

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



أدلة الإثبات الحديثة في المواد الإدارية

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون إداري

تحت إشراف الدكتور:

شيتور جلول

من إعداد الطالبة:

سارة فروجي

السنة الجامعية: 2015/ 2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت و إليه أنيب﴾

الآية 88 من سورة هود

﴿وقل ربي زدني علما﴾

الآية 114 من سورة طه

﴿قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم﴾

الآية 32 من سورة البقرة

﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلا﴾

الآية 85 من سورة الإسراء

شكر وتقدير

* أستاذي الجليل: الدكتور جلول شيتور وفاءً و تقديراً و إحتراماً.

* لا أملك إلا أن أرفع لسيادتكم أسمى آيات الشكر و التقدير، حيث تقف مفردات اللغة عاجزة عن التعبير عما تحمله نفسي لكم من مشاعر الوفاء و العرفان لما لمستته من فيض علمكم و عمق أمانتكم و رحابة صدركم.

* رفع الله بكم شأن العلم ومن عليكم بالصحة ودوام العافية.

* و الشكر موصول كذلك إلى كل من وقف معي وساندني طوال مرحلة إعدادي للبحث من الأصدقاء و الزملاء في العمل و خارجه.

* جزاهم الله خيراً جميعاً وأتمنى لهم التوفيق و السداد دائماً.

إهداء

* إلى رسول البشرية و معلم الإنسانية سيّدنا محمد (ص).

* إلى أولئك الذين فقدوا حقوقهم و حرّياتهم كي نتمتع بممارسة حقوقنا و حرّياتنا.

* إلى من أمرني ربّي أن أخفض لهما جناح الذل من الرحمة والدي ووالدتي العزيزين

على قلبي بحقوقهم عليّ.

* إلى من هم عوني وسندي في الحياة إخوتي.

* إلى كل من علّمني حرفا ... لا أنسى له فضلا...

* إلى كل من أحبّ لي الخير امتنانا و عرفانًا بالجميل.

* إلى كل من ساهم معي في إنجاز هذا البحث.

* أهدي هذا الجهد المتواضع *

مقدمة:

يشكل الإثبات في كافة الدعاوى جانبا إجرائيا هاما ،لكونه وسيلة التوصل للحقيق فيها. ويتسم الإثبات في الدعاوى الإدارية بخصية تميزه عنه في الدعاوى العادية حيث يتمتع القاضي الإداري في ظلّه بدور ايجابي يفنقده نظيره في الدعاوى المدنية، مرجعه طبيعة الدعاوى الإدارية بما تتصف به من انعدام للتوازن بين طرفيها الأمر الذي يستوجب تدخل القاضي لمساعدة المدعى فيها للحصول على حقه في ظل ما تملكه الإدارة من مستندات أو أوراق تعوق الوصول إلى هذا الحق لو كان دور القاضي حياديا .

هذا إلى جانب أن الإثبات الإداري غير مقنن على نحو ما هو معمول به أمام القضاء العادي الذي يحكمه قانون الإثبات في المنازعات المدنية و التجارية وان كان بوسع القضاء الإداري تطبيق أحكام القانون لحين صدور قانون الإجراءات الإدارية .

وبما أن العصر الذي نعيش فيه من تجليات ثورة تقنية عالية وتكنولوجيا المعلومات و العمل عبر الحاسب الآلي وشبكات الاتصال أدى بالضرورة إلى ظهور أدلة جديدة الكترونية وبذلك أصبح العالم قرية صغيرة يمكن لأي شخص أن يحاور ويبرم تصرف في أي مكان آخر في العالم في لحظات فأصبح العالم الآن غير العالم الورقي الذي كان منذ سنوات بسيطة فإذا كان المتعارف عليه في بلادنا أن الإثبات في التصرفات القانونية المدنية الغالب فيها هو الكتابة طبقا لنص المادة 333 من القانون المدني و المادة 324مكرر من القانون المدني فيما يتعلق بالعقار فان نظام الإثبات لم يعد ورقيا فقط بل في تطور مستمر إلى أن أصبح رقميا وهذا ما أدى بنا إلى طرح الإشكالية التالية :ماهي أهم الوسائل الحديثة في الإثبات؟ وما الدور الذي تلعبه في القضاء الإداري ؟

أهمية الدراسة :

إن وسائل الإثبات الحديثة في القضاء لها أهمية بالغة ترقى إلى أهمية مرفق القضاء بحد ذاته ذلك حيث أن أهمية الإثبات تكمن في كونه الوسيلة الوحيدة التي تمكننا من اعتبار فعل ما موضوع شك أو انتزاع عنوانا للحقيقة على إثر صدور حكم نهائي في الدعوى .

فالإثبات لا يمكن فصله عن الحكم القضائي بل هو روح هذا الحكم و جوهره و على الرغم من هذه الأهمية التي يكتسبها الإثبات، فإن الدارسين لم يكرسوا في الحقيقة مجهودات معتبرة للبحث فيه، فهناك دراسات قليلة تتعلق بالقواعد التي تنظم موضوع الإثبات في مختلف الأنظمة القانونية لاسيما المتعلقة منها بالإثبات القانوني من كون هذا الأخير في تطور مستمر ذلك أن الحقيقة العلمية تبقى دائما محل دراسة و تجديد بين الحقيقة القضائية تنتهي عند اكتشافها من طرف القضاء و بهذا التطور المذهل و السريع أصبح عنصر الإثبات يحتل مكانة مرموقة في كافة العلاقات والمجالات الشخصية والمدنية والتجارية، وهو الوسيلة الأساسية للحصول على الحقوق ولإلزام الآخرين بالموجبات. ومن الناحية العملية ليس للحق أية قيمة عندما يعجز صاحبه عن إثباته .

خطة البحث:

الفصل الأول: ماهية الإثبات في المنازعات الإدارية والعوامل المؤثرة فيه

✚ المبحث الأول: مفهوم الإثبات

المطلب الأول: تعريف الإثبات ومكانته في النظام القانوني

الفرع الأول: تعريف الإثبات

الفرع الثاني: مكانة الإثبات في النظام القانوني

المطلب الثاني: أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية

الفرع الأول: أهمية الإثبات

الفرع الثاني: صعوبة الإثبات في المنازعة الإدارية

الفرع الثالث: التشابه في قواعد الإثبات بين القانون الإداري والقانون الجزائي

المطلب الثالث: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

الفرع الأول: الوقائع المادية

الفرع الثاني: التصرفات القانونية

الفرع الثالث : التمييز بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية

المبحث الثاني: نظم الإثبات

المطلب الأول: نظام الإثبات الحر أو المطلق

الفرع الأول: مزايا نظام الإثبات الحر

الفرع الثاني: عيوب نظام الإثبات الحر

المطلب الثاني: نظام الإثبات المقيد أو القانوني

الفرع الأول: مزايا نظام الإثبات المقيد

الفرع الثاني: عيوب نظام المقيد

المطلب الثالث: نظام الإثبات المختلط وموقف المشرع الجزائري

الفرع الأول: مفهوم نظام الإثبات المختلط

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

المبحث الثالث: العوامل المؤثرة في الإثبات الإداري

المطلب الأول: امتيازات الإدارة المؤثرة في المنازعة الإدارية

الفرع الأول: حيازة الأوراق الإدارية

الفرع الثاني: امتياز المبادرة

الفرع الثالث: قرينة سلامة القرارات الإدارية

الفرع الرابع: امتياز التنفيذ المباشر

المطلب الثاني: آثار امتيازات الإدارة على المنازعة الإدارية.

الفرع الأول: وقوف الفرد موقف المدعي عادةً في الدعوى الإدارية.

الفرع الثاني: وقوف الإدارة مدعيةً استثناءً في الدعوى الإدارية.

الفصل الثاني: أدلة الإثبات الحديثة في المنازعات الإدارية

✚ المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية

المطلب الأول: مفهومها

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية

الفرع الأول: ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

الفرع الثالث: امكانية الحفظ و الإسترجاع

المطلب الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية

✚ المبحث الثاني: التلكس و الفاكس

المطلب الأول: التلكس

الفرع الأول: مفهوم التلكس

الفرع الثاني: الإعتراف التشريعي بحجية التلكس

المطلب اثنائي: الفاكس

الفرع الأول: تعريف الفاكس

الفرع الثاني: الإعتراف التشريعي بحجية الفاكس

+ المبحث الثالث: البريد الإلكتروني

المطلب الأول: مفهومه ونشأته

الفرع الأول: التعريف الفقهي

الفرع الثاني: نشأته

المطلب الثاني: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات

+ المبحث الرابع: التسجيلات

المطلب الأول: شريط الكاسيت (التسجيل الصوتي)

الفرع الأول: مفهوم شريط الكاسيت

الفرع الثاني: مدى حجية التسجيل الصوتي كدليل إثبات في المنازعات الإدارية

المطلب الثاني: التسجيلات البصرية (المصغرات الفيلمية)

الفرع الأول: مفهوم المصغرات الفيلمية

الفرع الثاني: مدى حجية المصغرات الفيلمية كدليل إثبات في المنازعات الإدارية

الفصل الأول: ماهية الإثبات في المنازعات الإدارية والعوامل المؤثرة فيه

يعتبر موضوع الإثبات في الدعاوى بصفة عامة والدعوى الإدارية بصفة خاصة ذو أهمية

كبيرة وهي في حقيقتها وجوهرها الدرع الواقى للحقوق الأداة الفعالة في تحقيق العدل.

وطرق الإثبات من أكثر الموضوعات الفقهية تطبيقاً وأشدّها حيوية وأن الأسلوب الذي

يتبعه المشرع في الإثبات يتوقف عليه ميزان العدل، وإحقاق الحق، وأن فساد الأسلوب في

الإثبات يحول دون وصول الناس إلى حقوقهم أو يضع العراقيل في الطريق الموصل إليها.

وقبل أن نشعر في شرع أدلة الإثبات وحجتها يجب الحدث عن بعض الأمور التي تمهد

له وتثير الطريق أمامه حيث نتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الإثبات من خلال بيان: تعريفه،

وأهميته ومكانه في النظام القانوني، ثم نوضح العوامل المؤثرة في الإثبات الإداري وعلى ذلك

نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الإثبات

المبحث الثاني: نظم الإثبات

المبحث الثالث: العوامل المؤثرة في إثبات الدعوى الإدارية

المبحث الأول: مفهوم الإثبات

للوصول إلى خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، ينبغي علينا دراسة حقيقة الإثبات من حيث تعريفه ومكانه في النظام القانوني وأهميته، لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الإثبات ومكانته في النظام القانوني

المطلب الثاني: أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية

المطلب الثالث: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

المطلب الأول: تعريف الإثبات ومكانته في النظام القانوني

نوضح في هذا الفرع تعريف الإثبات في اللغة والاصطلاح، ومن ثم تحديد مكانته في النظام القانوني على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإثبات

أ/ تعريف الإثبات لغة:

الإثبات من أثبت الشيء، أي عرفه حق المعرفة وثبت ثباتا وثبوتا فهو ثابت، والثبات والثبوت يعني الدوام والاستقرار ويقال ثبت فلان على موقفه إذا لم يتراجع عنه، ولذا يسمى الدليل ثباتاً؛ لأنه يؤدي إلى استقرار الحق لصاحبه بعد ما كان غير مستقر وقت أن كان متأرجحاً بين المتداعين، ويقال أيضاً لا أحكم بكذا إلا بثبت أي بحجة، ولذلك فالإثبات في اللغة هو الدليل أو البينة أو الحجة⁽¹⁾.

وموضوع الإثبات قديم، فلم يعتن رجال القانون أو الفقهاء الشريعة الإسلامية فقط بل حتى الفلاسفة وعلماء النفس، ومثال ذلك مؤلف بنتام "Bentham" تحت عنوان "الإثبات القضائي" والذي ألفه في سنة 1830، وكتاب جبريال "Gagriel" تح عنوان "بحث حول طبيعة الإثبات"، وبونيه "Bonnier" في تعريف الإثبات⁽²⁾. ومن خلال ذلك يبرز الإثبات من الناحية الفلسفية

(1) الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب-القاموس المحيط ج1 القاهرة 1952م ص144، الفيومي أحمد بن محمد علي المصباح: المنير في غريب الشرح الكبير-ج1 القاهرة 1957م ص78.

(2) لحسين بن الشيخ أ ث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2004، ص10.

فيعرف بأنه: العملية التي تؤدي بصفة مقنعة قاطعة إلى التسليم بصحة قضية مشكوك فيها بدءاً، فالإثبات كصيغة محددة للفعالية الإدراكية يخدم في حل المشاكل الجزئية للإدراك والتي تتبثق في خضم التحقيق والمحاكمة في قضية من القضايا المعروضة أمام المحاكم، على أن هذه المشاكل تحل بواسطة القوانين العامة للإدراك التي قد حققتها الفلسفة⁽¹⁾.

ب/- التعريف الشرعي:

يعرف الإثبات في الفقه الإسلامي من خلال التعريف اللغوي السابق بأنه: تأكيد الحق بالبيينة، والبيينة هي الدليل أو الحجة، ولفظ ثبت تطلق مجازاً على من كان حجة أي ثقة في روايته فيقال: فلان ثبت من الإثبات أي ثقة من الثقات، وقد عرفه القضاء الشرعي بأنه ما يكفي وجوده لثبوت الشيء المقام عليه هذا الإثبات⁽²⁾، والإثبات أو الحجة عند هؤلاء هي التي تفرق بين المدعي قبل إقامة البيينة وبعد إثباتها، إذ أن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البيينة وبعدها يسميه محقاً، وهذا هو ما جاء بعد ذلك في أوامير فقهاء الغرب بأن الدليل وحده هو الذي يحي الحق ويجعله مفيداً⁽³⁾.

ج/- التعريف القانوني:

الإثبات لدى الفقه القانوني العربي يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها⁽⁴⁾.

وعرفه الفقه الفرنسي بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء على حقيقة واقعة معينة يؤكدتها أحد الأطراف في خصومة وينكرها الطرف الآخر⁽⁵⁾.

(1) آدم وهيب النداوي: شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، مطبعة دار القادسية، بغداد، 1986م ص14.

(2) علي رسلان: نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون الطبعة الأولى دار الدعوى الإسكندرية 1996م ص43، صالح عبد الله الطيباني القضاء والإثبات الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني دار الجامعة اليمنية صنعاء 1997م ص277.

(3) أشار إلى ذلك د/محمد الزحيلي وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج1 مكتبة المؤيد الرياض 1994م ص33 وما بعده.

(4) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني-الإثبات بآثار الالتزام-المجلد الثاني-منشورات حلبي الحقوقية، بيروت 1998م ص14 وما بعدها، راجع د/محمود محمد هاشم القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية الطبعة الأولى منشورات جامعة الملك سعود الرياض 1988م، د/ احمد أو الوفا التعليق على نصوص قانون الإثبات منشأة المعارف الإسكندرية 1989م ص13.

والاثبات من الموضوعات التي تناولها فقهاء القانون بالبحث القانون بالبحث والتحري سواء في المجال المدني او الجنائي أو الإداري نظرا لأهميته ومكانته في القانون، ولذلك كثرت التعاريف التي ذكرها الفقهاء للإثبات (1) كل منهم عرفه على الوجه الذي يراه متفقا مع مجال بحثه.

ولكن إذا نظرنا إلى مجمل هذه التعاريف نجد أنها تشترك في عدة أمور حرص الجميع على ذكرها وهي:

✓ الإثبات يعني إقامة الدليل.

✓ الإثبات لا بد وأن يتم من خلال الطرق التي حددها القانون.

✓ الإثبات لكي يؤتي ثماره لا بد وأن ينصب على واقعة قانونية تترتب عليها آثار.

أما كيفية التعبير عن هذه الأمور الثلاثة فقد اختلف من تعريف لآخر تبعا لاختلاف الألفاظ، ومن ثم فإن هذه التعاريف وإن اختلفت في ألفاظها إلا أن مضمونها واحد، والعبرة كما

(5) أسامة أحمد شوقي المليجي: شرح القواعد الإجرائية في الإثبات طبعة 1997 ص2 وقيل:

La preuve : est la démonstration de la verite d'un fait qui affirme , dans une instance par l'une des parties et qui est nie par l'autre « vincent (J) et Guinchard (S) : procedure civile precis Dalloz 21 ed 1987 N.1107.p910.

وقيل:

La preuve : est l'effort. a. accomplir une fois l'instance engagée pour obtenir la confirmation Judiciaire d'une, allégation relative aun point de fait « Pactet : essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative, thèse paris.1952.N.2.

(1) من ذلك على سبيل المثال: الإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، د/أحمد نشأت رسالة الإثبات الطبعة السابعة منفتحة ومزيده.1/14 وقيل هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعي به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية.د/ سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية، عالم الكتب، 1/11.

وقيل هو: أقامه الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه. د/عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الثانية 1955 ص 5.

وقيل هو: إقامة دليل يرجح وجود أو انتفاء واقعة قانونية يتوقف على وجودها أو انتفائها تقرير وجود أو انتفاء أثر قانوني متنازع عليه وذلك بالقهود التي يفرضها القانون. د/ جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية ص253.

تقول المحكمة الإدارية العليا بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني⁽¹⁾ وفقا لما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية.

والتعريف السابق للإثبات يتضمن أركانه في عبارة مختصرة، ويتضح ذلك من شرح التعريف وإخراج القيود التي يشتمل عليها.

* قوله: "إقامة" في التعريف يشمل كل إقامة سواء كانت للدليل أو لغيره، معناها التقديم.

* وقوله: " إقامة الدليل " قيد أخرج به إقامة غير الدليل، والمراد ن إقامة الدليل تقديمه للإثبات وليس إنشاؤه.⁽²⁾

* وقوله: "أمام القضاء" قيد أخرج به الإثبات غير القضائي كالأثبات التاريخي أو العلمي⁽³⁾، وأفاد أن المقصود هنا ليس الإثبات بمعناه العام الذي يرد خاليا من أي قيد ولا يكون أمام القضاء... وإنما المقصود الإثبات القضائي هو موضوع دراستنا.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1942 لسنة 1991/12/01 مشار إليه في مؤلف مستشار /حمدي ياسين عكاشة: المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية ص1072 وما بعدها مبدأ 868.

(2) توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية 1982 ص3.

(3) وهو: تقديم الأدلة والبراهين بأية وسيلة وبأي طريق للوصول إلى الحقيقة المجردة سواء كانت حقيقة علمية أو حقيقة تاريخية يساهم كل يساهم كل من يريد من الأفراد في البحث عنها بحيث يستطيع تقديم كل دليل ممكن دون تقييد بوسيلة معينة: د/أسامة أحمد شوقي: المرجع السابق ص2: وهذا ويشترك الإثبات التاريخي أو العلمي والإثبات القضائي في أن كلا منهما ينطوي على تقضي حقيقة أمر من الأمور، أما وجود الاختلاف بينهما فتتمثل في:

- في مجال الإثبات العلمي: للباحث عن الحقيقة العلمية كل الحرية في بحثه عن هذه الحقيقة، أما في مجال الإثبات القضائي فإن القاضي يتقيد بعناصر الاقتناع التي تقدم له في القضية المعروضة.
- في مجال الإثبات العلمي: لكل من يعنيه الأمر من الأفراد ان يشترك في البحث العلمي، اما في مجال الإثبات القضائي فإن القاضي يتمتع عليه بحسب الأصل أن يساهم في جمع الأدلة في الدعوى المعروضة عليه.
- في مجال الإثبات التاريخي: نجد ان الحقيقة العلمية تبقى دائما محل بحث واستقصاء، أما في مجال الإثبات القضائي فنجد أن الحقيقة القضائية التي يصل إليها القاضي تعتبر صحيحة بصفة نهائية.
- يراجع في ذلك: د/عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص5 وما بعدها، د/أحمد نشأت: المرجع السابق، 1/15 وما بعدها.

* وقوله: " بالطرق التي حددها القانون " إشارة إلى الوسائل التي يتم بها إثبات الحق أمام القضاء، كما تشمل من يقع على عاتقه عبء الإثبات.

* وقوله: " على وجود واقعة قانونية " قد أشار به إلى المحل الذي ينصب عليه الإثبات، وهو الواقعة القانونية المنشئة للحق، والواقعة المقصودة هنا هي الواقعة بالمعنى العام التي تنصرف إلى كل واقعة مادية أو كل تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثر معيناً، وذلك كالعامل غير المشروع والعقد، فالعمل غير المشروع واقعة مادية، والعقد تصرف قانوني⁽¹⁾.

* وقوله: " ترتب آثارها " قيد أشار به إلى الفائدة المرجوة من وراء الإثبات، وهي إثبات الواقعة التي يترتب عليها فائدة، أما إذا كانت الواقعة لا تترتب عليها فائدة فإنه لا محل لإثباتها لأن إثباتها يترتب عليه إضاعة وقت القضاء بلا فائدة ترجى من وراء ذلك، وهو أمر يتنافى مع الهدف من وجود القضاء.

وبناء على ما تقدم يتضح لنا الفقه الشرعي والقانوني اتفقا بشأن تعريف الإثبات " بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية لإثبات حق متنازع عليه أو نفيه، بالتالي يوصل القاضي إلى معرفة الحقيقة في الدعوى المنظورة أمامه ".

ولا يختلف تعريف الإثبات سواء كان ذلك في المسائل المدنية أو التجارية أو الجنائية أو الإدارية. وإن كان الاختلاف يكمن في الطرق، فالقاضي المدني مقيد باتباع طرق محده لإثبات الدعوى بوسائل معينة للكشف عن الحقيقة لا يحيد عنها⁽²⁾، فإن خالفها أو أخطأ في تطبيقها فسد رأيه وعد مخطئاً في تطبيق القانون على إكمال نقص الأدلة أو المساهمة في جمعها، ويتعين عليه أن يقضي وفقاً للأدلة المقدمة له من الطرفين، ويستعمل سلطته التقديرية في الحدود التي وضعها القانون. وإذا كان القاضي المدني مقيداً بنصوص القانون كما سبق، إلا أن له بموجب سلطته-الحق في تسيير الخصومة بمراعاته لحقوق الدفاع.

(1) توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص4.

(2) علي أرسلان: نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق-ص95/د.السنهوري الوسيط في شرح القانون المجني ج2 مرجع سابق ص17 وما بعدها.

ويختلف الأمر في المسائل التجارية حيث أن اثباتها غير مقيد في الأصل مما لم يرد نص من المشرع يقيدها⁽¹⁾، فالقاضي التجاري غير مقيد بطرق معينة للإثبات وإنما يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في الإثبات ومع ذلك قد يرد نص خاص في القانون يقيد القاضي التجاري بطريقة إثبات معينة كما هو الحال في إثبات عقد الشركات التجارية الذي يشترط القانون فيه أن يكون مكتوباً⁽²⁾. وبالنسبة للقاضي الجنائي فله في المسائل الجنائية حرية مطلقة في تقدير الأدلة، فللخصوم حرية الإثبات وللقاضي حرية تكوين عقيدته، حيث لا يتقيد بطرق معينة للإثبات، وهذا هو الأصل العام في القانون الجنائي.

د/ تعريف الإثبات لدى فقهاء القانون الإداري:

عرف الإثبات من قبل بيار باكتيه (Pierre Pacctet): " هو الجهد الواجب إبرازه أو تحقيقه عندما تتحرك الدعوى للحصول على التصريح القضائي بإدلاء متعلق بهذه النقطة الواقعية".

كما عرفه ألان بلانتي (Alain Plantey) بأنه: " يتمثل في الإثبات في تبيين واقعية واقعة ما أو صحة خبر ما، وكذل في تقديم عناصر الإقناعية والتي من شأنها أن تؤدي إلى اتخاذ سلوك معين، من قبل صديق أو خصم، أو صدور قرار من سلطة سياسية أو إدارية، أو اتخاذ موقف معين من قبل الرأي العام..."⁽¹⁾.

إن الإثبات في المسائل الإدارية وإن كان يتفق في مضمونه مع الإثبات في المسائل الأخرى، إلا أننا نلاحظ أن القضاء الإداري المقارن لم يحدد كأصل عام طرقاً معينة للإثبات أمام القضاء الإداري كما هو الشأن بالنسبة للنصوص المدنية المعمول بها أمام القضاء العادي، فالقاضي الإداري هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة بحرية كاملة، ويقدر مدى قوتها في الإثبات، وبذلك يقوم نظام الإثبات في القانون الإداري على مبدأ الاقتناع المطلق كما هو الحال أمام القضاء الجنائي وذلك من حيث الاقتناع بالدليل، ولكنه يزيد عنه من حيث جمع

(1) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري-مؤسسة دار الشعب-القاهرة 1977م، ص92.

(2) سمير تناغو: النظرية العامة للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية-1988م-ص8.

(1) Alain Plantey ; La preuve devant le juge administratif.no3245-1.

الدليل وتقديمه، إذ يعتبر في القانون الإداري أكثر حرية من القانون الجنائي بخصوص إقامة الدليل⁽¹⁾.

وإذا كان الإثبات القضائي ينصب على صحة واقعة قانونية هي مصدر لحق يدعي به أحد الأطراف ويكون بطرق نص عليها القانون وما على الخصوم والقضاء إلا اتباعها⁽²⁾، فإن الإثبات أمام القضاء الإداري-والذي لم نجد له تعريف دقيق وخاص به-يتميز بوجود حرية في عملية الإثبات أمام القضاء الإداري بحيث لا توجد نصوص قانونية تحدد طرق معينة يجب التقيد بها عند الإثبات أو السير بتسلسل معين والأخذ بوسائل معينة من أجل الإثبات⁽³⁾، وإنما لا بد من اللجوء إلى مصدرها في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية.

وبالتالي يمكننا القول بأن نظرية الإثبات أمام القضاء الإداري ذات طابع خصوصي، فإذا كان مبدأ حياد القاضي في المادة المدنية نتيجة للطابع الاتهامي للإجراءات، فإن مبادرة القاضي الإداري تتبع في ميدان الإثبات من الطابع التحقيقي للإجراءات الإدارية، فالتحقيق في المنازعات الإدارية ذو طابع إجباري على خلاف المواد المدنية التي لا يلجأ فيها إلى التحقيق إلا على سبيل الاختيار⁽⁴⁾.

وبناء على ما تقدم نجد أن الإثبات بمعناه القانوني يتميز بالخصائص الآتية:

*أنه إثبات قانوني: أي تنظمه قواعد يقرها القانون⁽⁵⁾، وبالتالي لا يجوز اللجوء إلى وسيلة أو طريقة لم يقرها القانون.

(1) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج2، مرجع سابق، ص14.

(2) مفلاح القضاة: الإثبات في المواد المدنية والتجارية ط1. مطبعة ابن دسمال. الإمارات 1997 ص18.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1979، ص651.

(4) لحسين بن الشيخ أث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص10.

(5) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج2 مرجع سابق-ص26.

*أنه إثبات قضائي: بمعنى انه لا يكون إلا أمام القضاء، غير انه في الإثبات الجنائي يتسع نطاق الإثبات فلا يقتصر على إقامة الدليل أمام قضاء الحكم بل يتسع لإقامته أمام سلطات التحقيق بل وسلطات الاستدلال كذلك (1).

*يكون القاضي-كأصل عام-في الإثبات محايداً، والخصوم يقومون فيه بالدور الإيجابي، وهنا قد يختلف الأمر في الإثبات العادي ن الإثبات الإداري، حيث أن دور القاضي الإداري لا يكون سلبياً، وإنما له دوراً إيجابياً في الخصومة الإدارية، لاسيما فيما يتعلق بإثبات المنازعة الإدارية نظراً لطبيعة هذه المنازعة، غير ان هذا الدور لا ينفي عنه الصفة الحيادية باعتباره يوازن بين أطراف الخصومة الإدارية، وبالتالي قد يتدخل أحياناً لتسيير إجراءات الإثبات لتحقيق مبدأ المواجهة والمساواة احتراماً لحقوق الدفاع (2).

*أنه منطبق على وقائع قانونية متنازع عليها: بمعنى أن هذا الإثبات لا يكون إلا لإثبات واقعة يترتب عليها القانون أثراً أو آثاراً قانونية شريطة أن تكون هذه الواقعة متنازعةً عليها (3).

الفرع الثاني: مكانة الإثبات في النظام القانوني

يشكل الإثبات الفيصل الحاسم في تحديد اتجاه الخصومة، والفصل فيها على أساس العدالة، وعلى الرغم من أن قواعد الإثبات لا تتعلق بفرع بذاته من فروع القانون، إلا أنها تتصل اتصالاً وثيقاً بين القواعد الموضوعية (مدني، تجاري، إداري) وبين قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولهذا يذهب الفقه إلى تقسيم قواعد الإثبات إلى نوعين من القواعد القانونية (4).

القواعد الموضوعية تتمثل في تحديد أدلة الإثبات وقوة كل دليل والأحوال التي يجوز فيها تقديم كل منها، وقواعد إجرائية تتمثل في القواعد المحددة للإجراءات الواجب اتباعها عند تقديم الدليل إلى القضاء، ونظراً لهذا الاختلاف في القواعد الإثبات بين الموضوعية وإجرائية، اختلفت

(1) شحاتة عبد المطلب حسن: حجية الدليل المادي في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة 2005، ص4.

(2) راجع تفصيلاً في الدور الإيجابي للخصوم د/السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج2 مرجع سابق ص32 وما بعدها.

(3) محمود محمد هاشم: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية-مرجع سابق ص114 وما بعدها.

(4) محمود محمد هاشم: مرجع سابق، ص115 وما بعدها، د.السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج2 مرجع سابق ص16 وما بعدها.

التشريعات في مختلف النظم القانونية في تحديد مكان قواعد الإثبات، منها من ذهب إلى تأكيد استقلالية قواعد الإثبات وجمعها في قانون موحد مستقل يسمى قانون الإثبات، حيث ذهبت بعض الأنظمة إلى الأخذ بهذا الاتجاه في تنظيم في تنظيم الإثبات سواء أكانت موضوعية أو إجرائية بقانون واحد هو قانون الإثبات، وهذا ما سار عليه المشرع في النظام الانجلوسكسوني والقانون السوري والقانون العراقي وقانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م⁽¹⁾.

وتبرر هذه الأنظمة أخذها بقانون مستقل للإثبات بالآتي⁽²⁾:

تعد الفصل بين قواعد الإثبات وإجراءاته.

يؤدي الجمع بين قواعد الإثبات وإجراءاته في قانون متكامل إلى التسيير على صاحب الحق في التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء.

وذهبت أنظمة أخرى إلى توثيق الصلة بين قواعد الإثبات وقانون الإجراءات المدنية، فأدخلت قواعد الإثبات في قانون الإجراءات المدنية، واعتبرتها جزءاً منه ومن هذه الأنظمة، النظام اللبناني والألماني، ويبرر هذا الاتجاه موقفه بأن قواعد الإثبات جميعها تتصل بتنظيم العمل أمام القضاء والإثبات بقواعده لا يكون إلا أمام القضاء في منازعات معروضة عليه، كما أن الإثبات بقواعده لا يكون إلا أمام القضاء في منازعات معروضة عليه، كما أن الإثبات بقواعده وإجراءاته شعبة من شعاب قاعدة أساسية في المرافعات تتصل بدور القاضي في نظر الدعوى المدنية وكونه الملزم بالحكم في الدعوى، وهذا الإلتزام يستمد من القانون وليس من مشيئة الأفراد، فمتى أقام الخصوم دعواهم إلى القضاء صار من شأن القاضي تسيير الدعوى وأداء واجبه فيها، لأن القاضي إنما يقوم في هذا الصدد بأداء وظيفة عامة⁽³⁾، كذلك فإن وضع قواعد الإثبات في قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية لا يحول دون القول القول بأن بعضاً من قواعد الإثبات تعد قواعد موضوعية، ومن ثم لا يجب أن يشملها القانون أيضاً على قواعد

(1) راجع د/أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص قانون الإثبات مرجع سابق ص-18.

(2) أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق ص-19 وما بعدها.

(3) أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق ص-18، د/ محمود هاشم القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية مرجع ص-117.

موضوعية مثل تنظيم القضاء وتحديد درجات التقاضي وشروط القاضي وقواعد مخاصمته وتأديبه، وغير ذلك من القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون المرافعات (1).

وهناك اتجاه ثالث، يذهب إلى تغليب الصلة بين القواعد الموضوعية وقواعد الإثبات، وبالتالي إدراجها في إطار نصوص القانون المدني، في حين نظمت القواعد الإجرائية في قانون المرافعات وقد أخذت المشرع الجزائري بهذا الاتجاه حيث نظم قواعد الإثبات بصفة عامة لجميع المنازعات مدنية-تجارية-جنائية-إدارية، في القانون المدني (2)، في حين ترك القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (3).

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي والمشرع المصري في ظل التقنين المدني القديم (4).

ونحن إذ نميل للاتجاه الأول الذي يأخذ باستقلالية الإثبات وتنظيم جميع قواعده في قانون مستقل للأسباب الآتية:

✚ إن وضع قانون عام للإثبات يسهل على القاضي الرجوع إليه، تطبيقه على النزاع المعروض أمامه من الناحية الموضوعية والارائية.

✚ تجميع قواعد الإثبات في قانون واحد يسهل للخصوم إثبات الوقائع التي يطرحونها على القضاء للحصول على حكم فيها.

✚ رغم خلاف الفقه حول الطبيعة القانونية للإثبات، فالبعض يرى أن له طبيعة موضوعية كونه ينظم الحقوق المتنازع عليها (5)، ويذهب الفقه السائد إلى تغليب الطبيعة الإجرائية على مسائل الإثبات باعتبار عملية الإثبات لا تكون إلا أمام القضاء، وبالتالي فإن الطبيعة

(1) المرجع السابق، ص117.

(2) الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج.ر.44ص18).

(3) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر.21ص3).

(4) محمود هاشم القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية مرجع سابق ص118.

(5) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج2، مرجع سابق، ص18 وما بعدها.

الإجرائية هي الغالبة⁽¹⁾، ولهذا نحن نرى طبيعته مختلطة، بين الموضوعية والاجرائية، وبالتالي فإن تخصيص قانون مستقل للإثبات يعطيه الصفة المختلطة ليكون بذلك خادماً للحقوق.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية

نتحدث في هذا الفرع عن أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتسم بها هذه الخصومة، على نحو يميزها عن الخصومة العادية، وبيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية الإثبات

يحتل الإثبات أهمية خاصة بالنسبة للحقوق والمراكز القانونية، إذ هو إحياء لها، ولا فائدة عملية لها من غيره، والحق دون إثبات يعد غير موجود من الناحية العملية، فالإثبات يحي الحق ويجعله مفيداً وهو قوة الحق⁽²⁾. والحق كما نعلم في المذهب التقليدي هو مصلحة يحميها القانون (أي أن غايته هي المصلحة)، وأي مصلحة لا قيمة لها إذا لم يحميها القانون، والحق لا قيمة له إذا لم تتوفر وسيلة إثباته، ووسيلة إثباته تكون برده إلى قاعدة في القانون، وعلى مدعي الحق أن يثبت القاعدة القانونية، ولذا عندما يلجأ إلى القضاء يلزم عليه توضيح الوقائع القانونية التي يدعيها وادلتها، وبعدئذ يكون على القاضي إذا ما تحققت لديه تلك الوقائع أن ينزل حكم القانون عليها لديه تلك الوقائع أن ينزل حكم القانون عليها⁽³⁾.

وبذلك تصبح قضية الإثبات من أهم المعضلات التي تعترض القاضي في عمله على استقرار الحقوق وتأمين العدل لمن يطلبه من المتقاضين⁽⁴⁾، فالقاضي يكون عقيدته من خلال عناصر الإثبات التي قدمت له وفقاً للقانون وطبقاً للإجراءات المنظمة لها، لأن مهمة القضاء هو تطبيق القانون على واقعة معينة، وهذا التطبيق لكي يكون مؤدياً إلى تحقيق إرادة القانون

(1) نجيب أحمد عبد الله: إجراءات دعوى التزوير الفرعية، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية 2006م ص3 وما بعدها.

(2) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص32.

(3) أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق ص13.

(4) آدم وهيب النداوي: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق ص21.

يجب أن ينصب على وقائع حقيقية أي على وقائع ثابتة، ولهذا لا يكفي الخصم ادعاء واقعة ما، بل يجب عليه إثباتها، ويترتب على ذلك أن يمتنع على القاضي أن يكون عقيدته وفقاً لمعلومات الشخصية وإلا كان قراره باطلاً⁽¹⁾.

وعلى ذلك يتعين على القاضي اتخاذ قراره من الوقائع التي تم إثباته، ومن ثم يلتزم بإقناع الخصوم والمجتمع ومحكمة الطعن بذلك من خلال تسبيب حكمه بشكل واضح، أي تسبيب الحكم بالأدلة لأن هي العناصر أو المصادر التي يستمد منها القاضي قناعته، فيذكر في حكمه جميع الأسباب الواقعية والقانونية التي يتيقن منها لإصدار الحكم، وإلا كان حكمه باطلاً، فالتسبيب الذي يتضمنه حكم القاضي يجب أن يتضمن تفسيراً يدل على أسباب اقتناعه وإصدار قراره على هذا النحو، وعليه تبرز أهمية الإثبات في أنها تنير الطريق أمام القاضي وصولاً إلى معنى العدالة في وجدانه، فإن اقتناع القاضي بدرجة اليقين إثبات أو نفيًا للواقعة محل الدعوى لا يمر إلا عبر تلك القواعد، ومن ثم تعمل هذه القواعد على استقامة التفكير الذهني مع الأدلة القانونية للوصول إلى قناعته⁽²⁾.

كما تكمن أهمية الإثبات في كونه المعيار في تمييز الحق من الباطل وهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة والدعاوي الباطلة انطلاقاً من حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَ أَمْوَالَهُمْ...»⁽³⁾، أي أنه لا يقبل الادعاء بدون دليل، وإلا تطاول الناس على الأعراس وطالبوا بأموال الآخرين، واعتدوا على الأنفس والأرواح والأموال، فكل إدعاء يحتاج إلى دليل، وكل قول لا يؤخذ به إلا بالحجة والبرهان، وكل حق يبقى ضعيفاً مهدداً بالضياح، مجرداً من كل قيمة إذا لم يدعم بالإثبات، ويصبح الحق عند المنازعة فيه هو والعدم سواء⁽⁴⁾، وأن تنظيم الإثبات وتقنية علامة على

⁽¹⁾ نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد والتجارية-دراسة تحليلية وتطبيقية-دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2002-ص129، د/سمير تناغو-النظرية العام للإثبات-مرجع سابق-ص4.

⁽²⁾ نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص114 وما بعدها.

⁽³⁾ صحيح البخاري، تحقيق زهير بن ناصر الناصر، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار طوق النجاة، ط01، 1422هـ، حديث رقم 4552 ج06، ص36، يحي بن شرف أبو زكريا النووي: صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم الحديث 1711، ج3، 1416هـ/1996.

⁽⁴⁾ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج1، مرجع سابق-ص34 وما بعدها.

تنظيم الحياة الإنسانية ودليل على عزوف النظام البدائي والقبلي الذي يعتمد على التقاضي الفردي أولاً، والقوة المادية ثانياً⁽¹⁾ .

لذلك تتمتع قواعد الإثبات في الفروع القانون المتعددة بأهمية كبيرة للإقامة العدالة مادام أن الحق ضعيف القيمة إذا لم ينجح صاحبه في إقامة دليل عليه، كما تعد مسائل الإثبات من الناحية العلمية في مقدمة مسائل القانون التي تلقى تطبيقاً يومياً حيث تلجأ المحاكم على اختلاف أنواعها إليها في كل ما يعرض عليها من دعاوى مدنية كانت أو جنائية أو إدارية. لاتصالها القوي بأصول التقاضي وحقوق ومراكز المتقاضين⁽²⁾ .

في المسائل المدنية يحتل الإثبات أهمية كبيرة من الناحية العلمية، فالحق يتجرد من قيمته ما لم يحم الدليل على الحادث المبدئ له قانوناً كان هذا الحادث أو مادياً، الواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه⁽³⁾، وأن الدليل هو الذي يثبت الحق ويجعله مفيداً، ولهذا تلقى قواعد الإثبات الموضوعية منها والاجرائية عناية خاصة من الفقه والتشريعات المختلفة إذ أنها الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق وتقديمه للقضاء ليتمكن منه⁽⁴⁾ .

وتزداد أهمية الإثبات في المواد الجزائية ذلك أن الجريمة تمثل انتهاكاً للمجتمع وتضر بالمصلحة العامة أي أنها تعد بمثابة اعتداء على المجتمع كله⁽⁵⁾، ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أن ينشأ للدولة سلطة في تتبع الجاني لتوقيع العقوبة عليه تحقيقاً للردع العام والخاص، ولما كان من المحتمل أن يكون المتهم بريئاً مما أسندت إليه، فيجب أن تكفل له قواعد الإثبات الدفاع عن نفسه وإظهار براءته⁽⁶⁾ .

(1) صالح عبد الله الظبياني القضاء والإثبات الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ص 277.

(2) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 33.

(3) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 مرجع سابق ص 23.

(4) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 1 ن ط 7، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ص 29.

(5) شحاتة عبد المطلب حسن، حجية الدليل المادي في الإثبات، مرجع سابق، ص 5.

(6) عماد محمد احمد ربيع: حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999م،

كذلك تظهر أهمية الاثبات الجنائي في أن الجريمة واقعة تنتمي الى الماضي ومن غير الممكن أن تعانيتها المحكمة بنفسها، وتتعرف على حقيقتها وتستند إلى ذلك فيما تقضي به في شأنها، ومن ثم تعين عليها أن تستعين بوسائل تعيد أمامها رواية وتفصيل ما حدث وهذه الوسائل هي أدلة الإثبات⁽¹⁾.

ومن كل ذلك فإن ما يؤرق القضاء هو عدم إمكانية الحصول على دليل قاطع بمقتضاه يستطيع القاضي أن يبرر الإدانة او البراءة التي يحكم بها، ويتجنب الانزلاق في أي أخطاء تشوب حكمه، والقاضي عندما يفعل ذلك فإنما يقوم بواجبه يناط به أدائه هذا من جانب، ومن جانب آخر إرضاء للجانب الإنساني في الطبيعة البشرية بأن يرضي القاضي ضميره عندما يحكم بالقضية محل الاثبات، فعليه أن يكون يوازن بين الأدلة التي مع أو ضد المدعى عليه⁽²⁾.

وفي القانون الإداري نلاحظ بانه على الرغم من الخصوصية الموجودة فيه، حيث أن قواعد الاثبات الإداري تصاغ على أساس ظروف هذا القانون، وطبيعة الدعوى الإدارية، وهي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة-كسلطة عامة-تقوم بوظيفتها الإدارية، وتقوم على الصالح العام، وبين الأفراد، مع بروز عدة عوامل تدور حول امتيازات الإدارة-الطرف الدائم في الدعوى الإدارية-وتتحكم في تشكيل قواعد الاثبات في القانون الإداري، حيث تؤدي هذه العوامل إلى خلق ظاهرة انعدام التوازن العادل بين الطرفين من جهة الاثبات، مما يجعل للإثبات أهمية خاصة، ويجعل الحاجة ملحة لوضع قواعد خاصة لإثبات الدعوى الإدارية، بما يتفق وظروف القانون الإداري، إلا أن ذلك لا يعني انقطاع الصلة تماما بين قواعد الاثبات في القانون الإداري وغيرها من قواعد الاثبات في فروع القوانين الأخرى، حيث توجد ثمة أصول عامة في الاثبات تعتبر من أصول التقاضي ومقتضياته، ولا تختلف من دعوى إلى أخرى⁽³⁾.

(1) عماد محمد أحمد ربيع: حجية الشهادة في الاثبات الجزائي، مرجع سابق، ص14.

(2) المرجع السابق، ص14.

(3) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الاثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص36.

مما سبق يتضح أن مسائل الإثبات تعد من أهم المسائل القانونية وأخطرها وأكثرها تطبيقاً في الحياة العلمية، وتكاد تكون المسائل الوحيدة التي لا تتقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من خصومات⁽¹⁾.

وللإثبات أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي فقد عنيت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بإثبات الحقوق⁽²⁾، ورسم الطرق المؤدية لذلك أكانت تلك الحقوق حقوق الله سبحانه وتعالى أن حقوقاً للعباد، كما أن الشريعة الإسلامية لم تغفل تنوع الحقوق واختلافها من حيث الأهمية فوضعت لكل حق ما يناسبه وبكفي للدلالة على ثبوته وتبدو تلك الأهمية التي أولتها الشريعة الغراء لقواعد الإثبات في أجل صورها في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيْخْسَ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَأَ هُوَ فَلْيُمْلَأْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)⁽³⁾

الفرع الثاني: صعوبة الإثبات في المنازعة الإدارية

تكمن صعوبة الإثبات الإداري في طبيعته التي تتسم بالحدثة، حيث أن القانون الإداري نشأ في فترة متأخرة بالمقارنة مع نشأة القانون المدني والجنائي، وهذا ما جعل الخصومة الإدارية تفتقر حتى اليوم إلى قانون متكامل للإجراءات الإدارية باعتبار أن تنظيم القضاء الإداري حديث نسبياً حيث يرجع أساساً في فرنسا إلى سنة 1800م وهي السنة الثامنة للثورة الفرنسية، بإنشاء مجلس الدولة ومجالس الأقاليم التي عرفت أخيراً باسم المحاكم الإدارية⁽⁴⁾.
والحال كذلك في مصر فقد أنشئ مجلس الدولة المصري سنة 1946 م وبدأت اختصاصاته تتوسع تدريجياً حتى أصبحت له صلاحية التامة في النزاعات الإدارية بصورتها الشاملة في عام

(1) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

(2) عماد محمد أحمد ربيع: حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، مرجع سابق، ص 15.

(3) سورة البقرة-آية رقم 282.

(4) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 37.

1972م⁽¹⁾، في حين نجد أن الجانب المدني والجنائي لهما منذ وقت طويل تشريعاتهما الإجرائية وتراكمات الخبرات القضائية.

كما تكمن صعوبة الإثبات الإداري أيضا في الطبيعة الخاصة للدعوى الإدارية التي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة-كسلطة عامة تقوم بوظيفتها الإدارية-وبين الأفراد، وتقوم على الصالح العام ويسودها مبدأ المشروعية⁽²⁾، ذلك أدى إلى بروز عدة عوامل مؤثرة في الخصومة الإدارية تدور حول امتيازات الإدارة الطرف الدائم في الدعوى الإدارية وتتحكم في تشكيل قواعد الإثبات في القانون الإداري، حيث تؤدي هذه العوامل إلى خلق ظاهرة انعدام التوازن العادل بين الطرفين من جهة الإثبات، ولذلك ينبغي إيجاد وسائل خاصة للإثبات الإداري تتضمن كيفية معالجة الدعوى الإدارية من خلال الاستفادة من الخطى السابقة للفقهاء والقضاء الإداري المقارن، وما أورده النصوص القانونية من أحكام قليلة بهذا الشأن، إلا أن ذلك لا يعني انقطاع الصلة تماما بين قواعد الإثبات في القانون الإداري وبين غيرها من قواعد الإثبات في فروع القوانين الأخرى، حيث توجد ثمة أصول عامة في الإثبات تعد من أصول التقاضي ومقتضياته ولا تختلف من منازعة إلى أخرى⁽³⁾.

وتزداد هذه الصعوبة في تخلي الفقه عن دراسة أحكام الإثبات الإداري وعدم اهتمامه بذلك فيما عدا بعض المجهودات المتفرقة التي تعتمد على السوابق القضائية مما يزيد الأمر صعوبة، وقد نتج عن هذه الصعوبات أن الأنظمة لم تصد تقنيات متكاملة لأحكام الإثبات أمام القضاء الإداري سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية، وإذا كان الكثير من أحكام الإثبات خصوصا الإجرائية منها قد نظم أمام المحاكم الإدارية الفرنسية بالقانون الصادر في 22 يوليو 1889م والقواعد المكتملة له، فإن الحال على خلاف ذلك أمام مجلس الدولة الفرنسي وغيره من

(1) خالد عمر عبد الله باجنيد: القضاء الإداري وخصوصية الخصومة الإدارية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر عدن 2003م، ص100.

(2) مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الإدارة في تصرفاتها لحكم القانون، لمزيد من التفصيل حول مبدأ المشروعية راجع د/طعمية الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة 3، القاهرة 1976م، ص3، د/سامي جمال الدين-القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، أبو العزم للطباعة، الطبعة الثالثة، القاهرة 2002م، ص14 وما بعدها.

(3) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص56.

جهات القضاء الإداري المتخصصة كمحكمة المحاسبات ومحاكم المعاشات الإقليمية ومحكمة الإشراف على تنفيذ الميزانية ومجالس منازعات التجنيد حيث لم تنظم أمامها أحكام الإثبات إجرائية كانت أو موضوعية بصورة شاملة فيما عدا بعض الجزئيات الإجرائية، والحال كذلك في مصر إذ لم تنظم أحكام الإثبات تشريعيا نتيجة لظروف القضاء الإداري، ولهذا أحالت قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة بمقتضى نص المادة الثالثة منها بالنسبة للإجراءات بما فيها إجراءات الإثبات إلى أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائي متضمنا قواعد الإثبات الإداري الموضوعية والإجرائية⁽¹⁾.

وتستهدف القواعد الخاصة بالإثبات الإداري أساسا الدعاوى الإداري التي تتضمن فصلا في خصومة أو منازعة إدارية في صورتها المألوفة وهي دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل التي تقوم على منازعات إدارية تتصل بحقوق أو بحقوق أو مراكز قانونية وبالتالي نستبعد كما سبق من هذه الدراسة الدعاوى التأديبية⁽²⁾، وغيرها من الدعاوى الجزائية ذات الطبيعة العقابية أو الجزائية التي تتميز بظروفها وغاياتها وأحكامها عن الدعاوى الإدارية الأخرى، الأمر الذي يبرر عدم الاعتماد عليها في صياغة قواعد خاصة للإثبات في القانون الإداري التي تقوم أساسا على الدعاوى الإدارية التي يكون الفرد فيها هو المدعي عادة⁽³⁾.

وإذا كانت الأنظمة السابقة-المصري والفرنسي-قد وضحت إلى حد بعيد معالم وخصوصية بعض قواعد الإثبات الإداري كما سبق فإن الأمر يزداد صعوبة وتعقيدا في ظل الأنظمة التي تأخذ بمبدأ وحدة القضاء، أي التي لا يوجد فيها قضاء إداري متخصص لاسيما الجزائر باعتبار أن المشرع لم يقنن ولم يصدر تنظيم خاص لممارسة إجراءات القضاء الإداري، وبالتالي قواعد خاصة للإثبات الإداري، ويظل الأمر محكوما بإجراءات التقاضي طبقا لقانون المرافعات والقواعد العامة لقانون الإثبات الساري على معظم المنازعات بما فيها المنازعات الإدارية وهذا لا يتفق مع طبيعة الدعوى نظرا لاختلاف قواعد الإثبات في حالتها الخصومة الإدارية والخصومة العادية، فالأمر يتعلق بالمدعي الذي يفرض عبء الإثبات على عاتقه في

(1) أحمد كمال الدين موسى: نفس المرجع ، ص57.

(2) يقصد بالدعاوى التأديبية: الادعاء المقدم من ممثل الجهة الإدارية أمام القضاء التأديبي ضد أحد الافراد للمساءلة التأديبية طبقا للأحكام القانونية.

(3) أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص60.

الخصومة الإدارية وهو الفرد الطرف الضعيف والمتجرد من الأدلة والامتيازات الإدارية التي تحوزها الإدارة المدعى عليها المتمتعة بالمركز الأقوى، مما يعني صعوبة تطبيق قواعد وإجراءات التقاضي المنصوص عليها في قانون المرافعات والقواعد العامة في الإثبات، وسنبين لاحقاً أوجه الاختلاف في هذا الجانب.

ولهذا لم تتضح معالم إجراءات القضاء الإداري وإثباته في ظل النظام الجزائري مما يجعل مهمتنا في هذا البحث صعبة، وذلك من خلال التوفيق بين القواعد العامة في إجراءات التقاضي والقواعد الخاصة بالإثبات الإداري أي سنحاول إبراز خصوصية الإثبات الإداري من خلال القواعد المنصوص عليها في قانون الإثبات العام وقانون المرافعات المدنية والتجارية التي تتلاءم مع خصوصية الدعوى الإدارية وإثباتها، محاولين إبراز السمات الأساسية في الإثبات الإداري والخصومة الإدارية، وسنستعين بإذنه تعالى في ذلك ببعض أحكام المحاكم الجزائرية الصادرة في المنازعات الإدارية وكذا من خلال القضاء والفقهاء الإداري المقارنة، لنصل بذلك إلى إرشاد القاضي إلى ما ينبغي الأخذ به من قواعد إثبات تهدف إلى تحقيق التوازن بين أطراف الخصومة الإدارية لنجعله بعيداً عن النقد لعله يفيد القضاة في المحاكم والخصوم أصحاب العلاقة سواءً كان الأفراد أو جهة الإدارة وكذا المتهمين من محامين وباحثين.

الفرع الثالث: التشابه في قواعد الإثبات بين القانون الإداري والقانون الجزائي:

يعتبر موضوع الإثبات في المنازعات أيما كانت مدنية أو جزائية من الموضوعات التي دأب الفقهاء إلى إيجاد قواعد تتلاءم مع كل خصومة أو نزاع، مما جعل المشرع يتدخل بصياغة كل من قانون الإثبات في منازعات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجزائية، وأياً ما كان الأمر فإن الإثبات أمر بالغ الأهمية بالنسبة للحقوق والمراكز القانونية، بالنظر أن الوصول إلى الحق لا بد أن تساوره أدلة وإثباتات للوصول إلى الحكم الذي يعتبر عنواناً للحقيقة رمزا للعدالة، فحيثما وجد الإثبات وجد الحق.

وفي ظل عدم وجود قانون الإثبات في المنازعات الإدارية وكذلك عدم العناية الفقهاء بدراسة موضوع الإثبات في الخصومة الإدارية مما فتح أمام القضاء الإداري الاجتهاد، الذي بدوره اهتدى إلى الرجوع إلى قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية بالنسبة لدعوى القضاء الكامل وعدم الصحة والرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية في الدعاوى التأديبية، وذلك كله ينبغي ان يكون بما يتفق وطبيعة الخصومة الإدارية.

وبذلك فالتشابه يظهر في التأديب كأحد فروع القانون الإداري بينه وبين القانون الجزائي باعتبار ان هناك بعض الإجراءات والمبادئ التي تتشابه في كلا القانون الإداري والجزائي، فمثلا في مجال التأديب الإداري فإن الإجراءات المتبعة في شأن الموظف الذي ارتكب المخالفة التأديبية من إجراء التحقيق معه واحترام حق الدفاع وتمهيدا لصدور القرار التأديبي، تتشابه مع الإجراءات المتبعة في قانون الإجراءات الجزائية من حيث وجود التحقيق الإبتدائي بعد جمع الاستدلالات تمهيدا للإحالة إلى المحاكمة وضمان حق الدفاع للمتهم.

وإذا كان الإثبات له قيمته القانونية في المسائل الجزائية لما تشكلت هذه الآفة من الجرائم انتهاكا للمجتمع، وإضرار بالمصلحة العامة ومن ثم يترتب على ذلك نهوض سلطة الدولة في تتبع الجاني، فإنه في المجال الإداري له أهميته لكون الإدارة تخضع لمدا المشروعية وعلى القضاء مراقبة ذلك باستخدام كافة وسائل الإثبات بما يتناسب مع طبيعة الدعوى الإدارية وفحص اعمالها حماية لحقوق وحرية الأفراد من جهة وضومان قيام المرافق العامة بانتظام تحقيقا للمصلحة العامة من جهة اخرى، وعلى ذلك يوجد تشابه بين قواعد الإثبات في المجالين الإداري والتأديبي والجزائي يمكن لنا إجازها على النحو الآتي⁽¹⁾:

أولاً: القاضي الإداري شأنه شأن القاضي الجزائي يمكنه أن يلجأ إلى كافة الوسائل المشروعة في الإثبات للوصول إلى الحقيقة، ولكن بعض وسائل الإثبات قد تتعارض مع طبيعة الخصومة الإدارية كاليمين الحاسمة.

ثانياً: يقوم نطاق الإثبات في القانون الإداري على مبدأ الاقتناع المطلق لكون القضاء الإداري المقارن لم يحدد طرقا معينة للإثبات، فالقاضي الإداري هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة، كما هو الحال القضاء الجزائي من ناحية الاقتناع بالدليل.

ثالثاً: كل من القاضي الإداري والقاضي الجزائي عليهما مراعاة المبادئ العامة التي تتصل بأصول التقاضي وضمانه حقوق الدفاع.

وهناك بعض الإجراءات والمبادئ التي تتشابه في كلا القانونين الإداري والجزائي فمثلا في مجال التأديب الإداري فإن الإجراءات المتبعة في شأن الموظف الذي ارتكب المخالفة

(1) أنظر: احمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص32 وما بعدها. محمد علي العريان: شرح قانون الخدمة المدنية العماني، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2012، ص320 وما بعدها.

التأديبية من إجراء التحقيق معه واحترام حق الدفاع وتمهيدا لصدور القرار التأديبي، تتشابه مع الإجراءات المتبعة في قانون الإجراءات الجزائية من حيث وجود التحقيق الابتدائي بعد جمع الاستدلالات تمهيدا للإحالة إلى المحاكمة وضمان حق الدفاع للمتهم.

المطلب الثالث: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

يذهب كثير من شراح القانون إلى أن النظام العام فكرة مرنة غير محددة، وغنما تحدد وفقا للزمان والمكان وتبعا للمذاهب والنظريات حسب الغرض منها، وقصدها في تقدير المصلحة، والقوانين المتعلقة بالنظام العام هي تلك القوانين الملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها وضعت للمحافظة على المصالح العامة وتنظيم المجتمع وانه وسلامته بخلاف القوانين المفسرة أو المكملة⁽¹⁾.

وقد أحال المشرع الجزائري معظم وسائل التحقيق منها الخبرة وسماع الشهود والمعائنة والانتقال على الأماكن ومضاهاة الخطوط على أحكام الإجرائية المطبقة على القضاء العادي، إلا انه توجد تدابير خاصة بالقضاء الإداري في هذا المجال ما تعلق منها بإجراء تسجيل صوتي او بصري لكل من العمليات أو جزء منها، والتحقيق الإداري هنا أشبه بما هو مقرر في المادة 65 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية.

ما يهمنا من هذه الوسائل هو البحث عن طبيعة هذه الوسائل كقواعد إثبت وما مدى تعلقها بالنظام العام؟

للإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي منا التمييز بين طبيعة الإثبات المتعلقة بالوقائع المادية وطبيعة إثبات الخاصة بالتصرفات القانونية.

الفرع الأول: الوقائع المادية

يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات من اوراق وقرائن وشهادة الشهود وهي وقائع لا يمكن توقعها في أغلب الأحيان فلا يتصور تحضير وسيلة إثبات لها، مثالها، حوادث المرور، حوادث العمل... إلخ.

(1) محمد مصطفى الزحيلي: مرجع سابق، ص631.

ولقد أضاف مجلس الدولة حتى إمكانية الإثبات عن طريق محاضر الشرطة أو المحاضر التي يحررها المحضر القضائي، وهذا ما اكده في قراره الصادر بتاريخ 1990/05/05 في قضية رئيس بلدية تيزي وزو ومن معه ضد ع.ع ومن معه.

الفرع الثاني: التصرفات القانونية

هي تلك التصرفات التي تأخذ شكل عقود، أو تصرفات منفردة، فالحالة الأولى نجدها في صورة عقد مكتوب، ما بين الإدارة والفرد، والثانية تتجسد في شكل قرار إداري تنظيمي أو فردي، ولا يثار غالبا مشكل الدليل الإثباتي بشأن التصرفات، وذلك لصياغتها في قالب مكتوب وهو ما يضيف عليها الطابع الإلزامي.

وعليه فالإثبات في التصرفات القانونية يعد من النظام العام، لكون القانون أوجب على الإدارة احترام الشكل الكتابي في تصرفاتها.

كما يجب على الاطراف أثناء تحريك الدعوى الإدارية احترام مواعيد الإثبات أمام القضاء الإداري، وإلا فقد الإثبات مفعوله، إذ أن قواعد التي تحكم المواعيد ذات صبغة أمر، ونادرا ما تكون الإدارة هي المدعية فلا يمكن أن يحصل اتفاق مع الفرد حول وسائل الإثبات.

ولقد اعتبرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني من النظام العام في القرار الصادر في 1993/07/25 قضية ب.ر.و.م ضد بلدية العلمة فيما يتعلق بالإثبات بموجب عقد عرفي⁽¹⁾.

الفرع الثالث : التمييز بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية

إن القواعد الإثبات منها ما هو موضوعي يتعلق بمحل الإثبات وأشخاص الإثبات وعبء الإثبات وطرق الإثبات وقوتها ومنها ما هو إجرائي يتعلق بإجراءات تقديم الدليل إلى القضاء.

لذلك فإن القواعد الإجرائية متعلقة بالنظام العام فهي قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها كما لا يجوز التنازل عنها ويجب على القاضي مراعاتها من تلقاء نفسه، أما القواعد الموضوعية اختلف الفقهاء على مدى تعلقها بالنظام العام:

⁽¹⁾ لحسين بن الشيخ أث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2004.

✚ يذهب رأي إلى تعلقها بالنظام العام على الإطلاق لارتباط هذه القواعد بتنظيم القضاء وحسن سير العدالة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

✚ ورأي آخر يرى عدم تعلقها بالنظام العام لارتباطها بمصالح الأفراد الخاصة ولذلك يجوز الاتفاق على مخالفتها وتعديلها.

✚ أما الرأي الراجع: ان قواعد الإثبات ليست من النظام العام على أساس اعتبارين هما:

✚ الاعتبار الأول: أن قواعد الإثبات تتعلق بحق الأفراد الخاصة فإذا كان لهم التنازل عن حقوقهم الخاصة او تعديلها فلا يجوز لهم تعديل طرق إثباتها.

✚ الاعتبار الثاني: أن الإثبات حق للخصومة في الوقت الذي يلتزم فيه القاضي بمبدأ الحياد يكون لهم الاتفاق على القواعد التي يرينها أقرب إلى أداء العدالة.

المبحث الثاني: نظم الإثبات

يدور الإثبات في القانون الوضعي بين نظم الثلاثة هي: الإثبات الحر أو المطلق، الإثبات المقيد، الإثبات الذي يجمع بين الأمرين السابقين أو المختلط، وبيان كل نظام منهما وموقف المشرع الجزائري منه، وبالتالي ستكون دراستنا لكل نظام مطلب والنظام المختلط وموقف المشرع الجزائري في مطلب أخير.

المطلب الأول: نظام الإثبات الحر أو المطلق

في هذا المذهب لا يحدد المشرع طرقا معينة للإثبات ويترك فيه الإثبات حرا ويعطي الصلاحية المطلقة للقاضي، ولا يرسم القانون طرقا محددة للإثبات يقيد بها القاضي⁽¹⁾، بحيث يجوز للأطراف تقديم أي دليل لإثبات دعواهم والسعي لإقناع القاضي به، كما ان القاضي حر في الارتكان إلى دليل يطمئن إليه قلبه، أي انه يجوز الإثبات في هذا المذهب بأي وسيلة يطمئن إليها القاضي في تكوين عقيدته، وفي هذا النظام يكون للقاضي دور إيجابي لاسيما في الإثبات الجنائي الذي يتضح فيه دور القاضي حيال الدليل المطروح أمامه بل نجد أن القاضي ملزم في هذا المذهب بالبحث وتكملة الدليل الناقص للكشف عن الحقيقة سواء كان ذلك باستدعاء الشهود الذي يرى أن في سماعهم ضرورة للفصل في الدعوى، كما له الفصل في الدعوى بناء على البيانات الظرفية أو القرائن أو بعلمه الشخصي وبصفته عامة يحق للقاضي

(1) عادل حسن علي: أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرقي، القاهرة 1997، ص11.

في هذا المذهب أن يلتزم تكوين اعتقاده من أي دليل يطرح أمامه، وله أن يقدر القيمة الإقناعية لكل دليل حسبما تتكشف لوجدانه، حيث لا سلطان عليه في ذلك إلا ضميره، كما أنه غير مطالب بأن يبين سبب اقتناعه بالدلائل المعين، ومع كل ذلك فإن هذه الحرية ليست مطلقة فالقانون وإن اعترف للقاضي بسلطة واسعة في تقدير الدليل، فإنه قد قيده من حيث القواعد التي تحدد كيفية حصوله عليه والشروط التي يتعين عليه تطبيقها فيه ومخالفة هذه الشروط قد تهدر قيمة الدليل وتشوب قضاءه بالبطلان⁽¹⁾.

ومن فقهاء المسلمين الذين يقولون بالإثبات المطلق أو الحر الفقيه ابن القيم الجوزية، الذي يرى أن الحق لا بد أن يثبت بكافة البيئات، وأن الحق لا يجوز رده متى ما ظهر بينة وعبر ذلك بقوله: " أن الشارع في جميع المواضيع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيئات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقا متى ظهر بدليله أبدا، فيضع حقوق الله وعباده ويعطلها ولا يقف ظهور الحق على امر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غير له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جرده ودفعه⁽²⁾، كذلك نجد هذا المذهب لدى مجوزي الحكم بعلم القاضي الشخصي من فقهاء الشريعة الإسلامية والذي سيرد شرحه لاحقا.

وهكذا يتضح لنا أن هذا المذهب يمنح القاضي دورا فعالا حيال القضية والأدلة المقدمة فيه وهذا الدور يبدو جليا في الدعاوى الجنائية التي يستعين فيها القاضي بكافة وسائل الإثبات ليتمكن من استخلاصه نتيجة منطقية للفصل في الدعوى للوصول للقناعة الشخصية بالبراءة أو الإدانة، وارتباط القضايا الجنائية بالحق العام والمصلحة العامة هي التي جعلت منها مجالا خصبا لتطبيق ما ينادي به مؤيدو هذا المذهب من إطلاق يد القاضي حيال الأدلة، وهذا بالطبع يرجع بسبب أن القضايا الجنائية تتعلق بعوامل نفسية ووقائع مادية خلافا للدعاوى

(1) هلاي عبد الإله أحمد: النظرية العامة للإثبات الجنائي دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والانجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص89 محيلا:

Donnesieu de Vabres: " Trite" de droit criminal et le "gislation pe"nale,compare "e" 3^e ed.1242,p.716.

تأصيل قانون الإثبات قانون الإثبات لسنة 1993، لجنة تأصيل القوانين بالسلطة القضائية السودانية، مطبعة القضائية، ص4.

(2) شمس الدين بن عبد الله بن محمد بن بكر (ابن القيم الجوزية)، إعلام الموقعين، ج1 دار ابن الجوزي، الدمام السعودي 2003، ص75.

المدنية التي تتعلق بتصرفات قانونية بحتة لا يثبت إلا بأدلة معينة تكون محددة سلفاً وهذا ما يجعل دور القاضي المدني سلبي في بعض الأحيان في هذا المذهب.

الفرع الأول: مزايا نظام الإثبات الحر

من جملة مزاياه انه يجعل للقاضي دوراً في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة تمكيناً له من تحري الحقيقة أينما وجدت⁽¹⁾، وأنه يحقق أكبر قسط ممكن من العدالة ويكفل بالتالي التطابق بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية.

وأخذت بهذا النظام بعض الشرائع القديمة في بعض مراحل تطورها وكما انه مازال معمولاً به في بعض القوانين كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون الأنجلو أمريكي⁽²⁾، وفي كثير من المسائل التجارية في بعض البلاد، كما يأخذ به بعض فقهاء الاسلام⁽³⁾.

الفرع الثاني: عيوب نظام الإثبات الحر

يؤخذ على هذا المذهب أو النظام أنه يقوم على افتراض بأن القاضي مأمون من الجور والتحكيم وهذا الافتراض يخالف طبيعة الأشياء وأن القضاة بشر غير معصومين من الخطأ ويعتريهم القصور.

إن هذا النظام يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الدليل والإثبات به وتختلف هذه السلطة من قاضي إلى آخر الذي يسلب المتقاضين الاطمئنان إلى ما يكون لديهم من ادلة إثبات على حقوقهم ويشجع الظالمين على المنازعة في الحق الثابت مستندين إلى اختلاف القضاة في التقدير مما يهز بالثقة والاستقرار في التعامل، ويخشى معه انحرافه عن جادة

(1) سلمان مرقس: مرجع سابق ج 1 فقرة 4 ص 15.

(2) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ج 2 فقرة 22 ص 28.

(3) نبيل ابراهيم سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الاسكندرية، 2000، على رأسهم ابن القيم الجوزية، ص 13.

الصواب فهو الذي يتحكم في تعيين طرق الإثبات وتقدير قيمتها، فثبوت الحق أو عدمه يخضع لتقدير القاضي الأمر الذي يزعزع الثقة في عدالة القضاء⁽¹⁾.

المطلب الثاني: نظام الإثبات المقيد أو القانوني

جاء هذا النظام على إثر ما شاب النظام الأول من عيوب، هو يقيد سلطة القاضي والخصوم في الإثبات⁽²⁾، وذلك بأن المشرع يتولى تحديد طرق الإثبات عن طريق ما يرسمه القانون من طرق محددة تحديدا دقيقا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ويجعل لكل طريق قيمته ويحدد أيضا الإجراءات التي يقدم بها الدليل إلى القضاء.

فموقف القاضي في هذا النظام سلبي محض، ولا يجوز له من جانبه أن يكمل ما في أدلة الخصوم من نقص ولا يقضي بعلمه الشخصي ولا بما توصل إليه من قناعة شخصية وهو غير حر في اختيار الدليل الذي اطمأن إليه قلبه، وإنما يتعين عليه أن يحكم بالنتيجة التي يصل إليه وفقاً للقيمة المقدرة من المشرع لكل دليل والمقدمة من الخصوم م يقوم اقتناع المشرع بصحة الاسناد أو عدم صحته مقام اقتناع القاضي، وهكذا فإن القين القانوني يقوم أساسا على افتراض صحة الدليل بصرف النظر عن حقيقة الواقع أو اختلاف ظروف الدعاوى⁽³⁾.

ويضفي المشرع النظام المقيد حجة دامغة لبعض الأدلة ونسبية للبعض الآخر بحيث لا يجوز معه للقاضي مناقشة الدليل بما يقلل من حجته أو بما يقوي من حجتها متى توفر في الدليل شروطه الشكلية والموضوعية، أي أن المشرع هو الذي يحدد القيمة الإقناعية لكل دليل، يحدد الدليل المقبول والمستبعد منه وذلك بإخضاع كل دليل لشروط معينة.

وهكذا يتضح لنا أن دور القاضي في هذا المذهب دور رقابي فقط، رغم أنه هو المباشر والليق بمجريات القضية وحديثاتها والذي يكون يقينه وعقيدته من خلال ملابسات القضية،

(1) قانون الإثبات لسنة 1993، لجنة تأصيل القوانين بالسلطة القضائية السودانية، مطبعة السلطة القضائية، ص 5 محيلا إلى عبد المنعم الصدا، الإثبات في المواد المدنية ص 8، محمد عبد اللطيف: قانون الإثبات في المواد المدنية ج 2 عالم الكتاب، القاهرة 1973، ص 4.

(2) البخاري عبد الله الجعلي: قانون الإثبات تشريعا وقضاء- مطبعة جامعة النيلين ط 3 1996 ص 9، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 14.

(3) هلاي عبد الله أحمد: مرجع سابق، ص 84.

وكما لا يخفى على أحد أهمية خبرة القاضي والقناعة التي يكتسبها من أداء الشهود لشهادتهم وتعابيرهم التي تبدوا على وجوههم ولهذا اشترط في القاضي أن يكون بصيرا، كما أن هذا النظام يخرج القاضي عن وظيفته الطبيعية التي تحتم عليه مناقشة الدليل والبحث والتحري عن القيمة الحقيقية للأدلة والقناعة التي يصل إليها من ملابسات وظروف كل قضية على حدا فالقالب الجامد الذي يضعه المشرع للقاضي في هذا النظام يفرض يقين قانوني على ضميره هو بمثابة إعطاء عيون المشرع التي لم ترى شيئا من أحداث الواقعة محل البحث ليرى بها القاضي الذي له عينين أبصرتا كل شيء عن هذه الأحداث، وهكذا يسلب من الحقيقة جوهرها ويأخذ من العدالة مضمونها ، ويصبح الحكم لافئة مضللة للحقيقة والعدالة معا⁽¹⁾.

الفرع الأول: مزايا نظام الإثبات المقيد

يحقق هذا النظام الاستقرار في التعامل إلى حد بعيد حيث يعلم المتخاصمون سلفا الأدلة التي يمكن عن طريقها إقناع القاضي وليس للقاضي أن يحيلهم إلى ادلة أخرى لم ينص عليها القانون كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين، ومن ناحية أخرى فإن هذا النظام يضع حدا لحرية القاضي في التعسف والتحكم الذي يشيب حكمه وهذا لضمان لحسن سير العدالة.

الفرع الثاني: عيوب نظام المقيد

يعاب عليه أنه يجعل وظيفة القاضي آلية ويحول بينه وبين الحكم بالحقيقة الواقعية رغم أنها واضحة جلية إذا كان ظهورها له من غير طرق الإثبات التي عينها القانون ويترتب على ذلك أن هذا النظام يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية⁽²⁾.

ويغلب هذا النظام في الفقه الإسلامي إذ يجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ولا يكفي بشهادة واحدة إلا في حالات استثنائية وإذا توافرت نصاب الشهادة وجب على القاضي الأخذ دون أن يكون له حرية التقدير.

(1) هلاي عبد الله أحمد: مرجع سابق، ص87.

(2) ساد هذا المذهب في الفقه الإسلامي، انظر الشيخ: أحمد إبراهيم: طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للمطبعة السلفية ط3، القاهرة 1928، ص13، وطرق الإثبات الشرعية، ص9 وما بعدها.

المطلب الثالث: نظام الإثبات المختلط وموقف المشرع الجزائري

يعتبر نظام الإثبات المختلط الجمع بين الإثبات المطلق المقيد، وذلك نظرا للانتقادات التي وجهت للنظامين، حيث جاء هذا الجمع لوضع حد لهذه الانتقادات، سنتناول في هذا المطلب نظام الإثبات المختلط وموقف المشرع الجزائري منه.

الفرع الأول: مفهوم نظام الإثبات المختلط

يتركز هذا النظام على الموازنة بين النظامين السابقة فهو يعتد بكل منهما ولا يضحى بأحدهما لحساب الآخر ويجمع المذهب بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد فهو في المسائل التجارية أقرب إلى نظام الإثبات المطلق أو الحر، إذ الأصل في المسائل التجارية السرعة أما في المسائل المدنية فهو أقرب للتقييد فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات، بمعنى آخر يمكن القول أن الأصل في المسائل التجارية هو حرية التصرف والأصل في المسائل المدنية هو تقييد الإثبات.

ويعتبر المذهب المختلط أفضل المذاهب لأنه يجمع بين مزايا المذهبين السابقين ويعالج ما يوجه إليهما من نقد، ولكونه يجمع بين إثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود وبين الاقتراب من الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية بما أفسح للقاضي من حرية في التقدير. وقد أخذ بهذا النظام كل من التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، والقانون المصري والتشريع الجزائري.

وإذا كان الأصل في هذا النظام انه يقيد الإثبات في المواد المدنية وان الأصل فيه هو سلبية موقف القاضي الا انه مع ذلك حرية في التقدير بالنسبة لبعض الأدلة التي لا يحدد القانون لها حجية معنية كشهادة الشهود ، فشهادة الشهود خاضعة لتقدير القاضي فيحق له ان يأخذ بها اذا اقتنع و يتركها اذا لم يقتنع بها فلا يتقيد بعدد الشهود و لا بإجماعهم على امر من الأمور ، ويجوز له أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة وكذلك الحال بالنسبة للقرائن القضائية إذ أن المشرع بنزلها منزلة الشهود وهي تخضع كذلك لتقدير القاضي⁽¹⁾، وللقاضي أيضا أن يوجه اليمين المتممة، وهو يقدر ما إذا كانت هناك ضرورة لتوجيهها أو لا وفي كل

(1) انظر المادة 278 من أصول المحاكمات اللبناني، وهي تنص على أن "المحكمة التي تحكم الوقائع هي التي تقدر قيمة الشهادات...".

هذا يتخذ القاضي دورا إيجابيا في تسيير الدعوى وجمع الأدلة وذلك على خلاف ما يقضي به مبدأ حياد القاضي الذي يجعل دوره سلبيا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

بما أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظام المختلط في مجال الإثبات في المواد المدنية والتجارية وبالتالي يعتبر موقفا وسطا بين الإطلاع والتقيد، وذلك موازنة بين غاية الكشف عن الحقيقة وبين الاستقرار في المعاملات، ومن ذلك ما ذكرته المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني⁽²⁾.

فمن حيث التقيد فقد تم حصر الأدلة المتاحة للإثبات محددًا بذلك نطاق وحجية كل منهما كدليل الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، وبالمقابل منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي.

في حين نجد أنه من حيث الاطلاق يظهر لنا دور القاضي الإيجابي وذلك من اجل تجسيد روح العدالة وعدم ترك كشف الحقيقة رهنا لما يقدم أطراف الخصومة الذي يسمح له بأن يأمر بما يراه من إجراءات الإثبات لاستجلاء الحقيقة دون أن يقف موقفا سلبيا في انتظار ما يقدمه الخصوم من ادلة، فله أن يأمر بإحضار الخصوم للاستجواب وهذا حسب المادة 2/23 ق.ا.م أو أن يأمر بالإثبات بشهادة الشهود أو القرائن القضائية في الأحوال التي يتعين فيها تقدير الدليل الذي لم يعط له القانون قوة معينة والتي يستنتج ثبوت واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة.

وبالرغم أنه ليس للنظام المختلط أي أساس فكري وذلك راجع لكون مجرد نتيجة لعيوب النظام الحر والمقيد، إلا أنه كان الأكثر ملاءمة والأنسب سواء في المواد المدنية أو التجارية أو الجنائية، ولا أدل على ذلك أن معظم التشريعات قد أخذت به منها اللاتينية والعربية.

(1) أنظر المادة 100 من قانون الإثبات، وانظر كذلك المادة 210 أصول محاكمات لبناني.

(2) على سبيل المثال نصت المادة 323 من القانون المدني: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه".

ولذلك فإن قواعد الإثبات بعيدة من أن تكون محل يقين مطلق، وأن قناعة القاضي إنما تبنى في الأساس على احتمال قوي بقدر الإمكان يكفي للإقرار بوجود الحق المدعى به وهذه النظرية هي النظرية الرجحان⁽¹⁾.

المبحث الثالث: العوامل المؤثرة في الإثبات الإداري

يختلف الإثبات في الدعوى الإدارية عن غيره من الدعاوى الأخرى، حيث يقوم بمراعاة عدة عوامل واعتبارات، هذه العوامل مستمدة من طبيعة الدعوى الإدارية التي ينظرها القاضي الإداري، وجميع هذه العوامل تقوم حول فكرة وجود الإدارة طرفا دائما في الدعوى الإدارية في صورة سلطة عامة وتمتعها بامتيازات خاصة واستهدافها للمصلحة العامة ويظهر أثر هذه الامتيازات على الخصومة الإدارية، ومن حيث وقوف المدعي-وهو الفرد غالبا-صاحب المصلحة الخاصة مجردا من أية امتيازات؛ الأمر الذي يؤثر في الخصومة الإدارية وذلك لانتفاء التوازن العادل بين الطرفين، وهذا يعد تعارضا بين المصلحتين العامة والخاصة، على الرغم أن الدساتير والقوانين الإجرائية تلزم القضاء مهما كان نوع الدعوى بمراعاة مبدأ المساواة لذلك سنوضح هذه العوامل في هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: امتيازات الإدارة المؤثرة في المنازعة الإدارية

المطلب الثاني: آثار امتيازات الإدارة على المنازعة الإدارية.

المطلب الأول: امتيازات الإدارة المؤثرة في المنازعة الإدارية

نتحدث هنا عن امتيازات الإدارة بوصفها طرفا في المنازعة الإدارية، وذلك لما هذه الامتيازات من تأثير مباشر في الإثبات الإداري، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف هذه الدعوى عن الدعاوى التي تنظرها المحاكم العادية، ويمكن ان نحملها في أربعة امتيازات، ونتكلم عنها تباعا:

⁽¹⁾ يحي بكوش: أدلة الإثبات القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، ص50-51.

العوثي بن ملح: قواعد وأنظمة الإثبات ومباشرتها في النظام القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، 2001.

الفرع الأول: حياة الأوراق الإدارية

للإدارة شخصية مستقلة حياة متميزة عن الحياة الخاصة للعاملين بها، وهذه الشخصية لا تتغير ولا تنتهي بانتهاء أو تغير حياة العاملين بها، بخلاف الإنسان الطبيعي الذي يتمتع بذاكرة وعقل إنساني بما يحويه من فكر والمأم معرض للنسيان فهو-أساسا-يدافع عن مصلحة الخاصة، وحياته طالت أم قصرت تعتبر محدودة في عمومها، ومن ثم كانت حاجة الإدارة إلى تكوين ذاكرتها المستقلة التي تتمثل في إعداد ذاكرة إدارية متميزة لها تظل باقية مختلفة بالوقائع الإدارية جميعها بعيدة عن النسيان، أو الغرض الشخصي بحيث يرجع إلى هذه الذاكرة عند اللزوم للكشف عن حقيقة التصرفات الإدارية وتاريخها ومضمونها، وتكون مرجعا ثابتا على الأيام بغض النظر عن أشخاص العاملين بها، وهذا العقل الإداري أو الذاكرة عبارة عن السجلات والملفات والأوراق وجميع المنصفات والمحركات التي اعدت من مختلف الجهات الإدارية، أو صدرت عن العاملين بها وتثبت بها الوقائع المتعلقة بالعمل الإداري، وهي ما يمكن تسميتها بالأوراق الإدارية⁽¹⁾.

وتعد الأوراق الإدارية الطريق الرئيس لإثبات الوقائع الإدارية وتصرفات العاملين بالإدارية العاملة، لذلك تعد الوسيلة الأساسية في الإثبات أمام القضاء الإداري، وهذا أمر طبيعي؛ لأن الإجراءات الإدارية القضائية تتميز بانها ذات صبغة كتابية بالإضافة إلى أنها استيفائية تتم تحت إشراف وتوجيهات القاضي الإداري⁽²⁾.

ولهذا تعد الأوراق الإدارية الوسيلة الرئيسية في الإثبات أمام القضاء الإداري باعتبارها الذاكرة الإدارية التي يرجع إليها عند الحاجة.

ومع ذلك تكمن المشكلة في الحياة الإدارية على هذه الأوراق والمستندات وحفظها وما تضمنته من بيانات مدونة في أرشيفها، وبالتالي يكون من الصعب على المدعي الفرد الذي يتحمل⁽³⁾ عبء الإثبات الحصول على هذه الأوراق، ولهذا استقر الفقه والقضاء الإداري المقارن

(1) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص53 وما بعدها.

(2) مصطفى كمال وصفي: أصول إجراءات الإداري-دراسة نظرية تطبيقية في مصر وسورية-الكتاب الأول القاهرة-1961م-ص20.

(3) أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص54 وما بعدها، د/جمال عياش أحمد عثمان العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، حقوق، الإسكندرية، 2001م، ص219 وما بعدها.

على أن عيب الانحراف بالسلطة من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامه أن يكون لدى الإدارة قصد الانحراف بالسلطة، وهذا القصد لا يمكن استيفائه إلا من الملف فإذا لم يقدّم الدليل من الملف على وجود هذا القصد لدى الإدارة فلا قيام لعيب الانحراف، كما استقر القضاء الإداري المصري⁽¹⁾ بخصوص تقدير كفاية العاملين بالجهات الإدارية على الاعتداد بما هو ثابت في الأوراق والملفات استناداً إلى أن الرؤساء لا يعتمدون في تكوين عقيدتهم عن كفاية العامل على مجرد المعلومات الشخصية فقط، بل يعتمدون أيضاً على ما هو ثابت في الأوراق، وأن المرجع الرئيسي لكل ما يتعلق بمراحل حياة الموظف في الوظيفة هو ملف الخدمة، باعتبار الوعاء الطبيعي لكل ما يتعلق بماضي خدمة الموظف وأحواله من ناحية الكفاءة والصلاحية للوظيفة، كما يكون إثبات حصول الاختبار عند تعيين العامل ما هو ثابت بأوراق وسجلات الإدارة.

ومن حيث حجية الورقة الإدارية، فقد تكون لها حجية رسمية على الوجه المعروف في القانون الخاص من حيث ضرورة مراعاة الشكليات المقررة، وقد تكون أوراقاً عرفية صادرة من الأفراد أو الأشخاص العاديين دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام مختص⁽²⁾، وفي كلتا الحالتين تعتبر أوراقاً إدارية بوجودها في حوزة الإدارة مثبتة لوقائع إدارية، وسنتناول ذلك بالتفصيل في الفصل الأخير من هذه الدراسة.

ومن حيث مضمونها فقد تكون الورقة الإدارية مثبتة لتصرف قانوني أو لواقعة مادية، وقد تتعلق بنشاط الإدارة وسير العمل بها، أو وقائع تتعلق بالعالمين بالإدارة، أو بغيرهم ممن تربطهم بها علاقة أو صلة، سواء أكانت علاقة تعاقدية كما هو الشأن بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة بصفة مورد أو مقاول، أم كانت علاقة غير تعاقدية مثل علاقة الأشخاص المنزعة ملكيتهم أو المحددة إقامتهم، أو ممن تقرر منح منحهم الجنسية أو الإقامة إلى غير ذلك، وهي في جميع الحالات

(1) راجع الأحكام العديدة المشار إليها لدى د/أحمد كمال الديم موسى: مرجع سابق، ص 54 وما بعدها، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في 15/01/1962م، وكذلك حكمها بتاريخ 19/05/1962م، أشار إليهما د/ماجد راغب الحلو القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 341.

(2) أحمد نشأة: مرجع سابق، ص 261

تتضمن وقائع إدارية معينة تدخل في مجال الاختصاصات المحددة للعاملين وتتصل بسير العمل الإداري والوظيفة الإدارية بصفة عامة⁽³⁾.

والورقة الإدارية غير مقيد بشكل أو نموذج، ويتم إثبات الوقائع على محرر عادي مسطر أو غير مسطر سواء تم بخط اليد أو بالآلة الكتابة، وقد تكون الورقة الإدارية محرر على نماذج معدة لدى الإدارة سلفاً لإثبات بعض الوقائع الإدارية مثل أنموذج بيان حالة الموظف المرفق بملف خدمة كل موظف بالدولة، والذي يثبت به بمعرفة المختصين، مؤهلات الموظف ومدة خدمته وبيان بدراجاته وعلاواته ومرتبته وجزاءاته إلى غير ذلك من البيانات المتعلقة بحالته الوظيفية، وكذلك وثائق السفر ونماذج الشهادات الدراسية واستمارات الحالة المدنية والبطاقات العائلية والشخصية واستمارات التأمين والمعاشات وربط الضرائب والإيصالات المطبوعة ومحاضر الإصابات ورخص السيارات ورخص القيادة، على غير ذلك من النماذج والأشكال المعدة سلفاً لإثبات مختلف الوقائع الإدارية والتي تختلف من جهة لأخرى وفقاً لطبيعة نشاطها الإداري والوقائع التي أعدت هذه الأوراق لإثباتها⁽¹⁾.

وقد تأخذ الورقة الإدارية صورة قرار إداري في أي مرتبة أو شكل له، كقرار تنظيمي عام جمهوري أو وزاري، أو لائحة صادرة من سلطة مختصة، أو قرار فردي بالتعيين أو الترقية أو الفصل أو نزع الملكية للمنفعة العامة إلى غير ذلك من صور القرارات الإدارية التنظيمية أو الفردية، كما قد تأخذ الورقة صورة عقد يحتفظ به بملف الإدارة، وقد تكون الورقة من قبيل المنشورات والتعليمات الإدارية الداخلية لتنظيم سير العمل الإداري وانضباطه، ويمكن أن تون من قبيل المحاضر الإدارية مثل محاضر الإدارية مثل محاضر الجلسات الخاصة بالمحاكم أو اللجان القضائية أو الإدارية أو محاضر الانتخاب أو محاضر الشرطة، وقد تكون تقارير فنية أو إدارية تتعلق بسير العمل الإداري أو بنشاط إداري أو فني معين، أو بأخذ العاملين بالإدارة أو بغيره مثل تقارير الكفاية أو تقارير الهندسية أو الحسابية أو تقرير أجهزة الأمن بالدولة.

ومن حيث صدور الورقة ابتداء من موظف مختص بمقتضى أعمال وظيفته سواء كانت نتيجة لمبادرة أم إجراء إيجابي سابق من شخص آخر، أم كانت من قبيل مبادرة

(3) أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص 57.

(1) أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص 57.

الإدارة المنفردة كما هو الشأن في القرارات الإدارية والعقود، ويمكن أن تصدر الورقة ابتداءً في صورة طلب من الفرد سواء أكان من العاملين بالدولة أو من غيرهم ثم تقدم للإدارة سواء بالبريد العادي أو المسجل أو باليد إلى غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأشير الإدارة عليها وإثبات تاريخ ورودها عادة، وغير ذلك من مراحل وإجراءات اتخذت بشأنها، ثم حفظها ضمن ملفات الإدارة سواء ارتبطت الورقة بمحررها أو بمقدمها شخصياً أو بغيره⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن جميع الوقائع الإدارية يتم إثباتها في حينها بالأوراق الإدارية، وعلى الموظف دوماً إثبات جميع الوقائع المتصلة بعمله فور حدوثها، وتسجيل ما يتصل بنشاطه أولاً بأول في الأوراق بالطريقة المعدة لذلك، مع عدم الاعتماد على ذاكرته الشخصية، أو ذاكرة الآخرين، وبهذا التسجيل تتكون على مر الأيام الذاكرة الإدارية الموضوعية التي يرجع إليها عند اللزوم⁽²⁾.

وتحفظ الأوراق الإدارية في ملفات بانتظام وتسلسل، تتابع وفقاً لتاريخها على حسب الوقائع الثابتة، كما أن طريقة الحفظ تستلزم الاستعانة بالمختصين ممن لهم خبرة ودراية كافية بمثل هذا العمل، وعليه تعتبر الأوراق الإدارية ذات أهمية بالغة في إثبات الوقائع الإدارية وتحقيق اقتناع القاضي الإداري بصحتها في ظل نظام العمل بالجهاز الإداري الذي يعتمد على الملفات والسجلات، والتي تعتبر أساس الإثبات أمام القضاء الإداري⁽³⁾، وبحسب انتظام أوراق الملف وانضباطها وتسلسل أرقامها وتتابع تواريخها وترابط وقائعها تكون حجيتها في الإثبات، مع ملاحظة أن حجية الأوراق الإدارية في الإثبات تكون بالنسبة للوقائع التي تدخل العاملين المختصين في تحريرها وإثباتها في نطاق اختصاصاتهم بشرط ألا تتعلق بحالتهم أو مصالحهم الشخصية، أما عدا ذلك من البيانات فإنها لا تكتسب أية حجية ولا تعد من البيانات الثابتة، كالبيانات الواردة على لسان أصحاب الشأن من الأفراد والأشخاص العاديين، فبيانات الورقة الإدارية لا تكتسب حجة إلا بالنسبة لما يدونه الموظف المختص من بيانات عند ورودها إليه

(1) أحمد كمال الدين موسى: نفس المرجع، ص 57.

(2) مصطفى كمال وصفي: أصول إجراءات الإداري، مرجع سابق، ص 339 وما بعدها.

(3) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 61.

مثل تاريخ الوارد ورقمه وإحالتها إلى جهة معينة أو الموافقة عليها أو حفظها إلى غير ذلك من التأشيرات التي تدون بخصوصها.

وظروف العمل الإداري ومقتضيات حفظ الأوراق الإدارية تحت يد الإدارة على هذا النحو، جعلت طريق الإثبات بالكتابة عن طريق الأوراق الإدارية الطريق الأول للإثبات أمام القضاء الإداري، تبعا لمبدأ الكتابة في المرافعات الإدارية وذلك خلافا لما هو عليه أمام القاضي العادي الذي يعتمد على المرافعات الشفهية والإقرار واليمين إلى حد كبير⁽¹⁾.

مما سبق يتضح امتياز الإدارة بحيازتها للأوراق الإدارية وحفظها لها بعيدا عن متناول الأفراد في حين أنها قد تمس مراكزهم وأوضاعهم القانونية، وقد تتعلق بحقوقهم ومصالحهم الشخصية، وهي بذلك إذا اكتسبت مركز الخصم في الدعوى الإدارية تكون مزودة سلفا بأدلة الإثبات سواء بالنسبة لها أو بالنسبة لغيرها، في الوقت الذي يقف فيه الفرد أمامها مجردا من الأوراق الإدارية، وقد لا يعلم ما سطر فيها من بيانات بصورة واضحة، وما إذا كانت تلك البيانات في صالحه أم لا، وبذلك يكون الفرد بطبيعة الحال أعزلا من أدلة الإثبات بصفة عامة وتكون الإدارة في وضع أفضل من حيث القوة والاستعداد عن الفرد الذي يقدم ادعاءاته، في حين تخلص يده من الأوراق التي هي الدليل الرئيسي في الإصابات، على خلاف الجال في القانون الخاص حيث يعتمد الطرفان فيه على أدلة الإثبات الأخرى غير الكتابة كالشهادة واليمين بصورة أساسية ومألوفة بجانب الكتابة، تتساوى كل الأطراف في شأن حصولها أو حيازتها على أدلة الإثبات.

الفرع الثاني: امتياز المبادرة

يقصد بامتياز المبادرة⁽²⁾ سلطة الإدارة في إصدار قرارات تنفيذية أو حق الإدارة في اتخاذ موقف معين تحدد به مركزها القانوني وحقوقها دون توقف على إدارة الأفراد بمقتضى قرارات ملزمة لها قوة تنفيذية، بغير حاجة للالتحاق إلى قضاء أو سلطتها في أن تتخذ قراراً بشأن ما تدعيه، وذلك بغير أن يحكم لها القضاء بمضمون هذا القرار.

(1) أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص 57.

(2) أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص 65.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن الإدارة تحقيقاً للصالح العام تملك إصدار قرارات إدارية تنفيذية وذلك تعبيراً عن إرادتها المنفردة وبمعزل عن القضاء من دون أية مبادرة سابقة من جانب الأفراد الذين تمسهم مثل هذه القرارات، والإدارة بذلك تحدد في حالات معينة مقدماً الحقوق والالتزام والمراكز القانونية، فلإدارة أن تصدر قرارات نزع الملكية جبراً عن أصحابها⁽¹⁾، وقرارات التأديبية، وقرارات الفصل⁽²⁾ من الخدمة على خلاف رغبة الموظف، وتصدر ولو من تلقاء نفسها قرارات التعيين أو النقل أو الترقية أو منح العلاوات كما لها أن تصدر العديد من القرارات المتعلقة بالضبط الإداري، إلى غير ذلك من القرارات الإدارية التي تدخل في نطاق مباشرة الوظيفة مع ما تتضمنه من حقوق والتزامات، وهذه القرارات تلتزم الإدارة والأفراد على السواء، حيث تلتزم الإدارة في المستقبل باحترام أحكامها والامتناع عن أي تصرف مخالف لها مادامت قائمة، ويلتزم الفرد في ذات الوقت بمراعاة ما ورد بهذه القرارات من قواعد ونصوص.

وأساس امتياز المبادرة يرجع إلى أن الوظيفة الإدارية المناطة بالإدارة، تستهدف أساساً إشباع الحاجات العامة للأفراد وكفالة أمن المجتمع وسلامته، ومن أهم وسائل مباشرة هذه الوظيفة والتي تؤدي إلى رجحان كفة الإدارة على كفة الأفراد، القرارات الإدارية التنفيذية، ولا تستطيع الإدارة التخلي عن هذا الامتياز أو أن تتنازل عنه، فما دامت تتمتع بامتياز المبادرة ليس لها-كأصل عام-الالتجاء إلى القضاء بشأن ذلك، أو أن تصدر قرارها ثم تبدأ بعرضه والطعن فيه أمام القضاء، ومن ثم فليس للإدارة ترك امتياز المبادرة والالتجاء إلى القضاء، لاستصدار حكم بدلاً من تصرفاً مباشراً الذي يفرض على الإدارة والأفراد على السواء.

وبموجب امتياز المبادرة لا تلجأ الجهة الإدارية مصدرة القرارات التنفيذية إلى القاضي ولا تبادر برفع الدعوى القضائية، وبالتالي لا تقف في مركز المدعي ولا تتحمل ما يتطلبه هذه المركز من أعباء وواجبات وما يؤدي إليه من نتائج بخصوص الإثبات، إلا من حيث لا يكون لها امتياز التصرف المباشر وإصدار القرارات التي تتمتع بقوة إلزامية وقوة تنفيذية في ذات

(1) وتتص المادة 677 من القانون المدني 05-10 على: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل. وإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعاً لحيازة الأملاك المنتزعة"، كما نص على هذا الشرط في المادة 01،02 من القانون 11/91 المتضمن قواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية.

(2) المادة 163 والمادة 185 من قانون الوظيفة العمومية الجزائري 06-03.

الوقت، وهذه القرارات التنفيذية التي تترتب آثارها مباشرة ولو جبرا في مواجهة الأفراد تختلف عن القرارات الإدارية بصفة عامة، إذ أن كل قرار تنفيذي يعتبر في الواقع قرارا إداريا، في حين أن كل قرار إداري ليس بالضرورة قرارا تنفيذيا⁽¹⁾ والأصل في نفاذ القرارات الإدارية أن تقترن بتاريخ صدورها، بحيث تسري بالنسبة إلى المستقبل، ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها احتراما للحقوق المكتسبة.

وعلى ذلك فإن أهم ما يقرن بالقرارات الإدارية فوريتها وترتيبها لأثر المباشر فور صدورها إلا إذا حكم بوقف تنفيذها⁽²⁾، وهذا الأثر المباشر-للقرار الإداري- من أهم الامتيازات التي يتمتع بها القانون الإداري عن غيره من القوانين، كما يتمتع القرار الإداري بالتنفيذي بحجية تحقيقا للمصالح العام، حيث تكون له قوة إلزامية وتنفيذية تفوق التصرفات المنفردة للأفراد، باعتباره من أساليب السلطة العامة، إلا أن هذه الحجية أقل مرتبة من حجية الشيء المحكوم فيه التي تتمتع بها الأحكام القضائية⁽³⁾، التي تستند إلى قاعدة موضوعية مؤداها مطابقة الحكم أو القرار للقانون، واعتباره عنوانا للحقيقة لا يجوز مناقشته أو المناقضة في مضمونه، في حين أن قوة الأمر المقضي به أو حجيته، التي تلحق بالقرار الإداري وتكسبه الصفة التنفيذية الملزمة منذ صدوره وسريانه في مواجهة الأفراد تقوم على قرينة السلامة التي تتمتع بها القرارات الإدارية، وهي مؤقتة يمكن مناقشتها والمنازعة فيها، وبذلك لا يعد القرار عنوان الحقيقة القانونية، ومن هذه الناحية يتميز القرار الإداري عن الحكم القضائي⁽⁴⁾.

خلاصة ما سبق أن الإدارة تحدد حقوقها والتزامها الآخرين تجاهها وتنفذها دون حاجة للالتجاء سلفا للقاضي الإداري، وعلى من ينازع في صحة تصرفاتها عرض الأمر على القضاء وتحمل مخاطر ومصاعب مركز المدعي في الدعوى، وبذلك تقف الإدارة المزودة سلفا بأدلة الإثبات في الموقف الصعب، الأمر الذي يخلق ظاهرة عدم التوازن العادل بين الطرفين في

(1) عبد الغني بسيوني: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، بيروت 2001م، ص193.

(2) سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة 1966م، ص490 وما بعدها، د/عبد الغني بسيوني وقف تنفيذ القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص129 وما بعدها، د/ماجد الطلو القضاء الإداري، مرجع سابق، ص372 وما بعدها.

(3) راجع تفصيلا في حجية الأمر المقضي د/السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص630 وما بعدها.

(4) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص630 وما بعدها.

الدعوى الإدارية، التي لا محل لها أمام القاضي العادي، ويتطلب لمعالجة هذا الوضع في مجال الإثبات لتحقيق التوازن قيام المشرع والقاضي الإداري على السواء بدور فعال كما سيأتي.

الفرع الثالث: قرينة سلامة القرارات الإدارية

جميع القرارات الإدارية مزودة بقرينة السلامة حتى يثبت العكس باعتبار أن العمل الإداري يحاط بضمانات خاصة محسن اختيار الموظفين الذين يقومون به ورقابتهم من رؤسائهم باستمرار، وإلزامهم باتتباع أشكال وإجراءات معينة عند إصدار قراراتهم وباحترام قواعد الاختصاص... إلخ⁽¹⁾.

وقرينة السلامة من السمات المميزة للأوراق الإدارية بصفة عامة والقرارات الإدارية بصفة خاصة، ومؤداها أن يظل القرار الإداري قائماً نافذ المفعول باعتباره صحيحاً من تاريخ سريته حتى انتهاء العمل به بإلغائه أو بتعديله أو بسحبه⁽²⁾.

وقرينة سلامة القرارات تلحق بالقرارات الإدارية المسببة وغير المسببة الإيجابية أو السلبية، الصريحة أو الضمنية، وقرينة السلامة صفة لصيقة بالقرارات الإدارية ولو كانت معيبة حتى يحكم بإلغائها أو بعدم مشروعيتها، ولا تستثنى من هذه القرينة إلا القرارات، المعدومة وهي التي يبلغ فيها العيب حداً من الجسامة يكون واضحاً بصورة كافية⁽³⁾.

ولهذا يفترض قيامها على سبب صريح يبررها، في حدود المصلحة العامة⁽⁴⁾ وأصل هذه القرينة مستمدة من فكرة عامة تفترض سلامة كل قرار إداري، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فإذا قام المدعي بالتدليل على عدم صحة القرار بحيث يكون هذا الدليل كافياً على

(1) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص70، تفصيلاً راجع د/ ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد 1991م، ص1991م، ص216 وما بعدها.

(2) عبد الغني بسيوني: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، مرجع سابق، 2001، ص195.

(3) لمزيد من التفصيل حول القرارات المنعقدة راجع د/سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص633 وما بعدها، د/ ماجد راغب الطلو: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص423 وما بعدها.

(4) سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص633 وما بعدها.

الأقل لزحزحة قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار، هنا انتقل عبء الإثبات مؤقتاً من على عاتق المدعي إلى عاتق الإدارة⁽⁵⁾.

ولا تنصب قرينة السلامة إلا على الوقائع والإجراءات والبيانات التي دونها الموظف المختص، ويكون قد شاهدها أو قام بها بنفسه، ومنها تاريخ القرار ومحل صدوره، واسم مصدره وصفته، والإجراءات والأوضاع الشكلية التي استند إليها القرار وذلك فضلاً عن مضمون القرار وما يتضمنه من نصوص خاصة بالموضوع الذي صدر بشأنه والتي قررها مصدر القرار بصفته الوظيفية⁽¹⁾.

وتجعل قرينة سلامة القرارات الإدارية الفرد في مركز صعب فهو من يتحمل مخاطر المنازعة في الصحة هذه القرارات، وبالتالي يقف الفرد الأعزل من أدلة الإثبات في موقف المدعي في حين الإدارة تقف في موقف المدعي عليه في الدعوى، وهو مركز أيسر وأفضل من ناحية عبء الإثبات، وبذلك تنشأ ظاهرة عدم التوازن العادل بين الطرفين في الدعوى الإدارية، الأمر الذي يتطلب إصلاحه ومعالجته كما سيأتي.

الفرع الرابع: امتياز التنفيذ المباشر

يكون تنفيذ القرارات في مواجهة أصحاب الشأن إما باختيارهم احتراماً منهم لقوتها القانونية الملزمة⁽²⁾، ولهم في ذات الوقت إذا أرادوا الالتجاء إلى الوسائل القانونية لرقابة المشروعية سواء عن طريق الرقابة الإدارية أو الرقابة القضائية، وتتم هذه الرقابة بعد تنفيذ القرار الإداري ولا يترتب عليها أصلاً وقف تنفيذ القرار، أو بدون اختيارهم عن طريق لجوء الإدارة إلى القضاء لاستصدار حكم نهائي مزيل بالصيغة التنفيذية، ويعد بمثابة السند التنفيذي كما هو الشأن بالنسبة للأفراد في علاقات بعضهم بعض وهو ما يسمى بالتنفيذ القضائي، والإدارة عندما تلجأ إلى القضاء لتنفيذ قراراتها، فإن ذلك يضعف في العادة مركزها وبالتالي يضعف من مقدرتها

(5) المرجع السابق، ص 633 وما بعدها.

(1) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها.

(2) صالح علاوي: القرار الإداري، مرجع سابق، ص 217 وما بعدها.

على ضمان انتظام العمل الإداري وتحقيق المصلحة العامة ويكبتها الوقت والجهد والنفقات⁽³⁾، ولهذا منحت الإدارة تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق الإدارة مباشرة وهذا الحق يعد من حقوق الإدارة ومن أخطر امتيازاتها وأنجحها أثراً⁽¹⁾.

إذا كان الأصل في معاملو الأفراد فيما بينهم أن صاحب الحق لا يستطيع أن يقتضي حقه بيده إذا ما نازعه غيره في هذا الحق، بل عليه أن يلجأ ابتداءً إلى القضاء ليقرر له حقه المتنازع عليه، ومن ثم يتوجه إلى السلطات المختصة لتنفيذ له حكم القضاء، فإن الإدارة تخرج على هذا الأصل حيث تصدر بنفسها قراراً تنفيذياً، ثم تنفذه بنفسها على الأفراد، وعلى ذلك يمكن تعريف حق التنفيذ المباشر بأنه: "حق الإدارة في أن تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية، إذا رفضوا تنفيذها اختياراً، دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء"⁽²⁾.

وبموجب امتياز الإدارة بالتنفيذ المباشر يتضح تعسفها فهي الخصم والحكم في الوقت نفسه وهذا الامتياز يمثل تهديداً لمصالح الأفراد، الذين يخضعون له، لأن قد يمس حرياتهم الشخصية، كالقرارات الصادرة بالقبض أو الإعتقال، كما قد يمس حق الملكية كالقرارات الصادرة بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة.

والتنفيذ المباشر قد يترك آثاراً يتعذر أو يستحيل تداركها كتفويض قرار بهدم منزل أو بغلاق محل تجاري، فإذا تبين أن القرار غير مشروع عندما يطعن فيه الفرد صاحب الشأن بعد تنفيذه يكون الضرر قد حدث بالفعل من خلال التنفيذ ويتعذر تدارك الضرر الناتج عنه، وبالإضافة لما سبق فإن التنفيذ المباشر الذي تقوم به الإدارة بما يتضمنه من إضرار ومساس بمصالح الأفراد يتم دون سبق اللجوء إلى القضاء، ومما يفقد الأفراد ضمانه بحث جدية موقف الإدارة وسلامة ادعاءاتها قبل القيام بالتنفيذ⁽³⁾، وإذا كان الأمر كذلك فإن حق الإدارة في التنفيذ

(3) المرجع السابق، ص 217 وما بعدها، د/سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 633 وما بعدها.

(1) عبد الحكيم فودة: الخصومة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005م، ص 267 وما بعدها، بند 269 وما بعدها.

(2) سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 633 وما بعدها.

(3) أحمد عبد الرحمان شرف الدين: الوجيز في القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر، صنعاء، 2001م، ص 243 وما بعدها.

المباشر أقر طريقا استثنائيا وبموجب شروط مشددة، وبالتالي لا تستطيع الإدارة اللجوء إليه إلا بموجب نصوص قانونية تقرر ذلك وحالات محددة على سبيل الحصر، أي أن الأصل العام هو أن الإدارة مثل الأفراد تلتزم بضرورة الالتجاء إلى القضاء لتحصل على حكم بحقوقها إذا رفض الأفراد الخضوع لقراراتها قبل قيامها بالتنفيذ⁽¹⁾، وذلك لحماية مصالح الأفراد، والاستثناء هو جواز التنفيذ الجبري المباشر في حالات استثنائية محددة بنصوص خاصة على سبيل الحصر وحالات التنفيذ المباشر لا تخرج عن ثلاث حالات⁽²⁾ وهي:

- حالة وجود نص صريح يسمح للإدارة بالتنفيذ المباشر
- حالة وجود نص لا يقرر جزاء عند مخالفته
- حالة الضرورة نتكلم عنها باختصار تباعا

أولا: حالة وجود نص صريح في القوانين او اللوائح يبيح للإدارة التنفيذ المباشر

تعد هذه الحالة أول حالات التنفيذ المباشر وأكثرها وضوحا، لأن التنفيذ المباشر يجد أساسه في هذه الحالة من صريح نص القانون او من الاجتهاد، حيث تستطيع الإدارة تنفيذ قراراتها تنفيذا جبريا وهذا عن طريق عقوبات إدارية ينص عليها صراحة القانون، كحالة الاستيلاء، (استيلاء على منزل شخصي) بالقوة تنفيذا أو تحقيقا لمصلحة عامة، فالتنفيذ الجبري مسموح فقط عندما يسمح به القانون، ومن ثم فإن التنفيذ القسري أو الجبري هو حق للإدارية في تأمين تنفيذ القرار على الأفراد بقوة جبرية دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء. لكن الملاحظ أنه لا يوجد نص تشريعي يحدد كيفية استعمال هذا الحق، ولخطورة هذه الطريقة على الحريات الفردية والحقوق المكتسبة للأفراد فقد حدد الاجتهاد القضائي الإداري حالات أو شروط استخدام التنفيذ الجبري⁽³⁾.

(1) إبراهيم عبد العزيز شيحا: أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 195 وما بعدها.

(2) أحمد عبد الرحمان شرف الدين: الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 244.

(3) حالات التنفيذ الجبري: التنفيذ الجبري لا يكون إلا في الحالات التالية:

ثانياً: حالة وجود نص لا يقرر جزاء عند مخالفته⁽¹⁾:

وتعد هذه الحالة الثانية التي يجوز فيها التنفيذ المباشر، وهي حالة امتناع الافراد عن التنفيذ أحكام القانون أو لائحة لم يتضمن نص جزاء مخالفتها، فعندما تنص القوانين أو اللوائح على جزاءات جنائية توقع على كل من يخرج على أحكامها لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى تنفيذ الجبري المباشر، وإنما يجب عليها في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات الجنائية لتوقيع الجزاء المنصوص عليه، ولكن إذا لم ينص القانون أو اللائحة على أي جزاء يقع على من يخرج على أحكامها، ففي هذه الحالة يحق للإدارة اللجوء إلى التنفيذ الجبري المباشر إذا امتنع الأفراد عن تنفيذها اختياراً لكي يتحقق الاحترام الواجب للقوانين واللوائح.

ثالثاً: حالة الضرورة

التنفيذ الجبري تلجأ إليه الإدارة عندما تدعوا إليه ضرورة ملحة فهذا التنفيذ متعلق بفكرة الضرورة والظروف الاستثنائية وظروف الاستعجال ومقتضاها أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر

أ/ لا يلجأ إلى التنفيذ الجبري إلا عند وجود نص صريح في القوانين واللوائح يجيز صراحة للسلطة الإدارية استعمال هذا الطريق، وعلى هذا الأساس لا يجوز سحب رخصة مخزن (خاص بالمشروبات الكحولية) دون الاعتماد على أية حالة من حالات المنصوص عليها قانوناً وأن لجوء الإدارة إلى سحب الرخصة مباشرة دون الاعتماد على نص صريح يعد تجاوزاً للسلطة (وفي هذا الصدد صدر قرار عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 89/02/25، م قضائية عدد 2 سنة 91 ص156. ومما جاء في حيثيات القرار "... حيث أن قرار والي الجزائر منتقد من أجل عدم استناده إلى أي نص قانوني ذلك أن النصوص المحتج بها لا تشمل موقع المحل"... حيث يتضح بان التنفيذ المباشر الذي قامت به الإدارة جاء في غير محله وأنه لم يعتمد على نص القانوني ".

كما قضى بأن إدارة الضرائب التي قامت بحجز تنفيذي على الحسابات البنكية دون مراعاة المدة القانونية وتجاوزت لما هو منصوص عليه قانوناً تكون قد عرضت تصرفاتها للإلغاء (قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1993/04/11، منشور بالمجلة القضائية العدد الأول سنة 1984 ص184).

ب/ التنفيذ الجبري تلجأ إليه الإدارة عندما تدعوا إليه ضرورة ملحة فهذا التنفيذ متعلق بفكرة الضرورة والظروف الاستثنائية وظروف الاستعجال.

وتقوم هذه الحالة عندما يكون من واجب الإدارة ان تسرع في التنفيذ على أساس تواجد دواعي استعجال وأن الحالة لا تحتل تأخير (د/محمد كامل ليلة-نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري-دار الفكر العربي).

اللجوء إلى تنفيذ الجبري عندما لا يكون هناك أي طريق قانوني آخر لتأمين احترام القرار. وتبدوا هذه الحالة مثال على ذلك، حيث لا تستطيع الإدارة اللجوء للقاضي الجزائي بسبب عدم وجود جزاء مقرر في النصوص لهذا الغرض.

⁽¹⁾ عبد الحكيم فودة: الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص268 بند 270.

داهم يقتضي منها أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة، وأن تسرع في التنفيذ على أساس تواجد دواعي استعجال وأن الحالة لا تحتل تأخيراً، فحالة الضرورة تعد مجالاً خصباً للجوء إلى هذا الطريق وأن اللجوء إلى القضاء يضيع الفرصة ويقضي على الغرض من التصرف فيضر الصالح العام وتترتب نتائج لا يمكن تداركها فيما بعد لولا التنفيذ الجبري أو المباشر، بحيث لو انتظرت صدور حكم من القضاء يسمح بالتنفيذ الجبري لترتب على ذلك أخطار جسيمة، حتى ولو كان المشرع يمنعها صراحة من اللجوء إليه، إذ القاعدة أن الضرورات تبيح المحظورات⁽¹⁾.

والمشرع قد يتوقع الضرورة وينص على حق الإدارة في التدخل عند تحققها، والمتفق عليه هنا أن المشرع لا ينشئ للإدارة حقاً جديداً، ولكنه يؤكد لها حقاً ثابتاً من قبل، وكل ما يترتب على نص المشرع في هذه الحالات هو التزام الإدارة بسلوك السبيل الذي رسمه لها المشرع في حالة الضرورة المنصوص عليها، كما لو اشترط أن تسبب قرارها أو أن تنذر الأفراد مثل حالة لجوء الإدارة إلى استخدام السلاح... إلخ⁽²⁾.

أما في غير الأحوال التي يتوقع فيها المشرع الضرورة بموجب نص قانوني صريح، فالمتفق عليه أن الإدارة تلجأ إلى التنفيذ المباشر في حالة الضرورة وأمثلة ذلك كثيرة منها: إذا حدثت مظاهرات أو تجمعات خطيرة أو إذا حدثت اضطرابات تهدد الأمن العام بالأخطار مباشرة، فالإدارة هنا لا تستطيع الانتظار إنما يجب عليها أن تقوم باتخاذ الإجراءات التنفيذية الجبرية المباشرة التي تقتضيها الظروف، فمثلاً لها الحق إذا دعت الضرورة الملحة، إعلان حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة⁽³⁾ أو إقرار الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها⁽⁴⁾، ونظراً لأن التنفيذ المباشر في حالة الضرورة يعد أخطر يهدد حريات الأفراد وأموالهم فقد عمد الفقه

(1) سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 640.

(2) سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص 640.

(3) استناداً إلى المادة 91 من الدستور الجزائري 1996.

(4) استناداً إلى نص المادة 93 من الدستور 1996.

والقضاء المقارن على حصر استعمال حق التنفيذ المباشر في حالة الضرورة في نطاق ضيق وذلك بوضع شروط محددة يجب توافرها لوجود حالة ضرورة⁽⁵⁾.

هذه الشروط هي⁽¹⁾:

أ/وجود خطر جسيم يهدد النظام العام بأركانه الثلاثة الأمن والصحة والسكينة العامة ويتطلب سرعة تدخل الإدارة لمواجهته.

ب/تعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية؛ لأن الأصل ألا تستعمل الإدارة في أداء واجبها إلا الوسائل التي وضعها القانون لها، وليس لها أن تستخدم غيرها إلا إذا عجزت الوسائل العادية عن دفع الخطر الجسيم، وذلك باللجوء للقضاء لاستئذانه باتخاذ التدابير اللازمة⁽²⁾.

ج/أن يكون دافعها الأساسي لتدخلها هو تحقيق المصلحة العامة فقط، فإذا جعلت من التنفيذ المباشر وسيلة لتحقيق مآرب خاصة كان عملها مشوباً بعيب الانحراف.

د/أن يكون الإجراء الذي اتخذته لازماً حتماً في شدته لظروف الضرورة فيجب ألا تضحي مصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة إلا بمقدار ما تقتضي به الضرورة.

مما سبق نلاحظ أنه يترتب على امتياز التنفيذ المباشر، وضع الإدارة في مركز أسمى وأقوى من مركز الأفراد، إذ تتمكن من تنفيذ تصرفاتها واقتضاء حقوقها جبراً على الأفراد دون التزام منها برفع دعاوى عليهم، وعليهم إذا تضرروا أن يلجأوا إلى القاضي ليعرضوا عليه ادعاءاتهم مستنديين بالحجج والأدلة المدعمة لها، وبذلك يساعد امتياز التنفيذ المباشر على وقوف الإدارة المزودة بأدلة الإثبات في المركز الأقوى والأيسر من الفرد الضعيف في الدعوى الإدارية، وهنا تنشأ ظاهرة عدم التوازن العدل بين الطرفين في الدعوى الإدارية، الأمر الذي

(5) سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 642.

(1) أحمد عبد الرحمان شرف الدين: الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 244، لمزيد من التفاصيل راجع هذه الشروط في فتوى مجلس الدولة المصري رقم 1022 في 1955/06/04-مجموعة مجلس الدولة السنتان 9 و10 ص 175، وحكم مجلس الدولة المصري-جلسة بتاريخ 1951/06/26م، مجموعة مجلس الدولة المصري لسنة 5 ص 1126، أشار اليهما د/عبد الحكيم فودة-الخصومة الإدارية-مرجع سابق-ص 273 هامش 1 و2.

(2) عبد الحكيم فودة: الخصومة القضائية، مرجع سابق، ص 271 بند 276.

يتطلب تدخل القاضي والمشرع على السواء لعلاج هذه الظاهرة وتحقيق التوازن العادل بين الطرفين.

المطلب الثاني: آثار امتيازات الإدارة على الدعوى الإدارية

نظراً لتمتع الإدارة بالامتيازات السابقة، فمن الطبيعي أن تؤثر تلك الامتيازات بشكل أو بآخر على سير الخصومة الإدارية، لاسيما إجراءات الإثبات، ذلك أن الإدارة باستثنائها لهذه الامتيازات تعد الطرف الأقوى في الدعوى والمهيمنة في العادة على أدلة الإثبات، وهذا يجعلها في أغلب الأحوال تقف موقف المدعى عليه وهو موقف الأيسر والأسهل؛ في حين يقف الفرد الأعزل من أي امتيازات والخالي في الغالب من الأدلة الإثبات موقف المدعي في الدعوى الإدارية، وهو الموقف الأصعب، وبالتالي أثرت هذه الامتيازات على مركزي الطرفين في الدعوى الإدارية وأنشأت ظاهرة عدم التوازن العادل بينهما، باعتبار أن الإدارة الطرف القوي هي الحائز على المركز الأيسر؛ لذلك سنحاول بيان مركزي الطرفين في الدعوى الإدارية من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: وقوف الفرد موقف المدعي عادةً في الدعوى الإدارية.

الفرع الثاني: وقوف الإدارة مدعيةً استثناءً في الدعوى الإدارية.

الفرع الأول: وقوف الفرد موقف المدعي عادةً في الدعوى الإدارية

سبق وأن أوضحنا امتيازات الإدارة من حيث حيازتها للأوراق الإدارية، وحققها في امتياز المبادرة وحق التنفيذ المباشرة، وتمتع قراراتها بقرينة السلامة، وان كل ذلك أدى إلى نشوء ظاهرة واضحة امام القضاء الإداري مؤداها أن الفرد الضعيف غير المزود سلفاً بأدلة الإثبات يقف عادة من الدعوى الإدارية موقف المدعي مع تحمله كل صعوبات وأعباء هذا الموقف من جهة الإثبات⁽¹⁾، في حين تشغل الإدارة المزودة سلفاً بأدلة الإثبات موقف المدعى عليه⁽²⁾، وهو موقف الأسهل في الدعوى الإدارية وبذلك يكون الفرد هو المدعي-كأصل عام- في الدعوى

(1) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

(2) خالد عمر عبد الله باجنيد: القضاء الإداري وخصوصية الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 119.

الإدارية، ونقصد بالفرد هنا الشخص الخاضع للقانون سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، موطنا كان أم أجنبيا، ونقصد بالمدعي كل من تقدم بطلب إلى القضاء في مواجهة خصم آخر، وثبتت له الصفة في الدعوى، وهي عبارة عن السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى، ويستمددها المدعي من كونه صاحب الحق الموضوعي في الدعوى التي رفعت للمطالبة أو نائبا عنه⁽¹⁾، ويشترط لاكتساب صفة المدعي أن يكون لديه أهلية التقاضي، وهي صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني بما يتضمنه من حقوق وواجبات إجرائية، وتثبت هذه الأهلية للشخص الذي يكتسب كامل الحقوق المقررة في القانون المدني الجزائري فلا تكون أهليته منقوصة⁽²⁾، وتكون لكل إنسان حي، وكذلك للأشخاص المعنوية المعترف بها قانونا سواء كانت أجنبية أو وطنية، وينتقل مركز المدعي بالخالفة الخاصة أو العامة حسب القواعد العامة.

وإذا كان الفرد هو المدعي في الدعوى الإدارية كأصل عام فإن هذا الأصل لم تتضمنه قواعد إجراءات القضاء الإداري المعمول بها، وإنما يستخلص من المبادئ الأساسية المطبقة أمان القضاء الإداري، وظروف التقاضي والاختصاصات القضائية المنوط به على الوجه الذي تحدده النصوص القانونية المقارنة⁽³⁾ ومن ذلك:

1/ ما جاء في النصوص الواردة في القانون مجلس الدولة المصري بشأن الإجراءات القضائية، إذ يشير في الكثير منها إلى ظاهرة وقوف الفرد في مركز المدعي⁽⁴⁾ يتضح ذلك من نص المادة 24 من القانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م، والمادة 829 من القانون الاجراءات المدنية الجزائري 08-09، المتضمنان تحديد ميعاد رفع دعوى الإلغاء والتي لا تقدم-في الأصل-إلا من الأفراد أصحاب الشأن، ونص المادة 25 من القانون المذكور (مجلس الدولة المصري) المتضمن بان إعلان العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها، ومفاد ذلك هو أن الجهة الإدارية المختصة هي المدعى عليها التي يتعين إعلان العريضة ومرفقاتها إليها، كما يؤكد ذلك نص

(1) لمزيد من التفصيل راجع د/سعيد الشرعبي، أصول المرافعات، مركز الصادق، صنعاء 2005م، ص 150 وما بعدها.

(2) حيث تنص على ذلك المادة 42(المعدلة) من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغره في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز لم يبلغ 13 سنة".

(3) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الاثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 93.

(4) أحمد كمال الدين موسى: نفس المرجع ، ص 93 وما بعدها.

الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون السابق (قانون مجلس الدولة) التي ورد فيها أنه " على الجهة الإدارية المختصة أن تودع قلم كتاب المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها مذكرة بالبيانات والملاحظات المتعلقة بالدعوى مشفوعة بالمستندات والأوراق الخاصة بها "(1).

كما يستفاد ذلك من تحديد اختصاص القضاء الإداري المصري، على الوجه المبين بالمادة العاشرة من القانون السابق التي تنص على أنه يختص بنوعين من المنازعات الإدارية، النوع الأول يتعلق بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها، والفرد بالنسبة لها يكون دوماً في مركز المدعي في الدعوى، والنوع الثاني يتعلق بالقضاء الكامل بخصوص منازعات التسوية للموظفين ومنازعات العقود الإدارية والأصل فيها أن الفرد هو المدعي عادة إلا في بعض الحالات الاستثنائية النادرة التي تقف فيها الإدارة موقف المدعي سواء باختيارها ومحض إرادتها، أو لأن الطريق القضائي هو السبيل الوحيد لاقتضاء حقوقها(2).

2/ كما استفاد من استقراء مجموعات أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في الجزائر أو في مصر أن الفرد هو الذي يشغل بصفة عامة مركز المدعي في حين أن الجهة الإدارية تقف في مركز المدعى عليه، مما يكشف عن ظاهرة عامة ثابتة بالإحصائيات الرسمية(3)، وإذا كانت الإدارة في معظم التشريعات المقارنة تقف موقف المدعى عليه فإن الأمر لا يختلف في النظام الجزائري ذلك أن الفرد هو المتضرر دائماً من قرارات الإدارة وبالتالي يهمله إزالة هذا الضرر برفع دعوى إلغاء القرار الذي تضرر منه لإزالة هذا الضرر(4)، أو برفع دعوى تعويض

(1) مصطفى كمال وصفي: أصول إجراءات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 213 وما بعدها، د/ماجد الحلو القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 295 وما بعدها، د/حسن محمد هند التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق 2004م، ص 23.

(2) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

(3) في الدعاوى التي نظرت أمام مجلس الدولة الفرنسي في السنوات 1948م إلى 1950 م ثبت أن الإدارة لم تكن مدعية إلا في أقل من جزء على عشرين من مجموع الدعاوى، وفي مصر تنشر الإحصائيات التي تكشف عن ظاهرة وقوف الفرد موقف الادعاء بمجلة مجلس الدولة ضمن التقارير السنوية لأعمال المجلس والتي يعدها رئيسه.

راجع د/ أحمد كمال الدين موسى: مرجع سابق، ص 93 هامش رقم 2.

(4) راجع في هذا الخصوص أحكام: مجلس الدولة، الغرفة الرابعة قضية رقم 003927 جلسة بتاريخ 2002/07/15 قضية: ح م ضد: بلدية البلدية. مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قضية رقم 10388 جلسة تاريخ 2002/09/23 قضية ق ز ع ح ضد الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي ومن معه، مجلس الدولة، الغرفة الأولى، رقم القضية 6195 جلسة 2002/09/23 قضية ب ف ضد والي ولاية الجزائر .

عن طريق القضاء الكامل، لذلك فالمدعي في القانون الجزائري في معظم الدعاوى الإدارية هو الفرد العادي أو شخص من أشخاص القانون الخاص، أما المدعى عليه فهي جهة الإدارة، ويتضح ذلك من خلال دعوى الإلغاء التي ترفع دائما من قبل الفرد.

الفرع الثاني: وقوف الإدارة مدعية استثناءً في الدعوى الإدارية

قد تبادر الإدارة⁽¹⁾ في بعض الحالات النادرة إلى اللجوء إلى القضاء جبرا أو اختيارا، وبالتالي تكتسب صفة أو مركز المدعي في المنازعة الإدارية، وهذه الحالات تعد استثناء من القاعدة العامة التي تجعل الفرد عادة في الموقف الأصعب (مركز المدعي) الذي يتحمل تبعات هذا المركز فيما يتعلق بالإثبات الإداري، ومرد ذلك أن الإدارة لا تحبذ اللجوء إلى القضاء لفصل نزاعاتها مع الآخرين حفاظا على هيبتها وسلطتها، وبالتالي تحرص الإدارة دائما على سلامة إصدار قراراتها وحرصها على تلاقي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى فض النزاع عن طريق القضاء.

وهذه الحالات الاستثنائية تتعلق بالدعاوى التأديبية أو الجزائية ويقصد بها في المقام الأول تدخل القضاء بهدف توفير الضمانات القضائية لمن يصدر أو الإجراء في مواجهته، وهي في جملتها متميزة من حيث المضمون والغاية عن الدعاوى الإدارية الأخرى وهي دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل المقصود بنظام الإثبات في القانون الإداري⁽²⁾.

وبالوقوف على هذه الحالات يتضح لنا أن الإدارة تقف في مركز الادعاء في ثلاث حالات:

(1) يقصد بالإدارة جميع أشخاص القانون العام طبقا للمادة 801، من قانون الإجراءات المدنية 08-09 ومن خلال المادة 9 من القانون 98-01 المحددة لصلاحيات مجلس الدولة المعدل والمادة 49 من القانون المدني 05-10 والذين حددوا الأشخاص العامة بأنهم:

-الدولة والولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، والهيئات العمومية والمنظمات المهنية الوطنية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

-البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

(2) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

الحالة الأولى: الدعاوى التأديبية

وذلك عندما تلجأ الإدارة إلى القضاء التأديبي المتميز داخل القضاء الإداري أو إلى اللجان التأديبية الخاصة طالبة توقيع الجزاء التأديبي على العاملين في الدولة وفقاً لقواعد المسؤولية التأديبية التي تتطلب من الإدارة المدعية إثبات قيام المسؤولية التأديبية أو الخطأ الوظيفي أو التأديبي الذي يتحصل في الإخلال بواجبات الوظيفة إيجاباً أو سلباً⁽¹⁾.

وقد عرفت الدعاوى التأديبية بأنها إخلال الموظف بواجبات وظيفية إيجابياً أو سلبياً أو إتيان عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فكل موظف يخالف الواجبات التي تنص عليها القوانين، أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته التي يجب أن يقوم بها بنفسه، أو يقصر في تأديتها بما تتطلبه من حيطة ودقة وأمانة، إنما يرتكب ذنباً إدارياً يستوجب تأديبه⁽²⁾، وبالتالي لا تقع الجرائم التأديبية تحت حصر، أي لا يمكن حصرها⁽³⁾، مع ملاحظة أن المحاكم القضائية لا تتفرد بتوقيع الجزاءات التأديبية على موظفي الدولة، إنما يشاركها في ذلك الرؤساء الإداريون كل في مجال اختصاصه، كما تقوم مجالس التأديب بدور القضاء، بالنسبة لبعض طوائف الموظفين، كأعضاء هيئة التدريس بالجامعات⁽⁴⁾، أو كما هو الحال في اختصاص مجلس القضاء الأعلى بتأديب القضاة⁽⁵⁾، وكذا في اختصاص اللجان الخاصة بتأديب مستشاري قطاع الدولة بوزارة الشؤون القانونية⁽⁶⁾؛ غير أن الخطأ المنسوب إلى الموظف قد يشكل جريمة تأديبية وأخرى جنائية في الوقت نفسه، وللإدارة أو مجالس التأديب أن توقع الجزاء التأديبي دون الانتظار لنتيجة المحاكمة، مادام قد قام لديها السبب المبرر لهذا

(1) أحمد كمال الدين موسى: نفس المرجع سابق، ص 101 وما بعدها. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق ص 549 وما بعدها.

(2) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1958/02/25، في القضية رقم 722/1723 ص 635.

د. ماجد راغب الحلو القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 553.

(3) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 552.

(4) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 546.

(5) راجع المادة 111 من القانون رقم 1 لسنة 1990م والمتعلق بشأن السلطة القضائية.

(6) راجع المادة 31 من قانون قضايا الدولة رقم 30 لسنة 1996م، والمادة 111 من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 40 لسنة 1997م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 30 لسنة 1996م.

الجزاء، واقتنعت بالدليل على صحته؛ إلا أن لها الانتظار حتى الفصل في المحاكمة الجنائية، لتتظر المحاكمة التأديبية إذا كان ذلك ملائماً في تقديرها⁽¹⁾.

ولا يختلف الأمر في التشريع الجزائري⁽²⁾ كثيراً حيث أن الإدارة تقوم برفع الدعوى التأديبية بهدف توقيع الجزاء التأديبي على انحراف الموظف العام عن أداء واجبه أو لسلكه المتناقض مع مقتضيات الوظيفة ولكن قد تختلف من حيث الجهة التي توقع هذا الجزاء⁽³⁾.

الحالة الثانية: الدعاوى الجزائية

نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الدعوى سنحاول الحديث عن موقف الإدارة فيها من خلال بعض التشريعات المقارنة، ثم في القانون الجزائري.

أولاً: في القانون المقارن

يعد القضاء الجزائي من فروع القضاء الإداري ذي الطبيعة الخاصة المستقلة عن قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل وإن يتصل بقضاء المشروعية كما هو الشأن بالنسبة للقضاء التأديبي⁽⁴⁾.

وفي نطاق قضاء الجزاء تقوم الإدارة بالمبادرة باللجوء إلى القاضي المختص لتوقيع الجزاءات ذات الصبغة الجنائية بالنسبة لبعض المخالفات، التي تقع من جانب الأفراد، سواء كانوا من الموظفين أو من غيرهم من أفراد المجتمع نتيجة لمخالفاتهم للقوانين واللوائح التي تحمي المال العام، وتكفل أداءه لما خصص له.

(1) حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا بتاريخ 1958/12/27، س4، ص258، د/ماجد الطلو وما أشار إليه من أحكام- القضاء الإداري، مرجع سابق، هامش رقم6.

(2) محمد سليمان: الطعن بإلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص111.

(3) راجع على سبيل المثال النظام الخاص بتوقيع الجزاء التأديبي على القضاة المواد من 60 إلى 72 من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء. حيث ان المادة 65 من هذا القانون تنص على انه: " إذا بلغ إلى علم وزير العدل أن قاضياً ارتكب خطأ جسيماً، سواء تعلق الأمر بالإخلاء بواجبه المهني، أو ارتكب جريمة من جرائم القانون العام مخلة بشرف المهنة بطريقة لا تسمح ببقائه في منصبه، يصدر قراراً بإيقافه عن العمل فوراً، بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن توضيحات القاضي المعني، وبعد إعلام مكتب المجلس الأعلى للقضاء".

(4) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص103.

والدعوى الجزائية هنا تختلف تماما عن الدعوى الإدارية العادية المتمثلة في دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، حيث تهدف الدعوى الجزائية إلى توقيع الجزاء على تصرف معين، وبذلك فإنها في الأصل دعوى إدارية ذات طبيعة خاصة، وفي هذه الدعاوى يظهر بشكل واضح التزام الإدارة باللجوء أولا إلى القضاء مع ما يستتبع ذلك من وقفها موقف المدعي في الدعوى وتحملها الصعوبات والأعباء الخاصة بالإثبات، هنا حالها كما هو الشأن في الدعاوى التأديبية من حيث أن الجهة الإدارية تقوم بإثبات المخالفة ثم إلزامها باللجوء إلى القاضي المختص (القاضي التأديبي أو الجزائي)، حاملة للأوراق والمستندات لتوقيع الجزاء المناسب، هذا التوزيع في الأدوار من حيث الاختصاص والفصل بين سلطتي الاتهام والجزاء، أي الفصل بين الجهة التي تتولى إثبات المخالفات وعرضها، والجهة التي تختص بتوقيع الجزاء، يعد مبدأ عاماً يسود القانون الإداري في مثل هذه الحالات كما هو الشأن في القانون الجنائي، حيث يختص القاضي بمقتضى وظيفته بتوقيع العقوبة في المخالفات أو الجرائم التي تعرضها عليه سلطة الاتهام طبقاً لإجراءات وضمانات قضائية.

وأياً كانت الامتيازات المعترف بها للإدارة فإنها لا تخولها سلطة توقيع جزاءات جنائية باعتبارها جزاءات منوطة أصلاً بالقاضي الجزائي العادي واستثناء من ذلك يختص بها القضاء الجزائي الإداري، كما هو الحال بالنسبة لمخالفات الطرق الكبرى في فرنسا التي تختص المحاكم الإدارية بشأنها بتوقيع بعض الجزاءات ذات الشبه بالجزاءات الجنائية⁽¹⁾ مع ملاحظة أن الدعاوى التأديبية تختلف عن الدعاوى الجزائية من حيث الأشخاص الخاضعين لها، فالدعوى التأديبية تطبق على الموظفين وحدهم، أما الدعوى الجزائية فيمكن رفعها على جميع المقيمين على أرض الدولة، وملاحظة أن نفس الفعل قد يشكل جريمة تأديبية، وأخرى جنائية في ذات الوقت، وتوقع المحاكم التأديبية الجزاءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لشؤون من تجري محاكمتهم⁽²⁾.

وفي فرنسا أفردت الكثير من مؤلفات القانون الإداري المهمة بدراسة الدعاوى الإدارية، قسماً مستقلاً لدراسة القضاء الجزائي الذي يبدو بصورة واضحة فيما يعرف بدعاوى مخالفات الطريق بقصد حماية المال العام، أما في الجزائر فقد أسند المشرع مخالفات الطرق لاختصاص

(1) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 103.

(2) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 567 وما بعدها.

القضاء العادي وفقا 802 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، أما في مصر فقد حدد مجلس الدولة اختصاصات القضاء الإداري بالنظر في توقيع بعض المخالفات على سبيل الحصر وبالتالي فإن هذه الصورة من الدعاوى الجزائية لا تتدرج ضمن الدعاوى التي تخص بنظرها مجلس الدولة بصفة عامة حالياً، وعلى هذا النحو فإن الدعاوى الجزائية تتمثل في صورة دعاوى مخالفات الطريق الموجودة حالياً في فرنسا، التي ليس لها مثيل أمام القضاء الإداري المصري⁽²⁾.

ثانياً: في القانون الجزائري

أما في النظام الجزائري وإن كانت لا تقف مدعية في الدعوى الجزائية باعتبارها سلطة اتهام كما هو الحال في بعض الأنظمة المقارنة، إلا أنها تتخذ موقفاً إيجابياً فيها من خلال تحريكها للدعوى، حيث تقوم بتقديم الأدلة والمستندات للنيابة العامة التي تقوم برفع الدعوى الجزائية بعد تسلمها لتلك الأوراق والمستندات من الإدارة، يتضح ذلك من خلال أحكام قانون الإجراءات الجزائية من خلال الأمر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم، من هؤلاء الموظفين والأعوان من نص عليه هذا القانون ومنهم ما ورد ذكره في القوانين خاصة:

أ/ الفئة المحددة في قانون الإجراءات الجزائية

أولاً: الموظفون والأعوان المختصون في الغابات

حماية الأراضي واستصلاحها فيتولون مهمة البحث والتحري في جنح ومخالفات قانون الغابات والتشريع الصيدي ونظام السير طبقاً للمادة 21، وتثبت هذه الإجراءات وترسل إلى وكيل الجمهورية.

ثانياً: الولاية

⁽¹⁾ تنص المادة 802 خلافاً لأحكام المادتين 800 و801 أعلاه، يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية: - مخالفات الطرق...".

⁽²⁾ أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص104.

خولت المادة 28 من ق ا ج الواردة صلاحية ممارسة مهمة الضبطية القضائية في حالة حدوث جنحة او جناية ضد امن الدولة (الجرائم السياسية والجرائم الاقتصادية الماسة بأمن الدولة) في حالة الاستعجال أي عند عدم علم الوالي بأن السلطة القضائية قد أخطرت بالحادث.

ب/ الفئة المحددة في قوانين خاصة

نصت الادة 27 من ق ا ج عندما حررت بجواز مباشرة الموظفين وأعوان الإدارة العمومية ومن بينهم هؤلاء الموظفين والاعوان نجد:

▪ مفتشو العمل: في الجرائم التي تعد انتهاكا لتشريع العمل، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من القانون رقم 90-03 المؤرخ في 06-02-1990.

▪ أعوان الجمارك: حيث يخول لهم قانون الجمارك صلاحية تفتيش البضائع ومراقبة هوية الأشخاص الذين يدخلون الإقليم الجمركي أو يخرجون منه.

▪ مفتشو الأشعار ومفتشو التجارة: فهم مكلفون طبقا للقانون رقم 95-06 المؤرخ في 25-01-1995 والمتعلق بالمنافسة ومراقبة الأسعار بالتحري والبحث في المخالفات التي تقع خرقا للتنظيم.

▪ مفتشو الصيد وحرس الشواطئ: خول القانون رقم 01-11 المؤرخ في 03-06-2001 المتعلق بالصيد البحري وتربية المائبة هؤلاء المفتشون بضبط المخالفات التي تقع خرقا لأحكام هذا القانون حيث يحررون بشأنها محاضر تكسب حجة لحين إقامة الدليل من المتهم لارتكاب المخالفة على عكس ما ورد به.

مما سبق نلاحظ أن الإدارة في الدعاوى الجزائية تقف موقف المدعي استثناء في بعض التشريعات باعتبارها سلطة اتهام، وفي البعض الآخر هي التي تتولى تقديم المستندات والأوراق اللازمة إلى النيابة، ومع ذلك نرى أن الإثبات في الدعوى الجزائية يخرج عن نطاق بحثنا؛ لان قواعد وإجراءات إثباتها لا تختلف كثيرا عن تلك المقررة في قانون العقوبات إلا في بعض الامور أهمها:

➤ مهما كان الخلاف حول طبيعة الدعوى الجزائية-لاختلاف الفقه والتشريعات حول تعريفها ومعيارها والمراكز القانونية في هذه الدعوى⁽¹⁾، إلا أن الإدارة في معظم الحالات تلجأ إلى إبلاغ النيابة أو إلى رفع الدعوى الجزائية بصفة عامة لتوقيع بعض الجزاءات الإدارية ذات الصبغة الجنائية، أو تختص بتقريرها سلطات إدارية بواسطة إجراءات إدارية محددة بهدف ردع بعض الأفعال المخالفة للقوانين واللوائح ويطلق عليه بالردع الإداري⁽²⁾، ولهذا يجوز للإدارة توقيع معظم الجزاءات ذات الطبيعة المالية أو المادية، أما الجزاءات التي تأخذ الصفة الجنائية فينبغي توقيعها بواسطة القضاء؛ نظراً لما قد يترتب على فرض هذه الجزاءات من مساس بحقوق الأفراد وحياتهم؛ فلذلك من الضروري أن تخضع لنظام خاص يتضمن احترام المبادئ العامة المتعلقة بحماية حقوق الأفراد طبقاً للدستور والقوانين النافذة وأهمها مبدأ المساواة والمشروعية وحقوق الدفاع⁽³⁾.

➤ تعد قواعد الإثبات في هذه الدعاوى أقل شكلية وأكثر مرونة من مثيلتها في القانون الجنائي، ولكن دون أي إخلال بضمانات الأفراد وحقوقهم الأساسية.

➤ تستطيع الإدارة إثبات الجرائم الإدارية (الجزائية) بثتى طرق الإثبات المعروفة في قانون العقوبات، فتستطيع الإدارة الاعتماد في إثباتها للجرائم الإدارية على شهادة الشهود وتقارير الخبراء، وما يقع تحت يدها من مستندات، غير انه يتمتع علىعضو الإدارة المختص بضبط وتحقيق الجريمة الإدارية أن يلجأ بهدف إثبات تلك الجريمة إلى وسائل تمس حرية الأفراد ولا تتناسب مع خطورة الجريمة الإدارية، فيمتنع عليه القبض والتفتيش والحبس الاحتياطي وهو ما نص عليه الدستور الإيطالي.

➤ إذا كان الأصل في هذه الدعوى أن الإدارة هي المدعية فإن عبء إثبات الجرائم الإدارية (الجزائية) يقع على عاتقها، إذ يتطلب القرار الإداري الصادر بجزاء إداري لإثبات مخالفة إدارية الأدلة الكافية لقيام الجريمة الإدارية، ولا يختلف الأمر هنا في إثبات

(1) أمين مصطفى محمد السيد: الحد من العقاب نحو نظرية عامة لقانون العقوبات الإداري-رسالة دكتوراه- الإسكندرية- 1993-ص307 وما بعدها.

(2) أمين مصطفى محمد السيد: الحد من العقاب، مرجع سابق، ص267.

(3) أمين مصطفى محمد السيد: الحد من العقاب، مرجع سابق، ص263 وما بعدها.

الجرائم الجنائية حيث يقع عبء اثباتها على عاتق الاتهام، ومع ذلك هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، منها أن المشرع يفترض في بعض الجرائم الإدارية- الخطأ في جانب الفاعل بهدف اعفاء الإدارة من إثبات الخطأ في تلك الجرائم وهو ما يفهم على أنه يسأل الشخص عن مخالفة التي يرتكبها، سواء ارتكبت عن قصد أو إهمال غير أن هذا الافتراض قرينة بسيطة يقبل إثبات العكس⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: بعض الدعاوى الإدارية المحضه

وبالإضافة إلى ما سبق فإن الإدارة قد تقف موقف المدعي في الدعوى الإدارية وذلك في حالات معينة، كما هو في الحالات التي لا تتمتع فيها بامتياز التنفيذ المباشر وفي الحالات التي تفضل فيها عدم مباشرة هذا الامتياز رغم تمتعها به خشية التعرض للمسؤولية ولذا تلجأ أولاً إلى القضاء، وعلى هذا النحو فإن الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى القضاء الإداري بشأن المنازعات الإدارية المحضه يمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: حالات لا تتمتع فيها الإدارة بامتياز التنفيذ المباشرة، ومن ثم تكون مجبرة على الوقوف موقف الادعاء باعتباره الطريق الوحيد للحصول على حقوقها أو لتوقيع الجزاء المقرر⁽²⁾، من ذلك ما قلنا فيما سبق أنه لا يجوز إبطال تصرف أو حل المؤسسة إلا بموجب حكم قضائي.

النوع الثاني: حالات تفضل فيها الإدارة مختارة اللجوء إلى القاضي ابتداء رغم تمتعها بامتياز التنفيذ المباشر، وبذلك يكون الوقوف من جانبها موقف الادعاء باختيارها وليس باعتباره الوسيلة الوحيدة للحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ لحماية مركزها القانوني⁽³⁾، فمثلا حالة عدم التزام مقاول أو مورد بتنفيذ التزاماته بموجب عقد إداري، ففي هذه الحالة، فإنه يجوز للإدارة إن تضررت الحق باللجوء إلى القضاء لإجبار المتمتع عن التنفيذ، وذلك من خلال استصدار حكم بحقها وتنفيذه تنفيذاً جبرياً.

(1) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص745 وما بعدها، ص769 وما بعدها.

(2) سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية-دار الفكر العربي، القاهرة 1965م ص542/538.

(3) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص105.

والواقع أن بعض المهتمين بحقوق الإنسان ومبدأ المساواة ولاسيما محكمة العدل الاوربية تحبذ هذه الطريقة والتوسع فيها رعاية للطرف الضعيف الفرد ، وبالتالي تعد الإدارة في هذه الحالة شأنها شأن أي فرد، ولهذا اتخذت المحكمة المذكورة في بعض احكامها القضائية مواقف واضحة من الإدارة باعتبارها طرفا من أطراف الخصومة الإدارية ليس لها أية امتيازات ، على أساس أن مبدأ المساواة يعتبر من مبادئ حقوق الانسان الذي يتضمنه القانون الدولي الإنساني ، بل قررت هذه المحكمة -أيضا- أن هذا القانون الأخير يعلو على المبادئ والقواعد المقررة في القانون الداخلي ، بمعنى انه إذا كان هناك نص داخلي مخالف لمبدأ من مبادئ القانون الإنساني ، فإنه يطبق القانون الدولي الإنساني ولا يعمل بالنص الداخلي المخالف⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في هذا الشأن الأحكام العديدة المشار إليها لدى د/أمين السيد مصطفى: الحد من العقاب، مرجع سابق، ص126.

الفصل الثاني: أدلة الإثبات الحديثة في المنازعات الإدارية

لقد ظل التطور العلمي يسير يوم بعد يوم وسنة بعد سنة إلى أن شهد العالم تطور لم يشهده من قبل ثورة الاتصالات ، فظهرت الحاسبات الالكترونية والفاكس و التلكس و الهواتف المتنقلة وغيرها من الأجهزة المتطورة وكان آخر ما ظهر الانترنت ، و الذي فاق بسرعه و سهولة استخدامه من كل وسائل الاتصال التي سبقته .

فقد أدت هذه المعلوماتية وتراكمها المتواصل و السريع و الانفجار المعلوماتي الهائل إلى إيجاد وسائل الاتصال الحديثة التي لولاها لما استطاع احد على وجه الخليقة أن يلم بهذا التطور و الكم الهائل من المعلومات أو حتى أن يخزنها العقل البشري أو صفحات الكتب لابد من وجود قناة مناسبة يتم نقل وتبادل المعلومات من خلالها فكانت الانترنت و التي أصبحت تعتبر أهم وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة ،وبذلك سنتناول في هذا المجال احدث ووسائل الاتصال الحديثة التي أحدثت ثورة لم تحدثها أي وسيلة اتصال سبقتها وهي الانترنت ، لما له من دور هام في الإثبات .

وقد قلل الفقيه عبد الرزاق السنهوري من أهمية الأدلة العلمية قبل عقود وقبل هذا التطور التكنولوجي معتبرا ذلك أن ما ثبت بطريق علمي فإنه لا يعتبر حقيقة ثابتة وليست إلا فروضا غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها .

وسنتناول بالحديث في هذا الفصل :الكتابة الالكترونية في المبحث الأول ،التلكس و الفاكس في المبحث الثاني البريد الالكتروني في المبحث الثالث وفي المبحث الرابع سنتحدث عن التسجيلات المرئية و الصوتية .

المبحث الأول: الكتابة الالكترونية

يعطي نظام الإثبات في القانون المدني أفضلية للكتابة على باقي طرق الإثبات الأخرى و بالتالي فإن ما يشترطه القانون لقيام سند كتابي حتى يتم قبوله في الإثبات يتمثل في أن يكون السند مكتوبا و موقعا ، ونظرا لتعلق هذا الدليل بالمجال الالكتروني حيث يعتبر من الادلة العلمية الحديثة، اعتمدها المشرع الجزائري في القانون المدني في تعديل 2005، كما اعتمدها العديد من التشريعات العالمية ، و بالتالي سنتناول في هذا المبحث ، مفهومها (مطلب أول) و الشروط الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية (مطلب ثان) و حجية الكتابة الالكترونية (مطلب ثالث).

المطلب الأول : مفهومها

يقصد بالكتابة اللازمة للإثبات حسب الفقه ، المستند الأصلي فهذا المستند الأصلي قد يكون ورقة رسمية ،وقد يكون ورقة عرفية ، وينحصر الفارق الرئيسي من حيث الشكل بين الورقة الرسمية و الورقة العرفية في أن الأولى تصدر عن موظف عام وشخص مكلف بخدمة عامة ،وأن يكون مختصا في إنشاءها من حيث الموضوع و المكان أما الأوراق العرفية فهي التي لا تتوفر فيها مقومات الورقة الرسمية من حيث أنها لا تصدر عن موظف عام . أما فيما عدا هذا الفارق الشكلي ، فإن الدليل الكتابي رسميا كان أو عرفيا يجب أن يتضمن كتابة مثبتة لتصرف قانوني (حتى يعتد به قانونا) أو أن يكون موقعا من الشخص المنسوب إليه الدليل .

كما أن المشرع المصري عرف المحرر الالكتروني في المادة الأولى من خلال التوقيع الالكتروني المصري " المحرر الالكتروني كل رسالة بيانات تتضمن معلومات ، تتسأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو فنية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى متشابهة⁽¹⁾ .

ولم يختلف التشريع الجزائري عن غيره في التشريعات المقارنة ، وجاء مواكبا للمستجدات القانونية التي نادى بها لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي، إذ عدلت وتُمت أحكام القانون المدني المتعلقة بالإثبات بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أين أضيفت المادتين 323 مكرر و 323-مكرر 1 و عدلت المادة 327.

(1) عبد الفتاح بيومي : التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة دار الفكر

حيث نصت المادة 323 مكرر 1 فنصت على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها 3.

بعد ذكر المادتين نحاول استقراء ما جاء فيهما من أحكام وذلك في النقاط التالية :

أولاً: أن المشرع الجزائري لأول مرة عرف مدلول الكتابة فجعله واسعاً جداً ليكون جامعاً وقابلاً للتطبيق على كل أنواع الكتابة سواء على الورق (التقليدية) أم الحديثة مهما كان شكلها أو طريقة التعبير بها عن المعاني المراد تدوينها، وينطبق هذا طبعاً حين الكلام عن المحررات العرفية لا الرسمية التي تتطلب فيها المادة 324 من القانون المدني الجزائري إتباع أشكال محددة وفقاً للقانون وهذه الفكرة جاءت وفقاً للقانون لما قال به الفقه القانوني منذ القديم ، فقد قيل أن الكتابة يمكن أن تكون بلغة اصطلاحية يكون مع الطرفين مفتاحها ، أو بلغة مية أو باصطلاحات محلية بحيث تكون مفهومة⁽¹⁾ ، كما يصح أن يكون المحرر مكتوب بخط اليد يصح أن يكون بالآلة الكاتبة أم مطبوع⁽²⁾.

و اليوم نجد أن التكنولوجيا أفرزت و ما زالت وسائل متعددة لتحرير البيانات ونقلها ، وأن الكثير من التصرفات ذات الحجم الكبير و المؤثر في الاقتصاد تبرم عبرها و تحرر المحررات المثبتة لها ، وعليه كان لزاماً على التشريع أن يكون لينا قابلاً لكل مستجد .

ثانياً: أن المشرع فصل بين الكتابة كمفهوم أو كشرط في المحرر و الوسيط الذي تتم من خلاله ، فسواء أكانت على دعامة مادية أو غير مادية ، سواء أكان وسيطاً ورقياً أو وسيطاً الكترونياً فهذا لا يؤثر على قوتها الثبوتية ، و هذا المبدأ منصوص عليه في المادة 1316 تعديل سنة 2000 من القانون الفرنسي، فلأن الدعامة الموجودة عليها الكتابة محل اعتبار ولا وسيلة لنقلها ، فكأن المشرع معياره الأساسي فيما يخص دور الدعامة أو وسيلة النقل هو الحفاظ على الكتابة و أمثلة هذه الوسيلة الورق ،القرص الصلب ، القرص اللين ، وغيرها من وسائل التخزين الحديثة ،ومن وسائل النقل اليدوي أو المادي للأوراق ، النقل الالكتروني بواسطة الموجات الكهرومغناطيسية⁽³⁾ أو عن طريق شبكات الحواسيب الانترنت ، الانترنت او البريد الالكتروني .

(1) أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص 422.

(2) محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي، بيروت. لبنان 2003. ص 211.

(3) وهي مبدأ عمل التلكس و الفاكس

وتجدر الإشارة أن هذا المبدأ سار عليه : القضاء و الفقه الفرنسي و الذي أكد على ضرورة الفصل بين الكتابة و الأداة المستخدمة في إنشائها⁽¹⁾ .

وفي رأي هذا الفصل هو عين الصواب وخاصة أن الكتابة هي تعبير ، أما الدعامة فهي حقلها الذي تظهر الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو العلامات أو الرموز ذات المعنى الدال عليه، ولذلك فربط الكتابة بالدعامة الموجودة عليها أو وسيلة نقلها هو بمثابة تجميد للأحكام القانونية المتعلقة بالإثبات في مقابل واقع متطور بسرعة ملحوظة ومدهشة .

ثالثا: أن المشرع الجزائري عدل المادتين إليهما ولم يضع قانون خاص كما في بعض التشريعات مثل التشريع المصري ولم يحل كيفية إثبات الهوية ولا طريقة إعداد الكتابة أو شروطها ولا طريقة حفظها إلى التنظيم ، كما فعل المشرع الفرنسي ، بل اكتفى بنص مقتضب في قانون الصفقات العمومية ، حيث طبقا للمادة 173 تأسس بوابو الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية⁽²⁾ .

كذلك النص على تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية طبقا للمادة 174 حيث يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة بطريقة الكترونية⁽³⁾ .

رابعا :مبدأ التعادل الوظيفي أشارت المادة بصيغة واضحة وصريحة إلا أن الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني مساوٍ للإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، و ان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ، نفصل في هذه النقطة حين الكلام عن حجية الكتابة الالكترونية .

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية

باستقراء نص المادة 323 مكرر من التقنين المدني الجزائري وما اشترطه الفقه و القضاء في الكتابة التقليدية و القوانين النموذجية ودليل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يمكننا حصر أهم شروط الكتابة الالكترونية في أن تكون ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة (الفرع الأول) موقعة و موثقة (الفرع الثاني) و أخيرا أن تكون محفوظة ويمكن استرجعها (الفرع الثالث) .

(1) ثروت عبد الحميد: التوقيع الالكتروني. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. 2007، ص187.

(2) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل ، القسم المتعلق بالاتصال بالطريقة الالكترونية . الجريدة الرسمية عدد 58.

(3) المواد 173 و 174 من المرسوم الرئاسي 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

الفرع الأول : ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة

جاء هذا الشرط في صلب نص المادة 323 مكرر صراحة بقولها "...ذات معنى مفهوم..." و هو شرط مألوف إلا أن هذا الإشكال لم يكن مطروحا حينما كانت الدعامة ورقية وذلك لسببين أولهما هو أن هذه الطريقة مألوفة ، وثانيهما أن الكتابة المستعملة فيها تكتب برسوم وأشكال تقرأ مباشرة و لا تحتاج لوسيط أو نظام أو برنامج معين لقراءتها فيكفي النظر إليها بالعين المجردة لفك معانيها و بالتالي الوصول إلى دلالتها و القول ما إذا كانت متعلقة بمصدر الحق المراد إثباته أم لا .

أما اليوم فالأمر اختلف فالدعامة أصبحت الكترونية أي غير مادية و التدوين عليها أصبح يخضع لقواعد خاصة وكذا الوصول إليها لقراءتها وفهمها ، إذ أن هذه الدعامة الالكترونية ⁽¹⁾ تتكون من عنصرين :مادي أي ذلك المتعلق بالمكونات المادية مثل الشاشة ولوحة المفاتيح و الأقراص و غيرها .

عنصر غير مادي : و هو الجزء الذي يتناول برنامج الكمبيوتر وبرنامج الحاسب الآلي وذلك لتشغيل المعلومات و البيانات المحمولة ⁽²⁾ وعليه فلا إدخال معلومات معينة مهما كان شكلها أو صيغتها في جهاز الكتروني لابد من وسيط مادي ومعنوي وكذلك الشأن بالنسبة للإطلاع عليها ، وخاصة أنه يمكن الاطلاع عليها وأخذ نسخ منها بمعنى يمكن إرجاعها إلى الطريقة التقليدية أي على دعامة مادية ولتكن ورقية عن طريق طباعتها .

وكخلاصة يمكن القول إنه رغم أن الكتابة الالكترونية تكون في شكل معادلات وخوارزميات تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات و إخراجها من خلال شاشة الحاسوب ، وأن قراءتها و الإطلاع عليها لا يكون بطريقة مباشرة إلا أن ذلك غير ذي أثر على الاعتراف بها كدليل ؛وقد كرس المشرع في المادة 323 مكرر ذلك حيث نصت : "...مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها "، إذا لا يهم مبدأ عمل الحاسب ولا كيفية الاطلاع على المحرر فالمهم أن إمكانية قراءة ما جاء في المحرر متاحة .

(1) معظم الأجهزة الالكترونية عبارة عن حواسيب كونها تعمل بتقنية الإعلام الآلي فمبدأ عملها واحد وإن تنوعت وظائفها وقدراتها .

(2) نعيم مغيبغ: حماية برامج الكمبيوتر . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت 2006 . ص 113 .

الفرع الثاني : التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

لذا نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار وبكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالا باعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشيا مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونيا.

لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمادها من قبل القوانين المقارنة والفقهاء ، والتي نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع وإما بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 1316-4 من القانون المدني بأنه: "التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه".

كما أوردت التعلية الأوروبية المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في المادة 2 منه تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن : "معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها".

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: "إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات ، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا".

✚ خصائص التوقيع الإلكتروني:

كما هو واضح من خلال هذه التعاريف فإن التوقيع الإلكتروني يتميز عن التوقيع التقليدي من خلال خصائصه التي نوردتها فيما يلي:

إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

✚ أنواع التوقيعات الإلكترونية:

* التوقيع الرقمي La signature numérique:

يطلق عليه أيضا اسم التوقيع الكودي Key based signature، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

* التوقيع البيومتري Signature biométriques:

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع.

✚ حجة التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها

التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه و إقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازهِ.

في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للاعتداد بهذا التوقيع وهي:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

- أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

فكما سبقت الإشارة إليه أعلاه فإنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه.

الفرع الثالث : إمكانية الحفظ و الاسترجاع

مع تطور التقنيات وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الالكترونية اللازمة لقراءة السند الالكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة كما أن السندات الالكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي و السند الالكتروني ، فالأول يمكن إعادة انشاؤه من الأصلي عند تغيب الورقة ، بينما التغيب يمحي السند الالكتروني كليا ، فمشكلة الحفظ تساوي فيها السند الالكتروني السند الرسمي ، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الالكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني ، ويسمى الوسيط أيضا ، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة الكترونية ، وهو الأمر الذي اشترطه المشرع الجزائري أي أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها وذلك حسب المادة 323 مكرر من القانون المدني.

ويتوفر شرط الحفظ هذا بناء على المادتين 8 و 10 من القانون النموذجي بشأن الجارة الالكترونية إذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي ومعيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير أي الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت أو بشكل يمكن إثبات دقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت.

أما شرط الاسترجاع فهو مرتبط بالشرط السابق ومعناه إمكانية الاطلاع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات على نحو يتيح استخدامها عند الحاجة بالرجوع إليها لاحقاً يعد إعدادها وحفظها وإرسالها، وهذا بطبيعة الحال يستلزم حفظ النظام أو البرنامج الذي اعتمد في إنشاء وحفظ وتخزين البيانات وذلك لأنه النظام المؤهل لقراءة ما جاء في المحرر الإلكتروني، وهو المقصود بعبارة "... وجد أنها توفر معياراً موضوعياً..". (المادة 9 من القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني المشار إليه آنفاً) أما عبارة "على نحو يتيح استعمالها..." فالمقصود منها هو الاستخدام البشري وأيضاً الاستخدام بواسطة جهاز الحاسوب⁽¹⁾.

ومن خلال عرض هذه الشروط نلاحظ عرض هذه الشروط نلاحظ أن التعديل والتتمة التي مست قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري جاءت عامة، أي بتقرير مبادئ عامة فقط، حيث أنه لشرح الشروط لجأنا إلى القوانين النموذجية للجنة الأمم المتحدة التي كرستها أغلبية التشريعات الداخلية المقارنة بصفة صريحة ومطولة في محاولة منها إلى حصر الموضوع، ومعالجته من مختلف الزوايا التقنية منها والقانونية، بل أكثر من ذلك فقد أفردت بعض التشريعات قوانين خاصة، وربما إن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يكتفي بمجرد إيراد مبادئ عامة هو حذره من فتح المجال واسعاً لمفهوم حديث و معاصر لم تستقر مفاهيمه بشكل بات وواضح بعد.

المطلب الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الإلكتروني للإثبات، وهما إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي ليس محسوس؛ Virtuel et dématérialisé، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي :

- _ صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.
 - _ اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.
 - _ إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثراً محسوساً.
- وستنطبق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي :

⁽¹⁾ دليل الاشتراع... الوثائق الرسمية للأمم المتحدة... للتوضيح القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

✚ الشرط الأول: امكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدرها

ان التعاقد الالكتروني، لا سيما الذي يتم عن طريق الانترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من ان الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الالكتروني وغير ذلك من المعلومات ،وقد يمتد هذا الاشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد ،فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الالكترونية المقدمة له كدليل اثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك ،وتعد هذه الاشكاليات من بين اهم الاشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية .

في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية ، وكذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح الخاص ، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم ،كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين وغيرها .

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة واثبات هوية الشخص الذي اصدر الوثيقة الالكترونية من جهة أخرى ، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية، وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية *prestataire de service de certification*، وهي عبارة عم شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب ، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب ، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر و انتهاء بتقنيات التشفير .

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الالكتروني في الاثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الايجاب و القبول ، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق ، *prestataire de service certification*، وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسمها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية وبالرجوع الى القانون الجزائري ، نجده لم يحدد الى يومنا هذا كيفيات تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323 مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفيات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الالكتروني ،وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق هذه المادة فإن تطبيقها يبقى معلقا ،كونه يصعب

على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة ، لذا يبقى انشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر .

✚ الشرط الثاني: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها

مع تطور التقنيات وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الالكترونية اللازمة لقراءة السند الالكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة كما أن السندات الالكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي و السند الالكتروني ، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصلي عند تغييب الورقة ، بينما التغييب يمحي السند الالكتروني كليا ، فمشكلة الحفظ تساوي فيها السند الالكتروني السند الرسمي ، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الالكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني ، ويسمى الوسيط أيضا ، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة الكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في اسطواناته الصلبة Disque dure ، أو على الموقع في شبكة الانترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن ، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM ، أو قرص مرن Disquette informatique ، أو قرص فيديو رقمي DVD.

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الالكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا ، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الالكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الالكتروني ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الالكتروني .

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الالكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الالكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الاطلاع على الوثيقة الالكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة ، لها فترة صلاحية ، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها و الاستفادة منهل ، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار Support durable.

- حفظ الوثيقة الالكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها.

- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الالكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا ، وكذلك الجهة المرسلة إليها .

- حفظ المعلومات المتعلقة ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلق بعقد من العقود الالكترونية ، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد ، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا ، و التوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة و كيفية ذلك ومكانه ، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الالكتروني ، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة .

وفي القانون المقارن نلاحظ ان المشرع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الالكترونية وهي :

*التزام المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به ، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة ، فإذا ادعى خلاف ذلك ، كانت الصورة المسلمة إليه حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك بهذه الوثيقة الالكترونية .

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام و الاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبيد و التحريف أو مايسمى بـ service d'archivage . فتخزين المعلومات في الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولا يعاز الشخص الذي يخزنها فانه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل فهي إذن صادرة عنه و بالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات ، تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع دليلا لنفسه ، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق .

المبحث الثاني: التلكس و الفاكس

التركس احد الوسائل الحديثة في الاتصالات وهو نظام لإرسال واستقبال الرسائل النصية، خضع للفحص و التجربة ،وكان له خلال القرن العشرين الماضية أثرا بارزا على الأعمال و التجارة الدولية، فعمله كعمل الفاكس ،ولكن الفرق بينهما أن التركس (لاسلكي) أي بواسطة صحن مرسل و آخر مستقبل ،اما الفاكس فيكون عن طريق سلك الهاتف ،ويعتبر التركس والفاكس من الأدلة ذات الأهمية نظرا لاستعماله الواسع في مجال الاتصالات ويندر ان تخلو مؤسسة حديثة أو مكتب تجاري منه وسنتناول في هذا المبحث التركس كمطلب أول ،و الفاكس في مطلب ثان .

المطلب الأول :التركس

يعتبر التركس وسيلة اتصال حضاري متطور ويختلف عن النظام البرقي القديم ويسبقه في السرعة، ويستخدم في عدة مجالات ومنها اجراء الصفقات العمومية و العقود بين الافراد و المؤسسات واذا كان الهاتف سيد الاتصالات الحديثة فان التركس يعد حاليا سيد الاتصالات في العمال الادارية و التجارية ، فماهو التركس وما حجيته في الاثبات ؟نحاول الاجابة في مايلي :

الفرع الأول : مفهوم التركس

أولاً: تعريفه: ان كلمة Telex مكونة من مقطعين هما (Tele) و (x) بمعنى تبادل . ومدلول الكلمة التبادل البرقي ويعرف التركس: بأنه " .. عبارة عن جهاز طباعة الكتروني مبرق متصل بدعامة يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون أحمر و البيانات الصادرة من المرسل اليه باللون الاسود ،فيستطيع المشترك بذلك الاتصال مباشرة مع اي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه وإرسال ايجابية وتسلم رده سواء اكان داخل القطر ام خارجه ،وذلك بتزويل الرقم المخصص للمشارك المطلوب ، فتظه البيانات مكتوبة بسرعة عالية خلال ثوان في كلا الجهازين ،فلكل مشترك رقم ورمز نداء خاص ولا يمكن ارسال الرسالة الا اذا تم تسلم رمز النداء من يستطيع ان يرسل رسائله بالتركس عن طريق مكتب البرق وسواء كان ذلك خارج القطر او داخله.

ثانياً: طريقة عمله يعمل التركس عن طريق ما يسمى بالتشفير المتماثل فهو يستخدم نظام النداء الذهاب ،ويقصد ب هان رمزا معيناً يمكن ان ينتقل بين جهازين متصلين ببعضهما بخط واحد وبهذا الأسلوب نفسه يمكن استلام النداء الراجع من احدهما،ويقوم جهاز التركس بتحويل الحروف المكتوبة التي تتم عن طريق الإرسال ،و الاستلام بالاتصال السلكي ،واللاسلكي الى

نبضات كهربائية فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تتحول إلى اشارات كهرومغناطيسية ،تمر خلال أمواج ليقوم بتسلمها جهاز التلكس الذي تنعكس فيه العملية الى طبع الحرف المرسل (1).

ثالثا:مميزات التلكس

أ-السرعة :اذ يستطيع الشخص الذي يروم التعاقد عن طريق جهاز التلكس بتأمين وصول ايجابية الى الشخص الآخر الذي يروم التعاقد معه في أي بلد كان و الحصول على الاجابة المباشرة بالقبول أو الرفض خلال ثوان أو دقائق معدودة ومن دون حاجة الى الذهاب الى مكاتب البرق البريد.

ب-السرية لان الرسالة المرسله بالتلكس ، رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات الا المرسل الذي أرسلها أو الشخص المخل بإرسالها ،خلافًا للبرقية العادية التي تفقد الكثير من سريتها ،اذ يتداولها عدة أشخاص حتى تصل إلى المرسل اليه .

ج-الإتقان و الوضوح،اذ يتم اعداد رسالة التلكس قبل إرسالها على شريط مثقب ،فتكون خالية من الاخطاء ،فاذا حدثت اخطاء عند كتابة الرسالة يمكن تصحيحها عند حصولها فتظهر الرسالة منظمة وخالية من الاخطاء و الشريط المثقب يعد بمثابة مخزن للمعلومات التي يمكن ارسالها و الرجوع اليها في اي وقت.

د-يتيح جهاز التلكس الاتصال بعدة فروع متباعدة الأماكن في الوقت نفسه وموثقة باكثر من نسخة وإرسال الرسالة نفسها مما يوفر الجهد و الوقت .

هـ-واخيرا تعد اهم السمات الأساسية للتلكس انه يترك أثرا ماديا مكتوبا ،للوئائق المرسله عن طريقه ،ولذلك يكون أفضل وأدق من المخاطبة التي تجري عن طريق الهاتف مما يرضى كلا من الطرفين اللذين يرومان ذلك.

الفرع الثاني: الاعتراف التشريعي بحجية التلكس

لقد كانت حجية التلكس محل جدل بين الفقه بين مؤيد و معارض، وكانت معظم قوانين الإثبات لا تعطيه أية حجية إلا على سبيل الاستدلال ،لكن في ما بعد اعترفت به .

(1) ثروت عبد الحميد: مرجع سابق.ص 142 .

وقد أكدت عليه اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع عام 1981 حي نصت في المادة 13 من هذه الاتفاقية على ان ينصرف مصطلح الكتابة على المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس⁽¹⁾.

نخلص من ذلك الى عدم وجود ارتباط بين فكرة الكتابة و الورق، فلا يشترط أن تكون الكتابة على ورق موقع بالمفهوم التقليدي وهو ما يفتح الباب أمام قبول كل الدعامات في مجال الإثبات أيا كانت مادة صنعها ،وقد حددت التشريعات العربية الأدلة التقليدية المكتوبة بالسندات الرسمية و السندات العادية ،وسائر السندات الأخرى المعتمدة في الإثبات ،كالرسائل و البرقيات ولم تذكر صراحة هذه التشريعات التلكس ضمن الدليل الكتابي .

إن السند المستخرج من التلكس لا يمكن أنعه بحكم السندات الرسمية ، لأن هذا النوع من السندات يستلزم أن يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما أدلى به ذو الشأن طبقا للقانون وفي حدود صلاحياته ،أما السند المستخرج من التلكس فلا تراعى في اصداره هذه الشروط ،فقد يصدر من قبل الأفراد المشتركين بعقد اشتراك في شبكة الاتصالات و البريد ،و بالتالي لا يمكن اعتبار هذه السندات سندات رسمية لان هذه السندات تستلزم توقيع الموظف الرسمي وختم الادارة العمومية عليها و التلكس لا يتضمن سوى كتابة مطبوعة فقط .

التلكس وغيره من الادلة الحديثة فرض نفسه في التعامل وشاع استخدامه في مجالات عدة بوصفه دليل اثبات لا يقل شأنًا بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة بشكل يظهر إرادته الصريحة في الرضا بالعقد⁽²⁾.

وقد ضمنها المشرع الجزائري في القانون المدني حيث يؤكد على أنه "تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا (قيمة الأوراق العرفية) إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها ،وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس⁽³⁾ ، ونظام إرسال البرقيات هو نفسه النظام المستخدم

(1) نص الاتفاقية كامل على شكل word مأخوذ موع الأمم المتحدة.

(2) عباس العبودي :الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني .مرجع سابق .ص68 .

(3) المادة 329 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني

الجزائري المعدل والمتمم .

في التلكس ، ماعدا أنه في حالة التلكس ، تكون الرسالة مشفرة ، أما في البرق فلأن أطراف التعامل يلجؤون إليها نظرا للسرعة والأمان الذي يتمتع به .

ومن نص المادة الأخيرة نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى المحررات الناجمة عن التلكس القيمة ذاتها للمحررات الورقية ، وافترض أنها مطابقة لأصلها المودع في مكتب التصدير حتى يقوم العكس ، ويمكن الرجوع لمكاتب التصدير للتحقيق من قيام المرسل والمرسل إليه بالعملية موضوع النزاع ولابد أن يكون الأصل موقع عليه تحت طائلة عدم اعتباره دليلا كتابيا كاملا .

أما إن لم يكن أصل البرقية موجودا لدى مكاتب التصدير فإن مستخرج التلكس حتى وإن كان ممهورا بالتوقيع وجميع البيانات الضرورية المحددة فإنه يكفي إنكار التوقيع ليفقد قيمته كمحرر مكتوب .

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على الأخذ بإمكانية إثبات العقود عن طريق رسائل التلكس أكثر من الوسائل الأخرى لا سيما رسائل الفاكس ، ذلك أن رسائل التلكس تترك أثرا ماديا مكتوبا بألة طباعة وعلى سند ورقي يدخل ضمن الأدلة الالكترونية⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الفاكس

يعتبر الفاكس من الوسائل التقنية الأكثر انتشارا في مجال الاتصالات والمعاملات الإدارية ، لذلك التساؤل حول مدى حجية الوثائق المرسله عبر الفاكس ، من خلال ذلك نتناول تعريف جهاز الفاكس ثم حجيته أمام القضاء .

الفرع الأول: تعريف الفاكس

يعرف الفاكس على أنه جهاز طباعة إلكتروني مبرق⁽²⁾ يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعات بكامل محتواها كأصلها ، وتسليمها عن طريق شبكة

⁽¹⁾ عباس العبودي: تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2010 . ص 257 .

⁽²⁾ عباس العبودي : الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني . مرجع سابق . ص 60 .

الهاتف المركزية وبسرعة قياسية ، وهو جهاز نقل للمستندات والصور ويطلق عليه ناسوخ (فاكس) هو اختصار لكلمة فاكسيمي باللاتينية "facsimile" وهو جهاز يعمل عن طريق تقنية الاتصالات ويقوم بإرسال نسخ طبق الأصل من الوثائق المراد إرسالها إلى الطرف الآخر ، يستخدم الناسوخ لبث واستقبال الصور ،ولهذا فإن النواسخ تشبه آلات النسخ (التصوير) الصغيرة ، غير أنها إما أن تكون مزودة بهاتف أو متصلة به ، بحيث يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد أو بالطباعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها ، وبمجرد أن يتم الاتصال تتحرك الأداة الفاحصة الإلكترونية في جهاز الإرسال فوق الصفحة وتحول الصورة إلى مجموعة من الإشارات الكهربائية ، وتنتقل هذه الإشارات عبر خط الهاتف إلى الناسوخ "الفاكس" المتلقي ، وتعيد تلك الآلة الإشارات الكهربائية مرة أخرى إلى صورة من الوثيقة الأصلية ثم تطبع نسخة منها ، ومن الملاحظ أن هنالك فاصل زمني للرد على المرسل يقدر بـ 30 ثانية .

الفرع الثاني : الاعتراف التشريعي بحجية الفاكس في الإثبات :

إذا طبقنا أحكام الأدلة الكتابية الاعتيادية على رسائل الفاكس في غالبية التشريعات العربية فإنها ل لا تخلو عن وضعها صورة لسند كتابي عادي أهملتها بعض التشريعات العربية ومنها الجزائر ولم تعطها أية حجية معينة في الإثبات .

ولم تأخذ بالمفهوم المتطور الذي اعتمده الاتفاقيات الدولية المعاصرة ، منها القانون المدني الفرنسي في التعديل الجديد وذلك من خلال القانون رقم 2000/230 المعدلة للمادة 1316⁽¹⁾ .

وقد أخذت معظم الدول العربية برسائل الفاكس كدليل إثبات منهم من أكدها شريطة أن يعترف بها موقعها الشخص المصدر لها⁽²⁾ ، وكذلك التشريع والاجتهاد القضائي الأردني ،

(1) القانون رقم 2000/230 الصادر بتاريخ 13 مارس عام 2000 ، حيث نصت المادة رقم (1/1316) على أن: «الوثيقة في شكلها الإلكتروني تكون مقبولة كدليل بنفس طريقة الوثيقة الورقية ، بشرط أن تساهم في التعرف على هوية مرسلها ، وتخزن في ظروف تحافظ على سلامتها» .

(2) وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى المرسله بواسطة الفاكس من حيث الإثبات في اعتبارها سند عرفي بشرط أن يعترف بها موقعها الشخص المصدر لها ، وهذا عن ما أكدته المادة 19 من القانون البيانات الفلسطيني حيث نصت على أنه " تكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني هذه القوة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها " .

واعترف بها كذلك القضاء المغربي ومنحها حجية قانونية⁽¹⁾، واعترفت بها الأمم المتحدة في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية⁽²⁾.

وقد أعطت محكمة النقض المصرية الفاكس أهمية كبيرة عن طريق التوسع في تطبيقه حيث ارتفعت به إلى مصاف الأوراق المكتوبة، باعتبارها دليلاً كتابياً ناقصاً يصدق عليه وصف مبدأ الثبوت بالكتابة⁽³⁾ ومن ثم يكون لها حجية، الإثبات إذا قام دليل على أن منسوب إليه رسالة الفاكس قد أرسلها بالفعل، ويجوز تكملته بالبينة⁽⁴⁾ والقرائن⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ اعترف القضاء المغربي بحجية سندات الفاكس ومنحها حجية قانونية في الإثبات وذلك من خلال ما قرره محكمة الاستئناف بفاس قولها: أنه إذا جمع بين طرفي النزاع عقد مقاوله فإن الوثائق المدلى بها في إطاره والفاكس المستدل به على الأداء حجة في إثبات العلاقة التجارية والتعاقدية وكذلك الدين موضوع الأمر بالأداء. انظر الاجتهاد القضائي قضايا الاختصاص، قرار المحكمة الاستئناف التجارية بفاس المغرب رقم (121) بتاريخ 2008/04/02 تاريخ الاطلاع 2002/02/29/ ملف عدد3.

www.cacfes.ma/càmpetenece.htm73.

⁽²⁾ القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية UNCITRAL أو CNUDCI، في المادة 2 منه على: " ..النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الإنترنت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس. وتتص الفقرة الثالثة من المادة (14) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحراً على أنه، يجوز أن يكون التوقع على سند الشحن بخط اليد أو بالصورة المطابقة للأصل رسائل الفاكس أو بالختم أو الرموز أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى، إذا كان هذا لا يتعارض مع قوانين البلد الذي يصدر فيه سند الشحن.

⁽³⁾ حيث إن مما تتعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب وفي بيان ذلك تقول أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أن نسخة الاستقالة المرسله من المطعون ضده عن طريق الفاكس إلى الطاعنة تعتبر صورة عرفية منها لا حجية لها في الإثبات وذلك بعد أن جردها المطعون ضده ولم تقدم الطاعنة أصلها في حين أن هذه النسخة لا تعتبر صورة عرفية من الاستقالة بل صورة مطابقة للأصل المرسل عن طريق الفاكس - والذي يظل تحت يد المرسل بما يستحيل معه تقديمه - ولها حجيتها في الإثبات لأنها محررة صلباً وتوقيعها من المطعون ضده وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه بهذه الحجية أو يجيب الطاعنة إلى طلبها بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات واقعة الاستقالة المرسله بالفاكس من المطعون ضده بكافة طرق الإثبات فإن ذلك ما يعيه ويستجوب نقضه". الدائرة المدنية العمالية الطعن رقم 987 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/22.

⁽⁴⁾ أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية، دروس الدكتوراه لدبومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000، ص 245 وما بعدها.

⁽⁵⁾ ولقد أعطى المشرع المصري وذلك و ذلك من خلال نص المادة (58) من قانون التجارة، المحررات الإلكترونية الناتجة عن الفاكس والتلكس أو وسيلة إلكترونية مماثلة نفس القوة الثبوتية للمحررات التقليدية على أن يكون هناك شرط الاستعجال ليتم إسباغ الحجية عليه. للمزيد أنظر، د. عبيدات، لورنس محمد، مرجع سابق، ص 114، 120.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري لا يعتبر رسائل الفاكس مساوية للسند العادي في الإثبات ، غير أنه يجوز لمن نسب إليه إثبات عكسها بكافة الطرق لأن واقعة الإرسال واقعة مادية ، وهذه الرسائل قد تكون فيها نقاط ضعف تقنية منها احتمال حصول خطأ في عملية الإرسال والاستقبال فضلا عن ذلك أن إشعار إرسال رسائل الفاكس الذي تصدره هذه الآلة لا يؤكد استلام مضمونه من قبل المرسل إليه ، بل يفيد المرسل فقط.

من خلال ذلك نرى أن الفاكس يتمتع بكامل الحجية القانونية في الإثبات في جميع الحالات التي لا يتطلب القانون فيها شكلا معينا للتصرف القانوني المرتد إبرامه ، وكذلك في الحالات التي يتمتع فيها المتعاقدون بحرية الإثبات ، أي أن يكون في استطاعتهم الإثبات بكل طرق الإثبات دون التقيد بطريقة معينة كالكتابة ، وعلى الرغم من أن هذه المحررات ليست من الأوراق الرسمية إلا أنها أصبحت من المحررات شائعة في استعمالها والتخاطب بها وعدم اكتسابها الصفة الرسمية لا يحتم استبعادها من أدلة الإثبات وتبقى في تقدير القاضي الإداري .

المبحث الثالث : البريد الإلكتروني :

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية ، والملفات والرسوم والصور و الأغاني والبرامج الخ ، عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر وذلك باستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه من عنوان البريد التقليدي.

وقد شهد وقتنا الحاضر تطورا تقنيا هائلا في مجال الإتصالات ، وأن العالم كله أصبح يمر فعلا بما يسمى (بنورة الاتصالات) في مختلف ميادين الحياة المختلفة، وتعتبر وسائل الاتصال الحديثة بكافة أشكالها وأنواعها من أبرز الوسائل الحديثة وخاصة الانترنت التي أصبح استخدامها يتزايد بشكل كبير جدا وخاصة في معاملات الأشخاص ، وقد فرضت هذه الوسائل الحديثة نفسها في التعامل على نطاق واسع شمل كافة مجالات الحياة المختلفة ، الأمر الذي جعل منها البديل العصري للتعاقد بالمراسلة الإلكترونية ، الأمر الذي سيجعل من التعامل بالطرق التقليدية في مجال التعاقد والإثبات من آخر مخلفات العصر الحالي ، وستحل السندات الإلكترونية المرسلة بواسطة الوسائل الحديثة محلها ، وسيتم بالتالي اعتمادها من قبل الأفراد الأمر الذي سيجعل لها قوة كاملة في الإثبات في المسائل المدنية والإدارية.

وفي ضوء ما تقدم فقد أوضحت حجية البريد الإلكتروني في إثبات الدعاوي الإدارية ، وهو من وسائل الاتصال الحديثة لما له من أهمية في وقتنا الحاضر على اعتبار أن العالم يشهد تطوراً سريعاً في استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة ، مع صعوبة إثبات هذه الوسائل باعتبار أنه لا يوجد تشريعات قانونية فيما مضى وحالياً تتناسب وهذا الموضوع من حيث صعوبة إثباته وحجيته القانونية بأية وسيلة قانونية .

المطلب الأول مفهومه ونشأته :

يعتبر صندوق البريد الإلكتروني شبيه بصندوق البريد العادي ، مع وجود فارق جوهري يتمثل في أنه في صندوق البريد الإلكتروني توجد الرسائل المرسلة إليك وتلك التي سبق لك إرسالها والرسائل الملغاة ونماذج عامة لصيغ الرسائل بالإضافة إلى قائمة بالعناوين البريدية التي تضيفها أو تتشؤها في صندوقك حتى لا تعود في كل وقت لطباعة العنوان من جديد .

من خلال ذلك سنتطرق إلى تعريف البريد الإلكتروني فقهاً وتشريعياً ثم نشأته

الفرع الأول : التعريف الفقهي :

عرف جانب من الفقه البريد الإلكتروني بأنه " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات " ، بينما عرفه البعض بأنه " مكنة التبادل الإلكتروني غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي " (1) . كما عرفه البعض الآخر بأنه " تلك المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصالات البريد الإلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي ، ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها (2) . وعرف أيضاً بأنه " مستودع لحفظ الأوراق والمستندات الخاصة في صندوق البريد الخاص بالمستخدم شرط أن يتم تأمين هذا الصندوق بعدم الدخول إليه وذلك من خلال نظام التشفير أو كلمة المرور وغيرها من تقنيات الحماية الفنية " (3) .

(1) محمود السيد عبد المعطي خيال : الانترنت وبعض الجوانب القانونية . القاهرة . دار النهضة العربية 2001 . ص 134 .

(2) عبد الهادي فوزي العوضي : الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني ، بحث منشور في شبكة المحامين العرب . المكتبة القانونية ، القاهرة ، ص 23 .

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي : الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني . المجلد الأول . النظام القانوني للحكومة الإلكترونية . دار الفكر الجامعي . الإسكندرية . 2004 . ص 172 .

الفرع الثاني : التعريف التشريعي

كما عرف القانون الأمريكي بشأن خصوصية الاتصالات الإلكترونية الصادرة في 1986 والمقنن في موسوعة الفدرالية الأمريكية (US Ses .2510-2711- U.S.C.C.A.N) 18code, البريد الإلكتروني بأنه "وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة ، وغالبا يتم كتابة الرسالة على جهاز الكمبيوتر ثم يتم إرسالها إلكترونيا إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل إليه" (1).

وعرفه القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 22 يونيو 2004 بأنه " كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة وتخزن عند أحد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها " (2).

وقد جاء القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني خاليا من ثمة تعريف لماهية البريد الإلكتروني.

وعرفه القانون العربي النموذجي الموحد : " هو نظام للتراسل باستخدام الحاسب وهذا البريد يستخدم لحفظ المستندات والأوراق والمراسلات التي تتم معالجتها رقميا في صندوق خاص وشخصي للمستخدم لا يمكن الدخول إليه إلا عن طريق كلمة مرور ، و تكمن الخطورة في أن الولوج من شخص غير صاحبه بعد حصوله على كلمة المرور بأي طريقة سواء كانت عن

(1) عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص06

(2) Le Fait que la notification soit censée être faite au domicile du destinataire n'est pas un obstacle à la notification électronique puisqu'il est estimé par une partie de la doctrine qu'il y a une assimilation parfaite entre domicile et adresse électronique.

Voir dans ce sens : P.-Y.Gautier , « L'e-mail » in «Clès pour le siècle».Université Panthéon-Assas ;Paris II, Dalloz,2000,p.369 ;

<http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/diplôme-droit-internet/02-03-Kessler-Delphine-mémoire.pdf>.

إهمال صاحبه بتسريب كلمة المرور منه دون قصد متعمد أو إهماله فنياً ومن ثم يصيبه ضرر" (1) .

ومن خلال ذلك يمكننا القول بأن البريد الإلكتروني هو تلك الرسالة التي تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية.

الفرع الثالث : نشأته

ظهر البريد الإلكتروني وانتشر في جميع أنحاء العالم تحت التسمية الانكليزية (E-Mail)

"الإيميل". ويرجع الفضل لنشأته إلى العالم الأمريكي راي توملينستون ray Tomlinson وهو الذي صمم على شبكة الانترنت برنامج لكتابة الرسائل يسمى Sed message ، ثم اخترع برنامج آخر بغرض نقل الملفات من جهاز إلى آخر سمي ب Cypnet ، ثم قام بدمج البرنامجين في برنامج واحد ونتاج عن هذا الدمج ميلاد البريد الإلكتروني ، ولما صادفت توملينسون مشكلة تتمثل في أن الرسالة لا تحمل أي دليل على مكان مرسلها فكر بابتكار رمز يوضع بين اسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة وكان اختياره للرمز @ وكان في عام 1971 وأصبح أول بريد إلكتروني في التاريخ هو Tomlinson @bbn-tenexa

وقد شهد البريد الإلكتروني ثورة في وسائل تنظيمه وإرساله وربطه التفاعلي بوسائل التقنية الحديثة ، فتم تطوير البريد الصوتي الذي يمكن من خلاله ترك رسائل صوتية أو استقبال رسائل مكتوبة بشكل صوتي ربط البريد بمواقع الشركات عبر الانترنت لتسهيل عمليات الإرسال والاستقبال أثناء الوجود على مواقع الانترنت وطورت تقنية استقبال البريد الإلكتروني بواسطة

(1) صدرت القانون العربي النموذجي ، وهي مجموعة قوانين تم اعتمادها من طرف الدول العربية ، وذلك بالتعاون بين مجلس وزراء الداخلية العرب ومجلس وزراء العدل العرب وذلك تحت مظلة الجامعة الدول العربية ، ومثال القوانين المتعلقة بالإثبات بالتقنية الحديثة والاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية. وهي منشورة على موقع مركز نهوض للدراسات والبحوث القانونية .انظر الموقع :

الكمبيوترات المفكرة المحمولة باليد وأيضاً عن طريق الهاتف النقال (Mobil Phone) كنصوص مكتوبة ومسموعة مع إمكانية من شكل إلى آخر⁽¹⁾.

أضف إلى ذلك أنه تم استخدام وسائل الأمن والحماية التقنية لرسائل البريد الإلكتروني في كافة مراحلها بما في ذلك التشفير وتوثيق مواعيد الإرسال والاستقبال والتحميل وغير ذلك⁽²⁾.

ويثور التساؤل عن مدى حجية هذه الرسائل في الإثبات هل يمكن أن تعتبرها في حكم السندات الرسمية أم تطبق عليها أحكام السند العادي التي تطبق على الرسائل والبرقيات. في الحقيقة الجواب على ذلك سيكون بالحديث عن حجية البريد الإلكتروني.

المطلب الثاني: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات:

يعتبر البريد الإلكتروني صورة من صور التقنيات الحديثة المستخرجة منها السندات الإلكترونية التي تمثل بيانات ثبوتية يقع خزنها ونقلها بشكل رقمي وتتميز هذه السندات بغزارتها ويمكن الحصول عليها بسرعة هائلة وهي بذلك تتفوق على السندات الورقية الاعتيادية وتختلف عنها بوصفها مسجلة على دعائم مغناطيسية لا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي أو طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحقة بهذا الحاسب بعكس السندات الورقية الاعتيادية إذ يسهل قراءتها بالعين المجردة لأنها تكتب على كيان مادي ملموس⁽³⁾، وبذلك فإن السؤال يثور حول قوة السندات الإلكترونية الحديثة في الإثبات

(1) انظر في تفاصيل التطور الذي يشهده البريد الإلكتروني من ناحية التقنيات المستخدمة لتطويره ووسائل الحماية الفنية لصد أقوى الفيروسات ومكافحة الرسائل المخادعة . انظر . صحيفة الشرق الأوسط ،نيويورك . العدد (10689) الصادر في 2006/7/4 في المقال المنشور تحت عنوان (برامج لصد أقوى الفيروسات) وعلى موقعها الإلكتروني:

[http : www.aasat.com /](http://www.aasat.com/)

(2) محمد فواز المطابقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية .دراسة مقارنة . دار الثقافة للنشر والتوزيع.ط1. عمان.2006. ص.155.

(3) نظراً لحدائثة اصطلاح السندات الإلكترونية فقد اختلفت التشريعات بشأن تسميتها وأشار إلى تعبيرات مختلفة نذكر منها (كتابة ،محرم الكتروني ،مستند ،وثيقة ،سجل ،وغير ذلك) ،انظر د.عباس العبودي :تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية مصدر سابق .ص.34 .

مقارنة مع السندات الكتابية التقليدية ، وخاصة فيما يتعلق بالرسائل المرسلة من خلال البريد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت.

أولا : لا يمكن أن تطبق على الرسائل المرسلة بواسطة البريد الإلكتروني أحكام السندات الرسمية ، لأن هذه الرسالة لم تصدر عن موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة نظمتها ووثقتها طبقا للأوضاع القانونية ، به دون أن يكلف مبرزها ما نص عليها ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها⁽¹⁾.

ثانيا : تعتبر هذه الرسائل لها قوة الإسناد العرفية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحدا بإرسالها وكذلك تكون للبرقيات هذه القوة أيضا إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقعا عليها من مرسلها⁽²⁾.

إذا انتهينا إلى اعتبار رسائل البريد الإلكتروني أدلة إثبات ، إلا أن حجية هذا الدليل الاتفاقي تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ، من حيث كونها دليلا كاملا أو ناقصا ، فقواعد حجية الأدلة الكتابية تتعلق بالنظام العام باعتبار أن هذه القواعد ترتبط بأداء القضاء لوظيفته ، فهذا الاتفاق لا يجب أن يقف حائلا أمام ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لتقدير حجية الدليل المقدم في الإثبات ، وهو ما يعني أن رسالة البريد الإلكتروني لا تعتبر بحال دليل إثبات قاطع في النزاع ، بل تخضع حجيتها في الإثبات لتقدير القاضي ، فهي حجية نسبية ، بحيث يستطيع قاضي الموضوع دائما التحقيق من عدم وقوع أي تلاعب أو تحريف في الرسالة الإلكترونية، وفي حالة عدم اقتناعه يمكنه عدم الأخذ بهذه الرسالة .

يمكننا القول إن الرسائل الإلكترونية عبر شبكة الانترنت وعل ضوء المفاهيم التقليدية للدليل الكتابي ، لا يمكن اعتبارها في حكم السندات الرسمية ، ولكن وفقا لأحكام القانون يمكن أن تعتبر في حكم السندات العادية فيما إذا توافرت فيها الشروط التي ذكرتها سابقا ، وبالتالي لا تتمتع بالثقة فيما يتعلق بهوية مرسلها ومدى إمكانية نسبة الرسالة إليه وسلامة محتواها ، وبالتالي فإن قوتها في الإثبات ستخضع لسلطة القاضي التقديرية ، ومدى إلمامه وتفهمه بالنواحي التقنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والكمبيوتر والأدوات المعلوماتية.

(1) لأن نص المادة 324 أكد على انه " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن " ، أي أن صدوره يجب أن يكون من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

(2) المادة 329 من القانون المدني 05-10 .

استثناء على ما تقدم : هل البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع الكتروني يتمتع بحجية الإثبات ؟

البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع الكتروني:

في إطار تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ومواكبة التطور الهائل في استخدامها في كافة المجالات والأنشطة ، تم التفكير في تطبيق تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني ، والذي تكمن أهمية في زيادة مستوى الأمن والخصوصية في التعاملات ، نظرا لقدرة هذه التقنية على حفظ سرية المعلومات والرسائل المرسله وعدم القدرة على تحديد شخصية وهوية المرسل والمستقبل إلكترونيا للتأكد من مصداقية الشخصية مما يسمح بكشف التحايل أو التلاعب ، هذا هو ما دفع الأمم المتحدة ممثلة في لجنة القانون التجاري الدولي ، الأونسيترال unicitral ، إلى إصدار القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996 ، و أيضا القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادرة سنة 2001 ، ومعاهدة استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 ، وذلك بغرض تنظيم العقود الإلكترونية الدولية وإضفاء الحجية القانونية عليها .

كما أصدر الاتحاد الأوربي التوجيه الأوربي رقم 1999/93 في 13 ديسمبر 1999 في شأن التوقيع الإلكتروني ، والذي ألزم الدول الأعضاء بنقل مضمونه في داخل تشريعاتهم الوطنية في خلال 18 شهر ، كم أصدرت عدة دول قوانين تنظم التوقيع الإلكتروني ومنها أمريكا وإنجلترا وسنغافورة ومصر والإمارات العربية المتحدة والأردن وتونس والبحرين .

وقد أحدث القانون المصري للتوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 عدة تعديلات جوهرية على قانون الإثبات ، لعل أهمها المساواة في الحجية القانونية بين الكتابة على محور إلكتروني والكتابة التقليدية على محرر ورقي وذلك شريطة تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة وإمكانية نسبة هذه الرسالة إليه وأن تتم الكتابة وتسجل وتحفظ على نحو يضمن سلامتها

في الأخير ومن خلال ما سبق تعتبر رسالة البريد الإلكتروني المذيلة بتوقيع إلكتروني تتمتع بحجية كاملة في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي ، بحيث يتعين على القاضي أن يعتمد بالرسالة الإلكترونية كدليل كتاب كامل .

المبحث الرابع : التسجيلات

لدراسة التسجيلات كوسيلة من وسائل الإثبات في المنازعات الإدارية ، نتطرق إلى التسجيل الصوتي (مطلب أول) ، ثم التسجيل البصري أو الفيديوي (مطلب ثان)

المطلب الأول : شريط الكاسيت (التسجيل الصوتي)

يعتبر التسجيل الصوتي من الوسائل العلمية التي أدخلت حديثاً في مجال الإثبات المدني ، وهي وسيلة تصلح لإثبات التصرف القانوني⁽¹⁾ ، وقد انتشر استخدام تسجيل المخاطبة الهاتفية من قبل الأفراد عن طريق جهاز التسجيل الصوتي في أشرطة تحفظ الصوت وتعيد سمعه للاستفادة منها في الحصول على دليل مادي لإثبات التعاقد.

ولسكوت غالبية التشريعات العربية عن بيان قيمة الكلام المسجل على الشريط فإن التساؤل يثار عن مدى مشروعية استخدام التسجيل الصوتي وبيان قيمته في الإثبات المدني ؟ وعليه سنتناول هذا العنصر في فرعين : مفهوم شريط الكاسيت ، وحجيته.

الفرع الأول : مفهوم شريط الكاسيت

نتناول في مفهوم شريط الكاسيت تعريفه وتقديره.

الفقرة الأولى : تعريفه

التسجيل الصوتي عبارة عن عملية ترجمة للتغيرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام أو الموسيقى إلى نوع آخر من الموجات أو التغيرات الدائمة ، ويكون التسجيل عادة بواسطة آلة تترجم موجات الصوت إلى اهتزازات خاصة ، ويتم تسجيل الصوت على الشريط المستخدم في جهاز التسجيل بواسطة المغناطيسية ، إذ يجري التسجيل على سلك ممغنط ، وحالياً يجري التسجيل على شريط من البلاستيك الممغنط⁽²⁾.

(1) محمد فالح حسن : مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي . مطبعة الشرطة . ط1 ببغداد 1987 ص.134.

(2) عباس العبودي : الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني . مرجع سابق . ص.38.

وتشير الدراسات العلمية الحديثة إلى أن الصوت يعد من الصفات المميزة في تحديد شخصية الإنسان ، حيث أن لكل شخص صوت خاص به يختلف تماما عن أي شخص آخر ويمكن تمييزه والتعرف على صاحبه من بين العديد من الأصوات بمجرد سماع صوته ، وقد حققت الدراسات حققت الدراسات العلمية تقدما كبيرا في المجال وذلك باستخدام طريقة تشبه إلى حد كبير طريقة تحقيق الشخصية عن طريق البصمات التي تعتمد على مضاهاة الخطوط والعلامات الفريدة والمميزة لطبعات بصمات الأصابع.

الفقرة الثانية : تقدير التسجيل الصوتي

تعرض الدليل المستمد من التسجيل الصوتي إلى انتقادات علمية وفنية ، منها أنه ليس هناك ما يؤكد علميا بأن الدليل المستمد من المخاطبة الهاتفية المسجلة عن شريط التسجيل الصوتي يعود إلى من نسب إليه ذلك ، لأن أصوات الناس تتشابه في بعض الحالات ، كذلك احتمال وقوع التزوير على الشريط المسجل وذلك إما تقليد أصوات معينة أو بنقل أجزاء معينة من صوت مسجل على شريط آخر حتى يبدو لمن يسمعه بأنه حديث متكامل .

ولتفادي هذه الانتقادات يستلزم أن يكون الصوت المسجل قد جسد الواقعة بدقة كاملة إلى درجة يكون معها القاضي متأكد من معرفة حقيقة الأمور التي يستخلص منها الحقيقة ويستطيع الخبراء عن طريقها إجراء المضاهاة في نذببات صوت المتكلم ورأي الخبير هنا استشاري وفقا للقواعد العامة للإثبات⁽¹⁾.

ويستطيع الخبراء عن طريق إجراء المضاهاة في نذببات صوت المتكلم ، التحقق من صوته إن كان أصليا أو مزيفا.

(1) جاء في المادة 140 من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 :

أولا- للمحكمة إن تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها.

ثانيا - رأي الخبير لا يقيد المحكمة ،وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي

الخبير كلا أو بعضا " . المصدر الوقائع العراقية -رقم العدد 2728 .

الفرع الثاني : مدى حجية التسجيل الصوتي كدليل إثبات في المنازعات الإدارية

لقد أثار استخدام التسجيل الصوتي كدليل إثبات في الدعوى بصفة عامة خاصة الجزائية جدلا كبيرا حول مدى مشروعية هذا الدليل المستمد بهذه الطريقة ، لا سيما إذا تم تسجيل كلام أحد الأطراف في الدعوى خفية ودون علمه بها ، حيث لا يكون حرا في التعبير عن إرادته فضلا عن ذلك أن التسجيل خلسة يستند على الاحتيال والغش الذي يوقع الطرف المعني في الغلط مما يعيب إرادته⁽¹⁾.

وقد تباينت مختلف التشريعات في بيان مدى مشروعية الدليل المستمد عن طريق التسجيل الصوتي للكلام المسجل في الدعاوي الجزائية لأنها أكثر إثارة للجدل باعتبارها تمس حرية الشخص، أما في المنازعات الإدارية فكانت تستمد أدلتها من القانون المدني ، ونظرا لأن هذا الدليل يمس أحد الأطراف في أقواله ، أيا كانت الدعوى ، فإنه بالتالي ينطبق على كافة الدعاوي بما فيها الجزائية والإدارية لذلك ارتأينا الاستعانة بالتشريعات الجنائية والاجتهادات القضائية .

نعود إلى مختلف التشريعات حيث هناك من نص صراحة على مشروعية هذا الدليل⁽²⁾، ومنهم من حظر اللجوء إليه ، وهو ما نصت عليه المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948 .

أما قانون الإجراءات الجزائية فذكر شروط لقبول صحة إجراء التسجيل تاركة ذلك لتقدير القاضي ، حيث جاء في المادة 65 مكرر 9 أن هذه العمليات تتم بإذن مكتوب من السلطات المختصة، ولم تستقر المحاكم الفرنسية على اتجاه معين بصدد الأخذ بالتسجيل الصوتي بوصفه دليلا مشروعاً يجوز أن تستند عليه المحاكم في قراراتها ، وذهبت بعض المحاكم إلى أنه يجوز الأخذ به متى كان الحصول عليه قد تم بطريقة مشروعة، وضمنت الضوابط القانونية

(1) سامي صادق الملا : اعتراف المتهم رسالة دكتوراه . ط2. المطبعة العالمية القاهرة 1975. ص155.

(2) المادة 95 من قانون الإجراءات الجزائية المصري المعدل بالقانون رقم 37 سنة 1972

لحماية الصوت ، أما المحاكم الإنجليزية فيمكن أن تأخذ به بوصفه دليلا حقيقيا بشرط أن تتأكد المحكمة من الضمانات التالية⁽¹⁾.

ضمان صوت المتكلم الحقيقي والطريقة التي تم التسجيل بها وأن يكون التسجيل مطابقا للأصل ، فعلى المحكمة الحذر في هذا الدليل لأن التسجيلات الصوتية قد تكون عرضة للتغيير بسهولة .

أما في القضايا المدنية فلا نجد دليلا كافيا يسمح للأفراد باللجوء إلى وسائل التقدم العلمي الجديدة منها التسجيل الصوتي ، وبالتالي على المشرع النص على ذلك صراحة بحيث عليه أن يتخذ موقفا حتى يعتمد على إثبات المخاطبة الهاتفية المسجلة بشرط الالتزام بالضوابط القانونية التي تؤكد صحة الكلام المسجل إلى الشخص المنسوب إليه .

إن المخاطبات الهاتفية تتميز بأنها تتم بين خصمين ، ومن ثم إذا تضمنت أمورا سرية تتعلق بصاحبها ، فإنه لا يجوز للخصم الآخر أن يتمسك بها إلا بموافقة صاحبها ، وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على هذا الاتجاه ، إذ لا يكفي لتقديم المخاطبة الهاتفية التي تتضمن أمورا سرية رضاء الخصم ، بل يجب أيضا رضا الشخص الذي نسبت إليه⁽²⁾، فإذا قدمها الخصم، للقضاء دون علم صاحبها بالرغم مما احتوته من أسرار ، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يطلب استبعادها لأن ذلك يعد انتهاك لحرية الأسرار⁽³⁾.

فإذا توفرت هذه الشروط التي ذكرناها فإن الدليل المستمد من المخاطبة الهاتفية المسجلة يعد مشروعاً ويجوز للمحكمة أن تستند إليه لإصدار قرارها⁽⁴⁾.

وقد اعتبرت إحدى المحاكم الفرنسية الكلام المسجل على شريط الكاسيت بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يوصف بشبه المحضر الذي تدون فيه أقوال الحضور عند استجوابهم⁽⁵⁾. وقد

(1) عباس العبودي : الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني . دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 2002 .ص

41.

(2) يحيى بكوش : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي . الجزائر 1981.ص854.

(3) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، مرجع سابق .ص263.

(4) عباس العبودي : الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني .مرجع سابق.ص44.

(5) محكمة ديجون حكم في تاريخ 1955/06/26 .931. مأخوذ عن عباس العبودي .مرجع سابق .هامش رقم 4 ص45.

تعرضت هذه الأحكام للانتقاد من جانب الفقه على أساس أن شريط التسجيل لا يتسم بالدقة المطلوبة ومن السهل جدا التلاعب بها ، فضلا عن ذلك إن الطريقة التي يحصل فيها الدليل المستمد من هذه الوسيلة تكون في الغالب غير مشروعة.

وفي مصر نجد أن شراح القانون اختلفوا بشأن حجية التسجيلات الصوتية وذهبوا إلى ما يقارب خمسة آراء فمنهم من يؤيد الأخذ بهذه الوسيلة في الإثبات بصفة مطلقة ومنهم من يعارض الأخذ بها ، ومنهم من يحيط هذا الدليل بشروط تسوية بالدليل المستمد من الاستماع خلسة إلى المحادثات الهاتفية الذي له شروط هو الآخر ، ومنهم من يجيز التسجيلات الصوتية إذا كان التسجيل مقدما للتدليل على براءة المتهم ولو كان الحصول عليه بطريق غير مشروع.

إلا أن ذلك الخلاف الفقهي حسم بنص المادة (95 أ.ج) بعد تعديلها بالقانون (37) لسنة (1972) إذ نص المشرع صراحة على جواز إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة وقد ربط النص ذلك بشروط معينة هي:

أن يكون هذا الحديث له فائدة في ظهور الحقيقة ، وأن يكون في جنابة أو في جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر ، وأن يكون بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة ، على أن يتم ذلك بناء على أمر قاضي التحقيق .

وقد أجاز جانب من الفقه (1) للمحكمة أن تستخلص من الكلام المسجل على شريط التسجيل قرينة قضائية تساهم إلى حد ما مع عناصر الإثبات الأخرى في تكوين قناعتها بالقدر الذي يكد على مدى صحة الواقعة محل النزاع بشرط أن يكون الكلام المسجل بعيدا عن شبهة التلاعب والتزوير وسجل بطريقة مشروعة لا تتعارض مع حق الفرد في المحافظة على سرية حديثه ، ويذهب الدكتور عبد الله الجعلي إلى أن شريط التسجيل يعد بمثابة سند عادي في الإثبات(2).

(1) محمد فالح حسن : مرجع سابق .ص 164.

(2) ادوارد عيد : الوجيز في أصول المحاكمات المدنية .مكتب صادر دار المنشورات الحقوقية .بيروت .2005 .ص121.

وهكذا يتضح أن بعض التشريعات العربية تعطي الدليل المستمد من شريط التسجيل قوة الدليل الكامل في الإثبات ، وأن الفقه أيضا يعطي لهذا الدليل قوة معينة في الإثبات ، غير أن هناك اتجاه آخر في الفقه⁽¹⁾، يميل إلى عدم الاعتماد على هذا الدليل ، بوصفه من المسائل الخطرة التي ينبغي على المحاكم أن تأخذ جانب الحذر والاحتياط منها ، فهو ككل اكتشاف علمي حديث يبعث على الاهتمام والاعتقاد بأن ظهوره سيكون له الأثر البالغ على الإثبات القضائي لكن التطور السريع لهذه الوسائل لا يلبث أن يقلل ما وضع فيه من ثقة لا سيما وأنه أصبح من اليسير فنيا تجزئة الكلام المسجل وإلى نبرات صوتية تصاغ منها أقوال لم تصدر عن صاح الكلام⁽²⁾.

كل هذه المحاذير مهما بدت منطقية وصحيحة ، فإن عدم إعطاء أية حجية الدليل المستمد من شريط الكاسيت لا ينسجم مع التطور الحديث للوسائل الجديدة التي ظهرت في عالم الإثبات ، وذلك لأن هذه المحاذير يمكن تفاديها بالاستعانة برأي خبراء الأصوات ، إذ أن تقدم العلم في هذا المجال توصل إلى درجة الكشف عن التلاعب ، لذلك نؤيد ما ذهب إليه المشرع المشرع اللبناني⁽³⁾، وبالتالي يجوز أن يؤخذ به بوصفه دليلا كاملا إذا تأكد له صحة الكلام المسجل إلى المنسوب إليه ، بشرط أن يستعين القاضي بخبير للكشف عن الغموض أو التلاعب الذي يمكن أن يحدث عل شريط الكاسيت.

(1) آدم الندوي : شرح قانون الإثبات ، بغداد ، 1986، ص228. كذلك : قيس عبد الساتر : مبدأ الثبوت في الكتابة في قانون

إثبات المعاملات المدنية والتجارية ونشر سنة 2010.بغداد.ص20.

(2) قانون الإثبات .د/ البخاري عبد الله الجعلي .جامعة الخرطوم .الطبعة الرابعة.1998م.258.

(3) حيث تنص المادة 217 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 "يجوز أن يستخلص الإقرار غير

القضائي من تصريح الخصم المسجل بعمله على شريط مغناطيسي .وفي حال إنكار الخصم التصريح المنسوب إليه ، يجوز

للقاضي أن يلجأ إلى تدقيق الصوت بواسطة خبير ".وتنص المادة 136" للمحكمة أو القاضي المنتدب حق اللجوء إلى التسجيل

الصوتي أو البصري أو السمعي البصري لكل أو بعض عمليات التحقيق التي يباشرها أي منها .بحفظ التسجيل لدى القلم ،

ولكل خصم أن يطلب تسليمه نسخة عنه مقابل دفع النفقة .ويتم الاستساخ أما في القلب أو في وزارة العدل".مأخوذ من:

المطلب الثاني : التسجيلات البصرية (المصغرات الفيلمية)

تتجه معظم التشريعات المعاصرة إلى العدول عن الأدلة التقليدية في الإثبات إلى أدلة أكثر تقدماً منها ، وتهدف استبدالها بأدلة حديثة تتفق مع التقنيات العلمية الجديدة التي فرضت نفسها في التعامل وأثرت تأثيراً واضحاً على طبيعة المعاملات المدنية والتجارية ووسائل إثباتها ، فاكشاف هذه التقنيات العلمية الجديدة التي فرضت نفسها في التعامل وأثرت تأثيراً واضحاً على طبيعة المعاملات المدنية ووسائل إثباتها، فاكشاف هذه التقنيات العلمية وانتشار استخدامها في المجتمعات المعاصرة بشكل متزايد ، ومنها أجهزة "الميكروفيلم" (1) ، يطرح تساؤلاً حول مدى حجيتها في الإثبات في المواد الإدارية خاصة إذا قدمها أحد الخصوم للمحكمة المختصة .

من خلال ذلك يتم تقسيم هذا المبحث إلى فرعين:

الفرع الأول مفهوم المصغرات الفيلمية ، الفرع الثاني حجيتها في الإثبات

الفرع الأول: مفهوم المصغرات الفيلمية

نتناول في مفهوم المصغرات الفيلمية تعريفها وخصائصها وتطورها.

الفقرة الأولى : تعريفها

وهي عبارة عن أفلام حساسة للضوء (فوتوغرافية) مصنوعة من مادة أساسية هي هاليدات الفضة - حيث تشكل الجزئيات الميكروسكوبية السوداء لمعدن الفضة ترجمة للضوء الذي يسقط عليها منعكساً من المساحات البيضاء من المستند وذلك من خلال عدسة جهاز التصوير (التسجيل الميكروفيلمي) وعند طبع الصورة الميكروفيلمية على ورق بواسطة الجهاز الخاص بذلك فإنها تظهر كالأصل تماماً ، وتعني كذلك وهي تصغير حجم الوثائق وطبعها على أفلام صغيرة للرجوع إليها بسرعة(2) ، وتشمل الإمكانيات التكنولوجية للميكروفيلم أن يتم عمل نسخ من الفيلم السالب الأصلي تبعاً لاحتياجات العمل.

(1) الميكروفيلم تصغير ل COM وهي اختصار للاصطلاح الانجليزي Computer oulpoul Microfilm

انظر :محمد المرسي وهرة: مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت للقانون والحاسب الآلي. جامعة الكويت. كلية الحقوق . الفترة الممتدة ما بين 2 و25 تشرين الثاني 1994 .ص47.

(2) عباس العبودي : الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني .مرجع سابق . ص50.

والفيلم الميكروفيلمي الخاص بتصوير المستندات قد يكون أفلام ملفوفة على بكر بعرض 16 مم ويستوعب أكثر من 2000 صفحة حتى مقاس 3 A أو 35 مم ويستوعب حتى 1000 مستند كبير المساحة.

الفقرة الثانية : خصائصها

أهم ما يميز الميكروفيلم أنه صورة ضوئية من معدن الفضة ⁽¹⁾ لا يتأثر بالزمن ولا تتغير نظرية أجهزة قراءتها مع مرور الزمن فهي أجهزة ضوئية بسيطة غير معقدة تكنولوجيا ، كما أنه يسهل اكتشاف أي تزوير يحدث على الصورة الميكروفيلمية مما جعلها الوسيط المثالي لحفظ المعلومات لمئات السنين بالإضافة ، لأنه الوسيط الثاني بعد الورق الذي يوفر الحجية القانونية للمعلومات.

والميكروفيلم له مواصفات قياسية عالمية يسهل تحقيقها بدراسة بسيطة وهي تقليص أمكنة الحفظ ، تضمن جودة الصورة الميكروفيلمية لأغراض القراءة وإعادة الطبع على ورق أو على فيلم بديل كما تضمن جودة الفيلم ليعمر لسنوات طويلة ، ويساعد على تلافي الأضرار الناجمة عن إتلاف الوثائق أو ضياعها لأي سبب من الأسباب ، فضلا عن أنها تؤدي إلى الاقتصاد في النفقات ⁽²⁾.

وعلى هذا فإن الإمكانيات الحديثة لتكنولوجيا الميكروفيلم وفقا لرؤية مركز الأهرام للتنظيم وتكنولوجيا المعلومات قد حققت الإمكانيات المميزة التالية ⁽³⁾:

-تطورت أجهزة الإنتاج لتكاد تكون كاملة الآلية لتحقيق أعلى دقة وسرعة إنتاج وذلك نتيجة تطور الدوائر الإلكترونية وربط الأجهزة بالحاسبات الصغيرة.

(1) لطفي محمد حسام محمود : الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية. دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة 1988 .ص11 وما بعدها.

(2) عباس العبودي :الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني .مرجع سابق .ص50.

(3) مركز الأهرام للتنظيم وتكنولوجيا المعلومات :التسجيل الميكروفيلمي للمستندات ، مأخوذ من موقع : Microfilm .ahram .org/News Content/4/1815 2013/07/02

-تطور إمكانيات الاسترجاع الميكروفيلمي باستخدام المساحات الضوئية للميكروفيلم MICROFILM SCANNER والتي أصبحت تستخدم للاسترجاع الميكروفيلمي على شبكة الحاسبات أو للطبع الورقي على طابعات الليزر -أو لإدخال المستندات إلى نظام الأرشفة الإلكتروني .

-فضلا عن ذلك فإن نظام المصغرات الفيلمية يمكن تطبيقه لطبع محضر جلسات المحاكم وتصوير سجلات وسندات نزع الملكية والمنفعة العامة والملكية العقارية والقوانين وعقود الزواج والطلاق وغيره من القضايا الوثائقية الأخرى⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة : تطورها

وقد تطور استخدام المصغرات الفيلمية فأصبح لها دور مهم في التحقيق من خطورة ومشكلة التمسك بالأدلة الورقية ، لا سيما في ظل استخدام الحاسبات الالكترونية ، إذ تطورت وسائل النسخ الحديثة وتوفرت لها ضمانات أكثر للتطابق مع الأصل ، ويزداد حجم مشكلة التمسك بالأدلة الورقية في المثال التالي لإحدى المنشآت الصناعية الفرنسية الكبيرة التي كان لديها مخزن يحتوي على 16 كيلو متر من الرفوف لإغراض التخزين (الأرشفة) وكان يتم زيادة هذه الرفوف بمعدل كيلومتر كل عام ، وبالتالي أدى هذا الأمر إلى البحث عن دليل آخر يختلف عن المستندات الورقية ، ذلك أن هذه المشكلة لا تقتصر فقط على مكان التخزين ، وإنما أيضا في ثمن الورق الذي ازدادت قيمة مادته الأولية كثيرا .

لذلك اتجهت معظم الدول الحديثة إلى استخدام المصغرات الفيلمية للحد من مشكلة التخزين والاسترجاع ، لأن استخدام هذه المصغرات يساعد في التخزين بسرعة ويسترجع المعلومات بشكل أسرع .

الفرع الثاني : مدى حجية المصغرات الفيلمية كدليل إثبات في المنازعات الإدارية

إن المصغرات الفيلمية ، إذا طبقنا عليها ضوابط الأدلة الورقية فإن قوتها في الإثبات لا ترقى إلى قيمة معتبرة والتي لم يشترط المشرع أي أسلوب معين في عمل هذه الصورة ، فأية صورة تعد في مرتبة أدنى من الأصل ولا يعطيها أي حجية بصفة عامة إلا بقدر مطابقتها للأصل.

(4) عباس العبودي :مرجع سابق .ص50. هامش1 عن تقرير صادر من مجلة القضاء /نقابة المحامين السنة33كانون الثاني حزيران "الميكروفيلم في وزارة العدل"ص271

وبهذا الصدد يجب أن نميز بين صورة السند الرسمي وصورة السند العادي ، فصورة السند الرسمي وفقا للمادة 23 من قانون الإثبات⁽¹⁾ إذا كان أصل السند الرسمي موجودا ، فإن صورته الرسمية خطية كانت أو مصورة ، تكون لها حجية السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك من يحتج عليه بها ، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين مراجعة الصورة على الأصل ، ويترتب على ذلك أن الأصل في حجية السند الرسمي أنها قاصرة على النسخة الأصلية أما الصورة الخطية أو المصورة فإنها لا تكون بذاتها حجة في الإثبات بالرغم من أن موظفا عاما استوثق مطابقتها للأصل ، وعليه فإنه بمجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل ، يكفي الالتزام بتقديم الأصل⁽²⁾.

أما صورة السند العادي وهي عبارة عن نقل الاتفاق الوارد بسند عادي حرفيا ، أو عن طريق المصغرات الفيلمية⁽³⁾ ، فإن هذه الصورة ليس لها أي أصل في الإثبات لأنها لا تحمل توقيع من صدر عنه السند، لأن الصورة قد تكون محرفة أو أن يكون الأصل مزورا ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض " إن صورة السند العادي ليس لها أية قيمة في الإثبات إلا بوجود الأصل لا الصورة"⁽⁴⁾.

ويتضح من استعراض ما سبق أن هناك اهتمام على إعطاء المصغرات الفيلمية حجية الأصل في الإثبات وذلك إذا توافرت فيها الضمانات المتعلقة بإعداد تصويرها سواء من حيث نوعية الفيلم المستخدم ومواصفات التحميض والطبع أم من حيث الضمانات المتعلقة بعملية الحفظ ، ولقد حرصت الدول التي أعطيتها هذه الحجية وخوفا من التزوير الذي يمكن أن تتعرض له هذه المصغرات بأن وضعت شروط واجبة الاحترام ، هذه الشروط تدور حول فكريتي الدوام والتطابق مع الأصل ، بل أن هناك من الدول ذهبت إلى وضع مواصفات تقنية لعملية التصوير والحفظ مثلما هو الحال بالنسبة لبلجيكا وإيطاليا وسويسرا ، ذلك أن العلم يفرض علينا تحديات متعددة تجعل المختص بالقانون مدفوعا بمواجهتها بحلول قانونية متطورة ، والتردد في إعطائها حجية قانونية سوف يحرم الأفراد من امتلاك الأدلة التي تثبت التصرفات القانونية.

(1) المادة 23 من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .

(2) عباس العبودي : مرجع سابق ص 51.

(3) إدوارد عيد : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ج 1 وج 2 دار الكتاب للنشر . بيروت ص 263.

(4) قرار نقض عراقي رقم 166 مؤرخ في 1966/10/25 . المجلد الرابع ص 122.

الخاتمة

وفي الأخير من خلال دراستنا لموضوع أدلة الإثبات الحديثة تبين لنا أن القواعد العامة في القوانين الإجرائية وغيرها ، قد لا تتلاءم مع طبيعة الدعوى الإدارية وبالتالي يؤدي إلى تناقض الأحكام والبعد عن العدالة المرجوة. ضرورة جمع الأحكام الخاصة بالمنازعات الإدارية في القضاء الجزائري بمجلدات خاصة كي يتمكن الباحث من دراستها وتلافي عيوبها ، والاستفادة من المبادئ السليمة الصادرة عن الأحكام القضائية التي تتناسب مع خصوصية الدعوى الإدارية .

ضرورة إدراج تدريس القضاء الإداري ومبادئ الإثبات الإداري في المدرسة العليا للقضاء كمواد مستقلة نظرا لأهميتها من أجل إخراج كوادر قضائية متخصصة في هذا النوع من المنازعات ذات الطبيعة الخاصة ، وتركيز على إعداد دورات تدريبية وإقامة محاضرات لترقية المعارف القضاة الحاليين في هذا المجال

1-ترقية مادة القضاء الإداري لتشمل الأدلة الحديثة ولإلكترونية (التسجيلات الصوتية والفيلمية والبريد الإلكتروني والانترنت). وموقف النظام الجزائري منها بشكل يتلاءم مع أهمية الدعوى الإدارية ، وإفراد جزء خاص لتحقيق الدعوى وإثباتها ، لذلك ينبغي الاهتمام بهذا العمق تحقيقا للفائدة الموجودة .

يجب أن يكون هناك تدخل تشريعي يقضي بمساواة السندات الإلكترونية مع السندات الخطية بنصوص قانونية صريحة لاسيما في الأخذ بالمفهوم الواسع لكل من الكتابة والتوقيع .

2- الاستفادة من تجربة قوانين الدول العربية والغربية المنظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية من خلال تعاطيها مع تحديات الثورة المعلوماتية حيث وضعت أغلب التشريعات العربية أطر تنظيمية لمسألة التجارة الإلكترونية لذا كان لزاما على مشرعنا أن يتدخل ويتعامل وبجدية مع إفرازات الثورة المعلوماتية خاصة وأنه لا نجد اليوم أحد منا يستغني عن استخدام التقنيات الحديثة في تعاملاته اليومية كالانترنت البريد الإلكتروني مثلا.

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: المصادر :

أ*القرآن الكريم: برواية ورش عن نافع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2006.

ب*السنة النبوية:

1. محمد بن اسماعيل البخاري: صحيح البخاري، تحقيق زهير بن ناصر الناصر، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دمشق دار طوق النجاة، ط1422، 01هـ، حديث رقم:4552، ج 06 .

ج*القوانين:

1. القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء. الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2004 .

2. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق .جريدة رقم 14 مؤرخة في 08/03/2006.

3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

4. القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 فبراير 2005 منشور في الجريدة الرسمية رقم 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005 ، يعدل ويتم الأمر 75-58.

5. القانون المدني الفرنسي بالعربية: جامعة القديس يوسف ، ط1، دالوز، بيروت 2012.

ثانياً: المراجع:

1. الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب-القاموس المحيط ج1 القاهرة 1952م ص144، الفيومي أحمد بن محمد علي المصباح: المنير في غريب الشرح الكبير-ج1 القاهرة 1957م.

2. لحسين بن الشيخ أث ملويا: مبادئ الاثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2004.

3. آدم وهيب النداوي: شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، مطبعة دار القادسية، بغداد، 1986م.
4. علي رسلان: نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون الطبعة الأولى دار الدعوى الإسكندرية 1996م.
5. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني-الإثبات بآثار الالتزام-المجلد الثاني-منشورات حلبي الحقوقية، بيروت 1998م.
6. أسامة أحمد شوقي المليجي: شرح القواعد الإجرائية في الإثبات طبعة 1997.
7. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية 1982.
8. أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري-مؤسسة دار الشعب-القاهرة 1977م، ص92.
9. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1979، ص651.
10. شحاتة عبد المطلب حسن: حجية الدليل المادي في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة 2005.
11. نجيب أحمد عبد الله: إجراءات دعوى التزوير الفرعية، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية 2006م.
12. عماد محمد احمد ربيع: حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999م.
13. خالد عمر عبد الله باجنيد: القضاء الإداري وخصوصية الخصومة الإدارية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر عدن 2003م.
14. نعيم مغبغب: حماية برامج الكمبيوتر. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت 2006

15. عباس العبودي :تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان 2010
16. أحمد شرف الدين : عقود التجارة الإلكترونية ،دروس الدكتوراه لدبومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية،كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،القاهرة ،2000 ،
17. محمود السيد عبد المعطي خيال : الانترنت وبعض الجوانب القانونية .القاهرة. دار النهضة العربية 2001
18. عبد الفتاح بيومي حجازي : الحكومة الالكترونية ونظامها القانوني .المجلد الأول . النظام القانوني للحكومة الالكترونية.دار الفكر الجامعي .الإسكندرية .2004
19. محمد فواز المطابقة :الوجيز في عقود التجارة الالكترونية .دراسة مقارنة . دار الثقافة للنشر والتوزيع.ط1. عمان.2006
20. محمد فالح حسن : مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي .مطبعة الشرطة . ط1 ببغداد1987
21. عباس العبودي :الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني . دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 2002
22. يحيى بكوش : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي .الجزائر .1981

ثالثا:المحاضرات:

1. زودة عمر: محاضرات في الإجراءات المدنية أُلقيت على طلبة المدرسة العليا للقضاء،
الدفعة 16 سنة 2006/2007.
2. عبد الرحمن ملزي: محاضرات بعنوان طرق الاثبات في المواد المدنية، أُلقيت على الطلبة
القضاة، الدفعة 16 بالمدرسة العليا للقضاء، سنة 2006/2007.
3. محمد محدة: مقال بعنوان " الإثبات في المواد الإدارية"، مجلة الإجتهد القضائي ، كلية
الحقوق، جامعة بسكرة ، العدد الثاني ، 2005 .

1. <http://www.joradp.dz>
2. <http://mhamoo.mousika.org/t36-topic>.
3. <http://library.islamweb.net/newlibrary/display-book.php?>
4. <http://lawyers2008.ahlamontada.com/t21-topic>
5. <http://www.uncitral.org/pdf/Arabic/texts/electcom/ml-eecsig-a.pdf>
6. <http://www.aasat.com>
7. www.nazaha.iq/images/laws/kadaa/13.doc
8. Microfilm.ahram.org/newsContent/4/1815.
9. www.cacfes.ma/competence.htm73.

الفهرس

البسمة

شكر وتقدير

الإهداء

أ.....مقدمة

ب.....

03 الفصل الأول: ماهية الاثبات في المنازعات الإدارية والعوامل المؤثرة فيه

04.....المبحث الأول: مفهوم الاثبات

04.....المطلب الأول: تعريف الإثبات ومكانته في النظام القانوني

04.....الفرع الأول: تعريف الإثبات

11.....الفرع الثاني: مكانة الاثبات في النظام القانوني

14.....المطلب الثاني: أهمية الإثبات وصعوبته في الخصومة الإدارية

14.....الفرع الأول: أهمية الاثبات

18.....الفرع الثاني: صعوبة الإثبات في المنازعة الإدارية

21.....الفرع الثالث: التشابه في قواعد الاثبات بين القانون الإداري والقانون الجزائي

23.....المطلب الثالث: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

23.....الفرع الأول: الوقائع المادية

24.....الفرع الثاني: التصرفات القانونية

- 24.....الفرع الثالث : التمييز بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية.
- 25.....المبحث الثاني: نظم الإثبات
- 25.....المطلب الأول: نظام الإثبات الحر أو المطلق
- 27.....الفرع الأول: مزايا نظام الإثبات الحر.
- 27.....الفرع الثاني: عيوب نظام الإثبات الحر.
- 28.....المطلب الثاني: نظام الإثبات المقيد أو القانوني.
- 29.....الفرع الأول: مزايا نظام الإثبات المقيد.
- 29.....الفرع الثاني: عيوب نظام المقيد.
- 30.....المطلب الثالث: نظام الإثبات المختلط وموقف المشرع الجزائري.
- 30.....الفرع الأول: مفهوم نظام الإثبات المختلط.
- 31.....ثانيا: موقف المشرع الجزائري.
- 32.....المبحث الثالث: العوامل المؤثرة في الإثبات الإداري.
- 32.....المطلب الأول: امتيازات الإدارة المؤثرة في المنازعة الإدارية.
- 33.....الفرع الأول: حيابة الأوراق الإدارية.
- 37.....الفرع الثاني: امتياز المبادرة.
- 40.....الفرع الثالث: قرينة سلامة القرارات الإدارية.
- 41.....الفرع الرابع: امتياز التنفيذ المباشر.
- 47.....المطلب الثاني: آثار امتيازات الإدارة على المنازعة الإدارية.

- 47.....الفرع الأول: وقوف الفرد موقف المدعي عادةً في الدعوى الإدارية.
- 50.....الفرع الثاني: وقوف الإدارة مدعيةً استثناءً في الدعوى الإدارية.
- 59.....الفصل الثاني: أدلة الإثبات الحديثة في المنازعات الإدارية.
- 60.....المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية.
- 60.....المطلب الأول: مفهومها.
- 62.....المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية.
- 63.....الفرع الأول: ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة.
- 64.....الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني.
- 66.....الفرع الثالث: إمكانية الحفظ و الإسترجاع.
- 67.....المطلب الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية.
- 71.....المبحث الثاني: التلكس و الفاكس.
- 71.....المطلب الأول: التلكس.
- 71.....الفرع الأول: مفهوم التلكس.
- 72.....الفرع الثاني: الإعتراف التشريعي بحجية التلكس.
- 74.....المطلب اثنى: الفاكس.
- 74.....الفرع الأول: تعريف الفاكس.
- 75.....الفرع الثاني: الإعتراف التشريعي بحجية الفاكس.
- 77.....المبحث الثالث: البريد الإلكتروني.
- 78.....المطلب الأول: مفهومه ونشأته.

78.....	الفرع الأول:التعريف الفقهي
79.....	الفرع الثاني: نشأته.....
81.....	المطلب الثاني:حجية البريد الإلكتروني في الإثبات.....
81.....	المبحث الرابع: التسجيلات.....
84.....	المطلب الأول:شريط الكاسيت (التسجيل الصوتي).....
84.....	الفرع الأول:مفهوم شريط الكاسيت.....
86.....	الفرع الثاني:مدى حجية التسجيل الصوتي كدليل إثبات في المنازعات الإدارية.....
90.....	المطلب الثاني:التسجيلات البصرية (المصغرات الفيلمية).....
90.....	الفرع الأول:مفهوم المصغرات الفيلمية.....
92.....	الفرع الثاني:مدى حجية المصغرات الفيلمية كدليل إثبات في المنازعات الإدارية.....
94.....	الخاتمة.....

قائمة المراجع الفهرس