AL-NAHRAIN JOURNAL OF LEGAL SCIENCE Vol.26 (NO. 3) 2024, pp. 202-220

AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW

ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية العدد: ٣ المجلد: ٢٦ آب ٢٠٢٤

Received:1/7/2024 Accepted: 15/7/2024 Published: 1/8/2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The effectiveness of the positive role of the Iraqi judiciary in resolving the legislative conflict between Digital Signature Law No. 78 of 2012 and the judicial approach of 2023

Dr. Hassan Sadiq Aboud
Al- Nahrain University /College of Law
Hassan_Sadiq@yahoo.com

Summary:

The conflict over rights is one of the axioms that plague societies in general, regardless of the degree of civilizational and scientific progress, as the need for the judiciary is a renewed need with the development of time, and the desired judiciary is no longer just a means of implementing the law, as the judiciary has a wide scope in the issue of realizing rights, as The judge is not just a deaf tool for implementing the legal text. With this view of the role of the judge, an issue emerges that is worthy of research, which is the positive role of the judge. In many cases, we are accustomed to a role in which the judge has discretionary authority in some issues, and among these issues is the legacy of the information revolution. For example, we can see the role of the judge within the application of (giving testimony remotely by using electronic means of video conferencing), but this role collides with a legislative obstacle that is the prohibition contained within the Digital Signature and Electronic Transactions Law of 2012, and this is what outweighs our desire to Choosing research within this topic, which is not devoid of importance, which we will review within our research.

Keywords: positive role, electronic means, judge, legislative conflict.

مدى فاعلية الدور الايجابي للقضاء العراقي في حل التعارض التشريعي بين قانون التوقيع الرقمي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ والتوجه القضائي لسنة ٢٠٢٣

م.د.حسن صادق عبود
جامعة النهرين/كلية الحقوق
Hassan_Sadiq@yahoo.com

ملخص:
إن التنازع في الحقوق من البديهيات التي تشوب المجتمعات بصورة عامة بغض النظر من درجة التقدم الحضاري والعلمي، إذ أن الحاجة إلى القضاء هي حاجة متجددة مع تطور الزمن، والقضاء المنشود لم يعد مجرد وسيلة لتطبيق القانون إذ أن القضاء له مساحة واسعة في مسألة إحقاق الحقوق إذ لا يعد القاضي مجرد أداة صماء لتطبيق النص القانوني، ومع هذه النظرة لدور القاضي تظهر مسألة جديرة بالبحث ألا وهي الدور الايجابي للقاضي، ففي كثير من الأحوال نألف دوراً للقاضي سلطة تقديرية في بعض المسائل، ومن بين هذه المسائل ما خلفته الثورة المعلوماتية من أمور، فعلى سبيل المثال ما يمكن أن نلتمسه من دور للقاضي ضمن تطبيق (الإدلاء بالشهادة عن بعد عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية الفيديو كونفرانس)، إلا أن هذا الدور يصطدم بعقبة تشريعية مفادها المنع الوارد ضمن قانون التوقيع الرقمي والمعاملات الالكترونية لعام ٢٠١٢، وهذا ما رجح الرغبة لدينا في اختيار البحث ضمن هذا الموضوع الذي لا يخلو من الأهمية التي سوف نستعرضها ضمن بحثنا.

الكلمات المفتاحية: الدور الايجابي، الوسائل الالكترونية، القاضي، التعارض التشريعي.

مقدمة:

أولاً: موضوع البحث

إن المهمة الملقاة على عاتق القاضي مهمة خطيرة عليه أن يسلك سبلاً قانونية وشرعية في إجراءاتها المتخذة حيال إصدارها لا ينتابها الغموض أو النقص . وإن ذلك يتطلب منح القاضي الجنائي قدراً من السلطة التقديرية ومجالاً من الحرية ليكون له الدور الايجابي في ممارسة قضاءه ليتمكن من الوصول إلى الحقيقة . وهذا ما استقرت عليه غالبية التشريعات الجنائية ، فمنحت القاضي الجنائي الحرية في الاقتناع بالأدلة وتكوين عقيدته منها، ولا يكون هذا الأمر متاحاً للقاضي إلا باعتماد بعض الآليات ومنها اعتماد الوسائل الالكترونية، وقد قرر مجلس القضاء الأعلى في العراق الموافقة على اعتماد الشهادة عن طريق الوسائل الإلكترونية (الاتصال بالفيديو) ولمحاكم استئناف محافظات نينوى بابل ذي قار البصرة انسجاماً مع ضرورة مواكبة القضاء للتطور الإلكتروني وتوفير المعايير الدولية في إجراء المحاكم مما يساهم في سرعة حسم القضايا، قرر مجلس القضاء الأعلى بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٧ تموز ٢٠٢٣ الموافقة على (الإدلاء بالشهادة عن بعد عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية الفيديو كونفرانس)، على ان يتم البدء بعمل هذه التجربة في رئاسة محاكم استئناف كل من نينوى بابل ذي قار البصرة، بالرغم من أن قانون التوقيع الرقمي والمعاملات الالكترونية نص في المادة الثالثة منه ضمن البند ثانياً على: "ثانيا- لا تسري احكام هذا القانون على ما يأتي : أ- المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ب - إنشاء الوصية والوقف وتعديل احكامهما جـ - المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الاموال . د - المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة ه . اجراءات المحاكم والاعلانات القضائية والاعلانات بالحضور وأوامر التفتيش وأوامر القبض والاحكام القضائية".

ثانياً: أهمية البحث

لا تخلو دراسة هذا الموضوع من الأهمية، إذ أن القاضي لا يعد مجرد مطبق للنص القانوني بقدر كونه ذا سلطة تقديرية يمكن من خلالها التعامل مع ظروف كل جريمة على حدة، كما أن دراسة هذا الموضوع التطرق إلى موضوع الحقيقة الفعلية في الدعوى الجزائية التي لها دور فاعل في تفعيل الدور الايجابي لدور القاضي ضمن الأدلة الالكترونية، إي من حيث إمكان تحويل الشك الذي بدأت به الدعوى الجزائية إلى يقين يبنى علية الحكم طبقاً لدليل الكتروني (شهادة عبر شبكة الانترنيت)، فأهمية الموضوع مرتبطة بالهدف منه وهي في ذات الوقت مرتبطة بأهمية كل من قانون العقوبات وأصول المحاكمات الجزائية واختلافهما عن القانون المدني والمرافعات المدنية والإثبات المدني من ناحية الهدف المراد تحقيقه من تلك القوانين.

ثالثاً: مشكلة البحث

تتخل دراسة هذا الموضوع إشكالية تتعلق بمدى فاعلية الدور الايجابي للقضاء العراقي في تلافي التعارض التشريعي بين الواقع الذي فرض الاستعانة بالأدلة الإلكترونية (الشهادة عبر الوسائل الالكترونية) وبين المنع الوارد في قانون التوقيع الرقمي والمعاملات الالكترونية، إذ تتبلور إشكالية البحث في التساؤل عن مدى إمكانية تلافي التعارض مع نص قانوني نافذ؟

رابعاً: منهجية البحث

أن دراسة هذا الموضوع تقتضي اتباع منهج الدراسة الوصفي التحليلي لنصوص القانون العراقي ذات الصلة واستعراض الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع.

خامساً: خطة البحث

سوف نتناول دراسة موضوع البحث ضمن خطة بحثية مكونة من مبحثين، يكون المبحث الأول مخصص لموضوع التعريف بمفهومي القضاء والتعارض التشريعي، ضمن مطلبين، ونتكلم في المبحث الثاني عن موضوع صور التدخل القضائي الايجابي لإعمال الوسائل الالكترونية في التقاضي، ضمن مطلبين.

المبحث الأول

التعريف بمفهومي القضاء والتعارض التشريعي

أن العديد من الدول تحاول أن تصل بنظامها القانوني إلى الدرجة التي تصبح فيها أكثر ملائمة لحياة أبناء الجماعة ، وهذا الأمر يسوّغ قيام المشرعين بين الحين والأخر، بتعديل النصوص القانونية، أو الغائها، أو إكمال ما فيها من نقص حسب المُستجدات التي تواجه القاعدة القانونية، فالأخيرة لدى سنّها من قبل المشرع تكون عرضةً للتعديل أو الإلغاء ؛ لأن القاعدة القانونية لا تتصف بصفة الثبات وعلى خلاف ما هو مستقر في أذهان العديد يُعد القانون من العلوم القابلة للتطور حسب متطلبات كل حقبة زمنية.

ولمّا كان القانون من العلوم التي تتصف بصفة الثبات، لذا ظهرت الحاجة إلى إبراز دور القاضي في ظل تطبيق القاعدة القانونية ، فمن المعروف أن عمل القاضي لدى الكثير هو مجرد نقل إرادة المشرع إلا أن هذا المفهوم غير صحيح على إطلاقه ؛ لأن المشرع في العديد من القوانين، سواءً كانت الموضوعية منها أم الإجرائية، قد تنازلَ عن جزء من سلطته إلى القاضي؛ فالقاضي لدى تطبيقه النص القانوني يمتلك سلطةً تقديرية يكون قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به ، فالحيثية القضائية لها دور كبير في تطبيق نص معين دون سواه على الواقعة أو التصرف، فالقاضي قبل إعلان إرادته بإصدار حكمه يكون أمام أمرين: الأول هو الفرض الذي يتمثل في ادعاءات الخصوم ، أما الأمر الأخر فهو الحكم الذي تنظمه القاعدة القانونية ، لذا يجب على القاضي أن يعمل على الموائمة بين الفرض والحكم الذي تتضّمنه القاعدة، لغرض الوصول إلى الحكم العادل بين المُتداعيين، وفي ضوء هذه الأهمية ظهرت الحاجة إلى القضاء.

المطلب الأول

التعريف بمصطلح القضاء

إن القضاء ضمن المفهوم العام له يتحدد ضمن معنيين، الأول هو المعنى اللغوي، ويتجسد المعنى الثاني في المدلول الاصطلاحي، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين وفق الآتي

الفرع الأول

التعريف بالقضاء من الوجهة اللغوية

القضاء لغة يرد في عدة معان في القرآن الكريم منها الحكم بمعنى الايجاب والإلزام والمنع في قوله تعالى: ((وقضى ربك الا تعبدوا إلا اياه))[0].

والقضاء بالمد يقصد الحكم وأصله قضاي، لأنه من قضيت إلاّ أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، وقال ابن بري صوابه بعد الألف الزائدة طرفاً أهمزت والجمع أقضية ، والقضية مثله ، والجمع قضايا على وزن فعالى والاسم القضيّة فقط . ويقال القضاء الفصل في الحكم ومنه قوله تعالى **[ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضي**

---

0 سورة الاسراء الاية ٢٣ ، كما وردت بمعنى الاداء في قوله تعالى ((فاذا قضيتم مناسككم))الاسراء (٤) ، والانهاء والتبليغ في قوله تعالى ((وقضينا الى بني اسرائيل في الكتاب)) الاحزاب (٢٣) ، والهلاك في قوله تعالى:((فوكزه موسى فقضى عليه))، سورة القصص (١٥) ، والفراغ في قوله تعالى: ((فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها)) سورة الاحزاب(٣٧) ، والمضي في قوله تعالى ((ثم اقضوا الى ولا تنظرون)) سورة يونس (٧١) ، والصنع والتقدير في قوله تعالى: ((فقضاهن سبع سموات في يومين)) سورة فصلت (١٢)، والموت في قوله تعالى:((ياليتها كانت القاضية)) سورة الحاقة(٢٧)، انظر في ذلك د. صالح عبد الله ناجي الظبياني . المرأة وولاية القضاء بحث منشور في وقائع المؤتمر السنوي الثامن لكلية الحقوق . جامعة المنصورة .ص٩.

بينهم] [1] أي لفصل الحكم بينهم ومنه قضى القاضي بين الخصوم أي قطع بينهم في الحكم[2].

ويقال استقضي فلان أي جعل قاضياً يحكم بين الناس ، وقضّى الأمير قاضيا كما تقول أمر أميراً ، ويقال قضى بينهم قضية وقضايا وهي الأحكام وفي صلح الحديبية **[هذا ما قاضى عليه محمد]** هو فاعل من القضاء الفصل والحكم لأنه بينه وبين أهل مكة[3].

وللقضاء في اللغة معانٍ عدة ترجع كلها إلى انقطاع الشيء وتمامه وكل ما أحكم عمله أو أُتم أو حتم أو أدى أداء أو أوجب أو أنفذ أو أمضي فقد قضي، ويتبين مما تقدم أن معاني القضاء في اللغة هي ما يأتي :

١. بمعنى (الصنع والتقدير) يقال قضى الشيء قضاء إذا أصنعه وقدره، قال تعالى: **[فقضاهن سبع سماوات في يومين]** [4] أي خلقهن وعملهن .
٢. القضاء المقرون بالقدر ويكون بمعنى (الحتم) قال تعالى: **[وقضى ربك ألاّ تعبدوا إلاّ إياه]** [5] وقال تعالى: **[ثم قضى أجلاً]** [6].
٣. بمعنى (البيان) قال تعالى: **[من قبل أن يقضى إليك وحيه]** [7] ، أي يبين لك بيانه.
٤. بمعنى (العهد والوصية) قال تعالى **[وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب]** [8] أي عهدنا .
٥. بمعنى (الأداء) قال تعالى **[فإذا قضيتم مناسككم]** [9] ، وقال تعالى: **[فإذا قضيت الصلاة]** [10].

الفرع الثاني
القضاء في الاصطلاح

القضاء في الاصطلاح على قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وهو في حقيقته الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام[11]، والقضاء هو الجهة التي تختص بفض المنازعات بمقتضى القانون سواء اكانت ناشئة بين الافراد فيما بينهم او مع الحكومة[12]، والقضاء هو عبارة عن: "ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البرية بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق" [13].

---

(1) الشورى / آية ١٤ .
(2) محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، المحيط ، دار لسان العرب ، بيروت ، المجلد الثالث ، ص١٦٢ ، عبد الله العلايلي ، الصحاح في اللغة والعلوم ، دار الحضارة العربية ، بيروت ، المجلد الثاني ، ص٣١٦-٣١٧ ، محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس في جواهر القاموس ، المطبعة الخيرية ، القاهرة ، ١٣٠٦هـ ، ص ٢١٠ .
(3) ابن منظور ، المصدر السابق ، ص ١٦٢ .
(4) سورة فصلت /١٢ .
(5) سورة الإسراء / ٢٣ .
(6) سورة الأنعام /٢ .
(7) سورة طه /١١٤ .
(8) سورة الإسراء /٤ .
(9) سورة البقرة /٢٠٠ .
(10) سورة الجمعة /١٠ .
(11) ضياء شيت خطاب . فن القضاء . مؤسسة الخليج للطباعة والنشر . بغداد . ١٩٨٤ . ص١٣.
(12) فاروق الكيلاني . استقلال القضاء . الطبعة الاولى . دار النهضة العربية . القاهرة . ١٩٧٧ . ص١٥. وكذلك انظر: ابراهيم المشاهدي، السلطات القضائية المخولة للإداريين . مطبعة الجاحظ . بغداد – ١٩٩٤ . ص٧
(13) باقر شريف القرشي ، نظام الحكم والإدارة في الإسلام ، مطبعة الآداب في النجف الأشرف ، ط١ ، ١٣٨٦-١٩٦٦ ، ص٣٣٢ –٣٣٣ .

ويعرفه السيد الخوئي بأنه: " فصل الخصومة بين المتخاصمين ، والحكم بثبوت دعوى المدعي او بعدم وجود حق له على المدعى عليه" [1]، ويعرفه الشهيد الاول في الدروس: " ان القضاء عبارة عن الولاية على الحكم، في الدعاوى ، والمنازعات ، وفي الامور العامة "، ووافقه على ذلك الشهيد الثاني[2]، أو هو (ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الإمام) والتعريف الأخير أعم من الأول حيث يشمل الحقوق وغيرها كالحكم بالهلال وغيره[3]. ويعرفه ابن رشد بأنه (الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام) [4].

المطلب الثاني

بيان مفهوم التعارض التشريعي

كثيرة هي المصطلحات التي يعزف المشرع عن بيانها ضمن النصوص القانونية ويتولى الفقه بيان المدلول الخاص بها، حيث أن المشرع غير مطالب ببيان التعريفات لغاية عدم جعل النص القانوني لا يواكب التطورات اللاحقة على صدور النص، والتعارض التشريعي كغيره من المصطلحات له لغوي وآخر اصطلاحي سنحاول بيانه ضمن الآتي:

الفرع الأول

التعريف بالتعارض بمفهومه العام

التعارض لغة: التقابل والتمانع والتعادل من اعترض الشيء: صار له عارضاً كالخشبة المعترضة في النهر[5]، وعرف التهانوي التعارض بين البينتين فقال: "وتعارض البينتين اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى حيث لا يمكن الجمع بينهما فتتساقطان "[6]، وعرفه ابن عرفة فقال: تعرض البينتين اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى[7]، فالتعارض بين البينات هو أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر، بحيث لو انفرد دليل أحدهما لحكم له به. أنواع التعارض والتعارض إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً.

فالتعارض الايجابي هو أن تلقي وسيلتان من وسائل الإثبات على أمر واحد بحيث تثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، وذلك بأن يكون محل الإثبات واحداً والجهة واحدة، وإنما يأتي التعارض من اختلاف طبيعة كل وسيلة عن الأخرى، بأن يجتمع الإقرار والبيئة عليه فقد اجتماع الإقرار والبيئة واختلف الفقهاء في ذلك هل يقضي عليه بالبينة أم يقضي عليه بالإقرار ؟.

قال بعض الفقهاء: يقضي عليه بالبيئة لأنه بإنكاره وإقامة البيئة عليه استحق المدعى الحكم عليه، فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق ولأن زيادة التعدي) تعدي الشهادة

---

(1) ابو القاسم الموسوي الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ج ١ ، ١٩٧٥ ، ص ٣ .

(2) السيد حسين الحسيني الهمداني . المحاكمة في القضاء ، ١٣٩٧هـ ، ص ٢٢ .

(3) باقر شريف ، المصدر السابق ، ص٣٣٣ .

(4) علي الفنطاسي ، نظام القضاء في الإسلام ، بحث في مجلة القضاء والتشريع ، تونس ، السنة ١٨ ، العدد ٨ ، السنة ١٩٧٦ ، ص٧٨٣ .

(5) اسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح تاج اللغة ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،ج٣، ط١، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤، ص١٠٨٤.

(6) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ علي معوض ـ الشيخ أحمد عبد الموجود ، ج٤ ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ص١٥٠.

(7) نجم الدين ابي القاسم جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح السيد عبد الزهراء الحسيني ، ج ٢، ط١، دار ذوي القربى، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص٢٢٤.

إلى الكافة (الثابتة بالبرهان حقه فلا يؤثر فيه الإقرار اللاحق في بطلانه (لأن الإقرار حجة قاصرة). وقال الشافعية يقضي بالإقرار لأن البيئة تسمع عند عدمه، فحيث وجد لم تكن للبيئة حاجة فلا يلتفت إليها()، ولأنه حجة بنفسه والبيئة لا تكون حجة إلا باتصال القضاء بها فهو أقوى منها والعمل بالأقوى واجب، وقال الماوردي الشافعي: يعتبر الأسبق منهما. قال الخطيب الشربيني : إن المعول على البيئة حيث وجدت ().

الشرط الأول: أن يكون التعارض بين بينتين متكاملتين، لأن التعارض لا يتحقق في الشهادة مثلاً إلا مع تحقق التضاد مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو ، فلا تعارض بين بينة كاملة وبيئة ناقصة لأن التعارض يعتمد على المساواة، كما أنه لا تعارض بين بينتين ناقصتين كما إذا حصل تعارض بين شاهد وشاهد أو اختلاف في شهادة الأول وشهادة الثاني، لأن التعارض يقع بين بينتين كل منهما توجب الحكم عند زوال الأخرى، ولا تعارض مع المرجحات الأولية التي سبق ذكرها في عبء الإثبات، لأن هذه المرجحات لا يعمل بها عند وجود وسيلة للإثبات، لاتفاق الفقهاء على ترجيح، والتعارض السلبي يشترط في تعارض البينتين ثلاثة شروط هي وسائل الإثبات على المرجحات الأولية .

الشرط الثاني: أن يكون التعارض بين بينتين لا يمكن الجمع بينهما، لتحقق التنافي بينهما بأن تكون كل منهما على محل واحد، وفي وقت واحد، وتكون إحداهما مثبتة الحق لشخص والأخرى تنفيه عنه وتثبته لآخر، فإذا أمكن الجمع بينهما، فلا تعارض كبينة الملك وبيئة الحوز، لأن الحوز يكون عن ملك وعن غيره فيعمل بهما معاً ويحكم لصاحب الملك مع إمكان الجمع بين البينتين). وليس من السهل التأكد من إمكان الجمع بين البينتين، ولذلك تظهر البينات متعارضة في الظاهر، ويبحثها الفقيه أو القاضي، وتدخل في بحث التعارض والترجيح، فإذا أمكن الجمع بينهما فقد زال التعارض() .

الشرط الثالث: أن تكون البينات المتعارضة في قوة واحدة، فإذا كانت إحداهما أقوى من الأخرى فلا تعارض، وتقدم البيئة الأقوى، مثاله الشهادة وعلم القاضي، فالشهادة تفيد الظن وعلم القاضي يفيد اليقين والقطع، والقطع أقوى من الظن، ولذلك قال الفقهاء لا يحكم القاضي بخلاف علمه باتفاق، ولا يقبل الجرح والتعديل في الشهود إذا خالف علمه، وكذلك الشهادة والقرائن فتقدم الشهادة على القرينة إلا إذا كانت قاطعة. والفقهاء يختلفون في الحكم على قوة كل بينة، وهل هي تساوي الأخرى أم لا كالشاهدين والشاهد والمرأتين والشاهد واليمين، وهكذا ولذلك يبحث الفقهاء هذه الأمور في التعارض والترجيح أيضاً اختلافهم في الحجة القوية والحجة الضعيفة وسوف نرى ذلك في الترجيح بقوة الحجة().

---

[1] () علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٦، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦، ص٢٣٢.

[2] () محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، تحقيق الشيخ عباس القوجاني ، ج٦، ط٤، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص٤٠٠. د. ياسر باسم السبعاوي نظرية الرجحان وتطبيقاتها في ادلة الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٣، ص٦٢.

[3] ()برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ،ج٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ،ط الأخيرة ، بدون سنة طبع، ص٤٢١.

[4] () يوسف البحراني ،الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، تحقيق محمد تقي الايرواني، ج٢٤، ط٢، دار الاضواء ، بيروت، ١٩٨٥، ص٣١١.

الفرع الثاني
حالات التعارض

يقع التعارض بين البينات في صور كثيرة وذلك كالتعارض بين الإقرار والإقرار والتعارض بين الأدلة الخطية مع بعضها، أو بين الأدلة الخطية والإقرار أو بينها وبين الشهادة والتعارض بين الشهادات وهو أهم حالات التعارض، وهو المقصود في اصطلاح الفقهاء عند الإطلاق، إذا ظهر التعارض بين البينات فقد اختلف الفقهاء في موقف القاضي من ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا تعارضت البينات في الدعوى فليلجأ القاضي أولاً إلى الترجيح فإن تعذر الترجيح فيجمع بينهما. وذهب إلى ذلك الحنفية جرياً مع قواعدهم في تعارض الأدلة في أصول الفقه في الترجيح ثم الجمع() وكان استدلالهم على ذلك بما يلي: البيئة حجة في الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في الأحكام فيعمل به . إذا ترجح أحد الدليلين على الآخر فلا تتحقق المعارضة أصلاً ولا ترجيح، لأن الترجيح مبني على التعارض، والتعارض مبني على التماثل، وعند الترجيح فلا تماثل ولا تعارض وإنما يعمل بالأقوى ويترك الأضعف لكونه في حكم العدم بالنسبة إلى الأقوى ويعترض عليه بأن التعارض إنما هو من حيث الظاهر، وقد تحقق التعارض بين الأقوى والأضعف من حيث الظاهر، وإذا زال التعارض الظاهري بقي معنا دليلان صحيحان ويجب العمل بالراجح وعن ترك الراجح خلاف المعقول والإجماع ويعتبر عليه أن العمل بالراجح وإن ترك الراجح الحقيقي واجب عقلاً، ولا يصح تركه أما في التعارض الظاهري فلا ترجيح وإنما يجب اعتبار الاثنين معاً.

القول الثاني:

إذا تعارضت البينات في الدعوى فيلجأ القاضي إلى الجمع بينهما، فإن تعذر الجمع لجأ القاضي إلى الترجيح، وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء في المذاهب الأخرى، جرياً مع قواعدهم في تعارض الأدلة في أصول الفقه في الجمع ثم الترجيح، واستدلوا على ذلك بأن العمل بالدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر، لأن الأصل في أصول الفقه في الدليلين إعمالهما، فإن تعذر إعمالهما فنعمل بالراجح. والراجح القول الثاني، لأن التعارض ظاهري فإذا أمكن رفع التعارض ظهر .

المبحث الثاني
صور التدخل القضائي الايجابي لإعمال الوسائل الالكتروني في التقاضي

إنّ اتساع وكثرة التعاملات الإلكترونية في الوقت الراهن مع تطور وسائل الاتصال جعلت من فكرة ظهور المستندات الإلكترونية أمراً ملحاً، إذ أن طبيعة عمل هذه الوسائط تحتاج إلى مستندات إلكترونية يمكن التعامل بها في الوسط الإلكتروني، لذا فإنّ الحاجة لظهور هذه المستندات عززت من الضرورة لوضع النصوص القانونية التي تكفل الاستفادة من هذه الوسائل من خلال إعطاء القوة الثبوتية لهذه المستندات عن طريق مبدأ حجية الكتابة والتوقيع الإلكتروني مع شرط اقترانها بضوابط معينة لغرض يمكن قبولها كدليل إثبات أمام القضاء[٥]، والمأمول ضمن اعتماد الوسائل الالكترونية يتم عبر الاجتهاد القضائي الذي يتجسد ضمن صور معينة سنحاول بيانها ضمن هذا المبحث ضمن مطلبين:

() محمد امين الشهير بابن عابدين الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود ـ الشيخ علي محمد معوض ، ج٨ ، بلا ط، دار عالم الكتب، الرياض ، ٢٠٠٣، ص٢١٣. د. محمود نجيب حسني، الاختصاص والإثبات في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٦٠

[٥] إيمان غانم، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة ـ كلية القانون، الجزائر، ٢٠١٣، ص٨١.

المطلب الأول

اعتماد التفسير المتطور لقبول الشهادة الالكترونية طبق المادة (١٠٤) من قانون الاثبات

إن المشرع العراقي لم يتجاهل أثر وسائل التقدم العلمي على قانون الاثبات[1]، خلال منح القاضي رخصة الاستفادة من الوسائل القائمة لخدمة الاثبات ، وهذا مؤشر على تفوق المشرع العراقي على قرينه المشرع المصري الذي اغفل تماماً الاشارة إلى وسائل التقدم العلمي في قانون الاثبات رقم (٢٥) لسنة(١٩٦٨)، والمعدل بالقانون رقم (٢٣) لسنة(١٩٩٢)، فالموقف الذي اتخذه المشرع العراقي في الاثبات من وسائل التقدم العلمي يدل على أن المشرع العراقي قد أجاز في قانون الاثبات العراقي في المادة (١٠٤) للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي قياساً إلى التشريعات العربية التي لم يرد بها أي نص يسمح فيه القانون بالاستفادة من وسائل التقدم العلمي ، إلا أنّ المشرع العراقي لم يأخذ من هذه الوسائل موقفاً واضحاً ويتدخل بتحديد حجيتها في الاثبات، ولكنه ترك الأمر للقضاء وجعل هذه الوسائل مجرد قرائن قضائية والقاعدة في الاثبات بالقرائن القضائية مقيد إلا فيما يجوز اثباته بالشهادة، كما أن سلطة القاضي في الأخذ بوسائل التقدم العلمي، سلطة جوازية للقاضي الحرية في الاعتماد على هذه الوسائل أو عدم الاعتماد عليها، أما في الدليل الكتابي فأن القاضي ملزم بالأخذ به إذا توافرت شروط صحته؛ لأنّ ما ورد في نص المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي[2]، مجرد توجيه جاء على استحياء في الأخذ بما يتحقق بالتقدم العلمي، وكان يجب أن يكون من الأسس التي يقوم عليها القانون، والحقيقة إن ما طرحه الفقه بخصوص المحررات الإلكترونية لا يمكن إنكاره، إذ لاحظنا عدم كفاية نص المادة (١٠٤) لتوفير مساحة قبول قانوني للمحرر الالكتروني تتناسب مع متطلبات التطور التكنلوجي المتسارع ، مع ذلك لا ينكر منصف الموقف المحمود لمشرعنا من وسائل التقدم العلمي ولو على سبيل القرائن[3]، فمع الاعتراف التشريعي من جانب المشرع العراقي بأثر تقدم التقنيات بخصوص حجية الأدلة الإلكترونية، فإنه بصورة عامة يمكن القول أن التقدم التقني لا يمس المبادئ العامة في الإثبات حتى في الأحوال التي تتطلب تطويع المبادئ لمواكبة التطور الحاصل في المعاملات الإلكترونية والوسائل الحديثة حيث يبقى المدعي متحملاً لعبء الإثبات، وكذلك الوضع الظاهر الخاص بالمستندات بحسب الأصل هو سلامته في الأحوال التي يتم فيها التشكيك بصحته، وهذا ما يفرض صحة كلاً من المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني المثبت فيه تأكيداً لمبدأ الثقة فيه إلى أن يثبت العكس[4].

تفاوتت التشريعات في موقفها بالنسبة لقبول الأدلة الإلكترونية، فالتشريعات ذات الأصل اللاتيني والتي يسودها نظام الإثبات الحر، يكون للقاضي الجنائي فيه دور إيجابي في تقدير قيمة الأدلة ووزنها ، ومن ثم إصدار الحكم وفق قناعته التي تولدت لديه من هذه الأدلة، بالنسبة إلى المشرع العراقي لم ينظم هذا النوع من الدليل في قانون خاص على الرغم من صدور قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، إلا أنه لم يتضمن عقوبات خاصة بالأفعال التي من شأنها المساس بالمستندات الإلكترونية اعتماداً على ما

---

[1] نصت المادة (١٠٤) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على ان: " للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ".

[2] وقد نصت المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على أنه: " للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية".

[3] د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني، ط١، الدار العلمية الدولية، عمان، ٢٠٠٢، ص٧.

[4] د. فائز ذنون جاسم، أدلة الإثبات في ضوء قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديله رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، ط١، مكتبة الصباح للطباعة، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٣٠.

جاء ضمن قانون العقوبات العراقي بخصوص ما يتعلق بالأدلة بشكل عام، وهذا ما يجعل الباحث يقترح ضرورة إقرار قانون الجرائم المعلوماتية التي سيكون له دور كبير في هذه الموضوعات، كما أنه 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 (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) ، ولا بالتعديل الجديد الصادر بموجب القانون رقم (٤٦) لسنة (٢٠٠٠) ، سوى أنه أجاز بالمادة (١٠٤) من قانون الإثبات: " بأن للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي"، وهذا النص بالرغم من إيراده لا يسمح بالاستفادة من استعمال السندات الإلكترونية إلا بصورة محدودة ؛ لأن المشرع العراقي ترك الأمر للقاضي وأعتبر هذه الأدلة مجرد قرائن قضائية، مع أن قانون الإثبات العراقي النافذ قد أخذ بالمذهب المختلط في الإثبات، وجاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون: " أنه في صدد طرق الإثبات ، تخير القانون الاتجاه الوسط ما بين أنظمة الإثبات المقيد والإثبات المطلق ، فعمد إلى تحديد طرق الإثبات ولكنه جعل للقاضي دوراً إيجابياً في تقدير الأدلة " [٥].

وقد حدد المشرع العراقي القواعد التي تخص أدلة الإثبات الجنائي إذ نص على: " 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"[٦]، إلا أن المادة (٢١٣/ أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ تنتقد من جهة:

أولاً: منها أن المشرع ذكر في الشطر الأول من الفقرة بأن " المحكمة تحكم بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها ٠٠٠الخ" ، 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 وهي (الإقرار ، والشهادة ، ومحاضر التحقيق والمحاضر ، والكشوف الرسمية الأخرى ، وتقارير الخبراء ، والفنيين ، والقرائن) ، وهذا التحديد للأدلة يتعارض مع المبدأ الأساسي ، وهو حرية القاضي في الاقتناع .

ثانياً: جاء في الشطر الأخير من الفقرة 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 (٢١٣) ، أو ليس من الأفضل إطلاقها تطبيقاً لحرية القاضي في الاقتناع ، وعليه نرى بأن الدليل الإلكتروني لا يندرج ضمن أدلة الإثبات الجنائي ؛ لأن المشرع العراقي قد حصرها في المادة (٢١٣ / أ) 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.

واليقين المطلوب عند الاقتناع بالحقيقة في الدعوى الجزائية هو اليقين القضائي الذي يصل إليه القاضي بناءً على العقل والمنطق ، وليس هو اليقين الشخصي لذلك

---

[٥] د٠ عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٠ ، ص ١٣٧.

[٦] ينظر المادة (٢١٣/ أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

القاضي[1]، كما أن اليقين الذي يجب أن يصل إليه القاضي الجنائي ليس هو اليقين المطلق، وإنما هو اليقين النسبي القائم على الضمير والذي يكون رائده العقل والمنطق ، والقاضي لا يقول أنا أعلن أن هذا الشخص مدان ، لأن هذه هي الحقيقة المطلقة ، وإنما يكتفي بالقول ، انه في ضميري وبحسب مكنون نفسي وبمعنى اقتناعي الداخلي واطمئناني، أنا على يقين من إدانته ؛ ولأن اليقين ينشأ عن تقدير الضمير ، والضمير يخضع بدوره لعدة مؤثرات فإن العديد من العوامل التي تؤثر على ضمير القاضي وهو بصدد تحليل وتقييم الوقائع المعروضة عليه للوصول إلى الاقتناع الذي سيبنى عليه حكمه، ومن هذه العوامل، التجارب والخبرات السابقة ، والعادات ، والأفكار التي يعتنقها[2].

ولا شك إن للقاضي الجزائي مطلق الحرية في تكوين قناعته ، وله أن يوجه تحقيقه في الجلسة بالشكل الذي يراه مناسباً وملائماً ، بشرط ان يكون الدليل الذي استند عليه في تكوين يقينه دليلاً منتجاً ودليلاً جازماً في الدعوى، ومفاد ذلك ان للقاضي مطلق الحرية في تقدير ادلة الدعوى فله أن يأخذ بها وله ان يطرحها[3] ، كل ذلك بناءً على تقييمه لها وليس تحكماً منه و ان كان غير ملزم بأبداء اسباب القرار، ومن الأمور التي لابد من توافرها لبناء وجدان قوي وسليم لدى القاضي الجزائي ان يكون الدليل الذي يركن اليه ضميره منتجاً في الدعوى ، ومعنى ذلك ان يكون من شأن هذا الدليل استخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى ذلك ان اليقين لا يتعارض مع امكان افتراض صور مختلفة لحصول الواقعة وادانة المتهم على اية صورة من الصور التي افترضها الحكم ، وهذا ما يؤدي الى الاقتناع بوقوع الواقعة ونسبتها الى المتهم يقيناً [4]، ولذلك يجب على القاضي انتقاء الادلة التي من شأنها التأثير في مضمون حكمه ، وهذه العناصر غير المنتقاة هي وحدها التي يتعين عليه التحقق من ثبوتها المادي ، ويجب استبعاد العناصر غير المفيدة والسطحية التي ليس لها ادنى تأثير في اقتناعه القضائي اللازم للفصل في الدعوى ، ذلك انه مادام الهدف هو استخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى ، فأن البحث في جميع العناصر غير ذات الأثر في اقتناعه قد تؤدي الى انهاكه ، ومن شانه تشتيت الانتباه ولذلك يجب ان يكون هذا الاستخلاص مؤدياً الى الصورة الصحيحة بحكم اللزوم المنطقي[5] ، لذلك فأن استخلاص صورة الدعوى من خلال استقراء الادلة لا يكون الا بالاستناد على قاعدة القانون الواجبة التطبيق مثال ذلك لا قيمة للبحث في نوع المرض الذي كان المجنى عليه مصاباً به في جريمة القتل، لأن هذه الجريمة تقع قانوناً بارتكابها على انسان حي مهما كانت حالته الصحية، فضلاً عن ما تقدم فإنّ القاضي لا يمكن ان يؤسس اقتناعه الا على العناصر الاثباتية التي طرحت للبحث وخضعت لحرية المناقشة من قبل اطراف الدعوى ، فقبل ان اجاز القانون للمحكمة ان تكون قناعتها من أي دليل ، قد وضع ضابط لتكوين هذه القناعة يتمثل بان تكون الادلة متوفرة فعلا في اضبارة الدعوى وان تكون مطروحة للمناقشة من قبل المحكمة وأطراف الدعوى [6].

---

[1] د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص٥٠١.

[2] د. فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة " دراسة مقارنة " ، ط١ ، مطبعة الشرطة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥، ص ٩٧.

[3] د مأمون محمد سلامة ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ ، ص ١٦٩.

[4] د مأمون محمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣ د احمد فتحي سرور ، مصدر سابق، ص ١٧٦

[5] رمزي رياض عوض ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤، ص ٣١ .

[6] المادة (٢١٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

وقد تبنى القضاء العراقي موضوع الإقرار بالحجية للمستندات الإلكترونية قبل صدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة(٢٠١٢) في العراق، ونجد ذلك من الموقف الذي تبنته محكمة التمييز الاتحادية إذ جاء في قرارٍ لها: " إذا صحّ أن الموضوع يتعلق بعقد مرسل عبر البريد الإلكتروني وموقع عليه إلكترونياً؛ فإنّ بإمكان القضاء الفصل بذلك؛ لأنه ملزم بحكم القانون أن يفصل في أي قضية تعرض عليه، إذ عليه سد النقص التشريعي ومعالجة الموضوع على وفق الأسس الفنية التي تحكمه وأن عدم وجود نص قانوني، لا يعني عدم الاعتماد بتلك الوسائل الحديثة، إذ أنّ التوسع فيما يعرف بثورة المعلومات ودخول العالم حقبة جديدة، يغلب عليها الاعتماد على البيانات والمعلومات المعالجة آلياً يقع على عاتق القضاء في الموضوع إذا ما توفرت شروطه الفنية فذلك لا يعد خلقاً لطريق إثبات غير موجود قانوناً، بل إزاء إثبات عملية توقيع على سند مكتوب"[١]، فمن هذا القرار نرى أن التوجه القضائي جاء داعماً لحجية المستند الإلكتروني بالرغم من عدم وجود القاعدة، أو النص التشريعي في الوقت الذي صدر فيه القرار معولاً على أن الفصل في العقود التي تتم بوسيلة إلكترونية لا يُعد طريقاً جديداً في إثبات الحقوق، بل أن من مهمة القاضي الفصل في النزاع وإلا عُدَّ ممتنعاً عن إحقاق الحق[٢]، ويأتي هذا الأمر من أنّ السلطة التقديرية للقاضي مصدرها النقص التشريعي الذي يشوب النص، وبعبارة أخرى يمكن القول إنَّ النشاط التقديري الذي يمارسه القاضي أثناء نظر الدعوى يَنشأ عند وجود الفراغ التشريعي بفقدان النص للقضية محل النظر أو عند وجود العيب في النص الذي لا يتفق مع المستجدات التي تطرأ على الحياة، ومعنى ذلك أن سلطة القاضي التقديرية، تكون بقيود شروط عند ممارستها من قبل القاضي. و كما قال بعضهم أن حقيقة وجود عمل قضائي تقديري بحت هي فكرة غير صحيحة ، بل أنه مع وجود هذه السلطة واعتراف المشرع بها يظلُ القاضي مقيداً بغاية معينة يستهدفها المشرع من وضع النص[٣]، إذ أنه من العسير أن يتنبأ المشرع بكل ما يحصل في المستقبل من وقائع وعلاقات؛ بسبب التطورات المُتلاحقة التي تحدث في المجتمع على الصعيد السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، وهذه التطورات تؤدي إلى ظهور علاقات جديدة تتعدى توقع المشرع عند وضع التشريع ؛ لهذا لا يوجد نص قانوني صالح للتطبيق على كل الحالات التي تستجد في المجتمع، فإذا كان المفسر أو القائم على تطبيق القانون هو القاضي فلا يجوز له الامتناع عن الحكم في المسألة بحجة عدم وجود نص قانوني ، إنما عليه أن يجد السبيل الذي يوصله إلى حكم المسألة المعروضة عليه، وقد بين الفقه القانوني الوسائل التي يمكن فيها للقاضي أن يصل إلى حكم المسألة المعروضة أمامه في حالة عدم وجود نص قانوني فعليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى، ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية[٤].

---

[١] يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٠/ هيئة موسعة/٢٠١٠.

[٢] حيث نصت المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنّ: " لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق . ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق" .

[٣] د. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، بلا ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤، ص ٣٥٢.

[٤] د. محمدين عبد القادر محمد ، المدخل لدراسة القانون ـ دراسة مقارنة في القانون المصري والأنظمة السعودية ، ج١ ، ط١ ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠١٢، ص٢١٢.

المطلب الثاني

إقرار مبدأ المساواة في الحجية القانونية للمستندات الورقية والالكترونية

ترتبط موضوعات الحجية القانونية لأي تصرف مع أمر إثبات هذا التصرف، فإثبات الحقوق ولاسيما تلك المتنازع فيها تنصب أما مباشرة على الحق المطلق الذي هو الحق الذي يتجرد عن السبب كما هو الحال في التنازع في الدين أو العين، أو يقع الإثبات على مصدر الحق الذي يكون سبب منشئ له كالتنازع في عقد أو إتلاف أو واقعة مادية، كما قد يقع الإثبات على الحق مع السبب كالتنازع في ملكية عين بسبب الشراء أو طلب الدين بسبب القرض[1].

والنظرة السابقة لعنصر الإثبات إذا كان من الممكن تطبيقها بشكل متيسر ضمن التعاملات التقليدية إلا أنه لا يمكن تطبيقه بشكل مباشر على التعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، إذ أنّ هذه التعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية تمثل وجهاً تشريعياً من شأنه رفض كل دعوى، لإلغاء الشكلية في العقود أو إلغاء الدليل الكتابي لإثبات العقود، ويأتي هذا الأمر انسجاماً مع ضرورة وضع الحلول المناسبة للمعاملات الإلكترونية[2].

إن التأصيل التشريعي لمبدأ المساواة في الحجية بين حجية الأدلة الإلكترونية ونظيرتها الورقية يجد أساسه بادئ ذي بدء من مبدأ الحياد التقني الذي يقضي بعدم التمييز بين أنواع الكتابة حسب نوع التقنية المستخدمة في إنشاء هذه الدعامة أو الوسيلة المستعملة في نقل هذه الكتابة، سواءً كانت كتابة يدوية، أو رقمية، دون الأخذ بنظر الاعتبار نوع الدعامة المستخدمة في تثبيتها[3]، إذ سبق إقرار مبدأ المساواة في الحجية القانونية بين المستندات الإلكترونية والمستندات الورقية جدل فقهي انقسم إلى اتجاهين، إذ يذهب أنصار الاتجاه الأول إلى أن القواعد التقليدية تستوعب الإثبات الإلكتروني سواءً بالتفسير، أو بالتعديل، فالتغييرات العلمية لا تتطلب بالضرورة نشوء حق جديد في عالم القانون فضلاً من أن التوسع في التكييفات الجديدة يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمبادئ القانونية المستقرة، إذ يجعلها محل شك وجدال، أما أنصار الاتجاه الثاني فقد ذهبوا إلى أن من الضروري إيجاد قواعد جديدة تنظم ما يستجد من أدلة جديدة؛ لأنّ الإبقاء على القواعد السابقة يعد ضرباً من المستحيل بالنسبة للتطور الحاصل الذي فرض نفسه في التعامل للأفراد، لذا فإنّ الاتجاه الثاني هو الاتجاه الجدير بالتأييد؛ لأنّ إخضاع الأدلة التي تستجد لحكم القواعد القديمة، أو التقليدية يؤدي إلى الأضرار بحقوق الأفراد وهدر الضمانات التي هي واجبات التي يفترض أن تعمل على توفيرها القواعد القانونية، وهذا ما أخذت به التشريعات ضمن قوانين مستقلة للمعاملات الإلكترونية ومنها قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية[4].

لم تكن فكرة الحجية القانونية سواءً في نطاق العقد أو في نطاق التصرفات القانونية الأخرى فكرة واضحة المعالم في الفقه القانوني، إذ أنه لم يكن هناك تمييز بين

---

[1] د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج١، ط١، مكتبة دار البيان، ط١، دمشق، ١٩٨٢، ص٦١.

[2] د. هاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، بحث منشور في مؤتمر المعاملات الإلكترونية، بلا عدد، بلا تاريخ نشر، ص ٤٧٣.

[3] منية نشناش، مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج٤٥، العدد ٤، ٢٠١٨، ص٨٨.

[4] د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، دار السنهوري للطباعة، بيروت، ٢٠١٧، ص٣٣٣.

الأثر المادي لقيام التصرف في الواقع وبين الأثر القانوني الذي يجعل من الشخص دائناً أو مديناً[1].

وتُعرف الحجية بشكل عام على أنها: " قوة دليل الإثبات على إقناع القاضي والتي تتوقف على عنصرين هما عنصر داخلي وهو المستمد من مضمون الدليل وما يحتويه من معان ومعلومات، وعنصر خارجي وهو قوة الدليل وحجيته أمام باقي وسائل الإثبات الأخرى" [2]، كما عُرفت الحجية بأنها: " القوة القانونية للمعلومات المستخرجة من لشبكة العالمية في إثبات العقد أو الحق المدعى به" [3]، ونرجح الرأي الأول في تعريف الحجية القانونية للمستند الإلكتروني، لكون أن التعريف الفقهي الثاني يقتصر هذه الحجية على الرسائل الإلكترونية التي تكون في فضاء الشبكة العالمية (الانترنيت) مع أن المستند الإلكتروني من الممكن أن يتم عن طريق وسائل الاتصال الأخرى كالفاكس والتلكس وغيرها، ففي نطاق المستندات الإلكترونية أخذت الحجية القانونية أثراً وموضعاً ملحوظاً في القوانين التي نظمت أمر المستندات الإلكترونية، وتعرف الحجية القانونية بأنها: القيمة القانونية لمدى صدق البيانات الواردة في المستند الإلكتروني[4]، فكل قيمة قانونية يضفيها القانون على المستندات الإلكترونية يمثل حجية قانونية لها.

والحجية القانونية ترتبط مع مبدأ الثبوت بالكتابة بشكل كبير، إذ أنه من الطبيعي أن نقيم القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني استناداً إلى كونه محرر كتابي ذو مرتكز الكتروني مع الأخذ بنظر اعتبار الطبيعة المحاطة بالمخاطر من جهة، والوظائف المناطة بالمحرر بوجه عام من جهة اخرى ، وممَّا يحتم شروطاً معينة يستلزم توافرها في المحرر الالكتروني لكي ينعم بتلك الحجية الملزمة علماً أن صعوبة الاثبات بالمحرر الالكتروني تكون مرهونة بقابليته على إثبات وجود التصرف القانوني ومضمونه، والاستيثاق من شخصية (هوية) أطرافه على وجه الدقة وهذان رهينتان بالتقنية المستعملة في المحرر الالكتروني ، وإن التقنية ليست بمأمن من العيوب الفنية، وانطلاقاً من فكرة أن القيمة الحقيقية للدليل تظهر متى كان قادراً على تكوين قناعة تامة لدى القاضي عند الاستدلال به[5]، وقد برز في تفسير الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية رأيان فقهيان ضمن فرضين:

الفرض الأول: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في حال عدم وجود نص قانوني

يسود هذا الافتراض في الأحوال التي لا يعمد فيها المشرع إلى تنظيم المعاملات الإلكترونية تشريعياً، إذ يذهب أنصار هذا الافتراض إلى أن النصوص القانونية التقليدية شُرِعت لتنظيم المستندات الورقية، لذا فإنه لا يمكن تفسير النصوص التقليدية ومدّ نطاقها إلى المستندات الإلكترونية، إذ أنه يجب أن يصدر تشريع يعطي الحجية القانونية

---

[1] د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط٣، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٨٧. نقلاً عن: سعد ربيع عبد الجبار، حجية العقود وأثرها في استقرار العلاقات القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص١٦.

[2] عادل عزام سقف، الدليل المعتمد للترجمة القانونية، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢ ص٢٣٦. نقلاً عن: نوزت جمعة حسن، مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ـــ جامعة المنصورة، ٢٠١٩، ص ٢٦٠.

[3] بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنيت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ـــ جامعة المنصورة، ٢٠٠٣، ص ١١٨. نقلاً عن: نوزت جمعة حسن، مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

[4] د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص٣٥٥.

[5] اسل كاظم، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص٢٠٤.

للمستندات الإلكترونية قيمتها بما يكفل لها الفاعلية في التعاملات بين الأفراد[1]، ولا نؤيد هذا الرأي أو الافتراض لكون أن القاعدة القانونية كغيرها من القواعد قابلة للتطور والتغيير بما يستجد من أحوال في المجتمع.

الافتراض الثاني: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية مع وجود النص القانوني

إنَّ هذه الحالة تصدر تشريعات خاصة لتنظيم المستندات الإلكترونية كالتوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني والعقود الإلكترونية، وتتوقف حجية المستند الإلكتروني في الإثبات على القيمة التي يمنحها المشرع لها، فإذا أقرَّ النص القانوني هذه الحجية يصبح المستند الإلكتروني مساوياً للمستند الورقي من حيث القيمة القانونية، لذا فقد لجأت التشريعات إلى الاعتراف بالحجية القانونية للمستند الإلكتروني عن طريق معادلته بحجية المستند الورقي[2].

فالحقيقة إن المشكلة لا تنحصر ضمن دائرة توفير مساحة من القبول القانوني للمحرر الالكتروني بل تتعدى الى مسألة تحديد القوة الثبوتية له، وضمن الصدارة من أدلة الإثبات المقبولة بوصفه واقع لابد من الترحيب به، لا لقيمته الذاتية، بل لأهمية ما يتعلق به من مواضيع وطالما أن الإثبات يمثل جدوى الحق ومعقد النفع فيه وأن إهدار فيما يسعى المحرر الالكتروني إلى إثباته من معنى التشتيت للحماية والتدعيم الواجبين للوجود القانوني للتجارة الالكترونية، فحجية المحرر الالكتروني نعني بها :- مدى ما يتمتع به المحرر الالكتروني من قوة استدلالية على صدق أو كذب الواقعة التي أدت إلى نشوء الحق المدعى به[3].

[1] د. فاروق الأباصيري، عقد اشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٩٢.

[2] عمار كريم كاظم ــ نارمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة ، العدد ٧، ٢٠٠٧ ، ص١٨٦.

[3] أسل كاظم كريم صدام ، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص١٢.

الخاتمة:

أولاً: النتائج:

١ــــ أن الضرورات التي أباحت التعامل بالوسائل الإلكترونية تدعو إلى التخفيف من حدة قاعدة عدم جواز أن يقدم الشخص دليلاً لنفسه سيما أن التشريعات قد أضف الحجية القانونية على الكتابة الإلكترونية المقترنة بالتوقيع الإلكتروني الموثق أو المصدق بموجب شهادة تصديق معتمدة.

٢ــــ أن إثبات ما تحتويه الوسائل الإلكترونية ليس بالأمر المتيسر لكي تكون القرائن القضائية المستندة إلى السلطة التقديرية للقاضي كافيةً لتحقيق ذلك، سيما أن الكثير من القضاة في الوقت الحاضر يفتقرون إلى المعرفة بالأنظمة الإلكترونية وما يتعلق بآليات عملها، الأمر الذي ينعكس سلباً على الإثبات اعتماداً على القرائن بخصوص الأدلة الإلكترونية، وهذا ما يضعف الدور الايجابي المأمول من القضاء العراقي.

٣ــــ إن الشهادة الالكترونية أو الشهادة عبر الوسائل الالكترونية تحقق مبدأ الوجاهية التي تطلبه قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بشرط أن يتم تحديد شخصية الشاهد ومحل اقامته بصورة دقيقة.

٤ــــ إن محاذير استعمال الوسائل الالكترونية ضمن موضوع الشهادة يمكن القضاء عليها عن طريق اتباع نظام أمني رقمي خاص بالمحكمة التي يجري ضمن أروقتها أداء الشهادة في موضوع الدعوى.

ثانياً: المقترحات

١ــــ ضرورة رفع كفاءة المحاكم العراقية من خلال إعمام المصادر الخاصة بالتعاملات الإلكترونية ضمن دورات تأهيل القضاة، والعمل على تخصيص محاكم خاصة بالمستندات الإلكترونية على غرار المحاكم التجارية التي استحدثها المشرع العراقي لفض منازعات العقود التجارية التي تتضمن عنصراً أجنبي.

٢ــــ نقترح على المشرع إيراد نص ضمن القوانين العقابية خاص بجرائم الاعتداء على المستندات الإلكترونية لضمان حماية هذه المستندات من جهة، وتوفير الأمان القانوني الذي يخص المستندات الإلكترونية.

٣ــــ ضرورة إلغاء الفقرة ثانياً من المادة الثالثة من قانون التوقيع الرقمي والمعاملات الالكترونية الذي يمنع استخدام الوسائل الالكترونية في التقاضي.

٤ــــ العمل على وضع نصوص قانونية ضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تخص التقاضي الالكترونية بصورة تعالج إشكاليات القضائي ضمن الواقع العراقي.

قائمة المصادر

ـــــ القرآن الكريم

أولاً: كتب اللغة

١. اسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح تاج اللغة ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،ج٣، ط١، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤.
٢. عبد الله العلايلي ، الصحـاح في اللغة والعلوم ، دار الحضـارة العربية ، بيروت ، المجلد الثاني
٣. محمد بن مكرم ابن منظور ، لسـان العرب ، المحيط ، دار لسـان العرب ، بيروت ، المجلد الثـالث .
٤. محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس في جواهر القاموس ، المطبعة الخيرية ، القاهرة، ١٣٠٦هـ.

ثانياً: الكتب العامة

١. ابو القاسم الموسوي الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ج ١ ، ١٩٧٥ .
٢. باقر شريف القرشي ، نظام الحكم والإدارة في الإسلام ، مطبعة الآداب في النجف الأشرف ، ط١ ، ١٣٨٦-١٩٦٦.
٣. برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ،ج٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ،ط الأخيرة ، بدون سنة طبع.
٤. السيد حسين الحسيني الهمداني . المحاكمة في القضاء ، ١٣٩٧هـ .
٥. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ علي معوض ـ الشيخ أحمد عبد الموجود ، ج٤ ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤.
٦. علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٦، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦.
٧. محمد امين الشهير بابن عابدين الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود ــ الشيخ علي محمد معوض ، ج٨ ، بلا ط، دار عالم الكتب، الرياض ، ٢٠٠٣.
٨. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، تحقيق الشيخ عباس القوجاني ، ج٦، ط٤، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بلا تاريخ نشر.
٩. نجم الدين ابي القاسم جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح السيد عبد الزهراء الحسيني ، ج ٢، ط١، دار ذوي القربى، بيروت، بلا تاريخ نشر.
١٠. يوسف البحراني ،الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، تحقيق محمد تقي الايرواني، ج٢٤، ط٢، دار الاضواء ، بيروت، ١٩٨٥.

ثالثاً: الكتب القانونية

١. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.
٢. رمزي رياض عوض ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤.
٣. ضياء شيت خطاب . فن القضاء . مؤسسة الخليج للطباعة والنشر . بغداد . ١٩٨٤.
٤. عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٠.

٥. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني، ط١، الدار العلمية الدولية، عمان، ٢٠٠٢.
٦. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، دار السنهوري للطباعة، بيروت، ٢٠١٧.
٧. فاروق الأباصيري، عقد اشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٨. فاروق الكيلاني . استقلال القضاء . الطبعة الاولى . دار النهضة العربية . القاهرة . ١٩٧٧ . ابراهيم المشاهدي، السلطات القضائية المخولة للإداريين . مطبعة الجاحظ . بغداد – ١٩٩٤
٩. فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة " دراسة مقارنة " ، ط١ ، مطبعة الشرطة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥.
١٠. فائز ذنون جاسم، أدلة الإثبات في ضوء قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديله رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، ط١، مكتبة الصباح للطباعة، بغداد، ٢٠١٤.
١١. مأمون محمد سلامة ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ .
١٢. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج١، ط١، مكتبة دار البيان، ط١، دمشق، ١٩٨٢.
١٣. محمدين عبد القادر محمد ، المدخل لدراسة القانون ـ دراسة مقارنة في القانون المصري والأنظمة السعودية ، ج١ ، ط١ ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠١٢.
١٤. محمود نجيب حسني، الاختصاص والإثبات في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ .
١٥. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، بلا ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤.
١٦. ياسر باسم السبعاوي نظرية الرجحان وتطبيقاتها في ادلة الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٣ .

رابعاً: الرسائل والأطاريح

١. إيمان غانم، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة ـ كلية القانون، الجزائر، ٢٠١٣ .
٢. بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنيت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ـــ جامعة المنصورة، ٢٠٠٣.
٣. سعد ربيع عبد الجبار، حجية العقود وأثرها في استقرار العلاقات القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، ٢٠٠٨.
٤. نوزت جمعة حسن، مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ـــ جامعة المنصورة، ٢٠١٩.

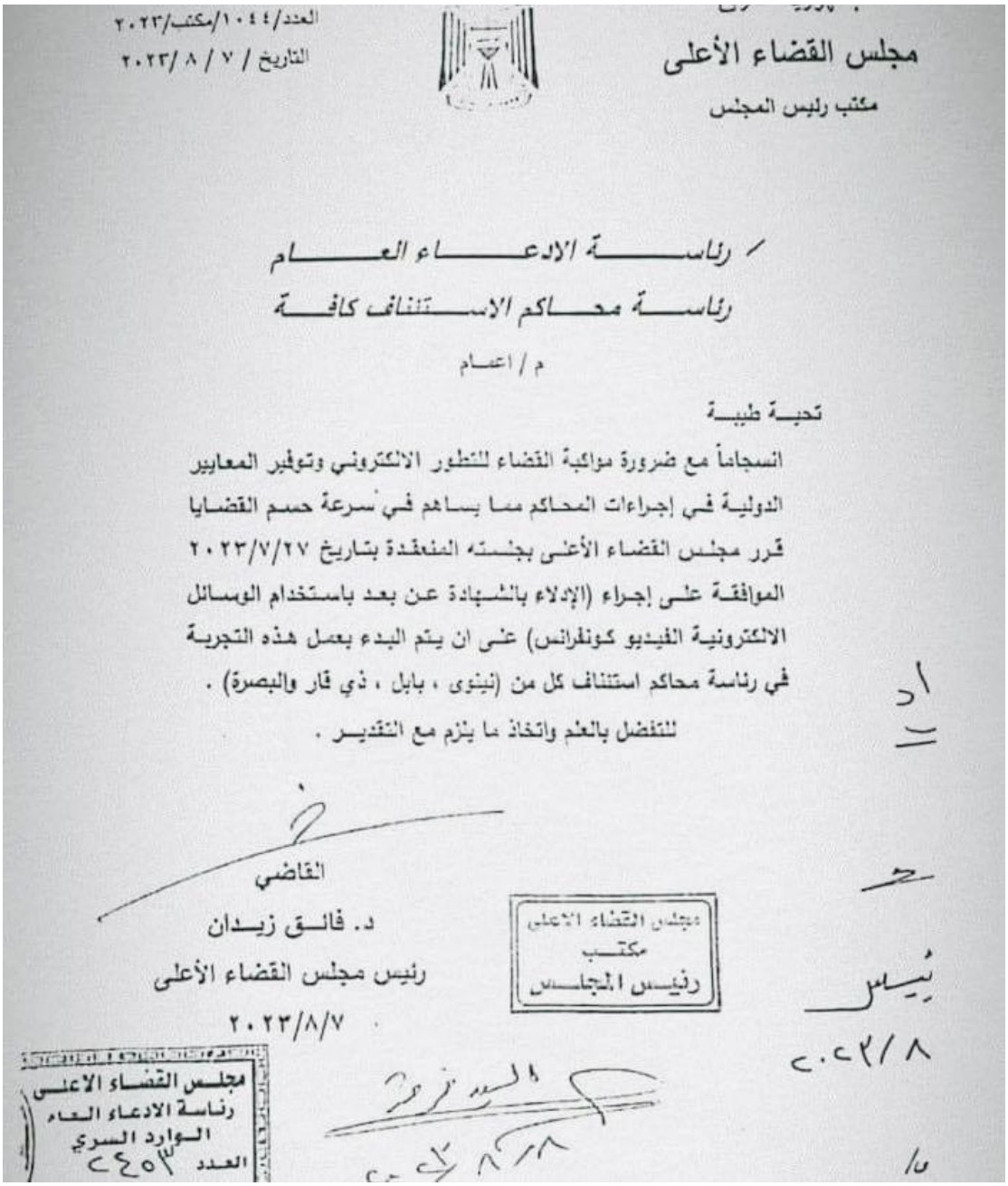
خامساً: البحوث

١. صالح عبد الله ناجي الظبياني . المرأة وولاية القضاء بحث منشور في وقائع المؤتمر السنوي الثامن لكلية الحقوق . جامعة المنصورة، بلا تاريخ نشر.
٢. علي الفنطاسي ، نظام القضاء في الإسلام ، بحث في مجلة القضاء والتشريع ، تونس ، السنة ١٨ ، العدد ٨ ، السنة ١٩٧٦.
٣. عمار كريم كاظم ـ نارمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة ، العدد ٧، ٢٠٠٧.
٤. منية نشناش، مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج٤٥، العدد ٤، ٢٠١٨.

٥. هاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، بحث منشور في مؤتمر المعاملات الإلكترونية، بلا عدد، بلا تاريخ نشر.

سادساً: القوانين

١. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦١ المعدل.
٢. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
٣. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.



العدد/١٠٤٤/مكتب/٢٠٢٣
التاريخ / ٧ / ٨ /٢٠٢٣

مجلس القضاء الأعلى
مكتب رئيس المجلس

/ رئاسة الادعاء العام
رئاسة محاكم الاستئناف كافة

م / اعلام

تحية طيبة

انسجاماً مع ضرورة مواكبة القضاء للتطور الالكتروني وتوفير المعايير الدولية في إجراءات المحاكم مما يساهم في سرعة حسم القضايا قرر مجلس القضاء الأعلى بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٢٧ الموافقة على إجراء (الإدلاء بالشهادة عن بعد باستخدام الوسائل الالكترونية الفيديو كونفرانس) على ان يتم البدء بعمل هذه التجربة في رئاسة محاكم استئناف كل من (نينوى ، بابل ، ذي قار والبصرة) .

للتفضل بالعلم واتخاذ ما يلزم مع التقدير .

القاضي
د. فائق زيدان
رئيس مجلس القضاء الأعلى
٢٠٢٣/٨/٧

مجلس القضاء الاعلى
مكتب
رئيس المجلس

مجلس القضاء الاعلى
رئاسة الادعاء العام
الوارد السري
العدد ٢٤٥٣