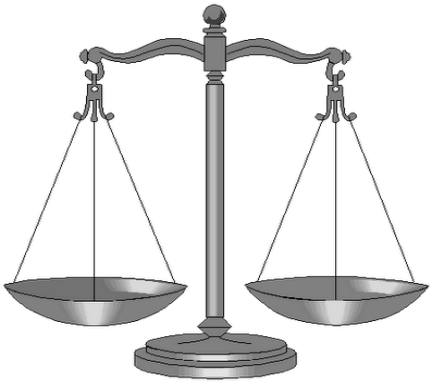
الهيئة الوطنية للمحامين

الفرع الجهوي بتونس



محاضرة ختم التمرين

وسائل الإثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري

الأستاذة المحاضرة: بسمة القديدي

المشرف على التمرين : الأستاذ عبد السلام خصيب

السنة القضائية 2011/2010

إهـــــــــــــداء

إلى والدي العزيزين برا بهما

إلى رفيق الدرب زوجي الحبيب

إلى عائلتي مع خالص الود

إلى الأستاذ عبد السلام خصيب المشرف على التمرين عرفانا بالجميل

إلى كل هؤلاء اهدي محاضرة ختم التمرين

التخطيط

الجزء الأول :خصوصية وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري

المبحث الأول : تكريس مبدأ حرية الإثبات
الفرع الأول : مبررات مبدأ حرية الإثبات
الفرع الثاني : مظاهر مبدأ حرية الإثبات

المبحث الثاني : تكامل وسائل الإثبات بين القضاء الإداري والقضاء العدلي
الفرع الأول : من حيث الاختصاص
الفرع الثاني : من حيث وسائل الإثبات المعتمدة

الجزء الثاني : تعامل القاضي الإداري مع وسائل الإثبات

المبحث الأول : القاضي الإداري وتبعة عبئ الإثبات
الفرع الأول : تكريس مبدأ البينة على من ادعى
الفرع الثاني : أثار المبدأ

المبحث الثاني : صلاحيات القاضي الإداري
الفرع الأول : الدور الاستقصائي للقاضي الإداري
الفرع الثاني : الدور الإنشائي للقاضي الإداري

المختصرات

باللغة العربية :

م م م ت : مجلة المرافعات المدنية والتجارية
م ا ع : مجلة الالتزامات والعقود

باللغة الفرنسية :

P : page
L G D J : librairie générale du droit et du jurisprudence

المقدمة

يتميز القانون الإداري بحداثة نشأته خاصة إذا ما قورن بفروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي و القانون المدني و القانون التجاري ففي فرنسا التي هي الموطن الأم للقانون الإداري بمعناه الفني

الكامل لم يظهر هذا القانون إلا في أواخر القرن الثامن عشر و لم يتماسك بنيانه إلا خلال القرن التاسع عشر ثم خلال النصف الأول من القرن العشرين مع استمراره في النمو بعد الحرب العالمية الثانية و يعتبر القانون الإداري التونسي المعتمد انطلاقا من النموذج الفرنسي قانونا مستوردا من أساسه و الذي تم تركيزه في تونس بصفة تدريجية إلى أن تدعم و تركز بصورة متينة بعد الاستقلال[1] .

فالقانون الإداري بمفهومه الواسع هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الإدارة العامة سواء كانت هذه القواعد منتمية إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص، بل يمكن أن تكون هذه القواعد منتمية فقط إلى القانون الخاص أما في مفهومه الضيق فهو مجموعة القواعد القانونية المتميزة أو المختلفة عن قواعد القانون الخاص و التي تحكم الإدارة العمومية من حيث تنظيمها و من حيث نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات [2] .

وفي هذا الإطار يشكل القضاء الإداري أحد الموضوعات الأساسية للقانون الإداري الذي و كما عرفناه ليس فقط القانون الذي يحكم تنظيم الإدارة و نشاطها و إنما أيضا القانون الذي يحكم جوانب عدة في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة و الأفراد و يمكن تعريف القضاء الإداري بأنه القضاء الذي يختص بالمنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها [3] و التي في اغلب الأوقات نجدها محتلتا مركزا أقوى من الطرف منظورها نضرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة في حين أن الطرف الأخر يحتل مركز الضعف و نضرا لهذا التفاوت الصاخب بين المتقاضين فان القاضي الإداري و خلافا لما هو عليه

القاضي العدلي فإننا نجده محتكما لما له من سلطات واسعة للبحث و الاستقراء لاستجلاء الحقيقة بوضوح متخل بذلك عن الحياد المفروض للقاضي العدلي متخذا كل التدابير للبحث عن الحجج و تقديرها متجاوزا لمبدأ البينة على من ادعى و ذلك من خلال مطالبة الإدارة و التي غالبا ما تكون في إطار النزاع الإداري في مركز المدعى عليه، بإثبات الوسائل التي تفند اتهامها و يمكن للقاضي الإداري أيضا إن ادعى ذلك الأمر الإذن بإجراء أبحاث يرى أنها ضرورية لاستكمال البحث.

و على هذا الأساس فان القضاء الإداري هو قضاء غير مقيد بالقوانين الواردة بقانون المرافعات المدنية و التجارية و ما يحتويه من إجراءات استقصائية بما يفسح للقاضي الإداري مجالا واسعا للتعامل مع وسائل

---

[1]- توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي ، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس ص 20 ص 28

[2]- توفيق بوعشبة : نفس المصدر ص 37

3 - توفيق بوعشبة : نفس المصدر ص 363

الاثبات تعاملا كشفيا ،تفتيشيا كالذي يتوخاه القاضي الجزائي[1] منعرجا بالنزاع في إطار القضاء الإداري من النظام الاتهامي إلى النظام الاستقرائي.

و تكمن بالتالي أهمية الاثبات في انه يمكن أحد طرفي الخصومة من كسب الدعوى فالمحكمة المتعهدة بالنزاع تقضي لصالح أحد الأطراف بعد أن تمحص أدلة الاثبات المقدمة إليها و هي في ذلك تجتهد لترجح الأدلة المقدمة إليها لتأخذ بوسيلة إثبات دون أخرى.

و على هذا الأساس يمكن تعريف الإثبات بكونه إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية تعد أساسا لحق مدعى به و ذلك بالكيفية و الطرق التي يحددها القانون[2] و في تعريف آخر مشابه لهذا فالإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة أو صحة أمر فهو تأكيد شيء بأي برهان أو دليل، و الإثبات القضائي هو تأكيد حق متنازع فيه بالأدلة التي يجيزها القانون[3].

و تجدر الإشارة أن الإثبات في النزاع الإداري و خلافا للنزاع المدني بدأ ينعرج من صبغته الموضوعية و القائمة على مبدأ البينة على من ادعى إلى صبغته الذاتية المرتكزة على قناعاته الشخصية و الخاضعة لوجدانه الخالص و ذلك لإثبات جهة الحق التي تتوقف على تقديم الخصوم ما لهم من أدلة مثبتة لأصل الحق ذلك أن الشخص الذي يعجز عن تقديم الدليل على ما يدعيه يخسر دعواه لذلك تتفق النظم على أن الحق الذي لم يقم عليه دليل هو و العدم سواء[4].

و لئن دأب المشرع التونسي منذ إصدار مجلة المرافعات المدنية و التجارية من خلال مختلف التنقيحات التي أتت عليها من تحديد بكل دقة للنظام القانوني للإثبات في المادة المدنية بان أتى على حصرها و بين منظومتها فأتى على تبيان من تحمل عليه البينة وتحديد سلطات القاضي فان هذا الأمر بدا مخالفا لما هوعليه في النزاعات الإدارية الذي و أمام غياب منظومة متكاملة للإثبات قد أتى على اعتماد نظام قانوني مستقل به حيث يعتمد على الاثبات الحر الذي أقصى كل ما من شأنه أن يعطل كشف الحقيقة. إلا أن القاضي الإداري رغم تمتعه بنوع من الحرية و الاستقلالية في اعتماد القوانين الواردة بالقانون المدني فانه يجد نفسه أحيانا ملزما بالأخذ بها و ذلك نظرا لأنها تخدم النزاع و تعمل على إثبات الحق وهو ما يخلق تكاملا بين هذين الصنفين من القضاء العدلي و الإداري الذي يتجسد أساسا في الازدواجية

---

[1]- عياض بن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرفقات المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر، ص 82.

[2]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى توتس 2001 .

[3]- مصطفى صخري : مصطفى صخري نفس المصدر.

[4]– سمير الجبنوني : الإثبات بالشهادة في المادة المدنية والتجارية : رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء تونس 1991-1992.

القضائية التي تخلق مسألة تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء العدلي و الإداري[1] التي حسمها المشرع من خلال إصدار قانونين أساسيين و هما القانون عدد38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية و المحكمة الإدارية و إحداث مجلس تنازع الاختصاص و كذلك القانون عدد39 لسنة 1996 المتعلق بتنقيح و إتمام القانون عدد40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية و ذلك بإعادة تنظيم الاختصاص الراجع إلى كل من المحاكم العدلية و المحكمة الإدارية بخصوص النزاعات التي تكون الإدارة طرفا فيها.

أن جوهر التكامل بين هذين الصنفين من القضاء في الحقيقة يرجع إلى حداثة القانون الإداري [2] فهو قانون حديث نسبيا لم يلق العناية الفائقة لتحديد قوانين تشريعية لقواعد إثبات خاصة به مثلما كان عليه الأمر في القانون الخاص هذا إلى جانب التسليم بانطباق المبادئ العامة للقانون الخاص على جميع النزاعات الإدارية إذن فهذه الاستقلالية لا يمكن أن تحجب عنا حقيقة العلاقة الجدلية و التي مفادها التكامل بين هذين الفرعين من القانون و لجوء القاضي الإداري إلى مجلة المرافعات المدنية و التجارية أو غيرها من القوانين الإجرائية عند الحاجة و لمصلحة القضاء وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن النظام القانوني للإثبات المعتمد لدى القاضي الإداري ؟.

لذلك سنتطرق إلى مبحثين أساسيين سنحاول في المبحث الأول بسط خصوصية وسائل الاثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري و في مبحث ثاني إلى الصلاحيات المخولة له.

الجزء الأول

خصوصية وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري

إن مسألة تنظيم القضاء الإداري التونسي تدعو إلى النظر في مؤسسة المحكمة الإدارية التي هي جهة القضاء الإداري العليا بالنسبة للدولة التونسية والتي يجسد جودها في استقلال القضاء الإداري عن القضاء العدلي. إلا أننا نجد القضاء الإداري غير منظم في إطار هيكل قضائي متكامل وبما أن الجهة

[1]- توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي ، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس 1995 ص 390

[2]- توفيق بوعشبة : مبادئ : نفس المصدر ص 28

القضائية الإدارية الأساسية تنحصر في مؤسسة المحكمة الإدارية وإن كانت محاكم النواحي والمحاكم الابتدائية العدلية تتقمص ثوب القاضي الإداري عندما تنظر ابتدائيا في المنازعات الإدارية ومع وجود بعض الهيئات أو اللجان التي تعد في حكم الجهة القضائية الإدارية فإن دراسة تنظيم القضاء الإداري يجب أن ترتكز خصوصا على مؤسسة المحكمة الإدارية.[1]

وفي هذا الاتجاه يمكن القول بأن المحكمة تمثل منظومة قائمة بذاتها نظرا لما يرتبط بها من اختصاصات ونظرا لما تلتزم به من إجراءات قضائية مميزة للقضاء الإداري ونظرا أيضا لنوعية الأعضاء الذين يؤدون في نطاقها وظيفة الفصل في المنازعات الإدارية [2] بما معناه وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العدلي الخاص بحيث تكون المحكمة الإدارية مختصة لوحدها بنزاع تكون الإدارة طرفا فيه معتمدة لإثبات الحق فيه بين متنازعين متفاوتين أي نظام قانوني خاص بالإثبات لا يعتمد مبدأ إثبات موحد بينه وبين القضاء العدلي الخاص بل نظام له خصوصية مستندا إلى وسائل أثبات يعتمد فيها القاضي الإداري إلى الإثبات الحر. إلا أنه ورغم تأكيد المشرع على مبدأ الازدواجية القضائية في ظل تنقيحاته المتتالية على قانون غرة جافي 1972 نلاحظ وأن هذه الاستقلالية لم تأت مطلقة إن في كل مرة نجد المشرع مؤكدا على منهج توزيع الاختصاص بين الهَرَميْن الفضائيين الإداري والعدلي ليضيف نوعا

من التكامل بينهما لذلك فإننا نجد القاضي الإداري على عكس القاضي العدلي معتمدا على وجدانه وقناعته لتحقيق العدالة والحفاظ على المصلحة العامة وذلك بتكريس مبدأ حرية الإثبات (المبحث الأول) إلا أنه تجدر الإشارة أنه بالرغم من استقلالية القضاء الإداري عن القضاء العدلي فإن القاضي الإداري يبقي دائما في حاجة إلى القواعد القانونية المدرجة بالقانون الخاص مما يخلق تكاملا بين القضاء الإداري والقضاء العدلي من حيث وسائل الإثبات المعتمدة من قبل القاضي الإداري والقاضي العدلي (المبحث الثاني)

المبحث الأول : تكريس مبدأ حرية الإثبات

[1] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة ، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس 1995 ص 375 ص 396

[2]- توفيق بوعشبة : نفس المصدر ص 396 .

رغم تأثر القانون الإداري بمبادئ القانون الخاص إلا أنه يتمتع باستقلاله الذاتي وقد ترجمت هذه الاستقلالية وهذه الخصوصية من خلال تفريده بنزاعات خاصة وذلك بتحديد اختصاص جهة القضاء الإداري بالنسبة لبعض الأصناف من النزاعات بقوانين خاصة وذلك بالاعتماد على وسائل إثبات تعكس مبدأ الإثبات الحر التي تعود إلى عدة ممرات تاريخية وأخري موضوعية (الفرع الأول) التي تظمهرت على صعيد الاختصاص الكلي للمحكمة الإدارية وعموما في مجال القضاء الكامل (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مبررات مبدأ حرية الإثبات

على عكس القاضي العدلي الذي يخضع أثناء فصله في النزاع المتعهد به إلى النظام القانوني المقنن والمفروض عليه في النطق بأحكام القانون الخاص فإن القاضي الإداري أتي على تجاوز هذا النوع من النظام القانوني وذلك من خلال ما تميز به القانون الإداري منذ نشأته إلى حين حداثة (فقرة أولى) وذلك لأن القانون الإداري على عكس القانون الخاص يجمع دائما بين خصمين متفاوتين تكون فيها الإدارة دائما طرفا قويا في كل نزاع إداري نظرا لما تتمتع به من خصائص السلطة العامة والتي تكون في أغلب الأحيان بمركز الطرف المدعى عليه (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : حداثة نشأة القانون الإداري

ينفرد القانون الإداري ببعض الخصوصيات التي تميزه عن فروع القانون الأخرى فهو فضلا عن كونه حديث النشأة فهو قانون قابل للتطوير[1] وإذا نظرنا في مراحل تركيز القانون الإداري في تونس وهذا من خلال التطور التاريخي لهذا الأخير لأمكاننا ملاحظة أن هذا النوع من القانون تم إدخال شيئا فشيئا ثم وقع تدعيمه وتركيزه بصورة متينة في القضاء التونسي وذلك بوضع نظام رقابة يعتمد على جهاز موحد

[1] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة ، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس 1995 .

أسند فيه للمحاكم العدلية اختصاص النظر في النزاعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد في إطار قضاء التعويض .

ثم وبعد الاستقلال اكتفي دستور غرة جوان 1959 بالنص على المحكمة الإدارية جاعلا منها إحدى هيأتي مجلس الدولة دون أن يحدد اختصاص أو اختصاصات هذه المحكمة [2] فكان من الطبيعي تحديد ذلك موكولا للمشرع الذي أتى على سن القوانين اللازمة لذلك، فكان أن أتى قانون غرة جوان 1972 بالتنصيص على اختصاص وطرق عمل هذه المحكمة لكنه لم يأت على تحديدها بكل دقة أما في خصوص الإثبات ونظامه القانوني فإن المحكمة غالب ما اعتمدت في قضائها ما أتت عليه مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

غير أن هذه المرحلة من الاستقلالية التامة لقضاء المحكمة الإدارية في اعتماد نظام خصوصي للإثبات يتماشي وطبيعة النزاع لديها أتى عليه قانون 3 جوان 1996 بأن وضع له حدودا نظرا لما فرضه من تقنين للإجراءات لديه من جهة ومن جهة أخرى لما وقع من استكمال لأجهزتها القضائية ، ولقد تم تنقيح القانون المتعلق بها ومراجعته بصورة كاملة بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 وذلك ليجعل من القضاء الإداري قضاءا مستقلا بذاته يكون في غنى عن اللجوء إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية من خلال خلق فقه قضاء يساعد على فهم نصوص القانون الأساسي وبالتالي فإذا كان فقه القضاء يتمثل أساسا في الحلول التي يتوصل إليها القاضي الإداري عند فصله في المنازعات الإدارية فإن فقه القضاء الإداري هو الذي يعلن عن المبادئ العامة للقانون والتي تشكل بدورها مصدر من

مصادر القانون الإداري[1] ويتميز بالتالي بقابليته للتطوير وذلك بحسب مستجدات ومتطلبات الأوضاع ووفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

إن حداثة نشأة القانون الإداري مقارنة ببعض فروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي أو القانون المدني أو القانون التجاري جعلت من قواعده غير مدونة في نص تشريعي واحد يكون شاملا لجميع

---

[2] توفيق بوعشبة : مجلة القضاء والتشريع فيفري 1999 ص 142

[1] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة ، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس 1995

[2]- توفيق بوعشبة : نفس المصدر

القواعد الكلية والجزائية التي تحكم تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ومنازعاتها على نحو يبرز انسجام تلك القواعد في إطار نظرية عامة متناسقة فما نجده في مجال القانون الإداري هو مجموعة من النصوص التشريعية المتناثرة تضاف إليها نسبة ملحوظة من القواعد القانونية غير المكتوبة [2].

وهو ما جعله يتميز عن بقية فروع القانون الخاص مستقلا عنها ولكن هذا الاستقلال النسبي للقانون الإداري لم يكن في الحقيقة إلا بسبب ما أثبتته التجربة وكون بعض نصوص القانون المدني لا تتلاءم مع المستلزمات الخاصة بسير المرافق العمومية وليس هناك من شك في صعوبة تطبيقها في إدارة العلاقات بين المرافق العمومية والأفراد وذلك لتباين الحالات بينهما [3].

نخضع بالتالي الأطراف المتنازعة التي لم يحددها ولم يحصرها القانون إلى اعتماد وسائل إثبات حرة تهدف إلى توسيع قناعة القاضي الإداري فتخضع بالتالي إلى رقابته وتقديره لمدى جدية تلك الوسائل المقدمة من قبل الأطراف سعيا منه لإثبات الحق المتنازع فيه لذلك فإنها تتميز عن تلك الوسائل المقننة والمنحصرة في القانون الخاص لتنتقل بذلك من نظام الإثبات المقنن إلى نظام الإثبات المعنوي.

هذه الحرية في الإثبات التي يتميز بها القانون الإداري أتت بغاية إعادة التوازن بين أطراف النزاع المثار التي غالبا ما تكون غير متساوية إذ تكون الإدارة الطرف الأقوى بينما يكون مركز منظوريها في مرتبة أقل وذلك للاعتبارات المتأتية من خصوصية مركز الإدارة وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة لذلك فان القضاء الإداري نجده غير مقيد بوسيلة معينة من وسائل الإثبات يكون قد نص عليها القانون الخاص.

ويمكن أن نذكر في هذا السياق بأن المحكمة الإدارية كانت قد أكّدت في قرارها الصادر بشأن القضية عدد 43 بتاريخ 7 جويلية 1977 مرزوق ضدّ الدولة التونسية ممثلة في شخص المكلف العام بنزاعات الدولة ، أن في مادة القضاء الإداري عامة يجوز الالتجاء إلى جميع طرق الإثبات دون التقيد بأحكام مجلة المرافعات الدنية والتجارية.

« وحيث أن محكمة البداية أخطأت لما ثبتت أحكام الفصل 12 من م م م ت للامتناع عن سماع بينة المستأنف بعلّة أن هذا الإجراء يعد من باب تكوين حجّة للمدّعي ذلك أنه في مادة الخصام الإداري من

---

[3]- ريمون اودان: النزاع الإداري، ترجمة السيد يالضياف " مركز النشر الجامعي 2000 تونس ص 14.

الجائر أن يقع الالتجاء إلى جميع طرق الإثبات دون التقيد بأحكام مجلة المرافقات المدنية والتجارية وفقا لأحكام الفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888[1]».

إلى جانب ما يتمتع به القضاء الإداري من خصوصية على مستوى وسائل الإثبات المعتمدة الخاضعة لمبدأ الإثبات الحرّ المتأتية من طبيعة النزاع القائم من الإدارة التي يتأرجح مركزها بين مدعية ومدعي عليها وبين الطرف الأخر منظورها فإنها بالتالي أصبحت تتمتع كذلك باستقلالية قضائها الإداري حيال القضاء العدلي الخاص.

الفقرة الثانية: طبيعة النزاع الإداري

طالما وأن خصوصية وطبيعة النزاع الإداري تقتضي اختصاص المحكمة الإدارية بكل أطوار التقاضي بها ، تكون الإدارة فيها أحد متقاضيها لاسيما وأن القانون الإداري هو جملة تلك القواعد القانونية المتميزة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص والتي تحكم الإدارة العمومية من حيث تنظيمها ومن حيث نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات تكون متمشية مع طبيعتها و مع وظائفها ومع مقاصدها التي تتخلص في تحقيق المصلحة العامة الأمر الذي يفرض ألا تعامل الإدارة كما يعامل الأفراد[2].

وبصدور القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين المحكمتين العدلية والإدارية وإحداث مجلس تنازع الاختصاص وكذلك القانون عدد 39 المنقح بقانون المحكمة الإدارية حيث أصبحت هذه الأخيرة ذات اختصاص شامل في بعض الدعاوى

والنزاعات الإدارية وذلك ابتدائيا واستئنافا كذلك تعقيبيا مما جعل وسائل الإثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري تخضع إلى نظام الإثبات الحر.

إن قواعد القانون الإداري هي قواعد متغيرة وغير مثبتة إذ هي قواعد مرنة تطور حسب المستجدات وطبق ما تتطلبه المصلحة العامة مما يجعله مختلفا نوعيا عن فروع القانون الخاص بحيث

---

[1]- توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة مركز البحوث الإدارية تونس، الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس1995

[2]- توفيق بوعشبة : نفس المصدر ص11

يرتكز بالأساس على فكرة عدم التوازن بين أطراف النزاع من ذلك أن الإدارة تتواجد في مرتبة أعلى من *الأطراف منظوريها في* النزاع مما يكسبه خصوصية لما للإدارة من سلطات في اتخاذ قرارات نافذة [1].

إذا كان النزاع الإداري نزاع حول المرافق العامة ويكتسي نشاط الإدارة حسب فقه قضاء المحكمة الإدارية صبغة مرفق عام إذا ما تعلق بهدف المصلحة العامة تديرها هيئة مكلفة بإدارة شخص معنوي تابع للقانون العام تتمتع بصفتها بمميزات غير مألوفة بالقانون الخاص وإذا ما توفرت تلك الشروط وجد المرفق العام. غير أن هذا لا يكفي حتى تعود النزاعات المتعلقة بالمرفق موضوع النزاع إلى نظام القانون العام أي يكون النشاط ، نشاط السلطة العامة [2] وبتوفر تلك المعايير يصبح مقتضاها ذلك النزاع مقيدا بقوانين إجرائية خاصة وعليه يحتكم القاضي الإداري لفض النزاع إلى أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية كمبادئ عامة وفقط في صورة عدم وجود نص خاص بالقانون الإداري، طالما لم تتعارض نصا وروحا مع ما جاء به من قواعد وأحكام خاصة [3] .

وبالتالي فإن القاضي الإداري غير ملزم بالالتجاء إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية إذ أنه لا يلجئ إليها باعتبارها ملزمة له وإنما باعتبار أن تلك الأحكام نفسها تقتضيها طبيعة القضاء الإداري وعلاقات وروابط القانون العام [4] وبالتالي فإن على القاضي الإداري أن يستوحي مبادئ القانون الإداري لتحديد الحلول المناسبة التي تتماشي مع ما هو معروض عليه في النزاع وذلك من خلال حرية القاضي في استعمال نظام إثبات دون غيره.

إن النزاع الإداري الذي يقتضي دوما أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ويمثله بصفته هذه التي تبيح له بعض مظاهر السلطة العامة [1] التي سواء تمثلت في مقدرته على التزام الغير بإرادته المنفردة عن طريق ما يصدره من قرارات إدارية والتي يمكن أن تنفذ مباشرة دون الحاجة إلى استصدار أحكام قضائية، أو ما يتمتع به من سلطة الاستيلاء ونزع الملكية من أجل المصلحة العامة أو تضمين ما

---

[1]- عبد المنعم حيرة : آثارحكم الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي 1971 ص 296.

[2]- ريمون اودان: النزاع الإداري، ترجمة السيد يالضياف " مركز النشر الجامعي 2000 تونس ص 315

[3]- عياض بن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر، ص 81.

[4] - طعيمة الجرف : مدى التعارض بين المنازعات الإدارية وقواعد المرافعات الدنية ، مجلة مجلس الدولة المصري السنة السابعة ص 276 وما بعدها

[1] - سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي 1973 – ص 77

يبرمه من عقود إدارية شروط استثنائية غير مألوفة في أحكام القانون الخاص، فهذا النزاع الإداري يدور موضوعه حول حق من الحقوق الإدارية يكفلها المشرع للأشخاص لحماية حقوقهم من خلال التعهد بمهمة الفصل فيها إلى قاضي متخصص وذلك لإمكانية مواجهة الإدارة عن طريق القضاء.

الفرع الثاني : مظاهر مبدأ حرية الإثبات

إن المنازعات الإدارية كغيرها من المنازعات الأخرى لا يمكن للقاضي أن يتدخل فيها من تلقاء نفسه وإنما لا بدّ من تحريكها من أحد أطراف الخصومة ويكون المدّعى عادة وذلك ليفصح عن إرادته في الالتجاء إلى القضاء لحماية مركز قانوني له ضدّ اعتداء أو تعسف الإدارة [2] ويبرز ذلك إما من خلال تجاوز الإدارة لتلك السلطة التي بعهدتها أو عدم مطابقة أو ملائمة القرار المتخذ من قبل الإدارة للأحكام القانونية الموضعية أو الإجرائية المنبثقة عن الدستور أو الاتفاق الدولي أو القانوني أو المبدأ العام للقانون أو من القرارات الإدارية الأعلى منه درجة في سلم القرارات الإدارية أي سلم الشرعية الداخلي[3] .

وبالتالي يكفي أن يكون للطاعن مصلحة ما في إلغاء القرار الإداري حتى يكون طعنه مقبولا من حيث شروط المصلحة إذ يعتمد القضاء الإداري مفهوما واسعا مرنا للمصلحة في التقاضي كلما تعلق الأمر بدعوى تجاوز السلطة (فقرة أولى) كذلك يمكن إذا ما ثبت الضرر الذي تكون الإدارة قد ألحقته بأحد الأشخاص أو بمجموعة من الأشخاص الحصول على تعويض في شكل مبلغ مالي جبرا للضرر[4] وذلك عن طريق دعوى التعويض (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : على مستوى دعاوى الإلغاء

يتبلور مبدأ الإثبات الحر من خلال الاختصاص الكلي للمحكمة الإدارية على مستوى دعوى تجاوز السلطة التي ركزها المشروع التونسي انطلاقا من القانون عدد 40 لسنة 1972 بتاريخ 1 جوان

---

[2] - حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعات الإدارية، دار الشعب بالقاهرة 1981 ص 219

[3] - عياض بن عاشور : القضاء الإداري وفقة المرافعات الادارية في تونس، سيراس للنشر، 1998 ص 700

[4]- توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة مركز البحوث الإدارية تونس، الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس1995

1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية التي عرفها بأنها الدعوى التي ترفع إلى المحكمة الإدارية بهدف الحصول على إلغاء قرار صادر عن إحدى السلط الإدارية بناء على ادعاء بأن هذا القرار جاء مخالفا للمشروعية [1] وعليه فإن المدعي يكفي له إثبات وجود مصلحة للقيام بالطعن دون تكون هناك صلة مباشر أو شخصية بين المصلحة و القرار تبقى في الحقيقة متعلقة بتقدير القاضي [2] .

كذلك تقدير مدى إثبات المدعي منظور الإدارة لتوفير الشروط اللازمة للقرار المطالب إلغاءه وذلك من كونه أحديا، موجودا وقابلا للتنفيذ وأن يكون له أثر ثابت على مصالح أو حقوق الغير وأن لا يكون خاضعا لنظام قضائي آخر منفصل عنه وأخيرا بإثبات كونه قرار غير شرعي مضرا بمصلحته لا سيما وأن القرار الإداري مبني على قرينة الشرعية أي أنه مفترض فيه احترام للقوانين ينتج عنه سلامة مبناه المادي أي شرعية الوقائع التي تأسس عليها القرار وكذلك سلامة مبناه القصد بما معناه الهدف الذي حمل الإدارة على اتخاذ هذا القرار لاسيما وأن يفترض في القرار غير المسبب أنه قائم على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك [3].

أن دعوى تجاوز السلطة ليست دعوى يتقابل فيها طرفان بل هي دعوى تتميز بكونها تبرز طرفا واحدا وهو القائم بالدعوى من جهة وقرار إداري صادر عن سلطة إدارية من جهة أخرى لذا نجد أن فقه القانون الإداري أخذ منذ مدّة في إدخال تعديل على المقولة التي بمقتضاها ينظر إلى دعوى تجاوز السلطة

كقضية مرفوعة على قرار إداري وليس على السلطة الإدارية ذاتها ويعتبر جانب من الفقه أيضا أن دعوى تجاوز السلطة تضع في العلاقة طرفين تبرزهما القضية المعروضة على القاضي الإداري [1].

---

1 - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس : الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس 1995.

2 – عياض ابن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر 1998، ص .118

3- الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 1136 بتاريخ 22 نوفمبر 1985، ورثة أحمد جابر النصري ضد وزير الفلاحة.

1- توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس : الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس 1995.

ويسعى القاضي الإداري ضمن هذا الصنف من الدعاوي إلى إلغاء أو نقض القرار الإداري دون أن تكون له السلطة التقديرية لتقدير الوقائع ولا حتى تقييم السلطة التقديرية الراجعة للإدارة وإنما له فقط أن يعتمد وسائل الإثبات المقدمة من الأطراف منظوري الإدارة والبحث في مدى قدرتها على إثبات جانب التعسف باتخاذها ذلك القرار بحيث تكون الوسائل المقدمة متعلقة فقط بشرعية القرارات الإدارية ومخوّلة لرفع دعوى الإلغاء في حالات معينة قد حصرها المشرع في الفصل السابع من القانون غدد 40 لسنة 1972 وهي أن تكون الإدارة طرفا مدعي عليها غير مختصّة أو خرقت الصيغ الشكلية الجوهرية أو أخطأت في تطبيق قاعدة من القواعد القانونية وإما أن تكون قد انحرفت بالسلطة أو بالإجراءات [2].

فيكون بذلك على الأطراف المدعية منظوري الإدارة إثبات وجود ذلك القرار المخدوش فيه وكذلك إثبات المصلحة للقائم بها، وبالتالي فإن كل احتجاج أمام المحكمة الإدارية بانحراف الإدارة بالسلطة يجب أن يكون معللا أي على مدعيه إثباته وعلى المحكمة الإدارية استنتاج وجوده من أوراق ملف القضية ومن خلال عملها الاستقرائي للدعوى المرفوعة لديها وذلك باعتماد القاضي الإداري للمنهج الاستقصائي يرتكز على مذهب الإثبات الحر وتتأكد هذه الحرية باعتماد وسائل غير تلك التي يعتمدها القاضي العدلي لإثبات النزاع الإداري وهو ما أتي على تحجيره الفصل 3 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 الذي نص أنه "ليس للمحاكم العدلية أن تنظرفي المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو الإذن بأي وسيلة من وسائل لتعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرافق العمومية".

وقد تم تنقيح هذا القانون بالقانون عدد 1 لسنة 2002 المؤرخ في 4 فيفري 2002 والذي جاء ليؤكد منطوق ذلك القانون بصيغة جديدة مفادها وان المحكمة الإدارية تختص بالنظر في دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية بحيث يختص القاضي الإداري فقط بنزاع يهدف

إلى إلغاء مقرر إداري ينتهج فيه منهج البحث والاستقرار، طالما وأن هذا الصنف من الدعاوي يعود بالاختصاص الكلي للمحكمة الإدارية.

الفقرة الثانية : على مستوى دعاوى التعويض

---

[2]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 359.

إن دعوى التعويض والمتمثلة أساسا في دعوى المسؤولية تهدف إلى الحصول على تعويض في شكل مبلغ مالي جبرا للضرر الذي تكون الإدارة قد ألحقت بأحد الأشخاص أو بمجموعة من الأشخاص وما من شك أن دعوى التعويض هي أحد أبرز الدعاوي في ميدان القضاء الإداري إلى جانب دعوى تجاوز السلطة[1].

ولقد كان منشأ دعاوى التعويض أمر 27 نوفمبر 1888 والذي وقع نسخه بالقانون عدد 39 والمؤرخ في 3 جوان 1996 مؤكدا على أن هذا النوع من الدعاوى يهدف في حقيقة الأمر إلى استرجاع الحقوق وتنفيذ الالتزامات وهي دعاوى يرجى من ورائها الاعتراف بما للمتقاضي في القضاء الإداري من حقوق والتزامات أو امتيازات سواء كانت عقدية أو شبه عقدية أو مترتبة عن جنح أم كانت أحادية [2] .

إن القضاء الكامل هو قضاء حقوقي يتعين فيه على القاضي أن يوازن بين طرفين متنازعين في حقوقهما إذ يستوجب نظره في الواقع وفي القانون أي النظر في مدى إخلال الإدارة لأحد التزاماتها التعاقدية أو أضرارها التي ألحقتها بالمدعي بسبب أشغالها العمومية التي أذنت بها أو بمناسبة أعمالها الإدارية غير الشرعية، ثم يكون العمل القضائي والبحث في النصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع بحسب الأحوال وطبيعة النزاع، فالوقائع لها تأثير خاص وحاسم على تطبيق القانون والقاضي يكتشفها بمقتضى منهجيته التي تعتمد شتّى وسائل الإثبات المادية والغير المادية [3] وذلك لإثبات الوقائع التي هي عبارة عن الأحداث التي تشكل ملابسات القضية التي انبنى عليها خطأ الإدارة وذلك لتحقيق تحكيم حصول ذلك الخطأ وأوصافه ليستند عليها القاضي الإداري لتحقيق تحكيم شامل من حيث الوقائع ومن حيث القانون [4] . ومنه فان على المدعي في إطار القضاء الكامل إقامة الدليل على الوقائع أما ما صعب منها فهو غير ملزم بها ويبقى للقاضي الإداري مهمته النظر في ذلك.

و نظرا وان القضاء الكامل هو أولا وبالذات قضاء حقوقي مزدوج الطبيعة يعتمد على جانب إقصائي كنتيجة لتفاوت طرفي النزاع من جهة وهو اتهامي لطبيعته الحقوقية من جهة أخرى وبالتالي يتعين على القضاء أن يوازن بين طرفيه المتفاوتين. ومن ذلك فان الإدارة تعتبر تلقائيا كطرف أعلى من الفرد. وفكرة علوية الإدارة على أفراد المجتمع تشكل جوهر الفلسفة التي يقوم عليها القانون الإداري الذي

---

[1]- توفيق بوعبشة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة االقومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995 ص 470.

[2]- عياض ابن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر 1998، ص 157.

3- عياض ابن عاشور : نفس المصدر ص 172

4 - عياض ابن عاشور : نفس المصدر ص 166

بني عليها ضرورة توفير قانون خاص بالإدارة حتى لا يقع إخضاعها لذات القانون الذي يحكم علاقات الأفراد وسائر أشخاص القانون الخاص فيما بينهم [1] .

لذلك فان حرية الأطراف في اللجوء إلى حرية الإثبات في القضاء الإداري هي حرية كاملة نظرا لغياب عنصر تقنين تلك الوسائل من جهة وغياب تقيد القاضي الإداري بحدود من جهة أخرى وبالتالي فإنه على العارض أن يثبت في إطار دعوى التعويض ارتكاب الإدارة للخطأ إذا كانت المسؤولية المثارة غير مبنية على خطأ أو إذا كانت هذه المسؤولية متمخضة عن أضرار مرتبطة بأشغال عمومية فان المتقاضي المتقدم بدعوى في التعويض لا يطالب بإثبات خطأ ما ارتكبته الإدارة وإنما عليه فقط أن بين وجود علاقة بين الضرر الحاصل وعمل أو فعل أو تصرف الإدارة وبصورة عامة ومهما كانت الحالة فان الإثبات يمكن أن يتم في مادة دعوى التعويض بجميع الوسائل وللقاضي أن يتدخل أيضا من أجل التواصل إلى إثبات المطلوب كما للقاضي أيضا أن يلجأ إلى الاختبار إذا اقتضت الحالة ذلك [2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية في هذا الصدد في قرارها الصادر بشأن القضية عدد 43 بتاريخ 7 جويلية 1977 مرزوق ضدّ الدولة التونسية ممثلة في شخص المكلف العام بنزاعات الدولة أن في مادة القضاء الإداري عامة يجوز الالتجاء إلى طرق الإثبات دون التقيد بأحكام م م م ت "وحيث أن عملية الهدم المذكور هي بعكس العقود من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بجميع الوسائل ... "وحيث أن محكمة البداية أخطأت لما تبنت أحكام الفصل 12 من م م م ت للامتناع عن سماع بينة المستأنف بعلّة أن هذا الإجراء يعد من باب تكوين حجة المدعي، ذلك انه مادة الخصام الإداري من الجائز أن يقع الالتجاء إلى جميع طرق الاثبات دون التقيد بأحكام م م م ت وفقا لأحكام الفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر1888[2].

ولكن رغما عن الاختلاف بين نظريات ومفاهيم القانون الإداري عن القانون العدلي الخاص وذلك من حيث اعتماده لنظرية الإثبات الحر فان ذلك لا يحول دون وجود علاقة بين هاذين الهرمين الإداري والعدلي حيث استوعب فيها القانون الإداري بعض القواعد القانونية المتعلقة بالقانون الخاص وكذلك من

---

1 - - توفيق بوعشة : مبادئ القانون الإداري التونسي : أوربيس للطباعة جوان 1992 ص 24

2 - توفيق بو عشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة االقومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995 ص 482

3- توفيق بو عشبة : نفس المصدر ص 482

خلال لجوء القاضي المدني إلى الحلول المعتمدة من قبل القاضي الإداري لذلك فانه من الواضح وجود تكامل على عدة مستويات بين هذين الصنفين من القانون.

المبحث الثاني : تكامل وسائل الإثبات بين القضاء الإداري والقضاء العدلي

إن الازدواجية القضائية بما معناه وجود محكمة إدارية بصورة موازية للمحاكم العدلية على اختلاف درجاتها لا يحول دون اختصاص هذه الأخيرة بالنزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد والإدارة وهو ما يدعو القاضي الإداري بدوره إلى التدخل في بعض النزاعات المدنية من جهة واللجوء إلى بعض الوسائل المعتمدة في القانون المدني لاستقراء الحقيقة والتحقيق في الدعوى المعروضة عليه في إطار

القضاء الإداري ومنه فان التكامل بين القضاء الإداري والقضاء العدلي لا يترتب بالضرورة عن وجود قانون عام منفصل عن القانون الخاص ولو نظريا وجود هيئة قضائية إدارية منفصلة عن الهيئة القضائية العدلية [1].

فإننا نجد القاضي الإداري بصدد تطبيق إما النص الخاص إن وجد وإما الالتزام بتطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها الشريعة العامة في الإجراءات القضائية فان وجد النص القانوني فعليه تطبيقه وإن افتقد للنص فمن حقه بل من واجبه الاجتهاد باختيار الحلول وإرساء النظريات الجديدة في مجال الإجراءات القضائية وبالتالي ليس عليه أن يرجع إلى نصوص المرافعات بل له أن يستأنس بها وان يعتنقها إذا رأى صلاحياتها لتطبيقها على النزاع المعروض أمامه وإذا اقتنع أيضا أنها

تتعارض مع طبيعة أو جوهر ذلك النزاع بحيث لا يكون رجوع القاضي الإداري إلى قواعد المرافعات المدنية والتجارية إلا بمثابة الاستثناء وليس على سبيل الإلزام [1]. وبالتالي فإننا نجد القانون الإداري

1- ريمون أدوان ك النزاع الإداري : ترجمة السيد بالضياف ، مركز النشر الجامعي 2000 ص 25.

[1] - محمد حافظ : القضاء الإداري ، دراسة مقارنة الطبعة الثالثة 1966 ص 469

والقانون المدني مرتبطان من حيث الاختصاص (الفرع الأول) وكذلك من حيث وسائل الإثبات المعتمدة من قبل القاضيين الإداري والعدلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : من حيث الاختصاص

يقصد بالاختصاص هنا هو الاختصاص الوظيفي الذي يتمثل في توزيع العمل بين مختلف الهيئات القضائية في الدولة [2] ويمكن أن نميز في تونس بين القضاء العادي العدلي والقضاء الإداري إلا انه ورغم تأكيد هذا الأخير على استقلاليته ورغم تأكيد المشرع من خلال تنقيح 1996 بالقانونين عدد 38 و 39 على الاختصاص الكلي للمحكمة الإدارية في مادّة النزاعات الإدارية فإن ذلك لن يحول دون إسناد بعض من ذلك الاختصاص إلى المحاكم العدلية للنظر فيها ابتدائيا (فقرة أولى) معا جعل الاختصاص للمحكمة الإدارية استئنافيا وتعقيبيا (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : اختصاص المحاكم العدلية بالنزاعات الإدارية

لقد استقرت التقاليد الفقه قضائية على جعل بعض الأصناف من المنازعات الإدارية من اختصاص القاضي العدلي و من الضروري الإشارة في هذا الخصوص إلى استئثار القاضي العدلي الإداري بأصناف معينة من المنازعات ا لإدارية [3].

وقد أتى التنقيح الجديد للقانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 بفصله الثاني فقرة أخيرة جديدة ناصا على الاختصاص للمحاكم العدلية بالنظر في جميع ما ينشأ من نزاعات بين

صناديق الضمان الاجتماعي ومستحقي المنافع الاجتماعية والجرايات والمؤجرين أو الإدارات التي ينتمي إليها الأعوان في شأن تطبيق الأنظمة القانونية للجرايات والضمان الاجتماعي باستثناء المقررات القابلة

---

[2] - هندي أحمد : أصول المحاكمات المدنية ص 77

[3] - توفيق بو عشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة االقومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995 ص 388

للطعن من اجل تجاوز السلطة والدعاوى المرفوعة ضدّ الدولة في مادة المسؤولية الإدارية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل الأول من هذا القانون.

إلى جانب ذلك تختص المحاكم العدلية بالبت في دعاوى التعويض ضدّ الإدارة إذ نجد محكمة الناحية مختصة بالبت في دعاوى التعويض عن حوادث الشغل و الأمراض المهنية وذلك عملا بأحكام القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 والمتعلق بالنظام الخاص بالتعويض عن الأضرار بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العام . ولقد تعرض المشرع صلب القانون المذكور بالفصول من 43 إلى 47 للنزاعات القضائية إذ ورد بالفصل 43 المشار إليه أن قاضي الناحية يختص بالنظر في النزعات الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وجبر الأضرار الناجمة عنها مهما كان مقدار الطلب أو موضوع الدعوى [1].

بالإضافة إلى ذلك يختص القاضي العدلي بالبت في الدعاوى المتعلقة بالتعويض عن حوادث العربات والوسائل المتحركة مهما كان نوعها الراجعة للإدارة حسب تعبير المشرع بالفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص وبالتالي فان المحاكم العدلية هي التي تبت في دعاوي التعويض سواء كان ابتدائيا أو استئنافيا أو تعقيبيا.

وبالتالي فان المحاكم العدلية موكل لها النظر في الدعاوى المرفوعة للحصول على تعويض عن العقارات المنتزعة للمصلحة العامة وتستمد المحاكم العدلية هذا الاختصاص ابتدائيا من أحكام الفصل 30 من القانون عدد 85 لسنة1976 والذي ورد به ما يلي " يكون النزاع ابتدائيا من اختصاص المحكمة الابتدائية التي توجد بدائرتها الأملاك واستئنافيا وتعقيبيا لدى المحاكم الإدارية طبق أحكام الفصل الثاني من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية [2].

أما في خصوص القضايا المتعلقة بكف شغب الإدارة فان الاختصاص الكلي للمحاكم العدلية بالنظر في مثل هذه الدعاوى يعتريه بعض الغموض وذلك بالرجوع إلى فقه قضاء المحكمة الإدارية

---

[1] - مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 367.

[2] - مصطفى صخري : نفس المصدر ص 368.

فنلاحظ هنا إن هذه المحكمة لم تعتمد موقفا واضحا بخصوص مدى اختصاصها في مادة كف شغب الإدارة[1] حيث تعتبر هذه المحكمة أن مثل هذه الدعاوى يعود إلى اختصاص القاضي الإداري بالنظر وخصوصا في تلك الدعاوى التي تتصرف فيها الإدارة تصرفا ماديا يستهدف النيل من الملكية الفردية والحريات العامة [2].

كذلك قد حدد المشرع اختصاص المحكمة العدلية في المجلة الانتخابية بالفصل 19 في ما يتعلق بكيفية الطعن في مقررات لجنة المراجعة وذلك بان خص بالنظر في تلك الدعاوى المحاكم العدلية ذات الاختصاص الترابي في حين نجد المحكمة الإدارية تنظر في الطعن بالتعقيب وهو ما يجعل المحاكم العدلية في مثل هذه النزاعات الإدارية تختص استئنافيا دون أن يكون لها اختصاص ابتدائي.

كما نجد الفصل 26 من مجلة الجباية يضبط اختصاص المحكمة العدلية ابتدائيا الصادرة بالقانون عدد 1 لسنة 1997 والمؤرخ في 3 فيفري 1997 إذ نصت انه يمكن لكل طالب مطالب بالمعلوم تقديم طلب مراجعة المعلوم لدى محكمة الناحية المختصة ترابيا خلال اجل مدته ستون يوما ابتداء من تاريخ الإعلام عن ختم عمليات الإحصاء المشار إليه بالفصل التاسع من هذه المجلة أو انتهاء الآجال المحددة لإبلاغ قرارات لجنة المراجعة بالنسبة للاعتراضات الواردة خارج عمليات الإحصاء المشار إليها بالفصل الخامس والعشرون من ذات المجلة.

ويستخلص مما تقدم أن حقيقة التكامل بين هذين الصنفين المتباينين من الصنف من القضاء هو اعتماد القاضي العدلي منهجية الاثبات المقررة بمثل هذا الصنف من النزاعات إذ نجده لم يعد له الإبقاء على فكرة عدم التوازن بين الأطراف بل يتولد عن تعهده بالنزاع الإداري إلى اختصاصه العدلي أن

---

[1] ـ توفيق بوعشبة : النزاعات الإدارية في نظام الازدواجية القضائية، مجلة القضاء والتشريع فيفري 1999.

[2] – الحكم الاستنافي الصادر في القضية 391 بتاريخ 25 فيفري 1988، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الدفاع الوطني ضد عبد العزيز بن النفطي وثان ومن معه.

يحكمه النظام القانوني للإثبات المفروضة على النزاعات العدلية بحيث نجد الإدارة تارة طرفا مدعيا وتارة أخرى مدعى عليها فيكون محمول عليها خطر عبء الإثبات أمام القضاء العدلي بالرغم من تمتعها بامتيازات السلطة العامة.

ومع العلم فان هذا التكامل بين القضاء العدلي و القضاء الإداري لا يتضح فقط من خلال الاختصاص الممنوح للقضاء العدلي لبعض النزاعات الإدارية وذلك ابتدائيا واستئنافيا بعد أن اختصت كليا فلقد جاء التشريع الصادر بتاريخ 3 جوان 1996 المتعلق بإعادة تنظيم القضاء الإداري إذ نجده يضبط اختصاص المحاكم العدلية ابتدائيا وذلك في النزاعات المتعلقة بالانتزاع من أجل المصلحة العامة . أما استئنافيا فهي تختص بالنظر في كل نزاع بشأن القائمات الانتخابية المحررة من طرف السلط الإدارية والتي نص عليها الفصل 14 من المجلة الانتخابية.

الفقرة الثانية : اختصاص المحاكم الإدارية بالنزاعات المدنية

وفقا للفصل الأول من القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص فان المحكمة الإدارية تختص بالنظر في دعاوى مسؤولية الإدارة المنصوص عليها بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخة في 1 جوان 1972 بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بالاستيلاء على العقارات وكذلك مسؤولية الدولة التي تحل محل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل. كما نصت الفقرة الثانية من الفصل الثاني من القانون عدد 38 السابق الذكر على أن المحكمة الإدارية تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بأعوان المنشآت العمومية الخاضعين للنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية أو الراجعين لنظر المحكمة الإدارية بمقتضى القانون[1].

[1]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 356.

إضافة لذالك فالمحكمة الإدارية تختص بالنزاعات الناشئة عن الصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعية ومنخرطيه في مادة الجرايات والحيطة الاجتماعية ويمكن أن نستخلص أن أحكام الفصول من 2 إلى 13 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 قد ضبطت اختصاصات المحكمة الإدارية ابتدائيا واستئنافيا وتعقيبيا[1].

وقد حدد الفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 مرجع نظر المحكمة الإدارية ابتدائيا وذلك بان خص الدوائر الابتدائية بالنظر في دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الإدارية الصادرة في المادة الإدارية وكذلك في الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية. وتختص أيضا في الدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدنية من اجل أعمالها الإدارية غير الشرعية أو من اجل الأشغال التي أذنت بها أو من اجل أضرار غير عادية ترتبت عن احد أنشطتها الخطرة كما تنظر في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإدارية باستثناء ما اسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاص[2].

أما في ما يتعلق بالاختصاص الحكمي للمحكمة الإدارية استئنافيا فقد حدّد ذلك الاختصاص الفصل 19 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 الذي خص المحكمة الإدارية بالنظر في : استئناف الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية للمحكمة الإدارية كما يعهد لها النظر في استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم العدلية في المادة الإدارية في نطاق اختصاص مسند لتلك المحاكم بقانون خاص وذلك ما لم ينص القانون المذكور صراحة على اختصاص المحاكم العدلية بالنظر استئنافيا في تلك الأحكام . وكذلك تختص بالنظر في استئناف الأذون والأحكام الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية المنصوص عليها في هذا القانون[3] .

لقد نظم المشرع التونسي إحكام الطعن بالتعقيب أمام المحكمة الإدارية بالفصول من 67 (جديد) إلى 76 (جديد) من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية والذي نص على أن الطعن بالتعقيب يرفع بمقتضى مطلب يحرره محام لدى التعقيب ويقدم لكتابة المحكمة في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلام بالحكم المطعون فيه كما يجب أن يتضمن المطلب على أسماء الأطراف وألقابهم ومقراتهم وعرض موجز لوقائع القضية والمطاعن الموجهة إلى الحكم المطعون فيه.

---

[1]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الاولى توتس 2001 ص 357.

[2] - الساحلي روضة المشيشي : دراسة بعنوان : القضاء الابتدائي الإداري " منشورة بملتقى الحقوقيين العدد 06 القضاء الإداري – كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1998 ص 107.

[3] - مصطفى صخري : نفس المصدر ص 381.

ومنه فان مرجع نظر المحكمة الإدارية تعقيبيا يكون في عدة طعون و منها الطعن الموجه ضد الأحكام النهائية المتعلقة بتوظيف الاداءات والمعاليم الراجعة للدولة و الجماعات المحلية وكذلك الأحكام النهائية المتعلقة باسترجاع تلك الاداءات والمعاليم وهوما نصّت عليه الفقرة الثانية من الفصل 11 (جديد) من القانون عدد 40 لسنة 1972 المنظم للمحكمة الإدارية .

وكذلك عملا بالفصل 11 من القانون عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 فان المحكمة الإدارية تتعهد بالنظر في الطعون المسلطة على الأحكام النهائية الصادرة في مادة الاعتراضات على البطاقات التنفيذية المتعلقة باستخلاص ديون الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية المخول لها قانونا استخلاص ديونها بمقتضى بطاقة تنفيذية[1] .

و تنظر المحكمة الإدارية كذلك في الطعن الموجه ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم العدلية فيما يتعلق بالقائمات الانتخابية للانتخابات الرئاسية والتشريعية والبلدية وذلك طبقا لأحكام الفصل 12 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية. بالإضافة إلى ذلك فان هذه في الطعن في قرارات لجنة المنافسة وذلك حسب ما خوله الفصل 13 مكرر من القانون عدد 40 الأخيرة تبت بالتعقيب في الطعن الموجه ضدّ قرارات المحاكم الاستئنافية والمتعلق بالنزاعات في مختلف الهيئات المهنية وذلك عملا بأحكام الفصل 13 من القانون عدد 40 لسنة 1972 وأخيرا نجدها تنظر تعقيبيا لسنة 1972 وكذلك النظر في الطعون الموجهة ضدّ الأحكام النهائية طبقا لما نص عليه الفصل 21 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المنقح بالقانون الأساسي عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001[2] .

ورغم ما توصل إليه القاضي الإداري و رغم سعي المشرع إلى تحديد اختصاص كل من هيكلي القضاء الإداري والعدلي بنزاعات يتفرد بها كل منهما إلا أن وجود الازدواجية القضائية المتجسدة في وجود قضاء إداري بجوار جهة القضاء العدلي فانه يصعب في بعض الأحيان معرفة ما إذا كان الاختصاص منعقدا لجهة القضاء الإداري أو لجهة القضاء العدلي لذلك فقد جاء القانون عدد 38 لسنة

[1] - مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 402

[2] - مصطفى صخري : نفس المصدر ص .402.

1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 لتدارك هذا التداخل في الاختصاص بمناسبة إعادة تنظيم القضاء الإداري لإحداث مجلس تنازع الاختصاص للنظر في النزاعات الناشئة بين المحكمتين وذلك باعتماد آليتين تتمثل الآلية الأولى وانه " يمكن للمكلف العام بنزاعات الدولة وللجماعات المحلية والمنشآت العمومية في القضية التي يكونون طرفا فيها أن يدفع وفي مذكرة مستقلة ومعللة بعدم اختصاص إحدى المحاكم العدلية للنظر في هذه القضية استنادا إلى رجوع النظر فيها إلى المحكمة الإدارية وتقدم المذكرة بعد اطلاع الأطراف الأخرى عليها، ولا تقبل بعد حجز القضية للمفاوضة وتصدر المحكمة المتعهدة حكمها معللا يقضي بإرجاع النظر في القضية وإحالة ملفها على مجلس التنازع ولا يقبل هذا الحكم أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب ولا يمكن تقديم الدفع أمام محكمة التعقيب[1]. ونسعى الإدارة بهذه الصورة إلى أن تحقق امتيازها القضائي بجعل المنازعة القائمة بينهما وبين الغير من اختصاص المحكمة الإدارية وليس من اختصاص القضاء العدلي. أما الآلية الثانية فمفادها أن القرارات التي يصدرها مجلس تنازع الاختصاص واجبة الإتباع من قبل سائر المحاكم[2].

طبقا لأحكام الفصل 10 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس تنازع الاختصاص فان المجلس المذكور يتولى البت في مسألة الاختصاص المعروضة عليه في اجل أقصاه شهران من تاريخ تعهده بالقضية وهذا الأجل المنصوص عليه بالفصل 10 من القانون المذكور يعد أجلا قصيرا ويهدف المشرع من وراء ذلك عدم تعطيل نظر المحاكم المتعهدة بالخصومة متى أثيرت أمامها مسألة تتعلق بالاختصاص[3].

---

[1] - الفصل 7 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بمجلس تنازع الاختصاص

[2] - الفصل 8 من نفس القانون .

[3] - مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 453

الفرع الثاني : من حيث وسائل الإثبات المعتمدة

إن للقاضي الإداري سلطات استثنائية ايجابية مستمدة من الصفة الايجابية للإجراءات وبالتالي فانه يقوم بدور ايجابي في الدعوى الإدارية بصفة عامة و في مجال الاثبات بصفة خاصة فالقاضي هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة بحرية كاملة ويقدر مدى قوتها في الإثبات وبذلك يقوم نظام الإثبات في القانون الإداري على مبدأ الاقتناع المطلق أو حرية الاقتناع كما هو الحال أمام القضاء الجنائي وذلك من حيث الاقتناع بالدليل ولكنه يزيد عنه من حيث جمع الدليل وتقديمه إذ يعتبر القانون الإداري أكثر حرية من القانون الجنائي بخصوص إقامة الدليل [1]

ولأن المشرع التونسي لم يأت على تحديد لوسائل الإثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري فإننا نجد هذا الأخير غير مقيد باعتماد وسيلة معينة دون أخرى وإنما نجده معتمدا لوسائل الإثبات الواردة بالقانون المدني خاصة في غياب ما يضاهيها بالقانون الإداري والتي تتماشى وطبيعة النزاع الإداري فلا شيء يمنع القاضي الإداري من اعتماد النصوص القانونية الواردة بالقانون الخاص[2] لذلك فإننا نجد القانون العام والقانون الخاص يقتربان من بعضهما البعض ولكن في ظروف يعمل فيها القانون العام على حساب

القانون الخاص أو بعبارة أحسن على حساب ما يعبر عن مميزاته الخاصة[3] وبالتالي فان القاضي الإداري لا يلجأ إلى اعتماد وسيلة إثبات دون أخرى إلا متى عجزت الأولى عن إقامة الدليل على ثبوت الحق.

بناءا على ما حدده الفص 427 من مجلة الالتزامات والعقود فان القاضي الإداري نجده تارة مستندا في دعواه إلى اعتماد كلي للوسائل المكتوبة نظرا لما لها قوة ثبوتية لإقامة الدليل على وجود جهة الحق (فقرة أولى) وتارة أخرى محترزا في اعتماده لبقية الوسائل الأخرى المذكورة بالفصل السابق بحيث يحدد اعتماده بحسب قدرتها على ترسيخ قناعة القاضي الإداري ومدى أهميتها في إثبات الحق المتنازع فيه (فقرة ثانية).

---

[1]- أحمد كمال الدين موسى : نظرية الإثبات في القانون الإداري ، دار الشعب 1977 ص 36 – أحمد كمال الدين موسى : نظرية الاثبات في القانون الإداري ، دار الشعب 1977 ص 36.

[2] – الحكم الاستئنافي عدد 21939 الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 1999، محمود كانون ومن معه ضد الوكالة العقارية للسياحة .

3– ريمون ادوان : النزاع الإداري ، ترجمة السيد بالضياف مركز النشر الجامعة ، 2000 ص 21.

الفقرة الأولى : اعتماد كلي للوسائل المكتوبة

تعد وسائل الإثبات المكتوبة وسائل إثبات هامة بما أنها موثوقة تترك أثرا ماديا ويمكن الاحتجاج بها عند الحاجة لإثبات المعاملات لما تتضمنه عادة من دقة في بيان الالتزامات[1] ومنه فانه في إطار الأدلة الكتابية يجب أن نفرق بين الحجج الرسمية والحجج غير الرسمية. إلا انه يمكن الجزم أن وسائل الإثبات المكتوبة هي من أنجع الوسائل المعتمدة في المادة الإدارية لما توفره من دقة ووضوح تغني القاضي الإداري عن اللجوء إلى وسائل غيرها.

وتختلف الحجج الكتابية من حيث قوتها الثبوتية فإما أن تكون حججا رسمية وهي التي عرفها الفصل 442 من مجلة الالتزامات والعقود بأنها الحجة التي يتلقاها المأمورون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون ويستخلص من تعريف الحجة الرسمية أو السند الرسمي انه من المحتم توفر الشروط الثلاثة حتى تعد الحجة كذلك إذ يجب تلقيها أو صدورها من موظف أو من في حكمه قانونا و أن تكون ضمن اختصاصه إلى جانب ذلك يجب تحرر الحجة وفقا لنص القانون. وبالتالي متى استوفت الحجة للشروط الثلاث فهي تعد رسمية تلزم الكافة ولا يمكن الطعن فيما احتوته إلا بالزور مثلما ورد بفقه القضاء في ذلك المعنى "إن الحجة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته دون حاجة إلى الإقرار بها ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا[2].

أما في ما يخص الحجج غير الرسمية فلم يعرفها المشرع التونسي عكس نظيره اللبناني الذي عرفها بالمادة 150 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تقول "السند العادي هو السند ذي التوقيع الخاص ويعتبر صادرا عمن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان يجهل التوقيع[3]. وفي تعريف آخر للحجج غير الرسمية قد يكون أكثر دقة من غيره يعرفها أحدهم

---

[1]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الاولى توتس 2001 ص 483

[2]- مصطفى صخري : نفس المصدر ص 489

3 - مصطفى صخري : نفس المصدر ص 492

بالقول : المحررات العرفية هي المحررات الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها وهي نوعان : محررات عرفية معدة للإثبات ومحررات عرفية غير معدة للإثبات[1].

وبالنسبة للحجج الرسمية المعدة للإثبات فقد عرفها العلامة السنهوري بأنها أوراق أعدت مقدما للإثبات فهي أدلة مهيأة ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه . في حين أن الحجج العادية غير المعدة للإثبات من حيث الأصل هي تلك التي لا تحمل عادة توقيع من صدرت عنه ورغم ذلك فإنها تعد أدلة إثبات يمكن اعتمادها[2] .

ولعل للكتب أهمية بالغة في اغلب المواد القانونية ففي مادة النزاع الجبائي حيث نجد القاضي الإداري مؤكدا على ضرورة الكتب لإثبات الصفقات العمومية المبرمة بين الدولة والأطراف بحيث يعتمد الكتب كشرط صحة وكشرط إثبات إذ جاء بالأمر عدد 442 لسنة 1989 المؤرخ في 22 أفريل 1989 محددا لمفهوم الصفقات العمومية بالفصل 48 فعرفها بكونها "عقود كتابية تبرم من طرف الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمنشآت العمومية قصد إنشاء أشغال أو التزويد بمواد أو خدمات أو دراسات" وحيث وضع النص حدا لحرية الإدارة في التعاقد بان فرض عليها إبرام صفقات عمومية في شأن طلبات الأشغال والنقل والتزويد بمواد أو خدمات التي يفوق مبلغها العشرون ألف دينار .

إن الصفة الكتابية تغلب على الإجراءات الإدارية ولا يعني ذلك انعدام الشفاهية[3] أمام محاكم القضاء الإداري إذ يسيطر مبدأ الشفاهية على المرافعات المدنية بحيث يسمح بتحقيق الاتصال المباشر بين القاضي وأدلة الإثبات ويقتصر دور الكتابة فيها على أعداد وتهيئة الدعوى وتقديم صفتها أو ما يتطلب بتقديمه من سندات أو وثائق أو مذكرات أو عند التدوين في محاضر الجلسات[4] ، فاعتبرت خاصية الكتابة في الإجراءات الإدارية ذات صبغة آمرة[5] ملزمة للقاضي بحيث لا يستطيع الخروج عنها إلا إذا كان هناك

---

[1] - فرج توفيق حسن : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة ، جامعة الإسكندرية مصر 1982-

[2] - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء 2 ص 175 وص 253

[3] – G.Vedel : Droit administratif, 1973 , thème p524

. - فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة 1980 ص 102

[4] - G.Vedel : Droit administratif, 1973 , thème p524

[5] – Hammaoui Ernest : procédure administrative contentieuse, le juge administratif, tome 2,1973 p 98 .

نص صريح يبيح الشفاهية أمامه وحتى في حالة وجود مثل هذا النص فإنه يعد بمثابة استثناء لا ينبغي التوسع فيه كي لا تفقد الإجراءات الإدارية طابعها الكتابي.

كما أنه وفي المادة التجارية حيث نص الفصل 461 من م ا ع أنه يجب على التاجر وفي إطار ممارسته لتجارته أن يمسك بدفاتر حسابات يسجل فيه أرقام معاملاته والتي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات. كذلك نص الفصل 461 من نفس المجلة أنه إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا أو اعترافا بالكتابة من الفريق الآخر أو وافق ذلك نظيرا بيده كان ذلك حجة تامة له وعليه[1]

إن الوسائل المكتوبة وفي هذا الإطار حجية جوهرية لا يعتد لغيرها لدحض الوقائع لما لها من قوة ثبوتية مطلقة ترفع عن القاضي الالتجاء والبحث في غيرها من وسائل الإثبات القانونية وهو نفس ما أنتهجه القاضي الإداري بمناسبة نزاع بين أحد منظوري الإدارة وهذه الأخيرة في مسألة تعلقت بمادة العقود الإدارية فما عدى مميزاته العضوية والشكلية والشروط الخاصة به والالتزامات الخاصة المنجرة عنه فإن العقد الإداري يخضع تماما لنظرية العقد في القانون المدني في تعريفه وتأويله وشروط تكوينه ومحل الالتزام الناشئ عنه وسبب الالتزام وجزاء الإخلال بالشروط الوجوبية وأثار العقد الملزمة وكذلك جزاء عدم الوفاء بالعقد وخاصة بالمسؤولية العقدية واستثناءات المسؤولية كالقوة القاهرة أو فعل الدائن[2]

فنعت العقد بأنه إداري يتعلق بالاختصاص الفضائي أكثر منه بمضمون العقد فإذا تقرر إختصاص القاضي الإداري يتعين عليه أن يطبق على النزاع جملة الأحكام المتعلقة به مهما كان نوعها فيأخذ بالقواعد المدنية والاستثناءات المنصوص عليها بالنصوص المقررة بفقه القضاء و بالأحكام المدرجة في العقد[3] ومنه فإنه حسب مقتضيات الفصل 473 من م ا ع فإن العقود الإدارية والتي يفوت مقدارها القيمة المحددة بالقانون فهي بالتالي تستوجب الكتب الذي يعتبر حجة كتابية لإثبات الواقع والقانون .

كما أن المشرع قد تعرض بالفصول 470 و471 و472 من م إ ع والذي قام بتنقيح الفصلين 470 و471 القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 اللذان يؤكدان أن نسخ الحجج سواء كانت رسمية أو غير رسمية فهي جديرة بالاعتماد من قبل القاضي نظرا لما لها من نفس الحجية

---

[1]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 499 .

[2] - عياض ابن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر 1998، ص 164

[3]– عياض ابن عاشور : نفس المصدر ص 164

التي للأصل مادام مؤشر عليها من قبل السلط المختصة في ذلك ولقد ورد ذلك المعنى بالفصل 470 م إع " إن نسخ الحجج الرسمية وغير الرسمية المأخوذة من الأصل تعتبر كأصولها إذا شهد بصحتها المأمورون العموميون المأخوذون بذلك بالبلدان المؤخوذة بها النسخ" ومنه فإن نسخ الحجج لها نفس قوة الإثبات إذ أنها تقيد الأطراف والمحكمة فيها يتعلق بحجيتها [1]

ويمكن أن تكون نسخ الحجج من ضمن أوراق ملف القضية التي قد تعرض على القاضي الإداري لإثبات الحق المطالب به بحيث يمكن أن تتكون من جملة التقارير المدلى بها أثناء التحقيق أو مذكرة تتضمن معلومات يوجهها رئيس لمرؤوسيه ويمكن أن تتمثل أيضا في مجموعة المراسلات المتبادلة بين الأطراف المتنازعة والتي من شأنها أن تدل القاضي الإداري على معرفة حقيقة النزاع وإثبات الحق المتنازع فيه . وهو ما يستخلص منه وجوب الكتب كوسيلة تعتمد لإثبات الحق وتأكيد وجوده.

الفقرة الثانية : إعتماد نسبي لبقية وسائل الوثبات

إلى جانب الحجج الكتابية التي يعتمدها القاضي الإداري للوصول إلى الحقيقة واثبات الحق فإنه هناك وسائل إثبات يمكن له اعتمادها نظرا لقوتها الثبوتية في إظهار ذلك الحق ولكننا نجد القاضي الإداري يعتمدها إعتماد نسبيا إذ نجده يقصي ويستبعد اليمين الحاسمة كوسيلة يستند إليها لإثبات الحق المتنازع فيه وربما ذلك لاعتبارات سياسية تهم النظام العام خاصة وأن الدولة التي تمثلها الإدارة لا يجوز أن يوجه لها اليمين الحاسمة وقد ورد بفقه القضاء في ذلك المعني أن اليمين الحاسمة ليست دليلا يقدمه المدعي على صحة ما يدعيه و أنما هي طريقة يلتجئ إليها عندما يعوزه إحضار أي دليل آخر وإن أداها من وجهت عليه فلا تفيد سوى ثبوت الواقعة التي وجهت في شأنها [2] في حين يعرفها الفصل 422 من م م م ت في فقرته الثانية و التي نصت أن " اليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها أحد الخصمين على الآخر حسما للنزاع " و خاصة أن النزاعات التي تهم الدولة يمثلها إما المكلف العام بنزاعات الدولة أو أحد أعوان الإدارة الذي يتوجب عليه الحضور في المنازعات الإدارية التي يمثلها فحسب .

---

[1]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 501- 502

[2]- مصطفى صخري : نفس المصدر ص 540

إن ما انتهجه القاضي بالنسبة لليمين الحاسمة التي قليلا ما يعتمدها كان قد انتهجه أيضا بالنسبة لليمين الإستيفائية و التي يمكن تعريفها بأنها اليمين الإستيفائية المتممة والتي يوجهها القاضي حول موضوع النزاع لأحد الخصوم متى تكون القضية جاهزة للفصل والغاية منها تكوين قناعة للمحكمة من وسائل الإثبات المقدمة إليها و قد سميت بالمتممة حسب بعض التشريعات العربية لأنها تتمم الأدلة المدلى بها للمحكمة من قبل أحد الخصوم و نلمس هذا المعنى في المادة 250 في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تقول بأن اليمين المتممة هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصوم لاستكمال الدليل المقدم منه والتمكن من الحكم في موضوع الدعوى[1].

و قد عرفها أيضا المشرع التونسي بالفصل 492 من م إ ع في فقرته الثانية بأنها اليمين التي يوجهها الحاكم من تلقاء نفسه على أحد الخصمين[2]. حسب هذه التعريفات فإنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يوجه اليمين سواء كانت يمينا حاسمة أو يمينا استيفائية على الإدارة لإثبات الحق المتنازع في شأنه و هو نفس الشأن بالنسبة للأفراد منظوري الإدارة و ذلك تطبيقا لمبادئ القانون العامة و خاصة منها المساواة بين المتقاضين مهما اختلفت درجاتهم و مراكزهم القانونية فدور القضاء هو فصل النزاع و قول الحق دون النظر إلى اعتبارات أخرى .

أما بخصوص بقية الوسائل الكاملة فقد اعتمد المشرع كذلك إلى جانب الحجج الكتابية الإقرار كوسيلة إثبات الذي عرفه المشرع التونسي بالفصل 428 من م إ ع بأن الإقرار يكون إما حكميا أو غير حكمي فالحكمي هو الإعتراف لدى الحاكم من خصم أو من وكيله المأذون فيه بخصوص ذلك[3]. فالإقرار يعد وسيلة إثبات يستند إليها القاضي الإداري أثناء النزاعات الإدارية حيث يعد الإقرار أو الاعتراف أمام القضاء واقعة قانونية و حجة قاطعة على المقر سواء كان إقرار لدى الحاكم المختص و هو ما يعبر عنه بالإقرار الحكمي أو لدى الحاكم الغير المختص بذلك وهو الإقرار الغير الحكمي فنجد القاضي الإداري إما معتمدا إياه كوسيلة لإثبات وقائع معينة و كحجة ودليل و إما مستبعدا إياه إذا ما وجده مفتقرا إلى القوة الثبوتية إذن فالإقرار يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري.

---

[1] ـ **مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 549**

[2] ـ **محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظرية العامة – الأشخاص – إثبات الحقوق الطبعة الأولى ص 316**

[3] ـ **مصطفى صخري : نفس المصدر 505**

ولعل من مظاهر التكامل بين الهرمين العدلي والإداري في ما يتعلق بوسائل الإثبات المعتمدة من قبل القاضيين هو اعتماد القاضي الإداري خلال بحثه وكشفه للحقائق إلى الوسائل المنقوصة التي حرصها الفصل 427 من م إ ع ، حيث ونظرا لصعوبة النزاع الإداري وعدم التكافئ بين الإدارة ومنظوريها فإننا نجد القاضي الإداري يلجأ إلى إعتماد الشهادة كوسيلة لإثبات الحق حتى يوازن بين الإدارة ومنظوريها.

ويمكن تعريف الشهادة من خلال فقهاء القانون الذين يرون أنها قيام شخص في مجلس القضاء بعد حلف اليمين بالإخبار عن واقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره وهي بذلك تختلف عن الإقرار الذي هو إخبار المرء يحق عليه لغيره[1].

فالإثبات إذن بشهادة الشهود يعد حسب شراح القانون من وسائل الإثبات الناقصة ومرد ذلك أن حجيتها أمام المحكمة نسبية وليست قاطعة عكس ما هو الحال بالنسبة لوسائل الإثبات الأخرى إضافة وأن المشرع قد اعتمادها في بعض الأحيان[2].

يعتبر الإثبات بعد تنقيح غرة سبتمبر 1986 وسيلة تحقيق أكثر منها وسيلة إثبات بأمر بها القاضي الإداري من تلقاء نفسه أو يعرضها الأطراف عليه إذا ما كانت تساعد على البحث في الحقيقة إلا أنها تختلف عن الكثير من بعض وسائل الإثبات الأخرى كالتحقيقات الإدارية التي تتم بمعرفة الإدارة وبناء على طلب القاضي إذ يمكن الالتجاء إليها ولو لم ينظمها نص خاص بشأن الوقائع التي

لا تكون في حاجة إلى الاستعانة بأي من وسائل التحقيق الأخرى كما هو الشأن في إثبات الوقائع التي يستخلص منها الانحراف بالسلطة مثل قصد التشفي والانتقام وتصريح الرئيس الإداري علنا بذلك أمام البعض الذين يمكن الاستعانة بهم كشهود أمام القضاء[3].

---

[1]–العبودي عباس:شرح أحكام قانون الإثبات المدني ،دار الثقافة ،عمان، الأردن1999ص223.

[2]- مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص513.

[3]- أحمد كمال الدين موسى : نظرية الإثبات في القانون الإداري ، دار الشعب 1977 ص 36 – أحمد كمال الدين موسى : نظرية الإثبات في القانون الإداري ، دار الشعب 1977 ص368

وبالتالي فإن القاضي الإداري ليس مقيدا باستعمال الشهادة كوسيلة إثبات لكنه وإن جاز اعتمادها في قضاء تجاوز السلطة أو القضاء الكامل فإنه لا يمكن الأخذ بها في مادة النزاع الجبائي خاصة وأنه نزاع يقوم أساسا على حجج كتابية مثلما جاء به الفصل 66 في مجلة الأداء على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات الصادرة بمقتضى القانون عدد 114 لسنة 1989 المؤرخ في 30 ديسمبر 1989 وهذا ما يؤكد أن القانون الإداري من حيث وسائل الإثبات فيه يقوم على قناعة القاضي الإداري أي على مبدأ الإثبات الحر لذلك فإننا نجده مستعملا لمختلف أوجه الإثبات حسب ما استقر في قناعته ووجدانه مما يظهر دوره الاستقرائي والإنشائي في مادة القانون الإداري .

الجزء الثاني

تعامل القاضي الإداري مع وسائل الإثبات

الإثبات بالمعنى القانوني في تعريف فقهاء القانون هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية تعد أساسا لحق مدعى به و ذلك بالكيفية و الطرق التي يحددها القانون[1] و في تعريف آخر مشابه لهذا هو إقامة الدليل على حقيقة أو صحة أمر، فهو تأكيد شيء بأي برهان أو دليل و الإثبات القضائي هو تأكيد حق متنازع فيه بالأدلة التي يجيزها القانون[2]. فعلى من يدعي استرداد حقه المطالب به، إقامة الدليل عليه بوسائل تثبته وبراهين تدعمه، يبقى على عاتق مدعى ذلك الحق إثباته. ولكن وفي إطار الدعوى قد تنقلب المراكز الكلاسيكية، فيصبح المدعى عليه مطالب بالإثبات، لذا فان العبرة بالادعاءات وبالدفوع فيكون المدعي مطالب بإقامة الدليل على ادعاءاته، ويتحمل بذلك عبء الإثبات. وقد يكون المدعى عليه مطالبا بإقامة الدليل فيصبح محتملا بعبء الإثبات في الدفع[3] و بالتالي فان حق أطراف النزاع في الإدلاء للمحكمة بوسائل الإثبات المثبتة لما يتمسكون به يكرس حقهم في الدفاع عن مصالحهم[4].

لذلك فإننا نجد مسألة عبء الإثبات محملة على من يدعي وجود حق له وهو ما أتى على تأكيده الفصل 421 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على انه " إذا اثبت المدعي وجود الالتزام كانت البينة على من يدعي انقضائه أو عدم لزومه له" يلتزم بمقتضاه القاضي الحياد التام، فليس له تكوين أم إتمام أو إحضار حجج الخصوم ملتزما بنظام المواجهة بينهم، وذلك عملا بملكية الأطراف للنزاع والدعوى. وعلى القاضي عدم التدخل بل عليه أن يكتفي بما يقدمه الأطراف الملزمين بعبء تسيير النزاع وإثباته وذلك اعتبارا وان النزاع لا يطرح إلا حقوقا خاصة لا علاقة لها بالمصلحة

1- فرج توفيق حسن : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة جامعة الإسكندرية 1982 ذكره مصطفى صخري في كتابه المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية تونس 2001 . ص 474 .

2- عيد(أدوار) موسوعة أصول المحاكمات الجزء 13 ص 9 ذكره مصطفى صخري مرجع سابق الذكر.

3 - عبد الرزاق المنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جزء الثاني طبعة النهضة العربية ص 13

4 – مصطفى صخري مرجع سابق الذكر ص 77 .

العامة و هو ما يدعم وبخلاف القاضي المدني الدور الايجابي للقاضي الإداري الذي يتخلى عن ذلك الحياد الذي يمنع في التصور الكلاسيكي، من أن يؤسس القاضي اقتناعه على عناصر الإثبات المدلى بها من غير الأطراف، وعليه فانه لا يجوز أن يتدخل تلقائيا في البحث عن الحقيقة[1].

و لكن لا يمكن أن يفهم بذلك أن القاضي في الخصومة لا يلعب إلا دورا سلبيا[2] بل يمكنه أن يتجاوز تلك الأدلة المقدمة له خارقا بذلك مبدأ حياد القاضي المكرس في المادة المدنية و التجارية إذ بإمكانه القيام بجميع الأبحاث دون التقيد بما يقدمه الخصوم، خاصة أن طبيعة نظام الإثبات في القانون الإداري، ترتكز على مبدأ الإثبات الحر الذي يفترض الحرية الكاملة في التقصي عن الحقيقة فللخصوم حرية إقامة الدليل، وللقاضي حرية تقدير ما قدموه بدون تقيد مساهما في إثبات الدعوى وهو ما لا يمكن معه في الأنظمة التي تعتمد نظام الإثبات المقيد أو القانوني.
و هو ما يبرز مدى التزام القاضي الإداري بتبعة عبء الإثبات (المبحث الأول) و مدى احترام تلك التبعية أو تجاوزه لها من خلال صلاحياته (المبحث الثاني).

المبحث الأول : القاضي الإداري وتبعة عبء الإثبات

يتمثل موضوع الإثبات في الواقعة التي على المتمسك بوجود الالتزام إثباتها وفق ما يقتضيه القانون الذي يرجع للقاضي الإداري تطبيق قواعده و الواقعة المراد إثباتها هي حسب تعبير بعض الفقهاء واقعة مادية أو تصرف قانوني[3] إذ من يرفع دعواه أمام القضاء للمطالبة بحق له عليه إقامة الدليل على صحة الوقائع المتنازع عليها و ذلك بالطريقة التي حددها القانون ، لذلك فان أهمية الإثبات تكمن في انه يمكن احد طرفي الخصومة من كسب الدعوى فالمحكمة المتعهدة بالنزاع تقضي لصالح احد الأطراف بعد أن تمحص أدلة الإثبات المقدمة إليها و هي في ذلك تجتهد لترجح الأدلة المقدمة لتأخذ بوسيلة إثبات دون

1 - Jacques Normand : Le juge et le litige p 331

2- الأحمدي (عبد الله) : القاضي والإثبات في النزاع المدني أربيس تونس 1991 ص 59

3 - فرج توفيق حسن : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة : جامعة الإسكندرية مصر 1982 ذكره مصطفى صخري في كتابه المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية الطبعة الأولى تونس 2001 ص 475.

أخرى و هي ملزمة بأن توازن بين تلك الوسائل و مدى الزاميتها و مدى حجيتها حتى تنصف طرفي النزاع و ما تجدر الإشارة إليه إن ترجيح أدلة الإثبات و إن كانت مسألة تخضع لاجتهاد القاضي دون رقابة عليه فعليها إن تعلل رأيها تعليلا سليما متماشيا مع النتيجة التي انتهى إليها دون أن تهمل أية وسيلة إثبات سواء كانت مادية أو فنية [1]. فالقاضي الإداري كلما انتصب لفض نزاع إداري قائم بين طرفين متفاوتين نجده معتمدا في ذلك على القواعد العامة للإثبات مكرسا مبدأ البينة على من ادعى (الفرع الأول) لما لها من آثار على حقوق الأطراف المتنازعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس القاضي الإداري لمبدأ البينة على من ادعى

لقد نص المشرع التونسي بالفصل 420 من م ا ع على أن إثبات الالتزام على القائم به و هذا الفصل ينطبق على المدعي و المدعى عليه و بالتالي فعلى كل منهما إثبات ما يدعيه بالوسائل القانونية المخولة لذلك و القاعدة انه متى اثبت المدعي تطبيقا للفصل 420 من م ا ع وجود الالتزام بذمة المدعى عليه فعلى هذا الأخير إثبات عكس ذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 421 من نفس المجلة الذي يقول "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كانت البينة على من يدعي انقضاءه أو عدم لزومه له "[2].

فيكون الحق في الإثبات مكرسا لمبدأ المواجهة بين الخصوم وخصوصا في إطار النزاع الإداري وذلك لتفاوت مراكز أطرافه حيث يظهر بصفة جلية عدم التكافؤ و اللامساواة بين أطراف الخصومة، ذلك أن المواطن العادي الذي لا يملك ما تملكه الإدارة من الصلاحيات وبما تتحوز به من الوثائق ، والمحاضر والملفات الحاسمة في مثل هذه الدعاوى. لذلك فان مسألة عبء الإثبات يقتضي تحديد من يتحمله من الخصوم أثناء رفع الدعوى (الفقرة الأولى)، وأثناء السير بتلك الدعوى أمام القاضي بمجرد نشوب نزاع إداري (الفقرة الثانية) تحكمها قواسم مشتركة تتجسم في اتجاه القضاء إلى عدم تغيير تلك الضوابط المحددة لأطراف النزاع وذلك ضمانا للاستقرار والأمن الاجتماعي[3] .

---

[1] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة االقومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995

[2] - مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 478

[3] – Chevalier , la charge de la preuve, Paris 58-59 p 139 et s.

الفقرة الأولى : أثناء رفع الدعوى

الأصل إن عبء إثبات الالتزام محمول على القائم به تطبيقا للقاعدة الأصولية الواردة بالفصل420 السالف الذكر من م ا ع و التي تقتضي انه على كل طرف إثبات ما يدعيه و عليه فمتى أمكن له ذلك على خصمه إثبات خلافه [1]. لذلك فان توزيع عبء الإثبات بين الخصوم وبمناسبة النزاع الإداري يقتضي تحميل هذا العبء على المدعي، الذي له إقامة الدليل على ما يدعيه إلا إذا اعتبر ادعائه مجردا لا أساس له فترفض دعواه إذ أن الخصم الملزم بالإثبات يتحمل واجب مثقل لكاهله ولذلك سمي عبء الإثبات بالمقارنة مع وضع المدعى عليه، الذي بإمكانه أن يتخذ موقعا سلبيا من النزاع [2]. لذلك فإننا نجد المدعي في مركز يتفاوت و مركز خصمه خاصة وان في هذا الصنف من القضاء الإداري يعتمد على مبدأ الإثبات الحر، الذي يترك فيه تقدير الدليل للقاضي الإداري في غياب تكافئ بين أطرافه المتنازعة، والذي يعتبر المؤثر الحاسم في تغيير القاضي الإداري لتبعة عبء الإثبات.

و هو ما يدعو القاضي الحقوقي على العمل بمبدأ البينة على من ادعى، بحيث يحمل المدعي في الأصل إثبات أحقيته للشيء الذي يزعم انه صاحب الحق فيه بينما يفرغ قاضي الإلغاء هذا المبدأ من محتواه وذلك بوجود الفرد كمدعي لا ينطبق إلا في قضاء المسؤولية أو قضاء الإلغاء باعتبار أن الإدارة سلطة عامة تلتزم بعلاقاتها بالأفراد بأحكام القانون. ففي القضاء الحقوقي الذي يشتمل على النزاعات حول الحقوق والالتزامات والامتيازات بين الإدارة والمرتبطين معها بعلاقات قانونية، فان المدعي ـ وبخلاف قضاء الإلغاء الذي يكتفي بمجرد المصلحة للقيام بالدعوى ـ عليه إثبات الحق الذاتي والحق هو ما يكتسبه الشخص من كسب راجع إلى ذمته أو من حقوق خارجة عن تلك الذمة المالية كالحقوق العائلية والسياسية والتي من شانها أن تكون سببا في رفع دعوى قضائية ضد الإدارة إثبات أن الضرر الموجب للتعويض قد مس بأحد حقوقه المشروعة واثبات أن ذلك الضرر كان مباشرة مؤكدا وإذا كانت تلك المسؤولية مبنية على الخطأ فانه على من يدعي ذلك الخطأ إثباته قبل الإدارة [3]. أما إذا كان الضرر متمخض عن أضرار مرتبطة بأشغال عمومية فانه

---

[1] ـ مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001

[2] ـ رضا المزغني : أحكام الإثبات ص 43

[3] ـ توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الاداري التونسي : المدرسة االقومية للادارة، مركز البحوث والدراسات الادارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995

على المتقاضي إثبات العلاقة السببية بين ذلك الضرر و فعل أو تصرف الإدارة و هو ما تأيد بإحدى قرارات المحكمة الإدارية الذي جاء بحيثيته " أن المنشأة العمومية التي تكون سببا في إلحاق ضرر لشخص، تترتب لمالكها مسؤولية يكفي فيها قيام العلاقة المادية المباشرة بين تلك المنشأة و بين الضرر "[1]

أما بخصوص بعض النزاعات الإدارية المرفوعة أمام القاضي الإداري والتي تكون بمناسبتها ، واستثنائيا الإدارة المدعية فيها فإنها تفسر في الغالب بعدم إمكانية ممارسة تلك الإدارة لامتيازات التنفيذ المباشر ، فيكون التجائها للتقاضي أمام القاضي الإداري ، للحصول على ما تدعيه من حق متنازع فيه أو للحصول على حكم بالتنفيذ بدلا من ممارسة التنفيذ المباشر وذلك لتجنب احتمال التعرض للمسؤولية في بعض الأحيان وفقا لتقديرها [2] .

ففي الأصل وعملا بمقتضيات القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 ، المتعلق بالانتزاع للمصلحة العامة يمكن أن تقف الإدارة موقف المدعي في المادة الاستعجالية ، وذلك من خلال اختصاص القاضي الاستعجالي الذي يكون العقار المنتزع ضمن دائرة اختصاصه الترابي . إذ ينص الفصل 17 من قانون الانتزاع على انه " يمكن للمنتزع بداية من تاريخ إعلامه بالعرض أن يطلب تحيزه بالعقار مقابل تأمينه :مبلغ مالي يقدره القاضي الاستعجالي وفقا لقواعد الاختصاص العامة بالنسبة للأراضي غير المبنية وغير المغروسة .

أما بخصوص دعوى تجاوز السلطة التي يتم توجيهها ضد مقررات السلطة الإدارية ، مركزية كانت أو جهوية ، والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية بغية الحصول على إلغاء قرار إداري على أساس عدم مشروعيته ، أي على أساس صدوره بما يخالف مقتضيات المشروعية ما لم ينص المشرع على عدم جواز استهدافه بتلك الدعوى ، أي دعاوى إلغاء القرار الإداري والذي هو " إفصاح الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة بقصد تحقيق أثار قانونية معينة ، لذلك فان كل تصرف من جانبها يعبر عن إرادة أخرى ولا يستحدث بذاته أثرا ، ولا يعد قرارا إداريا "[3]. انه وأثناء رفع الدعوى على الطاعن إثبات شرط المصلحة التي يجب أن تكون شخصية ومباشرة ومشروعة في إلغاء ذلك القرار الإداري حتى يكون طعنه مقبولا. هذا والى جانب إثبات ما يفيد تحقيق الإجراءات الخاصة بتلك الدعوى المقترنة بتقديم

[1] - الحكم الاستئنافي الصادر في القضية عدد 21372 بتاريخ 15 مارس 1995 ، بلدية تونس ضد ورثة خديجة الصغير.
[2] - فتحي الزرمدي : للإثبات في المنازعات الإدارية غي تونس ، جويلية 1996 ص 20
[3] - الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 976 بتاريخ 9 أفريل 1985، الطيب زرعي ضد وزير الفلاحة.

مثل تلك الدعاوى تتعلق بتقديم مطلب التظلم آجال الطعن ، وعريضة الدعوى وتقديم ما يفيد انعدام طريقة الطعن الموازي ، أي ما يفيد القيام بدعوى قضائية أخرى للتوصل إلى نفس ذلك الحق المطالب به والحصول على نفس الآثار[1].

هذا إلى جانب تلك الشروط الشكلية على الطاعن إثبات قيام الشروط الأصلية لتقديم دعواه كأن يثبت مثلا تحقيق حالة من الحالات الواردة بالفصل 7 من قانون المحكمة الإدارية التي قد تعتري ذلك المقرر الإداري إما بتعيب الاختصاص أو خرقه للصيغ الشكلية الجوهرية أو هضم حقوق الدفاع أو خرق ذلك القرار لقاعدة قانونية وهو ما يتصور حصوله في عدم المشروعية الأصلية كأن يقع الانحراف بالسلطة أو بالإجراءات والمقصود بالانحراف بالسلطة هو أن تستعمل الجهة الإدارية سلطتها التقديرية لتحقيق غرض مخالف للغرض الذي قصده النص القانوني المعتمد[2]. وتجدر الملاحظة في الأخير أن عبء الانحراف بالسلطة المحتج به أمام المحكمة الإدارية على مدعيه إثباته .

كما يمكن أن تقف الإدارة موقف المدعي بمناسبة نزاع يتعلق بالمادة التعاقدية بحيث انه قد تلجا الإدارة إلى إبرام عدة عقود مع الإفراد كعقود الإشغال العمومية وهو عقد يبرم بين الإدارة أو احد الأفراد بقصد القيام بأحد أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة لعقارات ، وذلك لحساب شخص عمومي وتحقيقا للمنفعة مقابل ثمن معين محدد في العقد، كذلك عقود التزام المرفق العام وهو عقد يبرم بين الإدارة واحد أشخاص القانون الخاص ، يتعهد بمقتضاها هذا الأخير بتسيير مرفق عام على نفسه وتحت مسؤوليته ، و بالتالي فانه في صورة مخالفة ما جاء بالعقد وإذا ما ارتكب خطا معين كالإهمال مثلا أو عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في التنفيذ ، وإذا ما تعلق الأمر بالتزام المرفق العام وكان الجزاء المطلوب هو إسقاط الالتزام ففي هذه الحالة لا بد للإدارة من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم في ذلك طالبة منه تقرير الجزاء المتناسب مع المتعاقد معها[3] ومنه فان على الإدارة إثبات و أن الطرف معاقدتها قد خالف الالتزامات الواردة صلب العقد المبرم و تقديم الأدلة التي من شأنها إن تثبت صحة ادعائها .

---

[1] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الاداري التونسي : المدرسة االقومية للادارة، مركز البحوث والدراسات الادارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995

[2] - مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001

[3] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الاداري التونسي : أوربيس للطباعة جوان 1992 ص 271

إن القاضي الإداري في تمسكه لتكريس مبدأ البينة على من ادعى قد عمد إلى تطبيق القواعد القانونية الواردة بالقانون المدني في ما يتعلق بمسألة خطر عبء الإثبات أثناء رفع الدعوى مما اتضح معه تقيده بتلك المبادئ إلا انه تعامل تعاملا مرنا مع هذا المبدأ بتحميل طرفي النزاع أي كلا من المدعي و المدعى عليه خطر عبء الإثبات .

الفقرة الثانية : أثناء سير الدعوى

إن أي طرف من أطراف الخصومة سواء كان المدعي أو المدعى عليه يمكن له أن يقدم للمحكمة أدلة الإثبات التي من شأنها أن تعزز مركزه في الدعوى و في مقابل ذلك فللخصوم أن يناقشوا الحجج المقدمة ضدهم لدحض أدلتهم و لهم لإثبات ذلك أن يمدوا المحكمة بالدليل العكسي و ذلك طبقا للمبدأ المعروف في الإثبات و هو مبدأ "المجابهة بالدليل"[1].

لذلك فان القاضي الإداري ونظرا لما خوله له القانون من سلطة استقرائية للبحث والتفتيش للوصول إلى الحقيقة نجده يكسي خطر عبء الإثبات نوعا من المرونة و ذلك بجعل الإدارة كطرف مدعى عليها محمولة عليها إثبات عدم صحة ما يدعيه الطرف منظورها . إذ انه يكفي إن يؤكد المدعي صحة الوقائع المدلى بها ، وعلى المدعى عليها الإدارة إثبات عدم صحتها . فان لم يتوصل إلى ذلك فان الشك وفي إطار النزاع الإداري يؤول لصالح المدعي .

ففي القضاء الحقوقي ، وللتقصي من المسؤولية التي قدمت ضدها للمطالبة بالتعويض يمكن للإدارة إن تثير ما يعبر عنه بخطأ المتضرر فإذا ما ثبت هذا الخطأ فان الإدارة تعفى من المسؤولية إما إذا كان الأمر يتعلق بحالة من حالات المسؤولية دون خطأ فان وجود ذلك الخطأ المرتكب من طرف ثالث لا يؤثر على إعمال مسؤولية الإدارة ذلك أن وجود علاقة بين الضرر الحاصل و الإدارة المنسوب إليها الفعل الضار يكفي لقيام مسؤولية الإدارة فان على الإدارة كطرف مدعى عليها محمولة على إثبات إتيان الطرف الثالث ذلك الخطأ أو قيام قوة قاهرة أو حدث غير متوقع خارج عن إرادة مصدر الضرر[2].

---

[1] - مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 ص 477

[2] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الاداري التونسي : المدرسة االقومية للادارة، مركز البحوث والدراسات الادارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995ص 483

وقد جاء فقه قضاء المحكمة الإدارية ناصا بأحد قراراته إن " الإضرار الناتجة عن منشاة عمومية تخضع إلى نظام المسؤولية الناتجة عن الإشغال العمومية الذي يقتضي ، انه متى ثبتت العلاقة السببية ، تكون الإدارة صاحبة المنشاة هي المسؤولة عن كل الأضرار الحاصلة لمستعمليها ، وان مسؤوليتها في هذا المجال تقوم على قرينة الخطأ بناء على أن هذه الأخيرة هي المسؤولة عن الصيانة العادية للمنشاة العمومية ، وانه لا يمكنها التقصي منها إلا بإثبات أنها بذلت كل ما في وسعها لدرك الخطر أو إن مرد الحادث كان القوة القاهرة [1] .

وفي صورة الحالة الطارئة ، فعلى الإدارة إثبات أن الأمر كان متعلقا بمسؤولية مبنية على خطأ حتى تكون معفية من الخطأ لأن الحالة الفجئية لا تكون معتبرة كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية [2].

وما تجدر ملاحظته بخصوص تحويل تبعة عبء الإثبات في القانون الإداري وتعديل الذي قام به القاضي اعتبارا إلى تفاوت وعدم تكافئ إطراف النزاع الذي يجعل من عبئ إثبات البينة يخف عن المدعي الطرف منظور الإدارة ليلقى على عاتق المدعى عليها التي هي الإدارة ، والتي تستوجب تدخل القاضي في هذا المجال ، خصوصا وان تطبيق قاعدة البينة على من ادعى لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي فانه يجوز الاتفاق على مخالفتها مما يسمح لغير المدعي تحمل عبء الإثبات وذلك من طرف المدعى عليه و يعود ذلك إلى أن القاعدة و إن كانت تضع أصلا من الأصول التي ينضبط بها التقاضي إلا انه يغلب عليها ما يؤدي إليه من تحديد مراكز المتقاضين في كل قضية من حيث حق كل منهم و واجبه في إثبات الدعوى أو نفيها أو بوظيفتها التي تحقق حقوق المتقاضين الخاصة تغلب أثرها في تنظيم التقاضي وضبطه[3].

كما إن قاعدة البينة على من ادعى قد تتمحور أثناء سير الدعوى لتصبح البينة " على من يدعي خلاف الثابت فرضا " [4] حيث ينتقل هذا الإثبات في حالة وجود القرائن القانونية التي هي نتائج تستخلص بحكم القانون ، من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة يلجا لها المشرع في

---

[1] - الحكم الصادر في القضية عدد 2299 بتاريخ 18 جوان 1993 ، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة التربية ضد محمد حمودة .

[2] - توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الاداري التونسي : المدرسة القومية للادارة، مركز البحوث والدراسات الادارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995 ص 484

[3] - سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجلءاته في المواد المدنية من القانون المصري مقارنا سائر البلاد العربية ، عالم الكتب القاهرة 1981 ص 906

[4] - نبيل إبراهيم سعد : الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ص 71

حالات معينة يبدو فيها إقامة الدليل على أمر معين مما يرتب عليه القانون أثرا خاص ، عبئا بالغا حد من الصعوبة يجعل المدعي يعجز عن النهوض به [1] .

غير إن هذه القرينة المعمول بها من قبل القاضي الإداري ، هي ليست دليلا يثبت بها الطرف منظور الإدارة دعواه ، إنما هي قاعدة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من عبء الإثبات كله أو بعضه وبالتالي يلقى على عاتق الإدارة عبء إثبات العكس باعتباره مدعيا خلاف الثابت فرضا من ذلك وانه مثلا وفي مجال مسؤولية الإدارة المتأتية عن عدم الصيانة العادية للمنشات العمومية يعفي المدعي من إثبات خطأ الإدارة ، ذلك أن انتفاء الصيانة العادية مفترض من جانبها وما عليها إذا أرادت التهرب من مسؤوليتها إلا أن تدحض هذه القرينة لإثبات القيام بكل ما يلزم ، أي بقيامها بالصيانة العادية [2] وهو ما اقره فقه قضاء المحكمة الإدارية إذ جاء بإحدى حيثياته : " وحيث تعلق موضوع القضية بحادث جد نتيجة مبنى عمومي تمثل في سقوط شجرة كائنة على حافة شارع وحيث أن الأساس في تقرير مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن المنشات العمومية يرتكز على قرينة عدم الاعتناء العادي للمنشات العمومية .

وحيث قام المتضرر بإثبات العلاقة السببية بين الفعل الضار والأضرار التي لحقته من جرائه، لم تتمكن البلدية من دحض هذه القرينة واثبات اعتنائها بصورة عادية بالشجرة المتسببة في الحادث خاصة وان الأضرار لم تكن مردها القوة القاهرة الأمر الذي يجعل البلدية مسؤولة عنها "[3] .

لقد تم انتقال خطر الإثبات وتحميله على الإدارة في عدة قرارات كرسها القضاء الإداري إذ انه في المادة التأديبية فانه غالبا ما يقع بحكم العمل القضائي على كاهل الإدارة التي اتخذت القرار المنتقد [4] . بحيث يقوم عبء الإثبات في المادة التأديبية على مبدأ البينة على الإدارة التي يضفي إلى قلب عبء الإثبات و يمكن أيضا قلب مبدأ البينة على من ادعى لصالح المدعي فيعفى من الإثبات خاصة إذا ما اعتبر القاضي الإداري وان الواقعة التي يدعيها الخصم ثابتة و بالتالي فان القاضي الإداري يلعب دورا هاما في تقرير و تحديد البينة على من ستقع ويتحمل عبء إثباتها.

---

[1] - نبيل إبراهيم سعد : الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت

[2] -إبراهيم الخميري : القاضي الإداري والإثبات بالقرينة ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية.

[3] - الحكم الاستنافي الصادر في القضية عدد 1269 بتاريخ 26 جوان 1995، بلدية تونس العاصمة ضد طارق الحداد

[4] - الحكم الاستنافي الصادر في القضية عدد 235 بتاريخ 09 مارس 1978 الدريدي ضد وزير الداخلية والاقتصاد الوطني .

الفرع الثاني : أثار المبدأ

يعتبر الإثبات "فدية الحق" و يعتبر الحق في الإثبات من المفاهيم الحديثة التي لاقت استحسانا من عديد الفقهاء[1] فالإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه [2] و بالتالي يجب قبل القيام أمام القضاء معرفة الحق الذي من اجله يمكن إثارة الدعوى و على أساس وجوده في الواقع و القانون (الفقرة الأولى) و بالتالي في حالة ثبوت هذا الحق المتنازع فيه فانه سيعمل على تحديد مآل الدعوى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: من حيث إثبات الحق

إن للخصوم حق اعتماد كل أو بعض الوسائل الممكنة و تقديم ما يمكن تقديمه من أدلة تكون غير مخالفة للقانون و مؤيدة لدعواهم إذ أن الدعوى ملك للخصوم فالخصومة بينهما سجال[3] إذ يحق لأحد الخصوم مطالبة القاضي استجواب خصمه وتوجيه اليمين إليه أو رده عليه ، فالحق في الإثبات تعبير عن الموقف الايجابي للخصوم في الدعوى المدنية [4] . إلا أن هذا الحق في الإثبات لا يؤخذ على إطلاقه لأنه انه يعرف حدودا تشريعية إذ يعتبر تجاوز احد المتخاصمين لحدودها خرقا لمبادئ القانون حيث يتقيد الخصوم بالطرق التي حددها القانون ، فيلتزمون بالإجراءات

والأوضاع التي رسمها القانون كما يحق لكل طرف إثبات ما يدعيه و كذلك يحق له مناقشة دليل خصمه لدحضه وتفنيده ولان هذه المناقشة لا تقوم إلا بالاطلاع على هذا الدليل [5] فالمحكمة التي تعتمد مؤيدات الخصوم المقدمة بنفسه ، دون التأكد من اطلاع الطرف الأخر عليها ومناقشتها ، يكون حكمها مشوبا بالنقض .

---

[1] - أحمد أبو الوفاء : الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية بيروت 1983
[2] - عبد المنعم فرج الصدي : الإثبات في المواد المدنية ، طبعة الباب الحلبي 1955 ص 15
[3] - نبيل إبراهيم سعد : الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ص 22
[4] - رضا المزغني : أحكام الإثبات ص 27
[5] - رضا المزغني :نفس المصدر ص 87

ومن حق الخصم الاستشهاد بوسائل أخرى كطلب شهادة الغير أو كطلب استجواب الخصم في الحالات التي يتعذر فيها إقامة الدليل المستوجب إذ يعد الاستجواب إجراء أساسي من إجراءات التحقيق يلجا إليه القاضي الإداري للحصول على إقرار من احدهم حول واقعة قانونية مدعى بها[1] على أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون. فموقفه في الإثبات موقف ايجابي وليس واجبا عليه فحسب بل هو أيضا حقا له [2] بان يتقدم بما عنده من الأدلة والبراهين طبقا لما حدده القانون من طرق وإجراءات .

إن الإدارة في إطار النزاع الإداري تحمل على عاتقها واجب يتمثل في عدم تعطيل الحق بسوء نية منها إذ يفترض وفي بعض الحالات على الإدارة تقديم مستندات هي بحوزتها لتمكين خصمها الذي يكون دوما في مركز الضعف من إثبات حقه، فالإدارة عادة ما تجبر من قبل القاضي الإداري على تقديم مستندات تحت يدها وقد يمتد طلب القاضي أيضا لان يكلف الإدارة بالإضافة إلى ذلك تقديم مذكرات ببيان الأسباب القانونية والواقعية التي أدت إلى إصدار القرار المطعون فيه وغير ذلك من الإيضاحات والمبررات[3] وذلك حتى يتسنى للقاضي الإداري أن يتسنى تحديد مدى أحقية الطرف منظور الإدارة في الحق المتنازع فيه إذ من الضروري البت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ومثال ذلك وفي إطار النزاع الإداري فانه يجوز للموظف المدعي منظور الإدارة والذي تم عزله تعسفيا أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه القاضي الإداري الدليل على ذلك التعسف ليتمكن القاضي الإداري إثبات جهة الحق وجوده ، أما إذا امتنعت الإدارة عن توجيهها عن تلك المستندات ، والاستجابة إلى طلبات خصمها ، وجاز أن يخسر المدعى عليه دعواه وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزامه مستحيلا فان القانون يفترض أن الشرط قد تحقق[4] أو أن إثبات وجود الواقعة القانونية محل الحق المدعى به وان

---

[1] ـ حسن السيد بسيوني : دور القضاء في المنازعة الإدارية ، دار الشعب بالقاهرة 1981 ص 245
[2] ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ص 34
[3] ـ أحمد كمال الدين موسى : نظلرية الإثبات في القانون الإداري ، دار الشعب 1997 ص 287 وما بعدها
[4] ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ص 48

كان تحصل في العمل أن يقال إثبات الحق ويقصد بذلك إثبات الواقع مصدر الحق[1] قد تحقق بحيث يكفي أن تكون الواقعة القانونية التي ينصب عليها الإثبات للحق المدعى به أن يثبتها حتى تؤدي إلى اقتناع القاضي بوجود ذلك الحق خاصة وان لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل عليه تجرد هذا الحق من كل قيمة عملية، فوجود هذا الحق دون توافر الدليل عليه يجعله هو و العدم سواء.

فالحق و هو موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يقدم الدليل على الحادث الذي يستند إليه،لاسيما و انه قيام حياة الحق و معقد النفع منه إذ انه فدية الحق و أن صاحبه لا يحصل عليه بنفسه بل لا بد أن يقيم الدليل عليه أو بوجه الدقة لا بد من إقامة الدليل على الواقعة المنشئة له[2]
هذا إلى جانب وجوبية تعلق تلك الواقعة بالحق المطالب به و أنها لذاتها مصدر الحق المطالب به جائزة الإثبات قانونا.
هكذا يتضح و أن الإثبات لا يقع إلا على العناصر الواقعية مصدر الحق و أن ذلك العبء يقع على المدعي و الذي يقصد به من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا إما عرضا أو ظاهرا،أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة [3] و بالتالي فان عبء الإثبات بات موزعا بين الخصمين و كل منهم يدلي بما من شأنه تعزيز مركزه في الدعوى لإثبات الحق المتنازع فيه فتكون بالتالي الغلبة لمن يحسن ترسيخ قناعة لدى القاضي التي من شأنها أن تكون مؤثرا هاما في مال الدعوى.

الفقرة الثانية:من حيث مآل الدعوى

إن عدم إعمال القاضي لمبدأ المواجهة بين الخصوم يعتبر إخلالا بحق المتقاضين في الدفاع يجعل حكمه مشوبا بالقصور يستدعي نقضه فتكريس مبدأ المواجهة بين الخصوم ليس بالجديد على القانون الوضعي إذ نستشف جذوره منذ الشريعة الإسلامية حيث جاء في حديث شريف أن الرسول صلى الله عليه و سلم توجه إلى علي ابن أبي طالب رضي الله عنه بقوله "يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقضي بينهما حتى تسمع من الأخر كما سمعت من الأول فانك إن فعلت ذلك تبين لك القضاء".

[1] - توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية 1986 ص 4
[2] - توفيق حسن فرج : نفس المصدر ص 6
[3] - توفيق حسن فرج : : نفس المصدر

و بالتالي فانه ليس على القاضي إصدار حكم قبل سماع حجة الخصوم إلا بعد إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم و ذلك لتوفير الحماية لهما و توفير الثقة و الاطمئنان لديهم في عدالة الأحكام مرده التأكد من أن كل ما يتعلق بمنازعتهم يدار في مواجهتهم و عدم انفراد القاضي بطرف دون أخر[1] و أن يكون من حقهم أن يحاطوا علما بالأوراق التي يتقدم بها الخصم المتنازع الأخر للمحكمة و إبداء ملاحظاته عليها[2] فعلى القاضي تمكينهما من ذلك الحق الدفاع أي بما معناه و انه من حق المكلف بعبء الإثبات أن يقدم للقاضي كل ما تحت يده من أدلة تخدم مصلحته في الحصول على ما يدعيه فان من حق الخصم الأخر أيضا أن يقوم بالرد على هذه الأدلة و هو ما يطلق عليه حق النفي و ما يعرف بمبدأ المجابهة بالأدلة بحيث يمكنه الاطلاع عليها و مناقشتها و تفنيدها و على القاضي بما له من دور ايجابي في تيسير و تحريك الدعوى أن يمكنهما من ذلك[3] ،و قد تولت المحكمة الإدارية في عدة مناسبات إلغاء قرارات إدارية لم يحترم فيها حق دفاع الطرف منظور الإدارة من ذلك أنها ألغت قرارا صادرا عن اللجنة الخاصة بتوظيف الأداء لأنه اعتمد تقريرا تكميليا حررته إدارة الأداءات و لم يناقشه الطرفان معتبرة بذلك أنه يشكل بلا ريب خرقا لحقوق الدفاع[4].

إن منشأ مبدأ المواجهة بين الخصوم هو مبدأ حق الدفاع و يعد مبدأ المواجهة بين الخصوم خصوصية إجرائية الذي يرجع الفضل في تقريره إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي[5] الذي من خلاله يعتمد القاضي على المتنازعين في تقديم أدلة الإثبات فله أن يأمر باطلاع الخصم المتنازع الأخر عليها و إبداء رأيه فيها فلا يجيز هذا المبدأ للخصم أن يبدي في الجلسة التي يتخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل في الطلبات الأولى كما لا يجيز للمدعي عليه أن يطلب في غيبة المدعي الحكم له عليه بطلب ما [6].

---

[1] ـ أحمد أبو الوفاء : المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثامنة 1965 ص 83
[2] ـ أحمد مسلم : قانون القضاء المدني ، دار النهضة بيروت 1966 ص 180
[3] ـ محمد فتح الله النشار : أحكام وقواعد عبء الإثبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2000 ص 267
[4] ـ القرار الصادر في القضية عدد 234 بتاريخ 14 جويلية 1983 نشرية محكمة التعقيب ج 2 ص 347
[5] ـ حسن علام : التنظيم القضائي بالجزائر طبعة 1972 ص 35
[6] ـ حسن السيد بسيوني : دور القضاء في المنازعة الإدارية ، دار الشعب بالقاهرة 1981 ص 159

وعليه يتعين على القاضي الإداري أن لا يتحرى الأدلة بنفسه عن الخصوم أو أن يقضي بمقتضى علمه الشخصي عن وقائع الدعوى إذ أن في ذلك إخلالا لحقهم في الدفاع و المجابهة بالأدلة و لعل ما يستغرب و في إطار القضاء الإداري و بمناسبة نزاع إداري تسبب بين الإدارة و أحد الأطراف أن المشرع و في إطار هذا القانون لم يرتب جزاء عن الإخلال بذلك المبدأ أي بمبدأ المجابهة بين الخصوم إنما و كل ما في الأمر أنه صلب الفصل 44 جديد بفقرته الثانية من قانون المحكمة الإدارية قد اكتفى بالتذكير بإجراءات الاستدعاء .

إن رقابة القاضي الإداري في مجال الإثبات تتمثل بالأساس في رقابة الجوانب القانونية للنزاع فله فقط أن يثير دفوعات تتصل بمقتضيات النظام العام ،كذلك لا يعتبر القاضي متجاوزا لحدود سلطاته إذا ما أثار من تلقاء نفسه دفعا متعلقا بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص[1] و ذلك حتى و إن لم يتمسك بها أطراف النزاع مثلا في مجال دعوى تجاوز السلطة له أن يثير مسألة عدم الاختصاص و هي مسألة تهم النظام العام يجوز له إثارتها من تلقاء نفسه و من دون التوقف على طلبات الخصوم فهو من عمل القاضي لكونها تتعلق بمسائل قانونية يقضي بها دون أن يكلف أحدا من الخصمين بإثباتها لكونها ليست محلا للإثبات.

و تجدر الإشارة انه لا يمكن لأطراف النزاع إضافة طلبات جديدة مثبتة على وقائع و أدلة جديدة إذ أن إطار المنازعة يتحدد فقط بما يورده المدعي في عريضة دعواه حال رفعها و لا يسوغ له التوسع فيها أو إضافة طلبات جديدة عملا بمبدأ رسوخ الدعوى[2] و يقصد برسوخ الدعوى انه لا يجوز تحويل طبيعة الدعوى أو تغيير السبب من عدم الشرعية الخارجية إلى عدم الشرعية الداخلية [3] أي أن الدعوى لا يقبل تحريرها بتأسيسها على سبب داخلي إذا ما أقيمت على سبب خارجي مثل عدم الاختصاص أو خرق الصيغ الشكلية الجوهرية ،لا يقبل تحريرها بتأسيسها على سبب داخلي.

أن القاضي الإداري له سلطة استقرائية واسعة بخصوص دوره في رقابة الإثبات لكن هذه السلطة تعرف حدودا خاصة و أن نظرية الإثبات تتسم بغياب نظام قانوني مستقل بها في مادة النزاع الإداري الذي تكون مادة الإجراءات المدنية و التجارية الأصل بالنسبة لها و المرجع الأساسي الذي يعتمده القاضي الإداري كلما تعذر عليها إيجاد حلول من شأنها أن تساعد على الوصول إلى الحقيقة المنشودة لتكريس العدالة بين أطراف الدعوى .

---

[1] – **Hammaoui Ernest : Procédure Administrative contentieuse, le Juge administratif tome 2 1973**

[2] – **الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 742 بتاريخ 14 ديسمبر 1982 أحمد بن محمد الموجباني ضد وزير المالية.**

[3] – **C. Debbache : L'interprétation par le juge de la demande des parties, JCP1982 IN 3085.**

المبحث الثاني: صلاحيات القاضي الإداري

و نقصد بذلك الصلاحيات التي يضطلع بها القاضي الإداري في الإثبات في مادة النزاع الإداري لا سيما و أن تدخله محدد بعناصر ثلاث تتمثل الأولى في خصائص السلطات التي تمارسها الإدارة و يتمثل العنصر الثاني في المصدر الحقيقي في الادعاء المثير للنزاع و عنصر ثالث يتجلى في اللامساواة بين طرفيه[1]. فيكون تدخل القاضي الإداري على مستوى القضاء الحقوقي اقل من تدخله في قضايا تجاوز السلطة لإثبات الحق المتنازع فيه.

إن عمل القاضي الإداري في تجاوز السلطة يتمثل بالأساس في عمل تأويلي و منطقي لمنهجية نصية و فقهية في حين انه عمل استكشافي في القضاء الكامل من خلال منهجية اختيارية تعتمد شتى وسائل الإثبات المادية و غير المادية [2]و الذي يسعى فيه إلى محاولة التوفيق بين متطلبات المرفق العام و مقتضيات المصلحة العامة و حقوق المتقاضين من جهة أخرى و ذلك من خلال مراقبة الحجج المدلى بها من قبل الأطراف فيكون القاضي الإداري بذلك مكلفا بتشخيص القاعدة أو بإنزالها لمستواها المجرد الشمولي إلى حياة الواقع و الجزئيات فيمثل قول الحق الانتقال من الكلي إلى الجزئي[3] و عليه يبقى لكل طرف متقاض الحق في إثبات ما يدعيه و رفع طلب تلك الحق إلى القاضي الذي له أن يقر أو ينفي جهة الحق معتمدا في ذلك إلى ما توصل الأطراف لإثباته من وقائع لتأييد دعواهم منتهجا نظاما استقصائيا للبحث و التفتيش (الفرع الأول) منشئا قواعد قانونية تتلاءم و المجال الإداري و التي من شأنها أن تضيف له (الفرع الثاني).

[1] - J.P.H Colson : L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif LGDJ 197.

[2]-إبراهيم الخميري : القاضي الإداري والإثبات بالقرينة ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية ص6.

[3]- عياض ابن عاشور : القضاء الاداري وفقه المرافعات الادارية في تونس، سيراس للنشر الطبعة الثانية 1990، ص 10.

الفرع الأول:الدور الاستقصائي للقاضي الإداري

إن دور القاضي الإداري في الإثبات لا يقتصر على تطبيق ما جاءت به أحكام مجلة الالتزامات و العقود أو تطبيق أحكام مجلة المرافعات المدنية و التجارية أو غيرها من النصوص القانونية الأخرى في النزاعات الإدارية بل انه يتعدى جميعها (الفقرة الأولى) دون المساس بما تحتويه من مبادئ و ذلك في سبيل تحقيق التوازن بين متقاضيين متفاوتي الدرجة عن طريق اتخاذ كل المبادرات ووسائل البحث و الاستقراء للكشف عن الحقيقة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تجاوز القاضي الإداري لمفهوم الحياد

إن مبدأ الحياد الذي يمنع على القاضي المدني من أن يؤسس قناعته على عناصر الاثبات المدلى بها من غير الأطراف و عليه فلا يجوز له أن يتدخل تلقائيا في البحث عن الحقيقة[1] بما يعني عدم اتخاذه أي مبادرة في الإثبات إلا انه بالنسبة للقاضي الإداري فهو على عكس نظيره القاضي المدني فهو يتجاوز مفهوم الحياد و ذلك نظرا للعلاقة المتفاوتة بين أطراف الدعوى لذلك فاننا نجد القاضي الإداري مرتكزا على تفحص الأسانيد و النظر في جديتها وأحيانا يقوم تغيير أسانيدها و عدم التقيد بما تمسك به الخصوم وهذا ما توصل إليه فقه قضاء المحكمة الإدارية في عديد من قراراتها التي نصت "على أن تطبيق القانون من اختصاص المحكمة هو داخل في إطار وظيفتها القضائية و لها أن تكيف الدعوى التكييف القانوني السليم بل لها حتى تغيير أسانيدها القانونية دون التقيد بالأساس الذي أورده المدعي في عريضة الدعوى[2]" شريطة عدم تغيير موضوع النزاع و الاقتصار على اعتماد الوقائع التي لها أصل ثابت في أوراق الملف.

فالقاضي الإداري ليس متجاوزا لحدود سلطته إذا ما استلهم إرادة الأطراف من محتوى عريضة الدعوى إذا أساؤوا التعبير عنها كما يمكن له أن يصحح السبب القانوني للمطلب و يستمد القاضي الإداري دوره هنا من طبيعة الإجراءات الإدارية التحقيقية ومن ثمة يملك أن يصحح أو يستلهم ارادة الخصوم [3] فلا يلزم

---

[1] –Jaques Normand : Le juge et le Litige page 331.

[2] – القرار عدد 100 الصادر في 22 مارس 1979 مجموعة قرارات المحكمة الإدارية ص 72
- القرار عدد 281 الصادر في 20 ديسمبر 1980 مجموعة قرارات المحكمة الإدارية ص 452
- القرار عدد 407 الصادر في 14 أفريل 1981 مجموعة قرارات المحكمة الإدارية ص 19

[3] – Auby et Fornont : le recours contre les actes administratif dans les pays de la Communauté Economique Européenne , Dalloz p 278

بتكييف الخصوم لهذه الوقائع أو الطلبات[1] بل له أن يستلهم ما تتظمنه طلبات الخصم الصريحة من طلبات ضمنية[2].

إذ لا بد للقاضي أن لا يحتكم لا للطالب و لا للخصم بل له الاحتكام أو التقاضي إلى غير ثالث خارج تمام على القضية[3] و لا بد لهته الغير أن يكون حائدا غير منحاز مستقلا تمام الاستقلال لا اضطرارا عليه و لا رغبة عنده و لا طمع فيه و لا يأس منه [4] و هو ما نص عليه الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية الذي جاء مقتضيا " انه ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم" تطبيقا لمبدأ أعم مفاده أن انعقاد الخصومة لا يتم مبدئيا إلا برغبة من أحد طرفي النزاع فيخضع ذلك النزاع لسيطرة الأطراف من حيث نشوبه و من حيث انقضائه لا سلطان للقاضي عليه إلا من خلال وجه الفصل فيه معتمدا على ما استند عليه الأطراف من دلائل و حجج لإثبات دعواهم فيكون بمثابة الآلة التي تزود بمواد القضية لنستخرج فيما يعد حكما[5] لكن و على فرض قبول أن ذلك يستقيم كلما كان النزاع يهم مصالح الخصوم فان نتيجة تكون عكسية كلما كان النزاع يتعلق بمصلحة المجموعة أو الصالح العام و هو ما انتهجه القاضي الإداري أثناء تعهده بنزاع يكون طرفاه متقاض عادي و سلطة إدارية يتعين في نشاطها تحقيق الصالح العام. فتقبل بذلك هذه القاعدة شيئا من التوسع في التطبيق خاصة و أن صياغة الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية جاءت في شكل عدم الإلزام و لا في شكل عدم الجواز.

فيكون بالتالي على القاضي وجوب الكشف على الحقيقة المنشودة و لا يتسنى إدراكها إلا بتصور جديد لوظيفة القاضي الإداري في النزاع المدني تتعدى مقتضيات الحياد التي تجرد القاضي من كل نفوذ في تسيير الدعوى خاصة و أن متقاضيا القضاء الإداري ليسا بالضرورة متساويين من حيث المقدرة على الإقناع و بسط الحجج و هو ما يدعو القاضي الإداري إلى إعمال سلطاته من اجل تحقيق التوازن بينهما خاصة و أن النزاع الإداري يضع وجها لوجه المواطن العادي الضعيف و الإدارة القوية لما لها من صلاحيات و دواليب مختلفة [6] ملتزما بذلك بوضع نظام للتصور و الإدراك لكي يرد إليه معطيات

---

[1]– فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، طبعة 1980 ص .513.

[2] - Hammaoui Ernest : Procédure Administrative contentieuse, le Juge administratif tome 2 1973

[3] – Alexandre kogeve : ESQUISSE d'une phénoménologie du droit , Gallimard 1981 p 75

[4] - عياض ابن عاشور : القضاء الاداري وفقه المرافعات الادارية في تونس، سيراس للنشر الطبعة الثانية 1990، ص 12

[5] - Tissier : Le contenaire du code de procédure civile rev, torim du droit 1906 p 698

[6] - René Chapus : Droit du contentieux administratif p 34

القضايا التي تعرض عليه و هذا النظام يسبق في وجوده تلك القضايا[1]، فالطريقة التي يلجأ إليها القاضي تتقيد بالقضية ذاتها فيما تثيره و مدى ارتباطها بالنتائج القضائية التي تتصل بها و التنويه بها في الأحكام وتبريرها فتقترب بهذه الطريقة من منهج العلوم الرياضية حيث تتعلق بالقاعدة و البرهان[2] ولأن المدعين في النزاع الإداري غير قادرين على الاطلاع على ملفاتهم بالإدارة فان القاضي الإداري هو قاضي الإثبات وهو الذي يسير مباشرة إجراءات الإثبات و يسيطر عليها و يراقبها سواء في دعاوى تجاوز السلطة أو دعاوى حرصا منه على اعادة التوازن بين الطرفين التعويض الإداري يخرج حياده نحو البحث و الاستقراء باعتماد منهج الإجراءات الاستقصائية تسمح له بالتعامل مع وسائل الإثبات تعاملا كشفيا ،تفتيشيا كالذي يتوخاه القاضي الجزائي[3] يلتزم فيها تكييفا مبدئيا من خلال تصور نظام معين لمواصلة الخوض في القضية منشئا إجراءات قانونية تتماشى و القضية من خلال فهمه و إدراكه.

الفقرة الثانية : مباشرة القاضي الإداري لأعمال البحث و التحقيق

إن القاضي الإداري يتجاوز مبدأ الحياد في السير بالمنازعة الإدارية حيث يتأسس تدخل القاضي الإداري أساسا بالنظر في ما يشكله الإثبات من صعوبات أثناء النزاع فتخضع هذه الأخيرة إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري الذي له اولا تقدير عدم التوازن بين الأطراف وثانيا محدودية الطرف منظور الإدارة في الإثبات .

و تاكيدا على الموقف الايجابي للقاضي فان له من تلقاء نفسه أن يتخذ ما يراه صالحا لإجراءات الاثبات فله وفي سبيل تكوين اقتناعه السليم أن يأمر أو يأذن بتعيين خبير لإثبات مسألة فنية واقعية معينة مكرسا بذلك القاعدة القانونية الواردة بمجلة المرافعات المدنية و التجارية التي نصت بفصلها 102 انه ''إذا كانت الدولة أو غيرها من الهيئات العمومية طرفا في القضية، يجب أن يكون الاختبار بواسطة ثلاث خبراء، إلا إذا اتفق الطرفان على خبير واحد".

[1] – **Y. Gaud met : Les méthodes du juge administratif 1972 p 25**

[2] - **Y. Gaud met : Les méthodes du juge administratif 1972 p 27**

[3] - **عياض ابن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر 1998، ص 82**

إن القاضي الإداري في لجوئه إلى ذلك الإجراء في الواقع يكون بهدف سعيه إلى التحقق من مسألة فنية لا تدخل ضمن طبيعة عمله القضائي و هو تقريبا الإجراء الأكثر إعمالا في القضاء الإداري ،مثلما يتضح في فقه قضاء المحكمة الإدارية التي تتكرر فيه حيثية مفادها ''حيث بالرجوع إلى تقرير الاختبار، تبين أن.....[1]'' و يكون بذلك اللجوء إلى الاختبار إما من القاضي الإداري إذا ما رأى لزومه لفض النزاع أو بطلب من احد الخصوم الذي له أيضا رفض اتخاذ مثل ذلك الإجراء.

و يملك كذلك القاضي الإداري سلطة الأخذ بنتيجة ذلك الاختبار أو تركه شريطة تعليل سبب عدوله عن ذلك الأخذ بنص حكمه بحيث تكون له الهيمنة الكاملة في تقدير ذلك مانحا لنفسه مزيدا من السلطة في تحري الحقيقة بعيدا عن الأوراق المطروحة أمامه و هي التي غالبا ما تحجب عنه جانبا من الحقيقة سواء كان ذلك عن تعمده الخصوم أو عن جهل منه بما هناك من أدلة تؤيد مزاعمهم أو عجز عن تقديم تلك الأدلة و الوصول بدعواهم إلى الحكم لصالحهم [2] ، فمنذ أن يتقدم الخصوم بادعاءاتهم في القضاء يصبح القاضي الإداري سيد التحقيق و اعتبارا لدوره الايجابي للبحث عن الحقيقة فانه يضحى له من السلطات ما للقاضي الجزائي من أعمال البحث و التحقيق فقط في النزاعات التي من شانه أن تقدر أن ملف القضية فيها لم يكتمل بعد من خلال ما قدم من مستندات لفض النزاع أو بطلب من احد الخصوم الذي له أيضا رفض اتخاذ مثل ذلك الإجراء.

وطالما أن النزاع يقوم بين غير أكفاء و ذلك لوجود شخص عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة شخص أخر لا يتمتع بهذا القدر من تلك الامتيازات لذلك كانت إجراءات النزاع الإداري وفقا لطبيعتها الايجابية بيد القاضي فهو الذي يباشرها و يمكنه أن يطلب من الإدارة تقديم كافة الأوراق و المستندات التي يرى لزوم فحصها، و له أيضا أن يخرج عن قواعد الاثبات المدني لتحقيق التوازن بين أطراف النزاع، كذلك يمكن للقاضي الإداري أن يقوم بأعمال التحقيق و سماع من يرى لزوم سماعه من الشهود في الأحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بهذه الطريقة و له أن يستدعي للشهادة من له دور في

[1] ـ الحكم الاستنافي الصادر في القضية عدد 1976 بتاريخ 17/جوان 1996 المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة العمومية ضد خديجة الماجري .

[2] ـ عبد الوهاب العشماوي : إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية دار الفكر العربي 1985 ص 12

إظهار الحقيقة و يمكن له كذلك أن يدخل الغير لإلزامه بتقديم مستند يرى انه ضروري لوجه الفصل في القضية. ولكن القاضي الإداري ليس مقيدا في تكوين اعتقاده بما أدلى و صرح به الشهود خاصة إذا ما تراءى له و أن الشهادة المدلى بها لا تطابق الحقيقة التي استقرت بنفسه لكن شريطة تعليل ذلك بحكمه أيضا و بيان الاعتبارات التي دفعته إلى اتخاذ ذلك الحكم تعليلا مستساغا و إلا كان حكمه معيبا أو باطلا حسب الأحوال.

و للقاضي الإداري و في إطار سلطته التحقيقية و الاستقرائية أن يأمر بإجراء المعاينات اللازمة لاستكمال البحث، و تعد المعاينة وسيلة موضوعية للتحقيق لا تعتمد على عناصر شخصية و إنما تستهدف حصول القاضي بنفسه على معلومات تتعلق بوقائع متنازع عليها في مكانها و تختلف المعاينة عن الخبرة أساسا إذ أن الأولى تستهدف إثبات الوجود المادي لحالة الأشياء في حين أن الثانية تعتبر استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين عقيدته و تتضمن رأيا فنيا علميا بناءا على أبحاث خاصة فنية [1] فله أن يتوجه على عين المكان لإثبات صحة الوقائع و إجراء التحقيقات اللازمة خصوصا أن تعذر عليه الاطلاع على بعض الوثائق التي لها من الأهمية أو على درجة من السرية عالية لا تخول للرئيس الإداري سلطة التصريح بإخراجها من الإدارة.

و تبدو المعاينة وسيلة ناجعة غالبا ما يلجأ إليها القاضي الإداري لتقييم حكمه و قد انعكس ذلك عبر عديد القرارات الإدارية نورد على سبيل المثال ما ورد بإحدى حيثياتها"و انه أثناء المعاينة التي قام بها القاضي الإداري تبين له و أن الأسباب التي تضرعت بها البلدية لرفض الترخيص للمدعي في إتمام بنائه فاقدة لكل مؤيد من الواقع و القانون "[2].

---

[1] - **C. Debbache : Contentieux administratif Dalloz 1975 p 486.**
Hammaoui Ernest : Procédure Administrative contentieuse, le Juge administratif tome 2 1973

[2] - **الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 746 بتاريخ 17 ديسمبر 1984 علي بن نصيب ضد رئيس بلدية الكاف .**

وعلى القاضي الإداري لا فقط حرية اتخاذ ذلك الإجراء وإنما عليه وجوب مواجهة الخصوم بتلك الإجراءات أي وجوب إخبار الخصوم بنتيجة المعاينة المجرات حتى يتمكنوا من الدفاع عن مصالحهم و على القاضي تبليغ ذلك المنطوق إلى من لم يحضر من الخصوم الواجب تعيين تاريخ إجراءه و إلا كان قرار القاضي الإداري بالنقض و الإبطال خصوصا وان هذا الأخير في انتهاجه لإجراءات البحث والاستقراء و التفتيش يسلك ذلك المنهج الحر في الاثبات الذي يرمي إلى تمكين القاضي الإداري من سلطة مطلقة في البحث عن الحقيقة و يجيز له استدراج الخصوم و مباغتتهم و استعمال الحيل معهم لانتزاع الحقيقة من بين أقوالهم [1] . فلا يقبل أن يكون صمت احد الطرفين طريقة للدفاع عن نفسه خاصة إذا ما كان هذا الطرف الإدارة التي تمتلك كل الوسائل و الحجج لترسيخ قناعة القاضي بصحة أو تفنيد ادعاءات خصمها لذلك فان القاضي الإداري يسعى إلى كشف الحقيقة طبق ما خوله له القانون من سلطات فله مطلق الحرية في الإذن باتخاذ إجراءات أخرى خلافا لإجراءات الاثبات أو له ألا يأمر بها حتى و أن أصر الخصوم على طلبها و عند حكمه يبقى له كذلك الحرية في أن يستخلص قضائه طبقا لما تضمنه ملف القضية ليطمئن فيها المتقاضي إلى عدالة المحكمة.

الفرع الثاني:الدور الإنشائي للقاضي الإداري

لقد تعامل القاضي الإداري في تطبيقه لمبدأ البينة على من ادعى تعاملا مرنا خاصة في دعاوى القضاء الحقوقي و ذلك بان سجل تدخلا هاما للاستدلال على قرينة خطأ الإدارة مغيرا بذلك محل الاثبات إلا انه من الملاحظ أن هذا المبدأ قد افرغ من كل محتواه حيث نجد القاضي الإداري قد سجل في ميدان قضاء الإلغاء دورا رياديا تضلع به و قد تجسد في تدخله الكامل لإقرار أو دحض سلامة المبنى المادي و القصدي لذلك القرار و ذلك على مستوى الموضوع (الفقرة الأولى) منشئا بذلك قاعدة حديثة مفادها يكمن على مستوى الاجراء (الفقرة الثانية).

[1] - سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية من القانون المصري مقارنا سائر البلاد العربية عالم الكتب القاهة 1981 الجز 1 ص 15

الفقرة الأولى: على مستوى الموضوع

يتمتع القاضي الإداري إلى جانب دوره الإجرائي كذلك بدور موضوعي في مسألة النزاع الإداري حيث تجسد بكل وضوح دوره الإنشائي الخلاق في قلب موازين عبء الاثبات من خلال اعتماده على جملة من القرائن القضائية يستدل بها الواقع المجهول من الواقع المعلوم فهو لا يخلق المبادئ القانونية العامة من العدم و إنما في الغالب يستعين بها لاستقراء الحقيقة لكن هذا الدور الإنشائي يكون ضعيفا للغاية في حالة استمداده المبدأ من الأصول الدستورية أو العقيدة السياسية المسيطرة عن طريق استعارته من نظم قانونية مماثلة أو قريبة إلا انه يزيد وضوحا عندما يقرر القاضي المبدأ بالاستعانة بطبائع الأشياء أو أخذا بما تمليه العدالة [1] حيث يلجأ القاضي الإداري إلى أعمال القرائن ليتجاوز ما يجهله من حقيقة الوقائع فتمكنه بالتالي من فرض سيطرة القانون على الوقائع[2] و ذلك بإعماله في إطار القضاء الحقوقي لقرينة الخطأ كأداة إثبات في النزاع الإداري الذي يستهدف الإقرار بمسؤولية الإدارة عن الأعمال التي أذنت بها أو عبر إعمال قرينة عدم المشروعية و ذلك في دعاوى تجاوز السلطة.

فبالنسبة لدعاوى المسؤولية الموجهة ضد عمل إداري فان الدور الإنشائي للقاضي يبرز من خلال تجاوزه لإعمال تلك القرينة و ليس هذا و حسب بل يفترض أيضا قرينتي المسؤولية و العلاقة السببية أما في دعاوى تجاوز السلطة فقد تمظهر دوره الإنشائي خاصة على مستوى اعتماده لقرينة الشرعية اعتمادا أحدث معه أثارا هامة على مستوى قلب نظام عبء الاثبات.

فإذا كان تدخل القاضي الإداري في قضاء الإلغاء يتسلط مباشرة على قواعد الاثبات بالتحقيق أحيانا و بقلب مبدأ البينة على من ادعى فان تدخله في القضاء الكامل يتسلط على القواعد الأصلية مدخلا عليه تعديلات تكون بحسب الأحوال بحيث يكون تدخل قاضي الشرعية كاملا في دعاوى تجاوز السلطة و ذلك بإلزام الإدارة بكاهل الاثبات فان ذلك الدور يتقلص على مستوى القضاء الحقوقي حين مساندته للمدعي

---

[1] - مخمد عصفور : استقلال السلطة القضائية طبعة 1968 ص 385

[2] – J.Wroblewfki : Structure et fonction des présomptions juridiques, IN les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles 1974 pa 43 et S.

منظور الإدارة لإثبات الخطأ المرفقي خاصة و أن هدف القاضي في الاثبات يتمثل أساسا في بلوغ الحقيقة مستبدلا بذلك الوقائع الأصلية بالوقائع البديلة يتحول بمقتضاها محور النزاع إلى النقاش حول مدى ثبوت تلك الوقائع البديلة متوخيا فيها القاضي الإداري قواعد المنطق معتمدا تمشيا ذهنيا للاستدلال على المجهول بما هو معلوم لديه فتبقى بذلك القرائن القضائية من صنع القاضي و التي ليست إلا تجسيما للصلاحية العامة له في ميدان الاثبات[1] "بحيث يكفي ثبوت مثل ذلك الخطأ لتصبح الإدارة مدينة من أجل الضرر الذي تلحقه بالغير بدون حق" و بالتالي فانه يتسنى للقاضي الإداري افتراض خطأ الإدارة في توسيع مفهوم عبارة "بدون حق" لتشمل إلى جانب الخطأ الثابت الخطأ المفترض فيبقى بذلك خطأ الإدارة مبنيا على فكرة سوء التنظيم أو التقصير أو الإهمال أو عدم الاحتياط أو عدم العناية و بذل ما يكفي في تسيير المرفق العمومي[2].

مع العلم و أن هذا ما استقر عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية حيث انتهت إلى التسليم "و في مضمار المسؤولية الموجهة ضد المؤسسة الاستشفائية إزاء المرضى اللذين تقع معالجتهم داخلها على أن هناك قرينة خطأ محمولة على كاهل المرافق العمومية لتلك المؤسسات،كلما تعرض المريض إلى ضرر ببدنه و اعتبر فقه القضاء المذكور تلك القرينة أساسها خطأ مفترض يتمثل بحسب الحالة أما في سوء المعالجة أو في عدم بذل عناية كافية أو إهمال أو تهاون أو غير ذلك من الهفوات المهنية التي نتج عنها ضرر بدني أو معنوي للمريض "[3] يترتب عنها نقل لعبء الاثبات على عاتق الإدارة التي يفترض في نشاطها الخطر و التي يكرس من خلالها القاضي الإداري مبدأ البينة على من ادعى.

و قد أعلن القاضي الإداري عن هذا المبدأ في إحدى قراراته التي جاء في مضمونها "و حيث و خلافا لما جاء بهذا الدفع فقد استقر فقه القضاء الإداري على اعتبار أن عبء الاثبات في قضايا تجاوز السلطة محمول على كاهل الإدارة و أن كل عمل إداري يمارس في نطاق السلطة التقديرية للإدارة يخضع للرقابة الدنيا للقاضي الإداري و أن من عناصر هذه الرقابة التثبت من أن القرار المنتقد لم يكن مبنيا على وقائع غير صحيحة أو على خطأ فاحش في تقدير الوقائع "[4] كذلك نجد هذا المبدأ يبرز من خلال نزاعات المادة

---

[1] - **M.De Gastin : les présomptions en droit administratif , Paris LGDJ 1991.**

[2] - **توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الاداري التونسي : المدرسة االقومية للادارة، مركز البحوث والدراسات الادارية تونس : الطبعة الثانية منقحة وفريدة تونس 1995 .**

[3] - **الحكم الاستئنافي الصادر في القضية عدد 21977 بتاريخ 06 مارس 1998 المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة العمومية ضد العمراني.**

[4] - **الكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 475 بتاريخ 19 ديسمبر 1991 عمار بن إبراهيم الصلاح ضد وزير التربية والعلوم.**

التأديبية "حيث استقر فقه قضاء المحكمة الإدارية في مادة التأديب على مبدأ تحميل الإدارة عبء إثبات الأفعال المنسوبة للعون المدان" [1] .

فيتسع بذلك دور القاضي الإنشائي في هذا المجال بقبوله مختلف وسائل الاثبات المقدمة من طرف الإدارة هذا إلى جانب عدم إلزامها بإثبات كل الوقائع إذ لا يستلزم لمشروعية القرار المشكو منه ثبوت كل الوقائع التي أنبنى عليها مادامت الوقائع الأخرى التي برهن عليها التحقيق كافية لتبرير القرار المتخذ [2] بل يكفيها من المعطيات ما تؤسس قناعة المحكمة بصحة الوقائع.

الفقرة الثانية :على مستوى الإجراء

إن القول الأول لا يكفي و البيان الأول معلق و التشريع الأول في انتظار الحسم و الحاسم هو القاضي، فالعمل القضائي الذي يهدف إلى قول الحق هو قول فصل يستوجب شديد التحقيق[3] لذلك فقد سعى القاضي الإداري إلى تحقيق مقتضياته فإظهار الحق لا يستوجب مواجهته من قبل الإدارة بمقتضيات السر الإداري لأنه سيكبل هذه المساعي و سيمنع عنه عمله القضائي الذي يتمثل في فصل القضايا بين المتقاضين و سيجد نفسه مغلولا بقيود سر الإدارة فتحجب عنه الحقيقة الصحيحة ، فإذا ما أمسكت الإدارة المؤيدات المثبتة للحق في النزاع أمام عدم تملك القاضي الإداري للوسائل القانونية و الناجعة لجبرها على الامتثال للطلب فان الحق بذلك سوف يهدر و العدل سوف يخشى ضياعه لذلك كان لا بد لفقه القضاء الإداري أن يعلن مبدأ مفاده إذن القاضي الإداري للإدارة بالإدلاء الجبري بالمؤيدات التي تكون تحت نفوذها إذا ما تراءى لها نجاعتها لوجه الفصل في القضية و منه فان له أن يصدر أوامر للإدارة بتسليم الملفات و الأوراق التي يرى ضرورتها في التحقيق و ليس للإدارة أن تمتنع عن ذلك تحت لواء غياب نصوص قانونية كالقانون اللبناني الذي نص انه "يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بإبراز أي ورقة منتجة في النزاع تكون تحت يده في الأحوال الآتية :

---

[1] - الحكم الصادر في القضية عدد 17469 بتاريخ 26 فيفري 2000 مراد العشي ضد وزير الداخلية.
[2] - الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 196 بتاريخ 26 ديسمبر 1978 عمر الفرجاني ضد وزير التجهيز
[3] - أبو يعلاء الفراء : الأحكام السلطانية الطبعة الأولى ، مصر 1938 ص 63

ـ إذا كان القانون يجيز تقديمها أو تسليمها.
ـ إذا كانت مشروعة بينه و بين خصمه و تعتبر الورقة مشتركة بوجه خاص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتها و حقوقها المتبادلة.
ـإذا استند إليها خصمه في أي مرحلة من مراحل الحكم.

و يمكن القول أن القانون المصري انتهج نفس المنهج إذ جاء ناصا على أن "كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعي حقا متعلقا به متى كان فحص الشيء ضروريا للبت في الحق المدعي به من حيث وجوده و مداه فإذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن و لتقديمها عند الحاجة إلى القضاء و لو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند لإثبات حق له"[1] تجيزها أو تجازيها عدم استجابتها لطلباته و تمكينه من المعلومات المطلوبة خاصة إذا كانت تلك الوثائق و المستندات أو الوسيلة المنشودة مرتبطة بجوهر نشاط ذلك العمل

إن حضور القاضي الإداري يكون حضورا إجباريا في مختلف مراحل النزاع و ذلك نظرا للمنهج الذي انتهجه و هو منهج الإجراءات الاستقصائية بغاية إعادة التوازن بين متقاضيان غير متساويان و لما كانت تلك غايته فانه لا يجوز معه و الحال تلك معارضته بالسر المهني بعدم مده بالمستندات التي ترجح كفة جهة الحق وهو الحال في القانون الجنائي الذي حجر في عديد المناسبات بالمجلة الجنائية معتبرا و أن من ينشر ما فيه مضرة للدولة أو لأفرادها كل كتاب أؤتمن عليه أو حصل عليه بسبب وظيفته قد تجاوز ذلك المنع الموجب للعقاب.

غير انه وان أحاط المشرع السر المهني بكل هذه العناية الفائقة مخافة إفشاء سر الإدارة و منه سر الدولة فانه و أمام ما للقاضي الإداري من سلطات استقرائية و صلاحيات خوله له القانون للبحث عن الحقيقة أتى على إنشاء مبدأ خلاق و في إطار النزاع الإداري أدرج تحت عنوان عدم مجابهة القاضي الإداري بالسر المهني طالما و أن الإدارة هي من تمتلك تلك الوثائق و المعلومات و طالما كذلك أن الطرف منظورها ليست له القدرة على مجابهة تلك الصعوبة فكان عليه و بما له من سلطات واسعة جبرها على تقديمها بحيث يكون تضلع الإدارة بالصمت بعدم تقديمها حجج باعتبارها مكسوة بالطابع السري غالبا ما تواجه بالرفض مما يستوجب تنقله على عين المكان و الاطلاع على تلك المستندات التي استحال تمكين المحكمة منها .

1 - المادة 20 من قانون الإثبات المصري .

لقد تجاوز القاضي الإداري ما حدده له القانون خرق تلك القاعدة الأصولية فهو ليس بالأمر الهين إذ انه لا يخلو من صعوبة واقعية خصوصا عند تأكد القاضي الإداري من سرية تلك الوثائق و عدم جواز اطلاع الغير عليها، تمثلت بالأساس في وضعه بين تيارين، تيار فصل النزاع و قول كلمة الحق فيه و تيار يمنعه حق الإدلاء بما بين يديه من وثائق سرية تملكها الإدارة.

لذلك نجده مترددا بين المحافظة على سرية ما لديه من تلك الوثائق و بين الاجتهاد لتكريس العدالة ونيل الحق لمن يستحقه.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية :

مراجع عامة:

ـ أبو يعلاء الفراء : الأحكام السلطانية الطبعة الأولى ، مصر 1938 .

ـ العبودي عباس:شرح أحكام قانون الإثبات المدني ،دار الثقافة ،عمان، الأردن1999.

ـ أحمد كمال الدين موسى : نظرية الإثبات في القانون الإداري ، دار الشعب 1977.

ـ أحمد أبو الوفاء : الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية بيروت 1983.

ـ أحمد هندي : أصول المحاكمات المدنية.

ـ أحمد مسلم : قانون القضاء المدني ، دار النهضة بيروت 1966.

ـ حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعات الإدارية، دار الشعب بالقاهرة 1981.

ـ روضة المشيشي الساحلي : دراسة بعنوان : القضاء الابتدائي الإداري " منشورة بملتقى الحقوقيين العدد 06 القضاء الإداري – كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1998 .

ـ محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظرية العامة – الأشخاص – إثبات الحقوق الطبعة 1 .

ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي.

ـ توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة ، جامعة الإسكندرية مصر 1982.

ـ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء 2 .

ـ فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة 1980 .

ـ توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي ، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة تونس .

ـ عياض بن عاشور : القضاء الإداري وفقه المرفقات المرافعات الإدارية في تونس، سيراس للنشر.

ـ مصطفى صخري : المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية : دراسة نظرية وتطبيقية لقانون التونسي والقانون المقارن : الطبعة الأولى تونس 2001 .

ـ توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي : المدرسة القومية للإدارة ، مركز البحوث.

ـ سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي 1973.

ـ سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية من القانون المصري مقارنا سائر البلاد العربية ، عالم الكتب القاهرة 1981 .

ـ نبيل إبراهيم سعد : الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

ـ محمد حافظ : القضاء الإداري ، دراسة مقارنة الطبعة الثالثة1964 .

ـ عبد لله الأحمدي : القاضي والإثبات في النزاع المدني أربيس تونس 1991.

ـ فتحي الزرمدي : الإثبات في المنازعات الإدارية في تونس ، جويلية 1996 .

ـ نبيل إبراهيم سعد : الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

ـ عبد المنعم فرج الصدي : الإثبات في المواد المدنية ، طبعة الباب الحلبي 1955.

ـ محمد فتح الله النشار : أحكام وقواعد عبء الإثبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2000.

ـ عبد الوهاب العشماوي : إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية دار الفكر العربي 1985.

مراجع خاصة:

ـ محمد عصفور : استقلال السلطة القضائية طبعة 1968 .

ـ ريمون اودان: النزاع الإداري، ترجمة السيد يالضياف " مركز النشر الجامعي 2000 تونس .

ـ عبد المنعم حيرة : آثارحكم الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي 1971 .

ـ حسن السيد بسيوني : دور القضاء في المنازعة الإدارية ، دار الشعب بالقاهرة 1981 .

ـ حسن علام : التنظيم القضائي بالجزائر طبعة 1972 .

ـ طعيمة الجرف : مدى التعارض بين المنازعات الإدارية وقواعد المرافعات الدنية ، مجلة مجلس الدولة المصري السنة السابعة.

المذكرات و الأطروحات:

ـ سمير الجبنوني : الإثبات بالشهادة في المادة المدنية والتجارية : رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء تونس 1991-1992.

ـ إبراهيم الخميري : القاضي الإداري والإثبات بالقرينة ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية.

OUVRAGES EN LONGUE FRANCAISES :

-C. Debbache : L'interprétation par le juge de la demande des parties, JCP1982 IN 3085.
- J.P.H Colson : L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif LGDJ 197.
- G.Vedel : Droit administratif, 1973
-J.Wroblewfki : Structure et fonction des présomptions juridiques, IN les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles 1974 .
-Chevalier , la charge de la preuve, Paris 58-59 .
- M.De Gastin : les présomptions en droit administratif , Paris LGDJ 1991
- René Chapus : Droit du contentieux administratif .
- Y. Gaud met : Les méthodes du juge administratif 1972 .
- C. Debbache : Contentieux administratif Dalloz 1975 .
-Auby et Fornont : le recours contre les actes administratif dans les pays de la Communauté Economique Européenne , Dalloz
-Hammaoui Ernest : Procédure Administrative contentieuse, le Juge administratif tome 2 1973.
-Alexandre kogeve : ESQUISSE d'une phénoménologie du droit , Gallimard 1981.
-Jaques Normand : Le juge et le Litige .
-Tissier : Le centenaire du code de procédure civile rev, torim du droit 1906 .

الملاحق

الفـهـرس

الإهداء
التخطيط
المختصرات
المقدمة.....1
الجزء الأول : خصوصية وسائل الإثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري.....4
المبحث الأول: تكريس مبدأ حرية الإثبات.....5
الفرع الأول : مبررات مبدأ حرية الإثبات.....5
الفقرة الأولى : حداثة نشأة القانون الإداري.....6
الفقرة الثانية : طبيعة النزاع الإداري.....8
الفرع الثاني: مظاهر مبدأ حرية الإثبات.....10
الفقرة الأولى : على مستوى دعاوى الإلغاء.....11
الفقرة الثانية : على مستوى دعاوى التعويض.....13
المبحث الثاني : تكامل وسائل الإثبات بين القضاء الإداري و القضاء العدلي.....15
الفرع الأول : من حيث الاختصاص.....16
الفقرة الأولى : اختصاص المحاكم العدلية بالنزاعات الإدارية.....16
الفقرة الثانية : اختصاص المحاكم الإدارية بالنزاعات العدلية.....19
الفرع الثاني: من حيث وسائل الإثبات المعتمدة.....23
الفقرة الأولى : اعتماد كلي للوسائل المكتوبة.....24
الفقرة الثانية : اعتماد نسبي لبقية الوسائل.....27
الجزء الثاني : تعامل القاضي الإداري مع وسائل الإثبات.....31
المبحث الأول: القاضي الإداري و تبعة عبء الإثبات.....32
الفرع الأول : تكريس القاضي لمبدأ البينة على من ادعى.....33
الفقرة الأولى : أثناء رفع الدعوى.....34
الفقرة الثانية : أثناء سير الدعوى.....37
الفرع الثاني: أثار المبدأ.....40
الفقرة الأولى : من حيث إثبات الحق.....40
الفقرة الثانية : من حيث مآل الدعوى.....42
المبحث الثاني : صلاحيات القاضي الإداري.....45
الفرع الأول : الدور الاستقصائي للقاضي الإداري.....46

الفقرة الأولى : تجاوز القاضي الإداري لمفهوم الحياد.....46
الفقرة الثانية : مباشرة القاضي الإداري لأعمال البحث و التحقيق.....48
الفرع الثاني: الدور الإنشائي للقاضي الإداري.....51
الفقرة الأولى : على مستوى الموضوع.....52
الفقرة الثانية : على مستوى الإجراء.....54
الملاحق
قائمة المراجع .