مدى صلاحية الاجتهاد القضائي لسد الثغرات التشريعية في مجال الاثبات بالوسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة

(دراسة مقارنة)

إعـــداد

القاضي/ سعيد قاسم علي العاقل
رئيس نيابة استئناف شمال الأمانة
صنعاء

القاضي/ شائف علي محمد الشيباني
رئيس التدريب والتأهيل
بمكتب النائب العام

بسم الله الرحمن الرحيم

((ولو نشآءُ لأَريناكهُم فلعرفتهُم بسيماهُم
ولتعرِفنَّهُم في لحنِ القولِ واللهُ يعلمُ أعمالَكُم))

سورة محمد
آية 30

تقديم

الحمد لله رب العالمين ..... والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه

وبعد :

فهذا بحث في صلاحية الاجتهاد القضائي لسد الثغرات التشريعية .

تم إعداده بمناسبة ترشيحنا من قبل الأخ/ الدكتور عبد الله العلفي النائب العام سدد الله على طريق العدل خطاه .

لحضور الندوة التي يقيمها المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ببيروت ــ لبنان .

وموضوعها

((الإثبات باستعمال الوسائل المعلوماتية الحديثة))

المقــرر عقــدهــا فــي مقــر المركــز في بيــروت في الفترة ما بين 6 ــ 2003/1/8م .

سألين الله تعالى التوفيق

مع خالص تقديرنا وتحياتنا لكل من له سبق الفضل في مد يد العون إلينا .

والله من وراء القصد

القاضي/ سعيد قاسم العاقل القاضي/ شائف علي محمد الشيباني

مُقَدِّمَة

إن التطورات المعلوماتية وشبكة الاتصالات التي انتشرت في شتى مناحي الحياة ومنها ما طرأ على وسائل الإثبات من مستجدات أثارت جدلاً بين المهتمين بهذا الجانب لمواكبة هذا التطور الذي كان من نتيجته أن جعل المجرم يفكر قبل الإقدام على نشاطه الإجرامي في الأسلوب الذي يرتكب به جريمته دون أن يترك آثاراً مادية تدل عليه فدفع كثيراً من الدول بسن تشريعات جديدة أو تعديل تشريعاتها القائمة لمواجهة ذلك إلا أن التشريع لم يكتمل بعد ليشمل كافة المخرجات المستمدة من الوسائل المعلوماتية الحديثة .

وإزاء هذا القصور التشريعي ثار التساؤل عن مدى صلاحية الاجتهاد القضائي لسد الثغرات التشريعية في مجال الإثبات باستعمال الوسائل المعلوماتية الحديثة .

وعلى سبيل المثال : بعد أن كان الإثبات المستندي يعتمد على المستندات الورقية أصبحت معظم المستندات عبارة عن تسجيلات إلكترونية وبعد أن كانت مضاهاة البصمات أو اكتشاف جرائم التزوير في المحررات تعتمد على الطرق التقليدية صار للآلات الإلكترونية دوراً بارزاً في عملية المقارنة ومن هنا يبرز أهمية دور هذه الوسائل في مجال الإثبات ويعكس مدى أهمية البحث عن دور القضاء في الاجتهاد لسد الثغرات التشريعية الأمر الذي دفعنا باعتبارنا من ضمن من يعنيهم الأمر كعاملين في حقل القضاء إلى اختيار هذا الموضوع للبحث فيه ولما كان الإثبات بالوسائل المعلوماتية يتعلق بأجهزة إلكترونية متطورة جديدة في الواقع لابد أن نعرف بها أولاً ثم نبين مشروعية مخرجات هذه الأجهزة في مجال الإثبات وطبيعتها القانونية ويأتي بعد ذلك الحديث عن مدى صلاحية الاجتهاد القضائي لسد الثغرات التشريعية وذلك على النحو التالي :

أولاً : ماهية الإثبات بالوسائل المعلوماتية .

ثانياً : مشروعيته .

ثالثاً : طبيعته القانونية .

رابعاً : مدى صلاحية الاجتهاد القضائي .

مستمدين العون من الله أن يوفقنا إلى تقديمه بصورة مرضية

والحمد لله رب العالمين

أولاً : ماهية وسائل الإثبات المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة

يأتي الحاسب الآلي(1)على رأس الأجهزة التي يستمد منها المعلومات الجنائية والتحريات التي تسهم في اكتشاف الجرائم ومعرفة مرتكبيها .

كما يقدم الإنترنت الخدمة ذاتها وهو عبارة عن شبكة تتألف من مئات الحاسبات الآلية المرتبطة بعضها ببعض إما عن طريق خطوط التليفون أو عن طريق الأقمار الصناعية وتمتد عبر العالم لتؤلف في النهاية شبكة هائلة بحيث يمكن للمستخدم لها الدخول إلى إي منها في أي وقت ولو في أي مكان يتواجد فيه على الكرة الأرضية ولو حتى في الفضاء ويعين الإنترنت فضلاً عن تسهيل القبض على المجرمين في التنبؤ بالجرائم ، حيث يتحقق ذلك عن طريق دراسة الأبعاد السكانية والاقتصادية والتاريخية واتجاهات وسلوكيات السكان وغيرها من النواحي الأخرى لكل حي أو منطقة في المدينة (2).

بيد أنه لا يتوقف الأمر على ما يستمد من أدلة عبر الإنترنت والحاسب الآلي فهناك وسائل أخرى يمكن أن يكون لها دوراً إيجابياً يكمل الدور الذي لا يمكن لهذه الأجهزة أن تتسع لتغطيتها في مجال الإثبات .

ومن أمثلتها ((أفلام السينما والفوتوجرافات والنسخ المختزلة والوسائل الأخرى العارضة للصورة والصوت ملائمة ومؤثرة ومفضية إلى إقامة الدليل على صحة أمر ويمكن أن تكون مقبولة في الإثبات)) (3).

وأما المعلومات التي يمكن استخراجها من الحاسب الآلي واستخدامها كأدلة أمام القضاء الجنائي بهدف الإسهام في إثبات وقائع الدعوى المنظورة أمامه فهي :

معلومات متنوعة فإما أن تكون ممثلة بالحروف كعناوين العملاء وأرصدتهم في البنوك وقد تكون ممثلة بالصور مثل الصور التي تلتقطها الأقمار الصناعية من الفضاء كما في الحاسبات الآلية الموجودة بوكالة الفضاء الأمريكية وقد تكون ممثلة بالصوت والصورة المتحركة كالأفلام العلمية والوثائقية التي يمكن تخزينها على الحاسب وكالحاسبات الموجودة بوكالة الأنباء وشبكة الإذاعة والتلفزيون (4).

---

1. الحاسب الآلي عبارة عن آله حاسبة إلكترونية تستقبل البيانات ثم تقوم عن طريق الاستعانة ببرنامج معين بعملية تشغيل هذه البيانات للوصول الى النتائج المطلوبة . يراجع عفيفي كامل جرائم الكمبيوتر صـــ9 د/ عبدالفتاح مراد التحقيق الجنائي صـــ279 ط2.

2. يراجع الدكتور جميل عبد الباقي الصغير . الإنترنت والقانون الجنائي صـــ4ـــ5 ج1 , 22 . ط 2001م .

3. يراجع عفيفي كامل المرجع السابق صـــ374.

4. يراجع للدكتور جميل عبد الباقي الصغير . المرجع السابق .

وقد تكون المعلومات المنتجة عبارة عن رسم صور تقريبية للمتهمين الفارين من وجه العدالة من مجرد الوصف الشفوي الذي يدلي به الشاهد أو المجني عليه (1).

كما أستخدم الكمبيوتر في تصنيف المجرمين وفي مقارنه البصمات وجمع المعلومات عن الحوادث الجنائية المختلفة التي تساعد على الكشف عن المجرمين .

وفي مجال مكافحة تزوير الجوازات ووثائق السفر وتسجيل التحريات عن أرباب السوابق والجرائم المختلفة بهدف الكشف عن الجرائم وملاحقه المتهمين .

وفي مجال الإحصاء الجنائي وغيره من المجالات المتعلقة بالجريمة لما له من قدره على التسجيل والاسترجاع .

---

1. أبتكر عالمان أمريكيان هما سادلار وسكوت بورو من جامعة شيكاغو كمبيوتر يمكنه رسم صوره الجناه الهاربين بعد مرور عدة سنوات على هروبهم ويمكنه تصور وجههم الحالي . يراجع د / عبدالفتاح مراد صـــــ334.

ثانياً :مشروعية الإثبات بالوسائل المعلوماتية الحديثة

يعد الإثبات باستخدام الوسائل المعلوماتية من الإجراءات التي أقرت اغلب القوانين شرعيتها مادام أنها لا تمس الحريات الشخصية والحياة الخاصة للأفراد.

وعلى سبيل المثال بدأت كثير من دول العالم في استخدام الحاسب الإلكتروني في مجال البصمات كالولايات المتحدة الأمريكية وبعض المقاطعات بإنجلترا وألمانيا وكندا وهولندا وأسبانيا والبرازيل وغيرهم (1) . وأستخدم البوليس الأمريكي الحاسب الآلي لمحاربة الإرهاب والتجارة بالمخدرات وغيرها من الجرائم وحفظ صور كاملة لأرباب السوابق ومعلومات كافية عنهم حتى يمكن متابعتهم ورصد تحركاتهم .

كما استخدمه رجال المباحث في مصر وذلك بإدخال نظم المعلومات المتكاملة على الحاسبات الآلية لوزارة الداخلية حيث يتم الكشف على المجرم بالصورة والمعلومات لمعرفة ما إذا كان لازال مطلوباً أو يشكل أي خطر على المجتمع من عدمه .

وصدرت نداءات توجهها قنوات المعلومات للقبض على المجرمين الذين يقتفي البوليس الدولي أثرهم , وعرف العالم لأول مرة بما يسمى بالقوائم السوداء التي يتم نشرها بالصوت والصورة والإعلان عنها على مدى أربعة وعشرين ساعة .

واستخدمت بعض الدول الأوربية مثل ألمانيا وبريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية شبكة الإنترنت في عرض صور المجرمين والمشتبه فيهم بدلاً من الصحف وشاشات التلفزيون لحث الجماهير على الإبلاغ عنهم عن طريق الاتصال بالأنتربول عبر هذه الشبكة (2) .

ونظراً لأهمية الحفاظ على سرية المعلومات الجنائية والتحريات فقد أحاطتها كثيراً من التشريعات بالحماية في مواجهه الاعتداء عليها (3).

موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالوسائل المعلوماتية الحديثة :

لا يخفى على أحد أن الشريعة الإسلامية تتسم بالشمول والدقة والمرونة مما جعلها خالدة أمد الدهر ووضعت مبادئها العامة من لدن رب العالمين مما جعلها صالحة لكل زمان ومكان فنزهها عن الهوى وعملت على إيجاد توازن دقيق بين المصالح المختلفة لأفراد المجتمع الإسلامي .

---

1. يراجع اللواء / محمود فهمي الصفطاوي ــ دور البصمة في الكشف عن الجريمة ــ المركز العربي للدراسات الأمنية بالرياض صـــ48.
2. يراجع الدكتور جميل عبدالباقي الصغير صـــ14 – 15 .
3. من هذه الشرائع الدستور الأسباني والدستور البرتغالي والدستور النمساوي فيما يتعلق بحماية الحياة الخاصة في مواجهه الجرائم المستحدثة بأستخدام الحاسبات الإلكترونية . وفرنسا والنمسا وبلجيكا وألمانيا والسويد والنرويج والدنمارك والولايات المتحدة الأمريكية وكندا في مواجهه الجرائم الواقعة على المعلومات المسجلة والقانون المصري أضفى حماية قانونية على أجهزة الحاسبات الآلية ومتعلقاتها المادية مثل الشرائط وآلات الطباعة وشبكات الربط في مواجهه أيه تلفيات مادية . يراجع الدكتور مصطفى محمد الدغيري . التحريات والإثبات الجنائي .صـــ342-345 . ط 2002.

ولاشك بأن الإثبات بالوسائل المعلوماتية الحديثة تجوزه الشريعة الإسلامية لأن الأصل في الدليل الإباحة فللإنسان استنباطه في كل فعل أو حال يوصل إلى بيان الحق وإثباته.

ويرى أبن تيميه وابن القيم أن البينة كل ما يبين الحق ويظهره من شهادة أو يمين أو نكول أو قرائن لأن البينة في كلام الله ورسوله لم تأت مراداً بها الشهادة وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان والدلالة والحجة والبرهان والآية والعلامة والأمارة متقاربة في المعنى (1).

ويلزم الحاكم أن يكون فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده وفي القرائن الحالية والمقالية كفقه من جزئيات وكليات الأحكام وإلا أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله

ويرى أن الفقه نوعان لابد للحاكم منهما :

فقه في أحكام الحوادث الكلية وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع (2) .

وبالتأمل لما سبق نجد أن الشريعة الإسلامية تجوز التعويل في الإثبات على الوسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة تبعاً للأصل وهي إذ أجازت ذلك فقد وضعت العديد من القواعد والضوابط الشرعية في سبيل صيانة الحياة الخاصة بالفرد وحمايتها فمنعت التجسس ودخول المنازل إلا بإذن وتتبع العورات والتصنت وشددت في تحريم ذلك كما منعت استخدام القسوة أو التعذيب للإكراه على الاعتراف وكل ما يمس كرامة الإنسان كمخلوق كرمه الله تعالى بقوله (ولقد كرمنا بني آدم)(3) ورتبت على ذلك بطلان ما ينتج عنه من أدله وهو ما أكدته السنة النبوية وإجماع الصحابة ومختلف مذاهب الفقه الإسلامي .

---

1. إعلام الموقعين . ج1 . ص . 9 . إبن القيم .
2. الطرق الحكمية إبن القيم صـــ4.
3. الإسراء الآيه 70 .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للإثبات بالوسائل المعلوماتية :

سبق أن بينا مشروعية الإثبات بالوسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة وسنتكلم فيما يلي عن طبيعته القانونية.

وإذا كنا لا نعلم خلافاً حول المشروعية بين الفقهاء إلا انهم يختلفون في شأن تحديد الطبيعة القانونية للإثبات لهذا الإجراء فجانب منهم يرى أن الأدلة المستمدة من الحاسبات الآلية لا تعدو أن تكون أدلة ثانوية تأسيساً منهم على ما يعرف بقاعدة "الدليل الأفضل" أو قاعدة " المحرر الأصلي " ويثيرون تشككاً كبيراً حول قبول الأدلة عندما تكون في صورة مخرجات للحاسب كأداة صالحة للإثبات أمام القضاء وذلك باعتبار أن الإشارات الإلكترونية والنبضات الممغنطة التي تعتمد عليها الحاسبات في تشغيلها ليست مرئية للعين البشرية الأمر الذي لا يتأتى معه للمحلفين أو للقاضي مناظرته أو وضع أيديهم على الدليل الأصلي وما يقدم إليهم في وثائق أخرجها الحاسب رغم أهميته لنجاح الملاحقة الجنائية يمكن الاعتراض على قبوله بدعوى أنه "نسخ" لأصول مما يجعله دليلاً ثانوياً لا اصلياً...(1).

ويتجه رأي أخر إلى قبول الدليل المستمد من الحاسب في الإثبات إذا تضمن هذا الدليل تقرير الخبير عند تطلبه في الحالات المنصوص عليها قانوناً وكذلك عندما تكون هناك معرفة معينه أو خاصة في مجالات العلم أو الفن أو التجارة لازمه أو ضرورية لتقييم واقعة أو ظرف مؤثر في الدعوى وفي حالة البيانات والعناصر الأخرى التي يوفرها أو يقدمها جهاز الحاسب .

وتبعاً لطبيعة الدعوى الجنائية يكون الرأي الفني مطلوباً بوجه عام لمساعدة القاضي كما يرون إمكانية قبول الدليل المستمد من الحاسب عن طريق المعاينة التي تقوم بها المحكمة بمساعدة الخبراء(2) وبالتالي فإنه وفقاً لهذا الاتجاه تعد مخرجات الحاسب من الأدلة الفنية .

كما يقرر البعض أنه لا ثمة ما يحول دون قبول مخرجات الحاسب الآلي كأدلة أمام القضاء الجنائي من شأنها أن تسهم في إثبات وقائع الدعوى المنظورة أمامه .

إذ لاوجود لأدلة يحضر المشرع مسبقاً على القضاء أن يقبلها (3).

---

1. عفيفي كامل المرجع السابق صـــ367.
2. عفيفي كامل المرجع السابق صـــ374.
3. يراجع الدكتور هشام محمد فريد ــ قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات ــ مكتبة الآلات الكاتبة أسيوط 1995 صـــــ154 نقلاً عن المرجع السابق .

رأينا في الطبيعة القانونية للإثبات بالوسائل المعلوماتية :

بينا فيما سبق أن المعلومات التي يمكن استخراجها من الحاسب الآلي واستخدامها كأدلة أمام القضاء الجنائي بهدف الإسهام في إثبات وقائع الدعوى المنظورة أمامه هي معلومات متنوعة قد تكون ممثله بحروف كعناوين العملاء وأرصدتهم في البنوك وقد تكون ممثلة بالصور مثل الصور التي تلتقطها الأقمار الصناعية في الفضاء كما في الحاسبات الآلية الموجودة بوكالة الفضاء الأمريكية وقد تكون ممثله بالصوت والصورة المتحركة كالأفلام العلمية والوثائقية التي يمكن تخزينها على الحاسب الآلي وكالحاسبات الموجودة بوكالة الأنباء وشبكات الإذاعة والتليفزيون وأن الأمر لا يتوقف على ما يستمد من أدلة عبر الإنترنت والحاسب الآلي فهناك وسائل أخرى لها نفس الدور المعلوماتي مثل أفلام السينما والفوتجرافات والوسائل الأخرى العارضة للصورة والصوت ملائمة ومؤثرة ومفضية الى إقامة الدليل على صحة أمر ويمكن أن تكون مقبولة في الإثبات كما بينا استخدام الآلات الإلكترونية في مجال البصمات واستخدامات أخرى في مجال المعلومات الجنائية والتحري.

ومن هنا يتعين القول أن تنوع هذه المعلومات يصعب معها إرجاع طبيعتها القانونية الى ذاتية واحدة معينه وإعطائها صفه تدليلية ذات حجية واحدة في الإثبات والمتتبع لقضاء محكمة النقض المصرية يجد أن النتائج المستمدة من الوسائل العلمية تتدرج بين القرينة والدليل القاطع ضمن إطار عام من رقابة محكمة الموضوع وبالنظر في مدى اقتناعها بالحقائق التي تقدمها الوسيلة العلمية وسلامة الحصول عليها من حيث التيقن في مقدرة الخبير وفي هذا المجال نجد أنها بعد أن قضت بمشروعية استخدام أشرطة التسجيلات الصوتية في الحدود التي يتطلبها القانون كوسيلة استدلال وكقرينه تعزز بها أدلة الثبوت قضت بأن الدليل المستمد من تطابق البصمات هو دليل مادي له قيمته وقوته الاستدلالية المقامة على أسس علمية وفنية (2) ويكاد أن يكون هذا هو مذهب القضاء اليمني .

وفي تقديرنا أن موقف القضاء من الأدلة المشروعة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة هو الموقف نفسه من الأدلة المستمدة من الوسائل المعلوماتية .

---

1. يراجع الدكتور هشام محمد فريد ــ قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات ــ مكتبة الآلات الكاتبة أسيوط 1995 صـــ154نقلاً عن المرجع السابق .
2. نقض 94/3/29 س5 والطعن رقم 12509لسـ61 في جلسة 1 / 4 / 1993م يراجع في ذلك الدكتور عدلي أمير خالد ــ إجراءات الدعوى الجنائية في ضوء المستحدث من أحكام النقض ــ دار الفكر الجامعي صـــ428 .

وقد عبرت عن هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية بقولها : ((أن ما كان له من التسجيلات الممغنطة قيمة الدلائل يمكن أن يكون صالحاً لتقديمه للقضاء الجنائي)) (1) .

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول أن الطبيعة القانونية للمعلومات المستمدة من الوسائل المعلوماتية في مجال الإثبات تتدرج بين التحريات[الدلائل] والقرينة والدليل القاطع .

---

1. د / هشام محمد زيد ــ المرجع السابق صـــــ156 نفس المرجع المنقول عنه صـــــ372 .

رابعاً : مدى صلاحية القاضي في الاجتهاد في مجال الإثبات .

يتحدد مدى صلاحية القاضي في الاجتهاد لسد الثغرات التشريعية في مجال الإثبات تبعاً للأنظمة الرئيسية الثلاثة في الإثبات فالقاضي وهو بصدد البحث عن نص قانوني لتطبيقه في الواقعة المنظورة أمامه قد لا يسعفه التشريع بما يريد نتيجة لما يبرزه الواقع من تطور حضاري في شتى مجالات الحياة حيث تبلى التشريعات وتظل الحياة متجددة وعامرة بعطائها الأمر الذي يتعين ان يجتهد المشرعون في مسايرة هذا الواقع بتشريعات تصلح له ومع ذلك لابد أن يواجه القاضي ثغرات في التشريع حيث لا يستطيع المشرع في الواقع العملي مواكبة العصر بوضع النصوص القانونية التي تتسع لتواجه الحركة السريعة للتطور التكنولوجي الحديث ومن هنا يبرز دور القاضي في سد الثغرات التشريعية خصوصاً في موضوعنا الذي نبحث فيه والمتعلق بالإثبات وصولاً للحقيقة وإقامة العدل بين الناس .

فما مدى صلاحية القاضي في الاجتهاد لسد الثغرات التشريعية في مجال الإثبات ؟

وللإجابة على هذا السؤال :

نبين فيما يلي دور القاضي في الاجتهاد وفي ضوء الأنظمة الرئيسية الثلاثة في الإثبات ثم موقف الفقه الإسلامي من اجتهاد القاضي في الإثبات ورأينا في الموضوع .

1ـ نظام الاقتناع الذاتي للقاضي أو حرية الإثبات :

يعتبر نظام الاقتناع الذاتي للقاضي ممن سمات النظام الاتهامي الإجرامي (2) وهو من أقدم النظم ظهوراً في المحيط الإجرائي فدور القاضي في هذا النظام يقوم على مبدأين إحداهما مقيداً بدورة في الإثبات والأخر يمنحه حرية واسعة .

أما كونه مقيداً فلأن دور القاضي في الإثبات "سلبياً" فليس له أي صلاحية في البحث عن الدليل أو في تكملة الأدلة الناقصة لأنه يقوم على أساس أن الدعوى مساجلة بين خصمين هما محركا الدعوى حيث يجلب كلٌ منهما ما لديه من أدلة ووقائع ليضعها بين يدي القاضي الذي يحكم لمن ترجح له الكفة(3) ولهذا كانت الدعوى الجنائية تكاد أن تحتفظ بكافة ملامح وصفات الدعوى المدنية .

---

1. يراجع الدكتور هشام محمد فريد المرجع السابق صـــ167ــ168 مصدر النقل عنه عفيفي كامل عفيفي المصدر السابق صـــ366.
2. يسود النظام الإتهامي الإنجلوسكسونية مع بعض التعديلات ومنها أنجلترا وبعض دول جنوب أفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية وأخذت به السودان في قانون الإجراءات الجزائية لعام 1925 والعراق في أصول المحاكمات الجزائية للعام 1971 مع بعض مظاهر التنقيب والتحري في مجال التحقيق .
3. أ .د محمد إبراهيم زيد ــ تنظيم الإجراءات الجزائية في القانون اليمني صـــ8ــ17 ط1984م .

وأما كونه "حر" فلأنه يتمتع في مجال تقدير الأدلة بمبدأ الاقتناع الشخصي ومن ثم كانت الأدلة في الدعوى الجنائية اقناعية لا قانونية (1).

ويُعد نظام حرية الإثبات هذا من أكثر الأنظمة شيوعاً في التشريعات الإجرائية لأن ظهور ما يعرف بالنظام المختلط بعد ذلك الذي اعتنقته كثير من التشريعات الإجرائية أخذت بنظام حرية الإثبات مع تلافي الدور السلبي للقاضي فأعطت له دوراً إيجابياً في البحث عن الأدلة للوصول الى الحقيقة .

ومن ثم يمكن القول أن أهم ما يتميز به نظام حرية الإثبات هو عدم القيام سلفاً بتحديد أدلة بعينها التي يجب أن يستند إليها القاضي في إصدارة لحكمه وإنما يكون متمتعاً بسلطة تقديرية واسعة من حيث قبول الأدلة ذاتها وعددها ومن حيث تقديره الشخصي لقيمة كل منها كل ذلك تبعاً لما يطمئن إليه "(2).

ووفقاً لذلك يتمتع القاضي بصلاحية واسعة في قبول أي دليل يكون من شأنه إحقاق الحق وإقامة العدل في إطار مشروعية الدليل والابتعاد عن التحكم وإتباع الهوى فدوره إذاً في سد الثغرات التشريعية له ما يبرره وصلاحيته في ذلك واسعة .

ولاشك أن الأدلة المستمدة من الوسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة وفقاً لهذا النظام لن تجد ثمة ما يحول دون قبولها كأدلة أمام القاضي الإثبات واقعة الدعوى المنظورة أمامه.

2ـ نظام الأدلة القانونية :

يعتبر نظام الأدلة القانونية في مجال الإثبات من سمات نظام التنقيب والتحري (3) وهو يقوم على فكرة مغايرة للنظام الاتهامي وأساسها أن الدعوى الجنائية ملكاً للجماعة وتباشرها بواسطة وكلاء تنيبهم عنها وتبغي بها المحافظة على كيانها .فظهرت النيابة العامة كسلطة اتهام ثم ارتقت بدورها إلى تحقيق الدعوى ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم الجنائية المختصة.

وفي مجال الإثبات فدور القاضي في هذا النظام يقوم على مبدأين إحداهما مضيقاً لدوره في الإثبات والأخر يمنحه حرية واسعة .

أما كونه مقيداً لدوره في الإثبات " فلأنه لم يعد بمقدور القاضي أن يحكم في الدعوى وفق اقتناعه الذاتي "وإنما صار مقيداً بأدلة محددة يتولى القانون نفسه تحديد قيمتها في الإثبات مقدماً كما يرسم طريق الحصول عليها وعلى القاضي أن يحكم بالإدانة إن توفرت وبالبراءة إذا لم تتوفر بصرف النظر عن قناعته في ذلك كله"(4).

1. د. محمد زكي أبو عامر ــ الإثبات في المواد الجنائية ــ صـــ81ــ82 الفنية للطباعة والنشر.
2. عفيف كامل عفيفي ــ المرجع السابق صـــ369.
3. يوجه الفقه العديد من الإنتقادات تجاه هذا النظام ويعتبره نظام ديمقراطي لإعتمادة على السلطة التحكيمية في تحريك الدعوى لذلك لانجد له شيوعاً بين الدول .
4. د/محمد زكي أبو عامر ــ المرجع السابق صـــ82ــ83 ويراجع في ذلك أ.د محمد إبراهيم زيد المرجع السابق صـــ10ــ12 ،د/علي حسن مجلي ــ المحاكمه صـــ107 , عفيفي كامل عفيفي المرجع السابق صـــ365.

وأما كونه حراً فلأنه لم يعد دوره سلبياً كما كان في النظام الاتهامي فقد صار للقاضي الجنائي التنقيبي دوراً إيجابياً في البحث والتنقيب عن الحقيقة. ووفقاً لذلك فإن القاضي في هذا النظام يلتزم أن يقيم حكمه في الدعوى بناءً على أدلة محددة سلفاً من قبل المشرع فدوره إذاً في سد الثغرات التشريعية ليس له ما يبرره وصلاحيته في ذلك مقيدة .

ولاشك أن الأدلة المستمدة من الوسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة وفقاً لهذا النظام لن يتمكن القاضي من التعامل معها إلا وفقاً لنصوص تشريعية .

وإزاء ذلك عمدت بعض التشريعات التي تأخذ بهذا النظام الى وضع استثناءات لقبول المعلومات الجنائية في مجال الإثبات وبشروط معينه فهي وإن كانت قد أوجدت له ثلمة ينفذ منها إلى ميدان الاجتهاد إلا أن القاضي يظل معها حبيس تلك القيود التي وضعها المشرع(1).

3ـ النظام المختلط : (2)

يهدف هذا النظام الى المحافظة على كيان الجماعة بمؤاخذة المجرم على فعلته وفي ذات الوقت يعطي الرعاية الكافية للفرد فيمنحه من الضمانات ما يحقق إثبات براءته (3) .

"وفي مجال الإثبات جرت معظم التشريعات على المزج بين النظامين على نحو يجمع بين مزايا النظامين ويتلافى عيوبهما ، أخذت معظم التشريعات بمرحلة التحقيق الابتدائي وصاغت نظريتها في الإثبات على أساس سيطرة مبدأ"حرية الدليل" السائد في النظام الاتهامي ليحكم مسألة "قبول الدليل" أمام القضاء ومبدأ " الدور الإيجابي للقاضي الجنائي " سواء كان قاضي تحقيق أم قاضي حكم السائد في النظام التنقيبي ليحكم مسألة "البحث عن الدليل" ومبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع " عن النظام الاتهامي ليحكم مسألة " تقدير الدليل" (4) .

موقف الفقه والتشريعات العربية :

يرى الفقه العربي من تحليله للنصوص التشريعية في قانون الإجراءات الجنائية أن النظام السائد في الدول العربية هو النظام المختلط وإن بدت في بعض هذه التشريعات مظاهر التشريع الاتهامي ويرجع الفقه تأثير قوانين الدول العربية بالنظام المختلط إلى عوامل متعددة يقف العامل السياسي على رأسها كما ان بعض مظاهر نظام التنقيب والتحري لم تغب عن أغلب التشريعات العربية التي أخذت بالنظام المختلط خاصة في مرحلة التحقيق الابتدائي حيث يكون للنيابة العامة دور هام وأساسي في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية وهذا الدور من أهم سمات التنقيب والتحري حيث لا تتوافر المساواة في الدرجة بين الاتهام والدفاع (5) .

1. لمزيد من الإيضاح يراجع عفيفي كامل عفيفي المرجع السابق صـــ365 ــ 367 .
2. تسير أغلب التشريعات اللاتينية على نظام التحقيق المختلط كما هو الحال في فرنسا وبلجيكا وهولندا وسويسرا وإيطاليا وأسبانيا والبرتغال وبعض دول أمريكا اللاتينية واغلب التشريعات العربية . (2 , 3) أ.د / محمد إبراهيم زيد ــ المرجع السابق صـــ16.
4. د/ محمد زكي أبو عامر المرجع السابق صـــــ85 .
5. د/ محمد إبراهيم زيد ــ المرجع السابق صـــــ16 .

والذي يهمنا في هذا النظام هو دور القاضي في الاجتهاد لسد الثغرات التشريعية في مجال الإثبات. ومما تقدم يتبين أن صلاحية القاضي في هذا النظام واضحة من حيث 1ــ حريته في قبول الدليل 2ــ حريته في تقدير الدليل 3ــ دوره الإيجابي في البحث عن الدليل وإذا كنا قد انتهينا عند حديثنا عن نظام الإثبات الحر أنه لا ثمة ما يحول دون اجتهاد القاضي في سد الثغرات التشريعية فيكون دوره في ظل هذا النظام أكثر اتساعاً ولقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذه الصلاحية بقولـــــها ((فتح القانون الجنائي فيما عدا ما أستلزمه من وسائل خاصة في الإثبات بابه أمام القاضي الجنائي على مصراعيه يختار من كل طرقة ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر مع حرية مطلقة من تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية من كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل أدلة وظروفها (1) .

كما قضت المحاكم الفرنسية بأنه ما كان له من التسجيلات الممغنطة قيمة الدلائل يمكن أن يكون صالحاً لتقديمة للقضاء الجنائي (2).

والمتتبع للقضاء اليمني يجد أنه يتمتع بسلطة تقديرية في ظل مبدأ تكامل الأدلة حيث يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لدية بكامل حريته فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات (3) فالمشرع اليمني أجاز للقاضي في الإثبات الجنائي أن يقضي وفقاً لقناعته ومنحه دوراً إيجابياً في البحث عن الحقيقة ولم يحدد أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية على سبيل الحصر بل أورد عدد من أدلة الإثبات في المادة 323 إجراءات جزائية (4) وهي شهادة الشهود وتقرير الخبراء واعتراف المتهم والمستندات بما فيها أية تقارير رسمية مرتبطة بشخصية المتهم أو وقائع الجريمة والقرائن والأدلة الأخرى فإيراد "عبارة الأدلة الأخرى" على وجه العموم بعد أن ذكر عدد من الأدلة يستفاد منه أن المشرع اليمني لم يحصر الأدلة في مجال الإثبات الجنائي ومن ثم فكل دليل يمكن أن يوصل إلى الحقيقة وإقامة العدل في ظل مشروعية الأدلة وما يطرح على القاضي في مجلس قضائه على بساط البحث والمناقشة يصلح أن يكون دليلاً مقبولاً في الدعوى وبالتالي فإن دور القاضي في التشريع اليمني مكملاً لما يقرره القانون في الإثبات الجنائي في حين أنه لا يملك هذه السلطة الواسعة في مجال الإثبات المدني وقد عبرت المحكمة العليا اليمنية عن هذا المبدأ بقولها ((ومعلوم من حيثيات حكم الإدانة وهو الحكم الابتدائي أنه لم يبن حكمه على الإقرار وحده وإنما بناه على مبدأ تساند الأدلة من إقرار وشهود وآله تصوير الفيديو وغيرها)) (5) .

1.نقض 69/1/20 مج س20 صـــ164 المرجع د.عدلي أمير خالد مرجع سابق صـــ426 د.محمد زكي المرجع السابق صـــ106.

2.د.هشام محمد زيد المرجع السابق صـــ156 نفس المرجع المنقول عنه صـــ372.

3. أنظر حول تكامل الأدلة والحكم بناءً على الأدلة الأخرى في الدعوى حتى لو رجع المتهم عن اعترافه حكم المحكمة العليا الدائرة الجزائية رع رقم2001/1 المرجع الذي نقلنا عنه الدكتور حسن مجلي ــ المحاكمة من قانون الإجراءات الجزائية اليمني ط3لـــ2002م صـــ114.

4.القرار الجمهوري بالقانون رقم 13 لسنـــ94م .

5. حكم الدائرة الجزائية رقم 1 لســـ1422هـــ .

وفي حكم أخر لها قالت: ((...وكل ما ورد في الطعن هو مناقشه لتقرير الخبير الذي هو من سلطة محكمة الموضوع التقديرية فإنه لا يجوز مجادلتها في ذلك أمام المحكمة العليا ذلك لأن سلطة المحكمة العليا هي مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون ولا تمتد مراقبتها إلى حقيقة الوقائع التي اقتنعت بثبوتها المحكمة مصدرة الحكم ولا إلى قيمة الأدلة التي عولت عليها في الإثبات))(1).

إذن فصلاحية القاضي في الاجتهاد في مجال الإثبات في التشريعات التي أخذت بالنظام المختلط واسعة حتى وإن ذكرت بعض التشريعات أدلة الإثبات فإن ذلك لا يحول دون اجتهاد القاضي في البحث عن الحقيقة من أي دليل يرى أن مؤداه إظهار الحق وإقامة العدل ما لم يشترط القانون نصاباً معيناً أو نوعاً خاصاً من الأدلة لحكم واقعة ما ومن ثم فإنه لاشك أن الأدلة المستمدة عن طريق الوسائل المعلوماتية تخضع بدورها مثلها مثل غيرها من عناصر الإثبات للمناقشة أمام القاضي ثم يحكم وفقاً لعقيدته ولما يطمئن إليه .

4ـ موقف الشريعة الإسلامية من اجتهاد القاضي في مجال الإثبات :

بينا فيما سبق مشروعية الدليل في الشريعة الإسلامية تبعاً للأصل في الدليل الإباحة وبينا موقف الشيخ العلامة أبن القيم من ذلك ولما كانت البينة من كلام الله تعالى ورسوله وكلام الصحابة اسمُ لكل ما يبين الحق وإنها أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء الذين قصروها بالشهادة والإقرار ونكول المدعى عليه عن اليمين قال تعالى ((ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات))(2)
وقال تعالى للموسى عليه السلام ((وما تلك بيمينك يا موسى قال هي عصايا أتوكأ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مآرب أخرى قال ألقها يا موسى فالقاها فإذا هي حية تسعى قال خذها ولا تخف سنعيدها سيرتها الأولى وأضمم يدك إلى جناحك تخرج بيضاء من غير سؤ آيةً أخرى لنريك من آياتنا الكبرى))(3).

ولما كان ما انتهينا إليه من كلام الشيخ أبن القيم أن الدلالة والحجج والبرهان والآية والعبرة والعلامة والأمارة متقاربة في المعنى فإنه يستفاد من ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تحصر الأدلة فيما ذهب إليه بعض الفقهاء في الشهادة والإقرار ونكول المدعى عليه عن اليمين بل تركت مجال الإثبات واسعاً بعد أن رسمت المبدأ العام كما هو الحال في سائر الأحكام الأخرى باعتبارها خاتم الرسالات ولتكون صالحة لكل زمان ومكان . وإذا كان الأصل في الدليل الإباحة في الشريعة الإسلامية إلا أنها لم تعط للقاضي سلطة مطلقة في الإثبات بل تختلف سلطته في الإثبات بحسب

1. قرار الدائرة الجزائية رقم (1420/28هـ) بتاريخ30/ربيع الأول/1420هـ الموافق 13/يوليو/1999م نقلاً في المرجع السابق نفسه.
2. سورة الحديد الآيه 25 .
3. سورة طه الآيه 17 ــ 23 .

نوع الجريمة إذ يخضع في دعاوى الحدود والقصاص لأدلة محددة سلفاً في نصوصها حيث لا يثبت شرعاً إلا من خلال أدلة محددة موصوفة شرعاً وهي شهادة شاهدين فيما عدا الزنا فشهادة أربعة أو الإقرار ويلزم لثبوت جريمة الحد أن يصل اقتناع القاضي إلى درجة ((اليقين)) فإذا تطرق الشك الى الدليل كان ذلك مانعاً من اليقين الذي تبنى عليه الأحكام عملاً بقول رسول الله صلى عليه وآله وسلم **((ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً))** وقوله عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ **((ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة))** .

أما بالنسبة لدعاوى التعازير فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومن ثم نجد أن سلطة القاضي الإسلامي في مجال الحدود والقصاص مقيداً في حين أن سلطته في دعاوى التعازير تتفق مع مبدأ حرية الإثبات واقتناع القاضي . ومن ثم فإن له حرية واسعة في الاجتهاد تطبيقاً لما رسمته الشريعة الإسلامية للقاضي من مبادئ عامة لا بتقصير منها فيأتي دوره كمصدر من مصادر الشريعة لا ليسد ثغرة من ثغراتها في المجال التشريعي لأنها منزهة عن ذلك .

فهي شريعة تتمثل فيها قدرة الله تعالى وكماله وإحاطته بما كان وما يكون فهي صياغة من أحاط بكل شئ علما وهو الحكيم الخبير .

رأينـــــــــــــــــا :

بعد أن استعرضنا صلاحية القاضي في الاجتهاد في النظم الرئيسية الثلاثة في مجال الإثبات وموقف الشريعة الإسلامية من ذلك يتضح جلياً أن صلاحية الاجتهاد القضائي لسد الثغرات التشريعية في مجال الاجتهاد يتوقف على نوع النظام الذي يعمل القاضي في إطاره ومن ثم لا يمكن إرساء قاعدة عامة ومجدده تخضع لها كافة التشريعات ، اللهم إلا إذا تناولنا ذلك من باب ما تأخذ به أغلبية التشريعات سواء على المستوى الدولي أو الوطن العربي حيث رأينا أن أغلبية هذه التشريعات تأخذ بالنظام المختلط الذي يعتنق المبادئ الجوهرية السامية في الإثبات وهي مبدأ حرية الإثبات ومبدأ تقدير الدليل والدور الإيجابي للقاضي للبحث عن الحقيقة . ثم ما تسموا به الشريعة الإسلامية من نظرة مميزة لسلطة القاضي في الاجتهاد وتقييد سلطته في مجال الحدود والقصاص حماية للأنفس والأعراض من الدوافع النفسية المريضة التي لا يسلم منها إلا من رحم ربي .

وفي ضوء ما تقدم فإن الأدلة مهما كان وزنها أو مصدرها وفي إطار مشروعيتها المتفق عليها فقهاً وقضاءً ومنها مخرجات الوسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة لا يختلف الحديث عنها مثلها مثل عناصر الإثبات الأخرى من حيث جواز طرحها أمام القضاء وقابليتها للمناقشة وخضوعها لتقدير القاضي وبناء الحكم عليها دونما حاجة إلى معالجتها تشريعياً بنصوص قانونية إلا إذا كان من باب البيان والتأكيد عليها فيما عدا التشريعات التي تأخذ بنظام الأدلة القانونية فالحاجة ماسة للنص عليها وإدراجها ضمن الأدلة التقليدية في الإثبات وبيان مدى قوتها التدليلية والوقائع التي تصلح لها .

الخـــــــــاتمـــــــــــــــــة

أخيراً فإننا نحمد الله تعالى الذي وفقنا في إعداد هذه الورقة البحثية ونتمنى أن يكون عرضنا لها ــ مع كونها عبارة عن عجالة في صلاحية الاجتهاد القضائي لسد الثغرات التشريعية في مجال الإثبات ــ عرضاً موفقاً .

وأن يكون ما قدمناه من تحليل وآراء نافعاً لكل من يعمل في أجهزة العدالة وفي مجال التشريع وعوناً لهم على أداء عملهم الشاق المضني .

كما أننا نتطلع الى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية في بيروت أن يجمع حصيلة عطاء هذه الندوة وصياغتها في توصيات يخاطب بها المعنيين في الأمر وهذا دأبه الذي عرفناه عنه سائلين المولى عز وجل أن يسدد خطاه على طريق العلم والمعرفة وينفع به هذه الأمة التي لا يرتفع شأنها إلا بقدر ما تعلم ولا يحط من شأنها إلا بقدر ما تجهل.

وفي النهاية لا نزعم أننا قد حققنا بما قدمناه الشيء الكثير ولكنه إسهاماً متواضعاً منا كنا أول من استفاد منه وحسبنا أن يفتح الطريق لمزيد من الأبحاث المدعمة بآراء وتجارب الأخوة المهتمين في هذا المجال .

والله من وراء القصد

((ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ...))

((البقرة الآية 286))

المراجع

أولاً : المراجع الشرعية

1. **القرآن الكريم .**
2. **أعلام الموقعين ــ ابن القيم .**
3. **الطرق الحكمية ــ ابن القيم .**
4. **مراجع أخرى .**

ثانياً : المراجع القانونية مرتبة بحسب الحروف الهجائية .

1. **د/ جميل عبد الباقي الصغير ــ الإنترنت والقانون الجنائي .**
2. **د/ حسن علي مجلي ــ المحاكمة .**
3. **م . د/ عدلي أمير خالد ــ إجراءات الدعوى الجنائية في ضوء المستحدث من أحكام النقض .**
4. **م . د/ عبد الفتاح مراد ــ التحقيق الجنائي .**
5. **عفيفي كامل ــ جرائم الكمبيوتر .**
6. **أ . د/ محمد إبراهيم زيد ــ تنظيم الإجراءات الجزائية في القانون اليمني.**
7. **د/ محمد زكي أبو عامر ــ الإثبات في المواد الجنائية .**
8. **اللواء/ محمود فهمي الصفطاوي ــ دور البصمة في الكشف عن الجريمة.**
9. **د/ مصطفى محمد الدغيري ــ التحريات والإثبات الجنائي .**