى استخدام النظام الرقمي الثنائي 1، (0)، وهي الصيغة التي تشكل بها كل البيانات(اشكال وحروف ورموز وغيرها) داخل الحاسب الالي حيث يمثل (الصفر) وضع الاغلاق(off) والواحد وضع التشغيل(on) ويمثل الرقم صفر او الواحد ما يعرف ب(bit).

*- اختصارا ل "Interruption organization on computer evidence"

القسم الأول: الأدلة الرقمية الخاصة بأجهزة الكمبيوتر وشبكاتها.
القسم الثاني: الأدلة الرقمية الخاصة بالإنترنت.
القسم الثالث: الأدلة الرقمية الخاصة ببروتوكولات تبادل المعلومات بين أجهزة الشبكة العالمية للمعلومات.
القسم الرابع: وهو الأدلة الرقمية الخاصة بالشبكة العالمية للمعلومات.
ووفقاً لما قررته وزارة العدل الأمريكية سنة(2002م) فإن الدليل الرقمي يمكن تقسيمه إلى ثلاث مجموعات وهي كالاتي[*]

1. السجلات المحفوظة في الحاسوب وهي الوثائق المكتوبة والمحفوظة مثل البريد الالكتروني وملفات برامج معالجة الكلمات ورسائل غرف المحادثة على الإنترنت.
2. السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الحاسوب وتعتبر مخرجات برامج الحاسوب وبالتالي لم يلمسها الإنسان مثل: (log files) وسجلات الهاتف وفواتير أجهزة السحب الآلي (ATM).
3. السجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال وجزء أخر تم إنشاؤه بواسطة الحاسوب ومن الأمثلة عليها أوراق العمل المالية التي تحتوي على مدخلات تم تلقيمها إلى برامج أوراق العمل مثل (excel) ومن ثم تتم معالجتها من خلال البرنامج بإجراء العمليات الحسابية عليها.

ويلاحظ أن التنويع في الدليل الرقمي يفيد بالضرورة انه ليس هناك وسيلة واحدة للحصول عليه وإنما تتعدد وسائل التوصل إليه وفي كل الأحوال يظل الدليل المستمد منه رقميا حتى وان اتخذ هيئة أخرى ففي هذه الحالة فإن اعتراف القانون بهذه الهيئة الأخرى يكون مؤسساً على طابع افتراضي مبناه أهمية الدليل الرقمي ذاته وضرورته لكي يحدث التواصل بين القانون وبين الدليل المذكور –نتيجة لنقص توافر الإمكانيات الرقمية في المحاكم– يلزم اتخاذ مسلك الافتراض من حيث اعتباره دليلاً أصلياً[4، ص14] كذلك قسم الدليل الجنائي الرقمي لقسمين الاول: أعتبر ليكون وسيلة إثبات والثاني لم يعد كوسيلة إثبات على النحو الآتي[8 ، ص234].

أولا: أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات:

أ. السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الحاسوب تلقائياً وتعتبر هذه السجلات من مخرجات الحاسوب التي لم يساهم الأفراد في إنشائها مثل سجلات الهاتف وفواتير البطاقة البنكية.

السجلات التي تم حفظ جزء منها بالإدخال وجزء تم إنشاؤه بواسطة الحاسوب مثل رسائل غرف المحادثة المتبادلة على الإنترنت ورسائل البريد الإلكتروني[8 ، ص234].

ثانيا: أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات: هذا النوع من الدليل الإلكتروني نشأ من دون إرادة الفرد وله أثر يتركه الجاني دون أن يكن راغباً في وجوده ويسمى بالبصمة الإلكترونية وتتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم شبكة الإنترنت بسبب تسجيل الرسائل المرسلة منه أو التي يستقبلها وكافة الاتصالات التي تمت من خلال الحاسوب وشبكة الإنترنت]9، ص64[إذ أن هذا النوع من الأدلة لم يعد أساساً للحفظ من قبل من صدر عنه بيد أن الوسائل الفنية الخاصة تمكن من ضبط هذه الأدلة ولو بعد فترة زمنية من نشوئها فالاتصالات التي تجري عبر الإنترنت والمراسلات الصادرة عن الشخص أو التي يتلقاها كلها يمكن ضبطها بواسطة تقنية خاصة بذلك[10، ص108].

---

[*] د . سلطان محيا الريحاني ، الجرائم المعلوماتية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.qina1.net/vb/showthread.php?t803، تاريخ زيارة 2018/2/1 م .

2-2خصائص الدليل الالكتروني

يتميز الدليل الجنائي الرقمي بالخصائص التالية:

أولاَ :الطبيعة التقنية للأدلة الجنائية الرقمية: الأدلة الرقمية ذات طبيعة تقنية وفنية وكيفية معنوية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات وأدوات الحاسبة الآلية (hardware) واستخدام نظم برامجية حاسوبية[4، ص 15]، (software) فالدليل الرقمي وكما أسلفنا –عبارة عن مجالات مغناطيسية أو كهربائية ومن ثم فإن ترجمة الدليل الرقمي وإخراجه في شكل مادي ملموس لا يعني أن هذا التجمع يعتبر هو الدليل بل أن هذه العملية لا تعدو كونها عملية نقل لتلك المجالات من طبيعتها الرقمية إلى الهيئة التي يمكن الاستدلال بها على معلومة معينة، فالتقنية هي بيت العلم فلا يمكن ان توجد تقنية بدون اسس علمية ولذلك يجب لكي يتم التعامل مع الدليل الرقمي على ان يكون ذلك من قبل تقنين متخصصين في الدليل الرقمي والعالم الافتراضي ككل[1، ص121].

فالدليل الرقمي ليس كالدليل العادي فلا تنتج التقنية سكينا يتم بها اكتشاف القاتل او اعترافا مكتوبا او مالا في جريمة الرشوة او بصمة الاصبع وانما ما تنتجه التقنية هو نبضات رقمية تشكل قيمتها في امكانية تعاملها مع القطع الصلبة التي تشكل الحاسوب على اية شاكلة يكون عليها، ويمكن ان تكون هذه الخصيصة دعوة الى سلطات الضبط القضائي والتحقيق لكي يمكنها من الشروع في بناء منطق لا ينسب الى الخبرة كما هو الدارج في هذا الاطار فمثلا ان سلطات التحقيق الجنائية في العديد من الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية لديها مقومات الاستدلال والتحقيق التقني الكامل وهو أمر يستفاد منه في الفصل بين الخبرة وبين السلطات الاخرى كسلطات الاستدلال والتحقيق فما يجب ان يتوافر لدى الأخيرة هو الخبرات دون اشتراط ان يكون عناصرها من المؤهلين علميا وذلك نتيجة لما تحظى به مؤسساتهم من هيكلة تقنية كبيرة بل انه يمكن القول ان مؤسسات الضبط القضائي وسلطات التحقيق في الولايات المتحدة الامريكية ساهمت بشكل كبير في تطوير تكنلوجيا المعلومات من خلال البحث المستمر فيها ولا يمكن القول باي حال من الاحوال عن دولة ذات اهتمام بتكنلوجيا[11، ص44] انها ذات مكانة دون ان يتوفر فيها جهات استدلال وضبط وتفتيش بعناصر ذات خبرات عالية الكفاءة فيها[11، ص45].

ثانياً: الأدلة الرقمية أدلة علمية: لما كانت التقنية ابنة العلم فكذلك يعد جميع ما ينشأ عن التقنية – سبباً في تقرير بأن الأدلة الجنائية الرقمية هي أدلة علمية يرجع إلى أنها تستمد مما يضعه أهل العلوم التقنية من آراء واستنتاجات علمية على ضوء ما يتم الوصول إليه من برامج وأجهزة وبرامج تقنية والدليل الرقمي يعد من طائفة ما يعرف بالأدلة المستمدة من الآلة، فالدليل الرقمي يتميز بانه يتكون من بيانات ومعلومات ذات هيئة الكترونية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية بل يتطلب ادراكها الاستعانة بأجهزة وادوات الحاسب الالية، واستخدام نظم برمجية حاسوبية وعلى هذا ان الدليل يحتاج الى بيئة التقنية التي يتكون فيها لكونه من بيئة التقنية المعلومات ومن اجل ذلك فان ما ينطبق على الدليل العلمي ينطبق على الدليل الالكتروني فالدليل العلمي يخضع الى قاعدة لزوم تجاوبه مع الحقيقة على وفق القاعدة الاتية" ان القانون مسعاة العدالة، اما العلم فمسعاه الحقيقة"[1، ص122] واذا كان الدليل العلمي له منطقه الذي يجب ان لا يخرج عنه اذ يستبعد تعارضه مع القواعد العلمية السليمة، فان الدليل الرقمي له ذات الطبيعة، فلا يجب ان يخرج هذا النوع من الادلة عما توصل الية العالم الرقمي والا فقدنا معناه[12، ص186]. وعلى اعضاء الضبط القضائي التعامل مع هذا الدليل بطريقة علمية في كل مرحلة من مراحلة سواء في مرحلة الحفظ او مرحلة تقديمه كدليل اثبات في المحكمة

فأي تعامل يتنافى مع الاساليب العلمية الحديثة يودي الى ضياع حجية الدليل الرقمي وهذا ما يوكد ان القضاء يحتاج الى اختصاص الخبير للبت والتعامل مع هكذا نوع من الدليل فالخبير يكاد يكون الوحيد الذي يعطي الراي الفاصل في اعتبار الدليل الرقمي من عدمه وان ما الت الية محكمة التمييز الاتحادية في العراق على اعتمادها على رأي الخبير الفني في المسائل التي يتوقف فيها على رأي فني وهو ما يعكس التفاتها الاهمية المعالجات والوسائل العلمية وقرارها لوجب الرجوع اليها في المسائل الفنية البحتة ومن ثم فليس للمحكمة البت فيها بنفسها دون الرجوع الى رأي ذوي الاختصاص[*].

ثالثاً : الأدلة الرقمية متطورة بطبيعتها: الأدلة الرقمية ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال غير معترفة بحدود الزمان والمكان وتعتمد الأدلة الجنائية على التطور التلقائي لبيئتها التقنية المتطورة بطبيعتها ومن خلال الدليل الرقمي يمكن رصد المعلومات عن الجاني وتحليلها في ذات الوقت فالدليل الرقمي يمكنه أن يسجل تحركات الفرد كما إنه يسجل عاداته وسلوكياته وبعض الأمور الشخصية عنه لذا فإن البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل التقليدي[11، ص122]. وتعني هذه الخاصية من انه على الرغم من ان الدليل الرقمي في اساسة متحد التكوين بلغة الحوسبة والرقمية فانة مع ذلك قد يتخذ اشكالا مختلفة بمصطلح الدليل الرقمي مصطلح يشمل كافة اشكال وانواع البيانات الرقمية الممكن تداولها رقميا، إذ يكون بينها وبين الجريمة رابطة من نوع ما، وتتصل بالمجني عليه على النحو الذي يحقق هذه الرابطة بينها وبين الجاني، فمن حيث التنوع فان الدليل الرقمي يمكن ان يظهر في هيئات مختلفة الاشكال كأن يكون بيانات غير مقروءة من خلال ضبط مصدر الدليل كما هو الشأن حال المراقبة عبر الشبكات والخوادم، وقد يكون الدليل الرقمي مفهوما للبشر كما لو كان وثيقة معدة بنظام المعالجة الالية للكلمات باي نظام، كما من الممكن ان تكون صورة ثابتة او متحركة (افلام رقمية) او معدة بنظام التسجيل السمعي المرئي او تكون مخزنة في نظام البريد الالكتروني، وقد يكون ذلك مرتبطا بالتشفير الذي يستخدم وهذا التنوع يجب ان يؤخذ في الاعتبار دائما وذلك للارتباط الشديد بمفهوم التطور المستمر الذي عليه عالم تكنلوجيا المعلومات، والتأكيد على ان الدليل الرقمي متطور يعني انه من الممكن ان يكون التطور في تكنلوجيا المعلومات عائقا امام الحصول على دليل رقمي يفيد في كشف الواقعة بأشخاصها لذلك يجب مواكبة التطور في عالم تكنلوجيا المعلومات[11، ص43]، ويمكن ملاحظه التطور في اطار البحث في التطورات التقنية لتكنلوجيا المعلومات مثلما هو الحال في تطور حجم القرص الصلب وتطور سرعات الادخال والاخراج والتي لاقت جدلا كبيرا حول معادلتها، والملاحظ في هذا الامر انه يجب فتح المجال امام الأفراد والمواطنين للتواصل مع مكافحة العمل غير المشروع والجريمة عبر الانترنيت والعالم الرقمي. اذ ليس هنالك ما يمنع ان يكون التطور مفقودا لدى احدى الجهات الضبطية ولكنه متواجد لدى احدى الافراد وذلك نابع من الطبيعة الفردية التي تتمتع بها حركة الاتصال والانترنيت والعالم الافتراضي[11، ص44، 45].

رابعاً: صعوبة طمس أو حذف الأدلة الرقمية: الأدلة الرقمية يمكن استرجاعها بعد محوها وإصلاحها بعد إتلافها وإظهارها بعد إخفائها مما يؤدي إلى صعوبة التخلص منها وهي خصيصة من أهم خصائص الدليل الرقمي بالمقارنة مع الدليل التقليدي إذ يمكن بكل سهولة التخلص من الاوراق والاشرطة اذ حملت في ذاتها

[*]اذ ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها الى عدم جواز البت في دعوى يتوقف الحكم فيها على رأي علمي الى حين ورود هذا الرأي اذ نصت على انه (لا يجوز اصدار القرار بالإدانة والعقوبة قبل ورود التقرير الطبي النهائي الذي يتوقف عليه تكييف الواقعة) تمييز رقم 3221/جنايات2919 / في 1993/3/3 –مجموعة الأحكام العدلية – العدد الاول – السنة 1 –ص.1.

اقرار بارتكاب شخص جريمة ما وذلك بتمزيقها وحرقها، كما يمكن التخلص من بصمات الاصابع بمسحها من موضعها كما يمكن التخلص من الشهود عن طريق قتلهم او تهديدهم بعدم اداء الشهادة بعكس الاجهزة الالكترونية الحديثة كما لو قام شخص بأرسال رساله مخله بالأخلاق ومن ثم قام بحذفها اذ يمكن استرجاع تلك الرساله[3، ص35].

اما بالنسبة للأدلة الرقمية فهناك العديد من البرامج الحاسوبية التي وظيفتها استعادة البيانات التي تم حذفها أو إلغائها سواء تم ذلك بالأمر (delete) أو حتى لو تم عمل إعادة التهيئة أو تشكيل للقرص الصلب (hard disk) باستخدام الأمر (format) والبرامج التي تم إتلافها أو إخفائها سواء كانت صوراً أم رسوماً أو كتابات أو غيرها مما يعني صعوبة إخفاء الجاني لجريمته أو التخفي منها عن أعين الأمن والعدالة طالما تم علم رجال البحث والتحقيق الجنائي بوقوع الجريمة]4، ص15[، بل أن محاولة الجاني محو الدليل الرقمي بذاتها تسجل عليه كدليل حيث أن قيامه بذلك يتم تسجيله في ذاكرة الآلة وهو ما يمكن استخراجه واستخدامه كدليل ضده[1، ص123]، وهنا نذكر الدليل الجيني(Genetic evidence) أو ما يسمى بالحامض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) [*]1، ص123، ويتشابه الدليل الرقمي والبصمة الوراثية في صعوبة التخلص منهما بل يمكن القول أن الدليل المستمد من البصمة الوراثية يعد دليلاً رقمياً ومما يزيد من صعوبة التخلص من الأدلة الرقمية أنه يمكن استخراج نسخ مطابقة للأصل ولها ذات القيمة والحجية الثبوتية، الشيء الذي لا يتوافر في أنواع الأدلة الأخرى (التقليدية) مما يشكل ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد الفقد أو التلف والتغيير عن عمل نسخ طبق الأصل من الدليل[4، ص16،]*

ويترتب على هذه الخصيصة مسائل مهمة في القانون أبرزها على الإطلاق مسائل التخلص من الدليل وهي الموضوع المعاقب عليه بمقتضى القانون.ولقد كانت قضية (إيران – كونترا) [13،ص5]، من أولى القضايا التي أبرزت هذه الخاصية التي عليها الدليل الإلكتروني، وما يتمتع به من صلابة، ففي هـــذه القضية أدرك الخبراء في الأجهزة الأمنية الأمريكية عدم وجود اتزان في مقارنة الدليل الورقي بالدليل الإلكتروني

---

*ويعني مصطلح (DNA) المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية وهي تميز كل كائن عن الأخر وتستخرج من نسيج الجسم أو سوائله مثل الشعر أو الدم أو العرق، فالحامض النووي: هو الحامض الريبوز منقوص الأوكسجين يرمز له بالحروف(DNA) وهي اختصار للاسم العلمي للحامض (Deoxyribo Nucleic Acid) وقد سمي بالحامض النووي نظراً لوجوده وتمركزه دائماً في أنوية خلايا جميع الكائنات الحية بدءاً من البكتريا والفطريات والنباتات والحيوانات وانتهاء بالإنسان ما عدا كريات الدم الحمراء للإنسان حيث ليس لها نواة وتوجد المعلومات الوراثية أو الصفات الوراثية الخاصة بكل كائن حي مستقرة على جزء من الحامض النووي بصورة شفرة (CODE) ومتكونة ومبرمجة منذ بداية تكوين كل كائن حي، لقد سجل اكتشاف الحمض النووي ثورة علمية في كافة المجالات ويعتبر مجال الطب العدلي والتحقيق والبحث الجنائي من أهم المجالات التي يستخدم فيها تحليل الـــ(DNA) وذلك لأن هذا الحامض هو عبارة عن بصمة لا تتكرر من شخص لآخر ولذلك يستغل هذا التفرد في البصمة الوراثية لكل إنسان لتحديد الشخص المشتبه به في جرائم القتل والسرقة والاغتصاب من خلال ما يتركه من أثار على مسرح الجريمة مثل الدم أو الشعر أو اللعاب أو المني وغيرها، وتطبق هذه البصمة حاليا في جميع دولا العالم في المختبرات/ المعامل الجنائية نظراً لأهميتها كدليل نفي أوإثبات 100% بعكس فصائل الدم التي تعتبر وسائل نفي فقط لاحتمال التشابه بين البشر في هذه الفصائل في القضايا الجنائية وكذلك في قضايا الفصل في البنوة المتنازع عليها.

*مما جعل المشرع البلجيكي بمقتضى قانون 28 نوفمبر 2000م يقوم بتعديل قانون التحقيق الجنائي (code destruction criminal) بإضافة المادة (39bis) التي سمحت بضبط الأدلة الرقمية مثل نسخ المواد المخزنة في نظم المعالجة الآلية للبيانات بقصد عرضها على الجهات القضائية.

خامسا: الدليل الالكتروني قابل النسخ: يمكن استخراج نسخة من الدليل الرقمي مطابقة الاصل ولها نفس القيمة العلمية وهذه الخاصية لا تتوفر في انواع الادلة الاخرى مما يشكل ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد الفقد او التلف والتغير عن طريق نسخ طبق الاصل في الدليل[3، ص36].

3- القيمة القانونية للدليل الرقمي

إن عمليات البحث والتحري التي تقوم بها السلطات المختصة من أجل الحصول على الدليل الإلكتروني وتقديمه للقضاء ليس كافياً ، فمجرد وجود دليل يثبت وقوع الجريمة وينسبها إلى شخص معين لا يكفي للتعويل عليه، لإصدار الحكم بالإدانة أو البراءة، إذ يلزم أن يكون له قوة في الإثبات، ليعتد به دليلاً أمام القضاء. والقيمة القانونية للدليل تتوقف على مسألتين مهمتين: الأولى، حجية هذا الدليل في الإثبات، والثانية المشروعية في دلالته ومدى اقتناع القاضي الجنائي به كدليل؛ فبعد أن بينا فيما سبق من ماهية الدليل الإلكتروني وتعريفه، لابد لنا من أن نبحث في القيمة القانونية لهذا الدليل وذلك من خلال مطلبين في المطلب الاول نبين فيه مشروعية الدليل الرقمي، أما في المطلب الثاني حجية هذا الدليل في القوانين المقارنة أي حجيته في الاثبات في كل من التشريع والقضاء والفقه.

3-1مشروعية الحصول على الدليل الرقمي

يشترط في الدليل الجنائي عموماً لقبوله كدليل إثبات أن يتم الحصول عليه بطريقة مشروعة وذلك يقتضي أن تكون الجهة المختصة بجمع الادلة قد التزمت بالشروط التي يحددها القانون في هذا الشأن[15، ص118]، فمبدأ مشروعية الدليل الرقمي يعني ضرورة اتفاق الإجراء مع القواعد القانونية والأنظمة في وجدان المجتمع المتحضر[15، ص118]، أي أن قاعدة المشروعية للدليل الجنائي لا تقتصر فقط على مجرد المطابقة مع القاعدة القانونية التي ينص عليها المشرع بل يجب أيضاً مراعاة إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق والاتفاقات الدولية[15، ص16]*، وقواعد النظام العام وحسن الآداب في المجتمع بالإضافة إلى المبادئ التي استقرت عليها المحاكم. وإنَّ الشرعية الإجرائية هي الحلقة التي تكفل احترام الحرية الشخصية للمتهم عن طريق اشتراط أن يكون القانون هو المصدر التنظيمي الإجرائي وأن تُفترض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ قِبَلهُ وأن يتوافر الضمان القضائي في الإجراءات فالشرعية الإجرائية هي امتداد طبيعي لشرعية الجرائم والعقوبات بل هي في الواقع أكثر خطورة منها وأعظم شأناً فهي بمثابة الإطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية تطبيقاً صحيحاً إلا عن طريقه[16، ص16].

ويتضح من ذلك إن الشرعية الإجرائية تقوم على ثلاثة عناصر تتمثل في الأول: الأصل في المتهم البراءة بحيث لا يجوز تقييد حريته إلا في إطار من الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها وبناءً على نص في قانون الإجراءات الجنائية فكما هو ثابت في قانون العقوبات أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فإن الثابت في قانون الإجراءات الجنائية إنه لا اجراء إلا بنص وهذا هو العنصر الثاني من عناصر الشرعية الجنائية أما العنصر الثالث فيتمثل في ضرورة إشراف القضاء على جميع الإجراءات باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق

*أوصى المؤتمر الدولي لقانون العقوبات والذي عقد في ريودي جانيرو في البرازيل في الفترة(4-9) سبتمبر1994م في مجال حركة إصلاح الإجراءات الجنائية وحماية حقوق الإنسان بمجموعة من التوصيات منها التوصية رقم (18) التي تنص على إن :"كل الأدلة التي يتم الحصول عليها عن طريق انتهاك حق أساسي للمتهم والأدلة الناتجة عنها تكون باطلة ولا يمكن التمسك بها أو مراعاتها في أي مرحلة من مراحل الإجراءات " كما أشار هذا المؤتمر في المجال الإجرائي بالنسبة لجرائم الحاسب الآلي والجرائم الأكثر تقليدية في بيئة تكنولوجيا المعلومات إلى أن الانتهاكات غير المشروعة لحقوق الإنسان التي يرتكبها رجال السلطة العامة تُبطل الدليل المتحصل عليه بالإضافة إلى تقرير المسؤولية الجنائية لرجل السلطة العامة الذي انتهك القانون

والحريات[1، ص142] ونحن هنا إذ نبحث مشروعية الدليل الرقمي فأننا سنقتصر على ما يثيره جمع هذا الدليل من إشكاليات قانونية بالنظر إلى طبيعته الخاصة[1، ص142]، ولذا يمكننا القول إن ما يثيره الدليل الرقمي من حيث مشروعية الحصول عليه يتركز بشكل أساسي في إجراءات التفتيش حول مدى مشروعية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه في الوسط الافتراضي لذلك سوف نبحث ذلك في فرعين.

3-1-1مشروعية التفتيش عن الدليل الجنائي الرقمي في الكيانات المعنوية (الوسط الافتراضي) وضبط محتوياتها

إن الإشكالية التي نطرحها في شان مشروعية تفتيش الوسط الافتراضي ترجع في الواقع إلى تحديد المقصود بمصطلح "شيء" الذي يفترض أن يكون محلاً للتفتيش والضبط فإذا كان التفتيش ينصب على شيء فإن التساؤل يُثار حول مدى انطباق لفظ "شيء" على الكيانات المعنوية "الوسط الافتراضي"؟ ولذلك أهمية عملية فإذا كانت هذه المكونات لا تكتسب صفة الشيء بالمعنى الذي يعبر عنه النص القانوني فإنها لا يمكن أن تكون محلاً للتفتيش والمشكلة لا تقتصر فقط على مشروعية التفتيش وإنما أيضا تمتد إلى مشروعية ضبط البيانات التي توجد في الوسط الافتراضي [8، ص 24] إذ النص القانوني ينصرف إلى تفتيش الأشياء وضبط ما يوجد بها من أشياء فما المقصود بلفظ شيء؟ وبكلمة أوضح أيعد الوسط الافتراضي وما به من بيانات شيئاً في تطبيق أحكام التفتيش والضبط؟

ويلاحظ ان الفقه قد اختلف في مدى جواز تفتيش الوسط الافتراضي وضبط ما به من محتويات وذهب إلى ثلاثة اراء[1، ص143]:الراي الأول يذهب أنصاره إلى جواز تفتيش الكيانات المعنوية ضمن مفهوم تفتيش الكيانات المادية للحاسوب، وكمثال لهذه التشريعات المادة (126) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، التي أعطت سلطات التحقيق إمكانية القيام "بأي شيء يكون ضرورياً لجمع الدليل وحمايته "، ويفسر الفقه الفرنسي عبارة (أي شيء) بأنها تشمل جميع بيانات الحاسوب المادية والمعنوية، سواء أكانت هذه البيانات مخزنة في حاملتها أم معالجة أليا فيالذاكرة الداخلية[14،ص93]، أي أن أنصار هذا الاتجاه قد اخضعوا الكيانات المعنوية للحاسوب للإجراءات نفسها المتبعة في تفتيش الكيان المادي .

في حين ذهب أنصار الراي الثاني إلى أن المقصود بلفظ (الشيء) هو ما كان مادياً أي ملموساً، أما الكيان المعنوي (البيانات غير المرئية أو الملموسة) لا يمكن اعتبارها شيئاً، مما يجعل تفتيشها مخالفاً للقانون، لذلك يقترح أصحاب هذا الرأي لمواجهة هذا القصور التشريعي أن يتم تعديل النصوص الخاصة بالتفتيش، بأن يضاف إليها ما يجعل التفتيش يشمل المكونات المعنوية، وبهذا الاتجاه أخذت بعض التشريعات فنصت صراحة على أن التفتيش يتم بالنسبة لجميع أنظمة الحاسوب الآلي[*] وهو ما نصت عليه أيضا اتفاقية بودابست لسنة (2001) في المادة (19) منها[*].

أما الراي الثالث فقد حاول أصحابه التغلب على هذه الصعوبات، وذلك باللجوء إلى التمييز بين (المعلومات وبين البيانات المعالجة آلياً)، فينفون الطابع المادي عن أولها، ويؤكدون للثانية طابعاً مادياً على أساس أنها

---

*ومثال على ذلك قانون إساءة استخدام الحاسب الآلي في إنكلترا الصادر سنة (1990) حيث نص على أن " إجراءات التفتيش تشمل كل أنظمة الحاسب الآلي "

*حيث نصت المادة (19) من هذه الاتفاقية (أن من حق السلطة القائمة بالتفتيش في الحاسوب الموجود في دائرة اختصاصها أن تمد في حال الاستعجال نطاق التفتيش إلى كل مكونات الحاسوب ، في حال كان الدخول إلى المعلومات المخزنة يتم من الحاسوب الأصلي محل التفتيش) .

(نبضات أو ذبذبات إلكترونية وإشارات أو موجات كهرومغناطيسية قابلة لآن تسجل وتخزن على وسائط معينة ويمكن قياسها)[17، ص507*] فهم ينفون الطابع المعنوي لهذه البيانات مؤكدين أنها (شيء) يمكن لمسه في المحيط الخارجي، وانتهوا إلى إمكانية خضوع هذه البيانات لقواعد التفتيش التقليدية وإمكانية ضبطها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم تعديل القاعدة رقم (34) من القواعد الفيدرالية الخاصة بالإجراءات الجنائية لسنة 1970م لتنص على السماح بتفتيش أجهزة الحاسوب والكشف عن الوسائط الإلكترونية بما في ذلك البريد الإلكتروني والبريد الصوتي والبريد المنقول وعن طريق الفاكس]8، ص162] ، وتتركز جميع الجهود عند التفتيش في إحدى جرائم الإنترنت على ضبط الوثائق المكتوبة إضافة إلى أجهزة الكمبيوتر وتتضمن هذه الوثائق على وجه التحديد النسخ الضوئية ومطبوعات الحاسوب وفواتير الهاتف وسجلات العناوين والمكالمات والمراسلات[8، ص163] .

أما في العراق فإنه و بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية فإننا لا نرى أن مسألة تفتيش المكونات المادية للكمبيوتر تمثل عقبة تعترض التفتيش في جرائم الإنترنت ذلك أن المادة (74) من القانون المذكور قد أجازت لقاضي التحقيق "إذا تراءى له وجود أشياء أو أوراق تفيد التحقيق لدى شخص ...." وبذلك فالمادة تجيز تفتيش مكونات الكمبيوتر المادية كونها تدخل تحت حكم هذه المادة، أما فيما يتعلق بالمكونات المنطقية فنرى أنها لا تدخل تحت حكم المادة المذكورة لذا نقترح تعديل نص المادة المذكورة وذلك بإضافة (معطيات إلكترونية) لنص المادة (74) وبذلك يصبح النص" إذا تراءى لقاضي التحقيق وجود أشياء أو معطيات إلكترونية أو أوراق تفيد التحقيق ...."،.

والباحث يذهب مذهب الراي الأول والذي يعتبر حلاً يتلاءم مع طبيعة جرائم الإنترنت إذ إن الأدلة الرقمية يمكن التعويل عليها لإثبات وقوع الجريمة ويمكن الاعتماد على الأدلة الرقمية إذا قدمت أيضاً على شكل رقمي أو ورقي وقد اتجه المشرع العراقي في مشروع قانون جرائم المعلوماتية لسنه 2011 إلى هذا الراي حيث أجاز أن تقدم الأدلة الرقمية أمام المحكمة على شكل نسخ إلكترونية أو ورقية[*].

وقد قضت محكمة جنح الحلة بإدانة المتهم (خ. ج) بعد ان قام بأرسال رساله الى هاتف المشتكية (أ. م) تتضمن عبارات لاأخلاقية ثم توالت الرسائل بعد ذلك حتى بلغت 18 عشر رسالة حيث امرت القاضي بإحضار عائديه الرقم من قبل شركة زين وتفريغ الرسائل المرسلة من قبل الرقم العائد للمتهم بعد ان قام بأرسال رسائل من شانها ازعاج المجنى عليها (س.ع) والاخذ بها كدليل ضد المتهم[*].

*يقصد بمعالجة البيانات آلياً: القيام بعمليات حسابية أو منطقية أو رياضية أو إحصائية على هذه البيانات بهدف الوصول إلى معلومات مفيدة في صنع القرار، ومن هنا يمكن أن نفرق بين البيانات والمعلومات باعتبار أن الأولى أي "البيانات ":هي مجموعة الحقائق أو المشاهدات أو القياسات التي تكون عادة على هيئة أرقام أوحروف أو أشكال خاصة تصف أو تمثل فكرة أو موضوعاً أو هدفاً فالبيانات هي المادة الخام التي تشتق منها المعلومات .

*ينظر :الفقرة (ثانيا/ب) من المادة (26) والفقرة (3) من المادة (26) من مشروع قانون جرائم المعلوماتية لسنة 2011.

*ينظر :حكم محكمة استئناف بابل الاتحادية ذي العدد(100) /ج/ 2011 في 2011/1/19 غير منشور.

3--2مشروعية التفتيش بالنظر إلى مكان وجود الجهاز المراد تفتيشه

قد ترتكب الجريمة بواسطة منظومة لمجموعة من أجهزة الحاسوب تتوزع في أكثر من دولة والسؤال الذي يُطرح هنا هل يمكن تفتيش تلك الحواسيب للبحث عن أدلة تتعلق بتلك الجريمة بما في ذلك تلك الأجهزة الموجودة في إقليم دولة أخرى، من القواعد المتفق عليها إن نطاق تطبيق قانون أصول المحاكمات الجزائية يرتبط بنطاق تطبيق قانون العقوبات فكلما كان هذا الأخير واجب التطبيق طُبِقَ الأول ومن القواعد المتفق عليها أيضاً أنه لا تلازم بين تطبيق قانون العقوبات وارتكاب الجريمة على إقليم الدولة، إذ قد ترتكب خارج إقليمها ومع ذلك قانونها واجب التطبيق كالاختصاص وفقاً لمبدأ العينية والشخصية والعالمية الجنائية، فضلاً عن ذلك فإن الجريمة قد ترتكب في إقليم دولة ما وتمتد آثارها إلى إقليم دولة أخرى، فإذا كانت هذه الدولة مختصة بالتحقيق في هذه الجريمة لأن قانون عقوباتها واجب التطبيق فإن التساؤل يثار حول مدى إمكانية تفتيش الآلة الموجودة خارج الإقليم بواسطة السلطات التابعة لهذه الدولة[1 وص 145].

يجب أن نشير إلى إن الوسط الافتراضي للشبكة العنكبوتية لا يرتبط بنطاق إقليم دولة ما فإن مكان تفتيشه هو المكان الذي يوجد به الحاسوب المراد تفتيشه فإن اختصاص الدولة بالتحقيق في جريمة ما وإن كان يخولها تطبيق قانون إجراءاتها بشأن هذا التحقيق بصرف النظر عن مكان وقوع الجريمة مادامت خاضعة لقانون العقوبات الخاص بها إلا أن ذلك لا يعني أن تباشر الدولة هذه الإجراءات خارج إقليمها لأن ذلك من مظاهر سيادتها فلا يسمح لها بممارسته على إقليم دولة أخرى ولذا فمن المتعذر قانونا مباشرة الدولة المختصة بالتحقيق لأي إجراء خارج إقليمها بشأن الجريمة رغم انعقاد اختصاصها بالتحقيق فيها ، ولذا تبدو مشكلة الحصول على دليل بشان بعض الجرائم إذا كان الدليل المراد الحصول عليه يوجد في جهاز موجود في دولة أخرى في إطار الإشكالية المعروضة إذ لن تتمكن سلطات التحقيق من الحصول عليه ولذا تبدو اتفاقيات الإنابة القضائية هي السبيل لتحصيل هذا الدليل بحيث تفوض الدولة الأخرى في جمع هذا الدليل وإرساله لدولة التحقيق[1، ص146] وقد نصت اتفاقية بودابست على هذا النظام في المادة (25/أ) بقولها:"تقوم الدول الأطراف بالاتفاقية بتقديم المساعدات المتبادلة لبعضها البعض إلى أقصى حد ممكن وذلك للأغراض الخاصة بعمليات التحقيق أو الإجراءات المتعلقة بالجرائم التي لها علاقة بنظم وبيانات الحاسوب أو بالنسبة لتجميع الأدلة الخاصة بالجريمة في شكل إلكتروني " فقد تضمن قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 في المواد (352-368) منة شروط وضوابط الانابة القضائية وتسليم المجرمين والتعاون الدولي في هذه المجالات .كما ارتبط العراق باتفاقيه الرياض للتعاون القضائي العربي لعام 1983.

أما فيما يتعلق بتفتيش الوسط الافتراضي (شبكة الإنترنت) فإن هذا الوسط الافتراضي يأخذ حكم المكان الذي يوجد فيه الجهاز فإذا وجد في مكان ينطبق عليه وصف المسكن وجب الالتزام في تفتيشه بالأحكام الخاصة بتفتيش المساكن[1 و ص145]، غير أن السؤال الذي يطرح هنا ما الحكم لو كانت النهاية الطرفية للنظام المعلوماتي المراد تفتيشه تمتد لمسكن أخر غير مسكن المتهم فهل يمكن تفتيشه في هذه الحالة؟ لقد حسمت بعض القوانين هذه المسالة بإجازة التفتيش كالقانون الهولندي[*].

[*]في الفقرة (أ) من المادة (25) من قانون جرائم الحاسوب ودون الحاجة للحصول على إذن مسبق من أي جهة بشرط ألا تكون النهاية الطرفية لذلك النظام في إقليم دولة أخرى.

ونحن نرى أن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه وفق نصوص القانون العراقي لان هذا النوع من التفتيش ينطوي في الحقيقة على معنى تفتيش غير المتهم ولذلك فإنه لا يجوز تطبيقه إلا في الأحوال التي يجوز فيها للقائم بالتفتيش تفتيش غير المتهم أو منزله.

ويشترط لصحة التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق أن يهدف إلى جمع أدلة حول جريمة قد وقعت بالفعل ولذا فإنه فيما يتعلق بصحة تفتيش الوسط الافتراضي أو الحاسوب يشترط أن يكون الفعل المراد الحصول على دليل بشأنه يشكل جريمة فإذا كان التفتيش يتعلق بجرائم الإنترنت بالمفهوم الضيق فإنه قد لا يوجد نص في قانون دولة ما يؤكد على تجريم هذا النمط من السلوك وهو ما يجعل التفتيش غير مشروع لتخلف أحد شروطه لانتفاء صفة الجريمة عن الفعل وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية حيث أن الدليل الإلكتروني لا يقتصر مجال العمل به كدليل إثبات على جرائم الحاسوب فهو يصلح لإثبات كافة الجرائم التي ترتكب بواسطة الحاسوب والإنترنت ولذا فإنه وإن خلا تشريع دولة ما من النص على تجريم أنماط السلوك التي تمس بنظام المعلومات فإن ذلك لا يمنع من قيام وصف الجريمة للفعل المراد جمع الدليل بشأنه في حالات كثيرة لاستعمال الحاسوب في التزوير أو استعمال شبكة الإنترنت في إرسال رسائل ذم وقدح وتشهير أو تهديد إذ أن وصف الجريمة يثبت لهذه الأفعال وفق لقانون العقوبات فالحاسوب في هذه الحالة وسيلة لارتكاب الجريمة ولا يغير من وصفها كجريمة تقليدية إن جاز التعبير[1،ص146] وقد اجاز القضاء العراقي تفتيش الاجهزة الالكترونية كالهواتف النقالة استنادا الى قرار محكمه جنح الحلة السابق ذكره.

3-2حجية الدليل الرقمي في الاثبات

يعد الاثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من ابرز التطورات العصر الحديث في كافه النظم القانونية، تلك التطورات التي جاءت تلائم الثورة العلمية والتكنلوجية في عصرنا لذلك فقد اختلفت القوانين المقارنة في مدى حجيه الدليل الرقمي المستخرج من هذه الأجهزة التكنلوجية الحديثة وكذلك القضاء والفقه لذلك سوف نتناول ذلك في ثلاث فروع.

3-2-1موقف التشريع من حجية الدليل الرقمي

نظمت بعض التشريعات المقارنة الدليل الرقمي كالمشرع الامريكي، وحددت حجيته في الإثبات الجنائي، أما بعضها الأخر كالمشرع العراقي فقد طبقت القواعد العامة للإثبات الجنائي على الدليل الرقمي في محاولة منها لاستيعاب هذا الدليل وسد النقص التشريعي الذي تعاني منه ففي النظام اللاتيني الذي يأخذ بنظام الاثبات الحرالذي يكون للقاضي الجنائي فيه دور ايجابي في تقدير قيمة الأدلة ووزنها، ومن ثم إصدار حكمه على أساس قناعته التي تولدت لديه من هذه الأدلة ويعتبر القانون الإجرائي الفرنسي من التشريعات التي أخذت بنظام الإثبات الحر، فعلى الرغم من صدور قانون خاص بجرائم الحاسوب، إلا أنه لم يتضمن أي تنظيم لمسألة مقبولية الدليل الرقمي، أو أي تحديد لهذا الدليل، وعلى هذا الأساس يتم الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات الجنائي المقررة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، الذي نص على أنه " يجوز إثبات الجرائم بكل طرق الإثبات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويحكم القاضي تبعاً لاقتناعه الشخصي "، كما نص على أنه " لا يطلب القانون من القضاة حساباً بالأدلة التي اقتنعوا بها، ولا يفرض قاعدة خاصة تتعلق بتمام وكفاية دليل ما، وإنما يفرض عليهم أن يتساءلوا في صمت وتدبر، وأن يبحثوا في صدق ضمائرهم أي تأثير قد أحدثته الأدلة الراجحة ضد المتهم ووسائل دفاعه "[*]، و ينص في المادة (303) من نفس القانون

[*]ينظر الفقرة (1) من المادة (427) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنه 1958 .

أيضاً على أنه " يحلف المحلفون يميناً بأن يحكموا تبعاً لأدلة الاتهام ووسائل الدفاع وبناءً على ضمائرهم واقتناعهم الداخلي مع الحياد أو النزاهة والحزم الذي يتصف به إنسان حر ومستقيم " [15، ص40]، يلاحظ من هذه النصوص أن المشرع الفرنسي لم يحدد طريقة معينة للإثبات وإنما أجاز إثبات الجرائم بكافة طرق الإثبات، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، أي أنه إذا كان هناك نص قانوني يحدد طريقة معينة للإثبات وجب التقيد بها.

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول ان مسألة تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من الأدلة لا يثير أي صعوبة في القانون الفرنسي، فيمكن الأخذ بها كما هو الحال بالنسبة إلى الأدلة التقليدية الأخرى، لأن كلا النوعين من الأدلة سواء أكانت التقليدية أو الإلكترونية تخضع لسلطة القاضي التقديرية، فإذا أطمئن لها جاز له الحكم بها، أما إذا توجس منها خيفة من عدم تحقيقها للعدالة أو لم يطمئن لها فله أن يستبعدها ولا يحكم بها.

اما في الولايات المتحدة الامريكية فقد اصدرت العديد من القوانين في الولايات المتحدة تنظم هذه الأدلة سواء أكان ذلك متضمناً في القانون الفيدرالي الأمريكي، أو كان ذلك على مستوى الولايات، مثل قانون الحاسوب الآلي لولاية (أيوا الأمريكية) لسنة (1984)، والذي نص على "أن مخرجات الحاسوب تكون مقبولة بوصفها أدلة إثبات بالنسبة للبرامج والبيانات المخزنة فيها "، كذلك قانون الإثبات الصادر في ولاية كاليفورنيا لسنة (1983) الذي تضمن " أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها الحاسوب تكون مقبولة لوصفها أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات"[14 ، ص 144]0

أما في مصر فلا يوجد تشريع خاص ينظم الجوانب الإجرائية للدليل الرقمي وإنما يتم الرجوع إلى القواعد العامة سواء في الجانب الموضوعي أو الإجرائي، فلا يختلف الأمر عن سابقاتها من التشريعات التي تعتنق نظام الإثبات الحر كمبدأ في الإثبات الجنائي، والذي يعطي للقاضي الحرية في الاقتناع، وقد أكدت محكمة النقض المصرية على اتجاه القانون في الأخذ بهذا المبدأ في العديد من أحكامها، فجاء في أحد أحكامها على أنه من المقرر إذا كانت المحكمة قد رأت أن الفصل في الدعوى يتطلب تحقيق دليل بعينه فواجب عليها أن تعمل على تحقيق هذا الدليل أو تضمن حكمها الأسباب التي دعتها إلى أن تعود فتقرر عدم حاجة الدعوى ذاتها إلى هذا التحقيق "[*].

نستنتج مما تقدم ذكره أن القانون المصري قد أخذ بنظام الإثبات الحر ، الذي يعني أن للقاضي السلطة التقديرية في قبول الدليل أو رفضه، فلا نرى هناك أي مشكلة في تطبيق القانون سواء في جانبه الموضوعي أو الإجرائي على الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي.

أما بالنسبة إلى المشرع العراقي فلم ينظم هذا النوع من الدليل في قانون خاص وبالرجوع القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية. قد حدد المشرع العراقي في تلك القواعد أدلة الإثبات الجنائي إذ نص على ان " أ- تحكم المحكمة في الدعوى بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة، وهي الإقرار، وشهادة الشهود، ومحاضر التحقيق، والمحاضر والكشوف الرسمية الأخرى، وتقارير الخبراء، والفنيين، والقرائن، والأدلة الأخرى المقررة قانوناً "[*].

---

*نقض جنائي مصري في 1984/11/25، مجموعة أحكام النقض، س 35 ق 185ص 821.

*ينظر الفقرة (أ) من المادة (213) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي .

ولابد ان نشير أن الفقرة(أ) من المادة (213) كانت محل خلاف بين شرّاح القانون العراقي، حيث يرى بعضهم أن المشرع العراقي قد حدد الأدلة التي يجوز للمحكمة أن تستند عليها في تكوين قناعتها على سبيل الحصر وهي (الإقرار، والشهادة، ومحاضر التحقيق، والمحاضر، والكشوف الرسمية الأخرى، وتقارير الخبراء، والقرائن)، وهذا يتعارض مع الشق الأول من الفقرة (أ) من المادة نفسها التي تقول " أن المحكمة تحكم بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة 000الخ"، وهذا هو الأساس خصوصاً وأن المشرع العراقي قد استعمل في نهاية المادة عبارة (الأدلة الأخرى المقررة قانوناً)، أي بمعنى الأدلة المنصوص عليها في القوانين، أو نصت عليها القواعد العامة في التحقيق الابتدائي أو القضائي من غير الأدلة المذكورة، مثل الأدلة الخطية التي تقدم في الدعوى من قبل الخصوم أو التي يعثر عليها عن طريق التفتيش[18، ص 97].

في حين ذهب بعض آخر من الشرّاح إلى أن المشرع العراقي قد أورد أدلة الإثبات الجنائي على سبيل المثال لا الحصر، وأن ذكر بعض أدلة الإثبات لا يعني حصرها، لأن ذلك يتنافى ومبدأ حرية القاضي في تكوين قناعته، كما أعطى المشرع بموجب المادة (163) الحق " للمحكمة في تكليف أي شخص بتقديم ما لديه من معلومات أو أوراق أو أشياء تفيد في كشف الحقيقة 000ألخ "، وانتهى هذا الرأي إلى القول بأنه إذا كان الفقه والقضاء قد تعارف على أدلة يستند إليها القاضي في حكمه فأن ذلك لا يمنع من الاستناد إلى أدلة أخرى[14 ، ص 151].

نلاحظ أن الفقرة (أ) من المادة (213) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ محل نظر وذلك للأسباب التالية:-

أولاً- منها أن المشرع ذكر في الشطر الأول من الفقرة (أ) بأن "المحكمة تحكم بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها 000الخ" ، أي أن المحكمة لديها الحرية في تكوين قناعتها من خلال الأدلة المعروضة في الدعوى التي تطرح أمامها للمناقشة، ومن ثم تستقي قناعتها من تلك الأدلة التي يتعين على القاضي استقاء قناعته منها هي الإقرار، والشهادة، ومحاضر التحقيق والمحاضر، والكشوف الرسمية الأخرى، وتقارير الخبراء، والفنيين، والقرائن والأدلة الاخرى المقررة قانونا"، وهذا التحديد للأدلة يتعارض مع المبدأ الأساسي، وهو حرية القاضي في الاقتناع[14، ص 151].

ثانياً – في حين جاء في الشطر الأخير من الفقرة(أ) عبارة " الأدلة الأخرى المقررة قانوناً "، أن هذا الشطر يوحي عند قراءته للوهلة الأولى بأن المشرع، كان يقصد بها إضفاء الصفة القانونية على الأدلة، ونعتقد بأن هذا الإضفاء غير ضروري لأن الأدلة يفترض فيها أن تكون قانونية سلفاً حتى يثبت خلاف ذلك، عملاً بقواعد الشرعية الإجرائية، أما إذا كان المشرع يقصد بها تلك الأدلة المنصوص عليها في القواعد العامة للتحقيق، فلماذا حصرها في المادة (213)، أو ليس من الأفضل إطلاقها تطبيقاً لحرية القاضي في الاقتناع، وعليه نرى بأن الدليل الرقمي لا يندرج ضمن أدلة الإثبات الجنائي، لأن المشرع العراقي قد حصرها في الفقرة (أ) من المادة (213) من قانون أصول المحاكمات الجزائية خصوصاً وأنه قد قيدها بكلمة " مقررة قانوناً " أي تم تنظيمها بقانون أو تلك الأدلة التي نصت عليها القواعد العامة للتحقيق الابتدائي والقضائي وهذا ما لم يفعله المشرع العراقي مع الدليل الإلكتروني. اما حجية الدليل الرقمي في النظام الانكلوسسكوني ففي الولايات المتحدة الامريكية حسم المشرع الأمريكي حجية الدليل الإلكتروني بالنص عليه صراحة في القوانين الخاصة بالولايات المتحدة الأمريكية، إذ تخضع هذه الأدلة للقوانين الفيدرالية، التي تنظم المسائل المدنية والجنائية معاً،

فنص قانون الحاسب الآلي لسنة (1984)، على أن " أدلة الحاسب الآلي والنسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها تكون مقبولة بوصفها أدلة إثبات "[*].

وطبقت المحاكم الأمريكية الأحكام التقليدية للشهادة السماعية، وقاعدة أفضل دليل على الدليل الرقمي، التي تسمى بسجلات الحاسوب، ويتوجب على مقدم الشكوى الذي قدم السجلات أن يثبت صحة هذا الدليل، وهناك صعوبات قد تواجه صحة هذه الأدلة، قد تكون هذه الأدلة متلاعب بها بالتعديل أو الحذف لكن القانون الأمريكي منح الدليل الرقمي حجية قانونية في الإثبات الجنائي والمدني بشرط أن تكون هذه الأدلة صحيحة وغير متلاعب بها[14،153] *وقد أشار القانون الفيدرالي الأمريكي إلى قاعدة الدليل الأفضل بقوله " إذا كانت البيانات المستخرجة من الحاسوب أو أي جهاز مشابه كمخرجات الطابعة أو أي مخرجات أخرى تمكن قراءتها وقراءة البيانات التي تحويها ، فإن هذه المخرجات لبيانات الحاسوب تفي بقاعدة الدليل الأفضل " [14، 153]

تأسيسا على ما تقدم يمكن القول بأن الدليل الرقمي لا يكون مشكلة في القانون الأمريكي، فالقواعد العامة للقانون الفيدرالي الأمريكي غطت بنحو كامل جميع الأدلة من ضمنها الدليل الرقمي.

3-2-2موقف القضاء من حجية الدليل الرقمي

كان للقضاء اللاتيني موقفٌ واضحٌ وحاسمٌ من حجية الإثبات بالدليل الرقمي، فقد قبل القضاء في أغلب الدول التي تعتنق هذا النظام هذا النوع الحديث والمتطور من الأدلة وأعتمدها أساساً لأحكامه في العديد من القضايا المعروضة أمامه، سواء أكان ذلك في تطبيق القوانين الخاصة التي نظمها المشرع لكي تعالج الجرائم التي ترتكب بواسطة الوسائل الإلكترونية المختلفة التي يصلح الدليل الرقمي دليلاً لإثباتها، أو بتطبيق القواعد العامة وتطويعها لأجل احتواء هذا الدليل، ففي مصر د كان للقضاء المصري عدة تطبيقات في مجال الدليل الإلكتروني، إذ حكمت محكمة جنايات الجيزة بسجن طالب بكلية الطب لستة أعوام لقيامه بالاستيلاء على مليون جنيه من بنك أمريكي وخداع ثلاثة بنوك مصرية عن طريق تزوير عدد من البطاقات الائتمانية حيث جاء في حيثيات الحكم " إن تغيير الرقم المسجل على الشريط الممغنط الخاص بكروت الفيزا يعد تزويراً في محررات رسمية من شأنه إلحاق الضرر بالغير وأضافت المحكمة أن البيانات المعالجة إلكترونياً والمسجلة على البطاقة الائتمانية يعتبر التلاعب فيها بطريقة غير مشروعة من اخطر أنواع الغش بعد أن حل الحاسوب الآلي محل الأوراق في جميع المجالات "[19، ص 669].

وعلى عكس القضاء المصري فأن القضاء العراقي قد تأرجح موقف القضاء بين كفاية هذه الادلة وحجيتها في الحكم وعدمها على الرغم من وجود هكذا نوع من الدعاوى فأنه لم يأخذ بهذا النوع من الدليل، وهذا ما حدث بالفعل استناداً إلى القرار الصادر من محكمة استئناف بابل الاتحادية ذي العدد120/ جزائية/ 2011 والتي صادقت على القرار الصادر من محكمة جنح المسيب/ بالإضبارة الجزائية المرقمة 103 / ج/ 2011 بتاريخ 3/16/ 2011. إذ أدعى المشتكي (ع0ح) بأن شريكه في الحصة بالشركة التي يعمل بها وهو المتهم (ك0ع) قام باستعمال البريد الإلكتروني الخاص به ومعرفة رقمه السري طالباً الشكوى ضده، فقررت محكمة جنح المسيب بإلغاء التهمة الموجه للمتهم (ك0ع0) من قبل المشتكي (ع0ح0)، وفق المادة (464)

*ينظر الفقرة (أ/16) من المادة (716) من قانون الحاسب الالي لسنه 1984 .

*سجلات الحاسوب نوعان السجلات المتوالدة، وهي التي تحتوي على مخرجات برامج الحاسوب التي لم تمسها اليد البشرية مثل، سجلات الدخول إلى الانترنيت (log in record) ومصدرها مزود خدمة الانترنيت وسجلات الهات، أما النوع الثاني فهي السجلات المخزونة، وهي التي تكون على شكل ملفات معالجة أو رسائل غرف المحادثة وغيرها، أي تلك التي أعدت من قبل البشر انفسهم

ق0ع والإفراج عن المتهم، وذلك لعدم احتواء القوانين العقابية النافذة على أي نص يجرم مثل هذا الفعل، ويترتب عليه عدم جواز القياس في التجريم لمثل هذه الأفعال على جرائم أخرى[*] ، في حين اخذت محكمة جنح بابل بالأدلة المتحصلة من الاجهزة الالكترونية وحجيتها في الاثبات اذ حكمت المحكمة بإدانة المتهم بعد الاطلاع على اجابة شركة زين بعائدية الرقم الى المتهم والاطلاع على مضمون الرسائل[*].

اما في الولايات المتحدة فقد كانت هناك تطبيقات عديدة بهذا الشأن، نظراً لكثرة جرائم الحاسوب والإنترنيت في الدول التي تتبع هذا النظام خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية ففي أحدى الوقائع وهي واقعه (Whitaker) قامت الحكومة الأمريكية باسترداد ملفات من حاسوب خاص بتاجر مخدرات يدعى (Forst) ، احتوت هذه الملفات على معلومات تفصيلية لمبيعات المخدرات بثلاثة أسماء مستعارة منها اسم (Forst) واسم (cator) وهو الاسم المستعار للمتهم (Whitaker) وهو شريك المتهم (Forst) والاسم الأخر هو (Cruz) وهو الشريك الثالث، وقد سمحت الشرطة الفيدرالية للمتهم (Forst) بمساعدتها في استرداد الدليل من حاسوبه ، وأستعمل هذا الدليل ضد المتهم (Whitaker)[14، 160] إذ جاء في حيثيات الحكم " حقيقة أن من الممكن تعديل بيانات موجودة في الحاسوب يعد أمراً غير كافٍ لإثبات عدم صحة السجلات "، وفي جلسة المحاكمة طعن المتهم في صحة تلك الملفات، حيث ادعى أن المتهم (Forst) عبر عدد من الضربات السريعة على لوحة مفاتيح الحاسوب، تمكن من إضافة أسماء (Whitaker) المستعارة واسم (Cator) إلى مخرجات الطابعة لتوريطه في الجريمة، ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع لأن المتهم (Whitaker) فشل في إثبات واقعة التلاعب بسجلات الحاسوب، كما أن المحكمة قبلت الدليل الإلكتروني الذي تم تفريغه على الورق لإدانة المتهم وطبقت عليه قاعدة (الدليل الأفضل)، لتعذر الحصول على الملف الأصلي[14، 161].

3-2-3موقف الفقه حجية الدليل الرقمي

اختلف الفقه الجنائي حول حجية الدليل الرقمي وقوته في الإثبات، وذلك باختلاف أنظمة الإثبات الجنائي، التي تباينت بشأن موقفها من هذا الدليل التقني المتطور، سواء من حيث الجريمة المرتكبة والتي يثبت بها هذا النوع من الدليل أو من حيث مرتكبها، وهذا ما أنعكس بدوره على قيمته وعلى موقف الفقه المقارن منه ،ففي الفقه اللاتينيإذ اختلف فقهاء القانون الجنائي حول حجية الدليل الرقمي، ففي فرنسا لا يشكل هذا الدليل على المستوى الجنائي أي مشكلة في نظر الفقهاء الفرنسيين، حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن الأساس هو حرية تقديم الأدلة للقاضي الجنائي، وحريته في تقديرها، بمعنى أخر أن جميع أطراف الدعوى لهم الحق في تقديم أي دليل لإثبات دعواهم، وبالمقابل فأن القاضي الجنائي الفرنسي له الحرية في وزن هذه الأدلة ومن ثم قبول الدليل وفقاً لما تطمئن إليه قناعته[20، ص311]. والفقه الفرنسي يدرس حجية الدليل الرقمي في المواد الجنائية ضمن مسألة أعم وأشمل وهي مسألة قبول الأدلة الناشئة عن الآلة أو الأدلة العلمية، مثل الرادارات، والأجهزة السينمائية، وأجهزة التصوير، وأشرطة التسجيل، وأجهزة التنصت، تلك الأدلة التي أخذ بها وقبلها القضاء، في إطار مجموعة من الشروط، أهمها أن يتم الحصول عليها بطريقة شرعية ونزيهة، وأن يتم مناقشتها بحضور الأطراف، ولا يجد الفقهاء الفرنسيون الأمر مختلفاً بالنسبة لقبول الدليل الرقمي[*]. أما

---

[*]ينظر:حكم محكمة استئناف بابل الاتحادية ذي العدد 120/ جزائية / 2011 في 28/ 4/ 2011 0 قرار غير منشور

[*]ينظر :حكم محكمة استئناف بابل الاتحادية ذي العدد 1887/ج/2017/ في/1/8/ 2017 غير منشور.

[*] cass.crim.28avr.1987,BuLL.crim.no.173.

وعلى هذا الأساس حكمت محكمة النقض الفرنسية أن أشرطة التسجيل الممغنطة التي يكون لها قيمة دلائل الإثبات يمكن أن تكون صالحة للتقديم أمام القضاء الجنائي

بالنسبة إلى حجية الدليل الرقمي في مصر فأن الفقه الجنائي هناك وبالاستناد إلى مبدأ الإثبات الحر، تعرض إلى مسألة حجية هذا النوع من الأدلة على الرغم من خلو التشريع الإجرائي من التعرض لها، وأشار إلى أنه يمكن الاستناد إلى هذا الدليل في إثبات أو نفي الجريمة، وتكون له قوة القرائن في الإثبات[14، ص141]، إذ نصت المادة (291) من قانون الإجراءات الجنائية، على أنه " للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم إي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة "، وعلى ذلك يكون للمحكمة أن تستند إلى الدليل الرقمي لإثبات وقوع الجريمة أو نفيها.

أما بالنسبة إلى العراق فأن الفقه لم يتطرق إلى مسألة الدليل الرقمي، وذلك بسبب عدم وجود قانون ينظم الجوانب الموضوعية والإجرائية لهذا النوع من الأدلة، مما ذكرناه يتضح إجماع الفقه الجنائي اللاتيني على الاعتداد بالدليل الرقمي، دليلاً له قيمته في إثبات أو نفي الجريمة، وإعطاؤه قيمة في الإثبات تساوي قيمة الدليل الجنائي.

اما في الولايات المتحدة الأمريكية يرى الفقه أنه ليست هنالك أي صعوبات قانونية في قبول الدليل الإلكتروني [14، ص 144] 0

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول بان الفقه في الولايات المتحدة يعتنق النظام الأنكلوسكسوني في الإثبات، وهو غالبية الفقه[14، ص141، 15، ص43] على قبول الدليل الرقمي، كدليل له قيمته في الإثبات الجنائي، وإن كان الفقه يشدد أحياناً في مسألة القبول ويرى ضرورة توافر جملة من الشروط لكي تسبغ على هذا الدليل قيمة قانونية ليعتد به أمام القضاء .

بعد استعراضنا أراء الفقه الجنائي في النظم القانونية في كل من فرنسا والولايات المتحدة الامريكية ومصر والعراق نستنتج من ذلك بأن الفقه عامة يذهب إلى قبول الدليل الإلكتروني بوصفه دليل إثبات في المسائل الجنائية، وإن كانت مسألة القبول هذه تختلف من نظام لأخر من حيث آلية تقييم هذا الدليل وتقديره من قبل القاضي الجنائي، إضافة إلى أن بعضها رهن مسألة القبول بتوافر شروط معينة يجب على الدليل الإلكتروني أن يتريث بها حتى يتم الاعتداد به قانوناً.

4-الخاتمة

4-1 النتائج

1. ان الدليل المتحصل عليه من ارتكب الجريمة هو في العادة يكون دليل رقمي يتم الحصول عليه من قبل شركات الهاتف النقال وقد توصلنا الى تعريف الدليل الرقمي "بانه هو الدليل المشتق من النظم البرمجية المعلوماتية الحاسوبية واجهزه الاتصال بواسطة برامج وتطبيقات من خلال إجراءات قانونية وفنية بعد تحليلها علميا وتفسيرها في شكل رسوم مكتوبة او صور لتقديمها القضاء لأثبات وقوع الجريمة ولتقرير البراءة او الادانة فيها".
2. من خصائص الأدلة الرقمية انها ذات طبيعة تقنية وفنية وكيفية معنوية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات وأدوات الحاسبة الآلية كما ان الادلة الرقمية ادلة علمية فهي نتائج ما يضعه اهل العلوم التقنية من اراء واستنتاجات كما ان الادلة القيمة ادلة متطورة بطبيعتها ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال غير معترفة بحدود الزمان والمكان كذلك من خصائص الادلة الرقمية هي صعوبة طمسها وحذفها الأدلة الرقمية يمكن استرجاعها بعد محوها وإصلاحها بعد إتلافها وإظهارها بعد إخفائها مما يؤدي إلى صعوبة التخلص منها

كما ان الادلة الرقمية قابلة النسخ اذ يمكن استخراج نسخة من الدليل الرقمي مطابقة الاصل ولها نفس القيمة العلمية.

3. لكي يكون الدليل الرقمي حجيه في الاثبات لابد ان يكون قد تم الحصول علية من قبل اعضاء الضبط القضائي بطريقه مشروعه وقد اجاز المشرع العراقي وكلا من التشريعات المقارنة تفتيش المكونات المعنوية الا ان الفقه قد اختلاف في تفسير عباره (شيء) هل هي تشمل الادلة المادية فقط ام المعنوية الا ان الراي الراجح يذهب الى ان عباره شيء تشمل الادلة المادية والمعنوية ونحن نؤيد هذا الاتجاه وذلك لان البيانات الرقمية عند استخرجها من اجهزة الحاسوب تكون عباره عن دليل مادي ملموس.
4. ان المشرع العراقي لم ينظم هذا النوع من الدليل في قانون خاص وبالرجوع إلى قانون الإثبات نلاحظ بأنه لم يشر إلى تنظيم أحكام أدلة الإثبات الإلكترونية المستخرجة من التلكس أو الفاكس أو الإنترنيت ، سواء في قانون الإثبات رقم (107) لسنة (1979)، ولا بالتعديل الجديد الصادر بموجب القانون رقم (46) لسنة (2000)، سوى أنه أجاز بالمادة (104) من قانون الإثبات وكذلك قانون اصول المحاكمات الجزائية في الفقرة (أ) من المادة (213) بأن للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي وكذلك الحال بالنسبة التشريع المصري فلا يوجد قانون خاص ينظم النظم الاجرائية للدليل الرقمي وانما يتم الرجوع الى القواعد العامة وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي اذ ترك مساله قبول الدليل الرقمي من عدمه لقناعه القاضي بخلاف التشريع الامريكي فالقواعد العامة للقانون الفيدرالي الأمريكي غطت بنحو كامل جميع الأدلة من ضمنها الدليل الرقمي.
5. توصلنا الى قصور قواعد الإجراءات الجنائية في مواجهه جرائم الاتصال السلكية واللاسلكية وخاصة الجرائم التي ترتكب بواسطة الهاتف النقال والتي تتعلق باستنباط الأدلة واثبات الجرائم المرتكبة عبر الهاتف النقال ومدى فاعليه الدليل الرقمي في اثبات هذه الجرائم اذ تكمن مشاكل جرائم الاتصالات السلكية واللاسلكية في تعلقها في كثير من الاحيان ببيانات ومعلومات وكيانات مادية غير منطقيه وغير محسوسة يصعب اكتشافها بل وقد يستحيل في بعض الاحيان جمع الادلة بشأنها وذلك بسبب سرعه ودقه تنفيذ مثل هذه الجرائم وامكانيه محو اثارها واخفاء الادلة المتحصلة عنها عقب التنفيذ مباشره من قبل مرتكب الجريمة نفسها.

4-2 التوصيات

1- نقترح على المشرع العراقي تعديل قواعد قانون اصول المحاكمات الجزائية بما يتوافق ويتواكب مع الجرائم المستحدثة والتي تستخدم الوسائل التقنية والتكنلوجيا الحديثة فيها كوسيله لارتكاب الجريمة حتى يمكن التعامل مع هذه الأجهزة بما يتلاءم مع إجراءات التفتيش واستحصال الادلة منه بما يتلاءم مع طبيعته الخاصة.

2- ضرورة ان يكون هناك كوادر امنيه متخصصه تتعامل مع هذه الجرائم للقيام بعمليات التحقيق والتحري واستخلاص الادلة الرقمية واجراء التفتيش على المكونات المنطقية على وسائل الاتصال الحديثة من خلال ضبط المكالمات والرسائل واسترجاع البيانات والمعلومات الملغية من الجهاز والتي عمل الجاني على اتلافها او اخفائها من خلال التحكم بالخواص التكنلوجية الموجودة في اجهزه الاتصال الحديثة وهذا لا يمكن معرفته الا اذا كان عضو الضبط القضائي وباقي الاشخاص الذين يقومون بالتحقيق على درجه عالية من المهارة التقنية والخبرة التكنلوجية.

CONFLICT OF INTERESTS
There are no conflicts of interest

5- المصادر

(1) هدى طلب علي، الاثبات الجنائي في جرائم الانترنيت والاختصاص القضائي بها، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2012، ص10، ص 119، ص121، ص122، ص 123، 142، ص 143، ص145، ص146.

(2)عبد الحكم فودة، حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، 2014، ص7.

(3) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في مجال الاثبات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2009، ص8، ص 35، ص36.

(4) د. عبد الناصر محمد محمود فرغلي، ود. محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الاثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين الفنية والقانونية، ص.13، ص14، ص15، ص16.

(5)د. محمد امين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، ص243.

(6) فتحي محمد انور عزت، الادلة الالكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية والتجارية للمجتمع المعلوماتي، ط2، بدون مكان طبع، 2010، ص555، ص555.

(7) د . ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، 2006 ، ص 88.

(8) خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011، ص 234، ص24، ص163، ص162.

(9) د .عبد الفتاح بيومي حجازي، الإثبات الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص64

(10) د .عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، ص 108.

(11)عمر محمد بن يونس، الدليل الرقمي،مذكرات في الإثبات الجنائي عبر الإنترنت- ندوة الدليل الرقمي بمقر جامعة الدول العربية بجمهورية مصر العربية في الفترةمن ٨-٥مارس ٢٠٠٦م، ص44.، ص 45. ، ص122. ، ص43، ص 44-45.

(12) نضال ياسين الحاج حمو، دور الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي، مجلة جامعة تكريت العلوم القانونية والسياسية، المجلد/1/ السنة/5/العدد19/ ص 186.

(13) رفاه خضير جياد العارضي، الدليل الالكتروني واثرة في مجال الاثبات الجنائي، رساله ماجستير مقدمه الى كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص5، ص93، ص144، ص149، ص151، ص153، ص160، ص161، ص141، ص143.

(14) د.هلالي عبد اللاه أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 118، ص 16، ص40، ص43.

(15) د .عصام عفيفي حسين عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة ،2003م، ص16.

(16) فايز الظفيري، الأحكام العامة للجريمة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، دمشق، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، 2002، ص 507.
(17)د0 فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة " دراسة مقارنة "، ط1، مطبعة الشرطة، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 97.
(18) د0 مصطفى محمد موسى، التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، ص 669.
(19)عبد العزيز سليم، الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي، بدون مكان طبع، 2005، ص311، ص43 .
(20)د. عبد العزيز سليم، الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي، بدون مكان طبع ،2005، ص311.
(21)د. سلطان محيا الريحاني، الجرائم المعلوماتية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني
http://www.qina1.net/vb/showthread.php?t803