



الجامعة العربية الأمريكية

كلية الدراسات العليا

إثبات جريمة الكسب غير المشروع وأثره على قرينة البراءة في التشريع
الفلسطيني

إعداد

ملاك عبد الكريم دمدوم

إشراف

د. عصام الأطرش

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير

في تخصص العلوم الجنائية

شباط / 2024

© الجامعة العربية الأمريكية-2024. جميع حقوق الطبع محفوظة.

إجازة الرسالة

إثبات جريمة الكسب غير المشروع وأثره على قرينة البراءة في التشريع الفلسطيني

إعداد

ملاك عبد الكريم حمدان دمدوم

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 20-2-2024 وأجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة:



مشرفاً رئيسياً

1- عصام الأطرش



ممتحناً داخلياً

2- أحمد الأشقر



ممتحناً خارجياً

3- عبد اللطيف ربايعه

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة المرسومة

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل، أو جزء منها لم يقدم من قبل لنيل درجة علمية أو بحث لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب: ملاك عبد الكريم حمدان دموم

الرقم الجامعي: 202113359

التوقيع: *Malak*

التاريخ: 2024-7-30

الإهداء

إلى فلسطين... كل فلسطين

إلى غزة العزّة

إلى الشهداء

إلى الأسرى البواسل

الشكر والتقدير

أقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الدكتور عصام الأطرش المشرف الرئيسي والدكتور أحمد الأشقر اللذان كانا لي خير عون وناصح.

الملخص

تناولت الدراسة جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني ومقارنته بالتشريع المصري والكويتي، وتهدف الدراسة إلى التعرف على مدى دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع، وذلك بشأن نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم وانتهاكه لقرينة البراءة. واعتمدت الدراسة المنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص التشريعات ذات العلاقة بالكسب غير المشروع وخصوصاً القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005، كما تم استخدام المنهج المقارن القائم على مقارنة جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني والمصري والكويتي.

وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: إن المساس بقرينة البراءة كمبدأ دستوري يثير الشبهة بعدم دستورية نصوص قانون الكسب غير المشروع التي نالت من هذه القرينة بأي صورة كانت، فيعد تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرعين الفلسطيني والمصري غير دستوري، لأنه نقل عبء الإثبات إلى المتهم مما يشكل انتهاك لمبدأ دستوري وهو قرينة البراءة، على عكس المشرع الكويتي الذي لم ينقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع. وأوصت الدراسة ببعض من التوصيات أهمها: إجراء تعديل على نص المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته، بما يتفق مع مبدأ الشرعية، من خلال استبعاد فكرة الاستغلال الحكمي أو المفترض، وإلغاء القرينة القانونية المبنية على عجز المتهم عن الإثبات، وأن يكون عبء إثبات جريمة الكسب غير المشروع منوطاً بسلطة الاتهام وفقاً للقواعد العامة.

قائمة المحتويات

رقم الصفحة	المحتوى
أ	إجازة الرسالة
ب	الإقرار
ت	الإهداء
ث	الشكر والتقدير
ج	الملخص باللغة العربية
ح	قائمة المحتويات
د	المقدمة
ذ	مشكلة الدراسة
ذ	أسئلة الدراسة
ذ	أهداف الدراسة
ر	أهمية الدراسة
ر	حدود الدراسة
ر	الدراسات السابقة
ز	منهجية الدراسة
1	الفصل الأول: ماهية وإثبات جريمة الكسب غير المشروع
2	المبحث الأول: مفهوم وأركان جريمة الكسب غير المشروع
2	المطلب الأول: تعريف جريمة الكسب غير المشروع
6	المطلب الثاني: أركان جريمة الكسب غير المشروع
18	المبحث الثاني: الإشكاليات الإثباتية في جريمة الكسب غير المشروع
18	المطلب الأول: اثبات الكسب غير المشروع ينتهك قرينة البراءة وينقل عبء الإثبات
22	المطلب الثاني: اثبات الكسب غير المشروع يحرم المتهم من حقه في الصمت
24	الفصل الثاني: الاتجاهات العامة بشأن دستورية اثبات جريمة الكسب غير المشروع وانتهاك قرينة البراءة
24	المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية والتشريعية بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة
25	المطلب الأول: الاتجاهات المؤيدة
28	المطلب الثاني: الاتجاهات المعارضة
33	المبحث الثاني: الاتجاهات القضائية بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة
33	المطلب الأول: الاتجاهات المؤيدة
38	المطلب الثاني: الاتجاهات المعارضة
41	الخاتمة
42	النتائج

43	التوصيات
44	قائمة المصادر
47	قائمة المراجع
53	الملخص باللغة الإنجليزية

المقدمة

إن ظاهرة الفساد الإداري والمالي تعد أحد أخطر المشاكل التي تواجه العديد من دول العالم في الوقت الراهن، ويتخذ الفساد أشكالاً وأنماطاً مختلفة كالرشوة، والاختلاس وهدر وتبديد الأموال العامة وغيرها من الأشكال، فهنا يأتي دور المشرع في مواجهة هذه الأنماط من الفساد من خلال تجريمها بنصوص صريحة في القانون، ويعتبر الكسب غير المشروع أحد أهم أشكال الفساد التي حصلت على الكثير من الاهتمام، سواء على الصعيد الدولي أم على الصعيد الداخلي المتمثل بالتشريعات الداخلية للدول، وذلك ضمن إطار السياسة الجنائية لكل دولة في معالجة ظاهرة الفساد بشكل عام، والكسب غير المشروع بشكل خاص، بوصفه أحد أخطر أشكال وأنماط هذا الفساد.

فتم تجريم الكسب غير المشروع كأحد أشكال الفساد أول مرة في التشريع الفلسطيني من خلال قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005، وقد أثارت هذه الجريمة العديد من الانتقادات والملاحظات كونها تمس مبادئ أساسية كفلها الدستور خاصة في مسألة إثبات هذه الجريمة، فإذا كان الإثبات الجنائي على وجه العموم ينصرف إلى قيام سلطة الاتهام بإثبات وقائع مادية لمدى انطباق النص القانوني على الوقائع المادية محل الجريمة، ومدى وجود علاقة للمتهم مع الركن المادي في الجريمة، فإن إثبات جريمة الكسب غير المشروع يتسم بطبيعة خاصة، فالمشرع قام بالنص صراحة على أن يتحمل المخاطب بالقانون عبء إثبات المصدر المشروع للزيادة التي طرأت على ذمته المالية بخلاف الأصل، مما يتعارض مع مبدأ البراءة، والبيئة على من ادعى، مما شكل شبهة دستورية لنصوص هذه الجريمة.

مشكلة الدراسة

الأصل في المتهم أنه بريء حتى تثبت إدانته، ويترتب على هذه القرينة وقوع عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة، لكن في جريمة الكسب غير المشروع يوجد انتهاك لهذه القاعدة الدستورية حيث فيها قلب لعبء الإثبات، ولقد ثارت العديد من الآراء حول هذا الموضوع ما بين التأييد والمعارضة، وتكمن مشكلة الدراسة في محاولة الإجابة على التساؤل الرئيس: هل تجريم فعل الكسب غير المشروع يمس بقرينة البراءة من خلال تطبيق مبدأ قلب عبء الإثبات؟

أسئلة الدراسة

1. ما هو تعريف جريمة الكسب غير المشروع وفق التشريعات الجزائية الفلسطينية والمقارنة؟
2. ما هي أركان جريمة الكسب غير المشروع وفق التشريعات الجزائية الفلسطينية والمقارنة؟
4. هل هناك إشكاليات اثباتية تواجه جريمة الكسب غير المشروع؟
5. هل تتعارض الأحكام القانونية المجرمة للكسب غير المشروع مع مبدأ افتراض البراءة؟
6. ما موقف الفقه والقضاء بشأن دستورية اثبات جريمة الكسب غير المشروع؟

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على مفهوم جريمة الكسب غير المشروع وأركانها، كما تهدف إلى البحث في إشكاليات الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع وبيان موقف الفقه والقضاء بشأن مدى دستورية اثباتها.

أهمية الدراسة

تعد مسألة اثبات جريمة الكسب غير المشروع من المسائل الهامة وبالغة الخطورة كونها ترتبط بحق دستوري من حقوق الانسان وهو افتراض براءة المتهم، ومن ثم تكمن أهمية الدراسة من الناحية النظرية كونها من الدراسات القليلة التي تطرقت إلى جريمة الكسب غير المشروع، أما من الناحية العلمية فتتمثل في الوقوف على مواطن الضعف والقصور والغموض الذي يعتري النصوص القانونية ليتم تلافيها، وستساعد هذه الدراسة راسمي السياسات التشريعية في فلسطين على التعرف على مدى دستورية اثبات جريمة الكسب غير المشروع وانتهاكه لمبدأ افتراض براءة المتهم.

حدود الدراسة

تحدد الحدود الموضوعية للدراسة في القواعد الجنائية الموضوعية والاجرائية لجريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني من خلال تمييزها عن غيرها من الجرائم، والتعرض للبيان القانوني للجريمة ودستورية نصوص القانون حول هذه الجريمة.

الدراسات السابقة

الدراسة الاولى: دراسة عبد اللطيف ربايعه، بعنوان جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني "دراسة تأصيلية مقارنة" رسالة دكتوراة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية/ الرياض (2014).

تعتبر هذه الدراسة من الدراسات الأولى التي تناولت جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني، وتناول الباحث فيها عدة جوانب منها الموضوعية والاجرائية والعقابية، فعرفت هذه الدراسة جريمة الكسب غير المشروع وبينت أساسها في الشريعة الإسلامية وأساسها القانوني حيث تناولت بنيانها وأركانها، ثم عقوبتها والعقوبات الملحقه بها، وبينت الفرق بين هذه الجريمة وما يشبهها من جرائم أخرى، وبينت الدراسة الجوانب الإجرائية من حيث إجراءات الضبط والملاحقة والتحقيق والمحاكمة لجريمة الكسب غير المشروع والجهات المختصة بها.

وتتفق هذه الدراسة مع دراستنا في تناولها لجريمة الكسب غير المشروع من حيث بيان تعريفها واركانها، وتختلف هذه الدراسة مع دراستنا في تناولها لجريمة الكسب غير المشروع حيث أن المشرع الفلسطيني مؤخراً أجرى تعديلات على نصوص هذه الجريمة وبالتالي فإن دراستنا ستأتي بنتائج مختلفة، كما أن الباحث في

دراسته يتبنى الرأي القائم على عدم وجود شبهة الدستورية في جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني وأنها لا تخالف القواعد العامة في الإثبات على عكس ما تبنته دراستنا.

الدراسة الثانية: دراسة أحمد الأشقر وعصام الأطرش، بعنوان تجريم الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني بين الشرعية الدستورية والضرورة الإجرائية "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية (2022).

تعتبر هذه الدراسة من الدراسات الحديثة التي تناولت مسألة مشروعية جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني وفق القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018، وتناولت تعريف هذه الجريمة وبيان أركانها، وبيان رأي الفقه والقضاء من مدى دستورية اثبات هذه الجريمة.

حيث توصلت الدراسة إلى أن تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الفلسطيني والأردني غير دستوري خلافاً للمشرع الكويتي، ونحن نتفق في دراستنا مع هذه الدراسة في تبنت الرأي الذي يرى وجود شبهة دستورية تعتري نصوص هذه الجريمة، ونختلف معها في ان هذه الدراسة بحثت في جريمة الكسب غير المشروع وفق التشريع الفلسطيني ومقارنته مع التشريع الأردني والكويتي، أما دراستنا فتبحث في جريمة الكسب غير المشروع وفق التشريع الفلسطيني ومقارنته مع التشريع المصري والكويتي.

الدراسة الثالثة: دراسة احمد براك بعنوان جرائم الفساد بين إشكالية النص والتطبيق العملي، 2015.

تناول الباحث في هذه الدراسة تحليلاً وتأصيلاً كافة جرائم الفساد في التشريع الفلسطيني، بما فيها جريمة الكسب غير المشروع، ووضح الإشكاليات التي أدت إلى صعوبة تطبيقها وجعلتها محلاً للطعن بعدم الدستورية. فيرى الباحث أن هذه الجريمة تتعارض مع مبدأ الدستورية، وذلك لعدم احتواء القانون على تعريف يحدد عناصر هذه الجريمة خاصة بعد إلغاء تعريفها الوارد في قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005. وتتفق هذه الدراسة مع دراستنا في تشخيص الإشكاليات التي اعترت تجريم الكسب غير المشروع، إلا أن دراستنا تبحث هذه الإشكاليات في التشريع الفلسطيني بالمقارنة المصري والكويتي.

منهجية الدراسة

تم الاعتماد في هذه الدراسة المنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص التشريعات ذات العلاقة بالكسب غير المشروع وخصوصاً القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة

2005، كما تم استخدام المنهج المقارن حيثما يلزم القائم على مقارنة جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني والمصري والكويتي.

الفصل الأول

ماهية وإثبات جريمة الكسب غير المشروع

إن الكسب غير المشروع من منظور قانوني يبقى مفهوماً جديداً نسبياً في الأدبيات القانونية، وهذا يفسر عدم معالجته على نطاق واسع وشامل، على عكس مفاهيم الرشوة وجرائم الفساد الأخرى، وتعد جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم المستحدثة التي تشير إلى الزيادة غير المشروعة التي يحققها الموظف العام في ثروته بشكل لا يتناسب مع مصادر دخله العادية، مع عدم قدرته على تبرير هذه الزيادة، مما يدل على أن مصدر هذه الزيادة هو الاستغلال غير القانوني من قبل الموظف لوظيفته التي يمارسها.

الكسب غير المشروع من الجرائم واسعة الانتشار، وذلك لأنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالوظيفة العامة، فبحكم موقع الموظف في الوظيفة العامة يقوم باستغلال وظيفته أو منصبه للحصول على كسب غير مشروع، الأمر الذي يرتب آثاراً سلبية على الاقتصاد الوطني، فالاستغلال السيء للوظيفة العامة من طرف الموظف العام أو من في حكمه، يجعل هذا الأخير يحصل على أموال ملحوظة وفي وقت قياسي قصير، فيتمكن من الحصول على ثروة كبيرة لا تتناسب مع مصادر دخله (المساعدة، 2018، ص261).

فالكسب غير المشروع ما هو إلا وجه من أوجه الفساد الإداري والمالي، يتمثل بالزيادة الغير منطقية الكبيرة، وليس هناك مبرر لوجودها ضمن ممتلكات الموظف أو ممتلكات أحد أفراد أسرته، أو بنقص كبير غير مبرر في ديونه والتزاماته، بالإضافة إلى عجزه عن تبرير مصدر مشروع لهذه الزيادات.

كما أن الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، بينت المقصود بالكسب غير المشروع عندما نصت على أنه: "...تعمد موظف عمومي إثراء غير مشروع، أي زيادة موجوداته زيادة كبيرة لا يستطيع تعليها بصورة معقولة قياساً إلى دخله المشروع". إلا أن هذا التعريف أثار الجدل على الصعيد الدولي حول مدى دستورية هذه الجريمة لما فيها تعارض مع مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، ونقل عبء إثبات المصدر المشروع لهذه الزيادة للمتهم بدلاً من النياحة العامة، مما جعل الاتفاقية تنتهي إلى أن تجريم الإثراء غير المشروع يكون رهناً بالدستور

والمبادئ الأساسية للنظام القانوني لكل دولة طرف (المادة (20) من الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد (2003) من خلال هذا الفصل سيتم توضيح مفهوم وأركان جريمة الكسب غير المشروع في التشريعات القانونية وذلك في المبحث الأول، وتوضيح الإشكاليات الإثباتية في جريمة الكسب غير المشروع في المبحث الثاني.

المبحث الأول

مفهوم وأركان جريمة الكسب غير المشروع

لكي نفهم تعريف جريمة الكسب الغير مشروع وأركانها يجب علينا تحليل النصوص القانونية الناضجة لهذه الجريمة في التشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة محل البحث في هذه الدراسة، للوقوف على التعريف التشريعي لها في كل منها ومعرفة أوجه الشبه والاختلاف بينها، لذلك سينقسم هذا المبحث الى مطلبين، الأول يتناول تعريف جريمة الكسب غير المشروع، والمطلب الثاني يتناول أركان جريمة الكسب غير المشروع.

المطلب الأول

تعريف جريمة الكسب غير المشروع

ورد تعريف جريمة الكسب غير المشروع لأول مرة في التشريع الفلسطيني في المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005، والتي عرفته بأنه "كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني أو للأداب العامة أو بأية طريقة غير مشروعة وان لم تشكل جرماً، ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو على أولاده القصر متى كانت لا

تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها. ويدخل في حكم الكسب غير المشروع كل مال حصل عليه أي شخص طبيعي أو اعتباري عن طريق تواطؤ مع أي شخص من الخاضعين لهذا القانون على استغلال وظيفته أو صفته". (المادة 1 من قانون الكسب غير المشروع رقم 1 لسنة 2005)

الا أنه طرأ تعديل على قانون الكسب غير المشروع بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، فقد تم استبدال عبارة الكسب غير المشروع أينما وردت بكلمة الفساد، (المادة 3 من القرار بقانون رقم 7 لسنة 2010)، كما أنه تم تعديل المادة الأولى من قانون الكسب غير المشروع لتصبح على النحو التالي:

"الفساد: يعتبر فسادا لغايات تطبيق هذا القانون ما يلي:

- 1- الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة والجرائم المخلة بالثقة العامة المنصوص عليها في قوانين العقوبات السارية.
- 2- الجرائم الناتجة عن غسل الأموال المنصوص عليها في قانون غسل الأموال.
- 3- كل فعل يؤدي الى المساس بالأموال العامة.
- 4- إساءة استعمال السلطة خلافا للقانون.
- 5- قبول الوساطة والمحسوبية التي تلغي حقا وتحق باطلا.
- 6- الكسب غير المشروع.
- 7- جميع الأفعال الواردة في الاتفاقات العربية والدولية لمكافحة الفساد التي صادقت عليها أو انضمت اليها السلطة الوطنية.

ومن الظاهر في نص هذه المادة أنه على الرغم من إيراد جريمة الكسب غير المشروع كأحد جرائم الفساد إلا أنها لم تحتوي على تعريف للكسب غير المشروع ليبين الأحكام الموضوعية لهذه الجريمة من عناصر وأركان وصور، والذي يمكن أن يعد خلافاً قانونياً إذا ما سلمنا بقصد المشرع إغفال التعريف بالجريمة في التعديل، ولكن ماذا لو كان هذا الإغفال عن غير قصد كون قانون الكسب غير المشروع هو الوثيقة الأساسية لقانون مكافحة الفساد أصلاً فيتم الرجوع اليه عند وجود لبس. (ربابعة، 2014، ص32).

ظل هذا التساؤل موجود دون إجابة واضحة إلى أن أصدرت المحكمة العليا بصفقتها الدستورية حكمها في الطعن رقم (2014/3)، والذي جات فيه: "إن القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010م، لم يعدل ولم يلغي تعريف الكسب غير المشروع الوارد في المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع الذي اعتبر أن الحصول على أي مال بأي طريقة غير مشروعة...". فهذا الحكم أكد على أن القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010

أبقى على تجريم الكسب غير المشروع واعتبره أحد جرائم الفساد، وأن التعريف الوارد في قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005، لم يتم الغاؤه.

وعلى ضوء تعريف الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني رقم (1) لسنة 2005 فإنه يبرز لنا العديد من الملاحظات منها:

- توسع المشرع الفلسطيني كثيراً في الحالات التي يمكن أن تكون طريقاً غير مشروع وتوجيه هذه التهمة له ولكن في نفس الوقت لا تشكل جريمة.
- إن من العيوب التي تعترى النص القائم أنه اشترط في الشطر الأخير من التعريف أن يكون الكسب قد حصل عليه الغير تواطؤ بين هذا الغير وبين الخاضع لأحكام التشريع، وهو وضع شاذ لا يتسق مع الأساس في تشريع الكسب غير المشروع والحكمة منه، كما أنه لم يتم تحديد مفهوم التواطؤ، والأولى في المشرع أن يستخدم مصطلح ذو دلالة قانونية كالاشتراك الجرمي.

إلا أن المشرع الفلسطيني في التعديل الأخير الذي جاء في القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 وضع تعريفاً واضحاً للكسب غير المشروع يوضح من خلاله صور وأركان هذه الجريمة مما يزيل الغموض الذي اعتدى النص، وأصبح تعريف الكسب غير المشروع بموجب هذا التعديل على النحو الآتي: "الكسب غير المشروع: كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة، ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لأحكام هذا القانون، أو على زوجه أو على أولاده القصر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها" (المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018).

ونلاحظ من هذا التعريف أنه اشتمل على صورتين للكسب غير المشروع الأولى تكون باستغلال الوظيفة أو الصفة، والثانية الزيادة التي تطراً بعد تولي الخدمة أو الصفة على الخاضع لهذا القانون أو زوجه أو أبنائه ويعجز عن إثبات مصدر مشروع لها.

وعرف المشرع المصري الكسب غير المشروع بأنه: "يعد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني عقابي أو للآداب العامة. وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو أولاده القصر

متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن اثبات مصدر مشروع لها." (المادة (2) من قانون رقم 62 لسنة 1975)

أما المشرع الكويتي فقد عرف الكسب غير المشروع بأنه كل زيادة في الثروة أو انتقاص في الالتزامات تطرأ بسبب تولي الوظيفة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو أولاده القصر أو من يكون ولياً أو قيماً عليه متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وغير مبررة. (المادة رقم (1) من قانون رقم 2 لسنة 2016 في شأن انشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية)

في ضوء هذه التعريفات للكسب غير المشروع يبرز لنا العديد من الملاحظات التي يمكن رصدها في الجوانب الآتية:

- حدد المشرع الفلسطيني والمصري بأن الكسب غير المشروع يجب أن يتضمن زيادة تطراً على الأموال، بينما حددها المشرع الكويتي بالزيادة في الثروة أو انتقاص في الالتزامات، ونحن نميل للمشرع الكويتي عندما اعتبر الانتقاص في الالتزامات كسباً غير مشروع، فالكسب غير المشروع يرتبط بالأموال والحصول عليها (الأشقر، والاطرش، 2022، ص 167).
- اختلف المشرع الكويتي عندما لم يقتصر زيادة الثروة أن تكون للموظف نفسه أو أولاده القصر، فقد أضاف من يكون ولياً أو وصياً أو قيماً عليه، إلا أنه لم يشمل زوجه الأمر الذي يختلف مع المشرع الفلسطيني والمصري الذي شمل زوجه، ونحن نميل للمشرع الفلسطيني والمصري الذي ضيق الدائرة وحصر الزوجة والأولاد القصر فقط.
- أشار المشرع المصري في الصورة الأولى من صور الكسب غير المشروع على أن يكون الحصول على المال بسلوك مخالف لنص قانوني عقابي أو للأداب العامة ولم يشير المشرعان الفلسطيني والكويتي لذلك، ونحن نميل مع المشرع الفلسطيني والكويتي ذلك لأن السلوك المجرم بنص عقابي هو سلوك مجرم عن طريق قوانين أخرى كقانون العقوبات، ومن ثم فهذه العبارة تعتبر زيادة لا موجب لها في نص القانون، أما فيما يتعلق بمخالفة السلوك للأداب العامة، فالمقصود بالسلوك المخالف للأداب العامة هو عبارة غير محددة صياغتها وغير موفقة، لأنه هنالك ضوابط عندما يسن المشرع النص العقابي، فيلتزم بها، وهي أن يكون النص العقابي محدداً مباشراً وواضحاً ولا يتسم بالغموض، ولا يحتمل التأويل، لأن الصياغات غير المنضبطة في القانون لا يجوز إعمالها في القوانين العقابية (الريكاني، 2019، ص 107).

- لم يتطرق المشرع الكويتي الى الجهة المخولة بعبء الاثبات، خلاف المشرع الفلسطيني والمصري اللذان حدداها صراحة بالمتهم.

المطلب الثاني

أركان جريمة الكسب غير المشروع

يشترط لقيام أي جريمة أن تتوافر فيها الأركان العامة والمتمثلة بالركن المادي والركن المعنوي، كما أن بعض الجرائم تحتاج الى ركن خاص بها والذي يسمى الركن المفترض والجريمة محل بحثنا من الجرائم التي تتطلب ركن مفترض وهو صفة الجاني، بأن يكون من الأشخاص الخاضعين لقانون الفساد، وعليه سنبحث في هذا المطلب أركان جريمة الكسب غير المشروع على النحو الآتي:

أولاً: الركن المفترض:

لاكتمال البنيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع ينبغي توافر صفة معينة في الجاني عند مباشرة السلوك الجرمي، وهذه الصفة هي من أساسيات التجريم لذلك رقيت إلى أن تكون ركن من أركان جريمة الكسب غير المشروع والتي يطلق عليها الركن المفترض وذلك على افتراض وجودها في مرحلة تسبق زمنياً وجود الوقائع المادية، وهذه الصفة هي صفة الموظف العام أو من في حكمه طبقاً للفئات التي نص عليها القانون (ربابعة، 2014، ص 85)، وقد نصت القوانين المقارنة في هذه الدراسة على هذه الفئات على سبيل الحصر، فنجد أن المشرع الفلسطيني والمصري والكويتي قد أخضع فئات معينة على سبيل الحصر، وسوف نقوم ببيان هذه الفئات كل قانون على حدة.

أولاً: الفئات الخاضعة لقانون الكسب غير المشروع في القانون الفلسطيني:

لقيام جريمة الحصول على كسب غير مشروع يجب أن يكون الجاني من الذين ينتمون إلى إحدى الفئات المنصوص عليها في المادة (2) من قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته والذين يخضعون لأحكامه، فجريمة الكسب غير المشروع لا تقع إلا من أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون، وهذا يعنى أنهم موظفين بالمفهوم الواسع الذي تبناه القانون الجنائي لتوفير أكبر قدر من الحماية للمال العام والصالح العام.

إلا أن ذلك لا يشترط لمن يساهم في تلك الجريمة مساهمة تبعية بمعنى أنه إذا كان الفاعل الأصلي في الجريمة يجب أن يكون من بين هؤلاء الخاضعين للقانون، وعلى ذلك فإن الشريك في الجريمة قد يكون من غير هؤلاء، بل إن المادة الأولى من قانون الكسب غير المشروع الفلسطيني رقم (1) لسنة 2005 قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005 كانت تعتبره مرتكباً لجرم الكسب غير المشروع كحالة خاصة بنص القانون، ولم يرد في المادة (1) من قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته بعد صدور القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 مثل هذا النص.

تقع جريمة الكسب غير المشروع وفق أحكام المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته، على الفئات الخاضعة لأحكام ذلك القانون دون غيرهم، والتي تم تحديدها على سبيل الحصر، فلا يقاس على من ورد ذكرهم فيها، حيث يمتنع القياس في مسائل التجريم (المصرفاوي، 1983، ص17). حيث نصت المادة الثانية على أنه:

" يخضع لأحكام هذا القرار بقانون: 1. رئيس الدولة، ومستشاروه و...، 14. مسؤولو وأعضاء الجهات التي تساهم بها الدولة أو تتلقى موازنتها أو أي دعم من الموازنة العامة للدولة، والعاملون فيها" (المادة رقم (4) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته) نلاحظ من خلال المادة السابقة أن جريمة الكسب غير المشروع تنطبق إذا ما ارتكبت من قبل رئيس السلطة الفلسطينية باعتباره رأس السلطة التنفيذية، ومستشاريه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة مثل هيئة الشؤون المدنية. كما أن استهداف رئيس السلطة الوطنية يعطي دلالة واضحة على أن لا أحد فوق القانون، ويشكل ذلك ردعاً للفئات الأدنى (عمارنة، 2019، ص18).

كما أخضع القرار بقانون رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم، وبذلك إذا ارتكب أي منهم جريمة الكسب غير المشروع يجرم، وفي عبارة من في حكمهم امتداد لتصل الى غير هذه الفئة من المناصب التي يتم تعيينها بدرجة وزير وإن لم يكن شاغلوها من أعضاء الحكومة، مثل رئيس سلطة الأراضي، ورئيس سلطة الطاقة.

كما أخضع رئيس وأعضاء المجلس التشريعي وبذلك يلاحقون بجرم الكسب غير المشروع إذا ما ارتكب من قبل أي منهم. بالإضافة إلى إخضاع أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة، ويقصد بأعضاء السلطة القضائية قضاة المحاكم بكافة أنواعها وفق ما ورد في الباب السادس من القانون الأساسي المعدل في المواد من (97) الى (109)، وحسناً فعل المشرع الفلسطيني بالنص صراحة على انطباق القانون على أعضاء النيابة، فعلى الرغم من شمول القانون الأساسي في بابه السادس لأحكام ناظمة للنيابة العامة في المواد (107،108) إلا أن جدلية تبعية النيابة العامة للسلطة القضائية اقتضت النص صراحة على خضوع أعضاء النيابة العامة للقانون وعدم الاكتفاء بإخضاع القضاة.

وأيضاً أخضع القرار بقانون رؤساء المؤسسات والهيئات والأجهزة المدنية والعسكرية، وتثير هذه الفقرة عدداً من الملاحظات، حيث أن رؤساء المؤسسات والهيئات يخضعون للقانون بموجب الفقرة (2) من هذه المادة التي تخضع الوزراء ومن في حكمهم، إذا ما كان رئيس المؤسسة أو الهيئة عين بدرجة وزير، والا فإنه يندرج ضمن الفقرة (7) منها التي تخضع الموظفين لأحكام هذا القانون باعتبارهم موظفين عامين وفق التعريف الوارد في المادة (1) منه.

كما أخضع المحافظون ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية والعاملون فيها، ويعتبر المحافظ أعلى سلطة تنفيذية ورئيس الإدارة العامة في محافظته وممثلاً لرئيس السلطة فيها. كما أخضع القرار بقانون الموظفين وفق أحكام الفقرة (7) من المادة (4) منه، كل من يعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية أو العسكرية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها. وأعضاء السلك الدبلوماسي ومن في حكمهم.

وأيضاً أخضع رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الشركات والعاملون فيها التي تكون السلطة الوطنية أو أي من مؤسساتها مساهماً فيها، كما أخضع المحكمون والخبراء والحراس القضائيون ووكلاء الدائنين والمصفون.

نرى أن المشرع الفلسطيني لم يكن دقيقاً في تحديد الأشخاص الخاضعين لجريمة الكسب غير المشروع، فمثلاً لم يحدد المشرع من هو المقصود بالمساهمين في الشركات غير الربحية والعاملون فيها، وهل تختلف عن الجمعيات الخيرية والتعاونية، ولم يشترط المشرع الفلسطيني لإخضاع هذه الفئة نسبة معينة لمساهمة السلطة أو أحد مؤسساتها. كما نرى أن المحكمون، والخبراء، والحراس القضائيون، ووكلاء الدائنين، والمصفون، يمكن أن ينطبق عليهم بند آخر وهو الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي تم تكليفهم به (الأشقر، والأطرش، 2022، ص169).

ويتميز المشرع الفلسطيني بأنه أخضع فئتين لم يخضعهما المشرعين المصري والكويتي وهما: الأولى فئة غير الفلسطينيين من العاملين في مؤسسات السلطة، فإذا ما استغل أي منهم عمله في مؤسسات السلطة للحصول على المال، تنطبق عليه جريمة الكسب غير المشروع، أما الفئة الثانية فتشمل الفلسطينيين العاملين في أي جهاز عمومي أو منظمة أهلية تابعة لبلد أجنبي أو لمنظمة دولية، وبذلك لا يحصن العاملين في جهات تابعة لبلد أجنبي أو منظمة دولية من المساءلة وإن كانت إجراءات الملاحقة في هذه الحالة قد تحتاج للتعاون الدولي (الفقرة (13) من المادة رقم (4) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 المعدل للقانون رقم (1) لسنة (2005)

ثانياً: الفئات الخاضعة لقانون الكسب غير المشروع في القانون المصري

نجد المشرع المصري في قانون الكسب غير المشروع رقم (2) لسنة 1975 المعدل بموجب قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (97) لسنة 2015، ذكر الفئات الخاضعة على سبيل الحصر، إذ يفترض فيمن توجه له تهمة الكسب غير المشروع، أن يكون من بين الفئات التي حددها القانون، وهذا يعني أن كل من لم يرد النص عليه من ضمن هذه الفئات لا يجوز القياس عليه لأن القياس غير جائز في مسائل تتعلق بالتجريم، لأنه بمثابة خلق نصوص تجريم جديدة وهذا يعتبر مخالفة لمبدأ دستوري مهم وهو (مبدأ شرعية الجرائم)، وبالنظر إلى نص المادة الأولى من قانون الكسب غير المشروع المصري رقم (62)، حيث نصت المادة الأولى على أنه:

"يخضع لهذا القانون الفئات الآتية: 1. القائمون بأعباء السلطة العامة... 10. الممولون الخاضعون... ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ان تضاف إلى المذكورين فئات أخرى بناء على اقتراح وزير العدل إذا اقتضت ذلك طبيعة العمل الذي يقومون عليه".

وبالنظر إلى نص المادة الأولى منه يتبين لنا، أنه أخضع السلطات الثلاث لهذا القانون، وهذه الفئات عبارة عن طوائف معينة، الطائفة الأولى السلطة الإدارية، والطائفة الثانية السلطة السياسية، أما الثالثة فهي طائفة السلطة الاقتصادية، كما أنه استثنى من بين هذه الطوائف فئات المستوى الثالث بالجهاز الإداري، ولربما تكون العلة من هذا الاستثناء أن هذه الفئات في الغالب هم صغار الموظفين الذين في الغالب لا تتيح لهم طبيعة أعمالهم الحصول على الكسب غير المشروع (العيسى، 2023، ص59).

كما نلاحظ أن المشرع المصري قد أدخل ضمن الفئات الخاضعة للقانون، وأسبغ عليهم وصف الموظف العام المحكمين والخبراء والمصنفين والحراس القضائيين.

كما يشمل بعض موظفي القطاع الخاص، حيث أخضع طائفة من القطاع الخاص، وهم طائفة من التجار، الذين تكون طبيعة تعاملاتهم الاقتصادية ذات قوة، مما يخشى معه توافر استغلال النفوذ، بما لديهم من تعاملات مع الدولة ويؤدون أعمالاً ذات منفعة عامة، والذين لديهم احتكاك مباشر مع الجهاز الإداري مثل الموردين والمقاولين وغيرهم، وقد نص المشرع المصري في الفقرة العاشرة على خضوع الممولين الخاضعين لنظام البطاقة الضريبية المقرر بالقانون رقم (82) لسنة 1973، إذا جاوز مجموع المعاملات لممول مع الجهات المبينة بالقانون (50) ألف جنيه، كما شمل أيضاً رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة وسائر العاملين بالشركات التي تساهم الحكومة أو الهيئات العامة أو المؤسسات أو الوحدات الاقتصادية، إذ يعد من القطاع العام طالما كانت الحكومة أو الهيئات العامة تسهم في رأس مالها بنصيب ما، وهذا ما أكد عليه قانون الكسب غير المشروع في الفقرة الخامسة من مادته الأولى (الطباخ، 2020، ص62).

كما أخضع القانون مأمور التحصيل والمندوبين والأمناء على الودائع والسيارفة ومندوبي المشتريات والمبيعات وأعضاء لجان الشراء والبيع، لما لهذه المراكز من قوة اقتصادية تتيح لصاحبها بالعبث بالمال الذي أوتمن عليه بسبب وظيفته، وهنا تركز قوة الموظف على القوة الاقتصادية التي يتحكم فيها بسبب وظيفته، الأمر الذي يمكن أن يتعرض معه الصالح العام للخطر بسبب ذلك.

كما شمل القانون الاتحادات الرياضية والأندية التي تكون أموالها أموالاً عامة، وكذلك المجالس القومية المستقلة التابعة للدولة وأيضاً المؤسسات الصحفية ووسائل الإعلام التي تكون الدولة مساهمة فيها بحصة لا تقل عن 25%، أيضاً الجمعيات والمؤسسات الأهلية ذات النفع العام والأوقاف الخيرية، كما أوجب المشرع المصري في نص المادة (3) على أن الخاضع يقدم إقراراً عن ذمته المالية وذمة زوجه وأولاده القصر، أن يبين فيه الأموال الثابتة والمنقولة خلال شهرين من تاريخ خضوعه لإحكام هذا القانون (عبد العاطي، 2016، ص30).

وحسناً فعل المشرع المصري بتوسيع نطاق الإقرارات للذمة المالية منعاً لاستغلال الوظيفة والاتجار بالنفوذ، وتسهيلاً لاكتشاف الأموال المتحصلة من مصادر غير مشروعة، ونجد المشرع قد وسع من صلاحيات رئيس الجمهورية حيث منح الحق لرئيس الجمهورية أن يضيف أشخاصاً آخرين بقرار إداري، إلى الفئات المخاطبة بالقانون، كما جعل أمر الاقتراح بيد وزير العدل منفرداً، وفي ذلك تقليص واضح لنطاق تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من حيث الأشخاص، إذ يتيح للسلطة التنفيذية إخضاع أشخاص بعينهم، دون معيار دقيق، لنص عقابي، الأمر الذي يفتح باب القياس والتوسع في التفسير، وهو محذور طبقاً للقاعدة الدستورية التي تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص (عبد القادر، 1987، ص111).

ثانياً: الركن المادي

لا تكتمل أي جريمة بغير ركن مادي لها، فبغير ماديات ملموسة لا نستطيع إقامة الدليل على الفاعل، ولا تكون هناك حماية للحقوق الجديرة بالحماية، فيكون مما يشكل خطراً وتهديداً على هذه الحقوق.

ويقوم الركن المادي على ثلاثة عناصر هي الفعل أو السلوك المحظور المتمثل بالفعل الإرادي من جانب شخص ما، والنتيجة التي تتمثل بالضرر الذي يصيب المجتمع أو أحد أفراده، وعلاقة السببية التي تربط السلوك المحظور بالنتيجة الضارة.

ويتمثل الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع في الفعل أو النشاط المادي الذي يسفر عن كسب غير مشروع أو حصول على مال بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة، إذ يدور هذا الركن في مجموعه حول استغلال إمكانيات اتصال الفرد بالمال العام للوصول إلى الكسب غير المشروع، وحدث تضخم في الثروة لا يتناسب مع موارده، وعجز عن إثبات مصدرها.

فكون إذاً في الركن المادي لجريمة الكسب غير المشروع أمام استغلال الوظيفة أو الصفة والعجز عن إثبات الزيادة في موارده المالية والتي تشكل العنصر الأول في الركن المادي وهو السلوك الاجرامي، بالإضافة الى الحصول على المال والذي يشكل العنصر الثاني في الركن المادي وهو النتيجة الاجرامية، وأخيراً وجود رابط بين استغلال الوظيفة والحصول على المال، أي أن يكون استغلال الوظيفة هو السبب في الحصول على المال والذي يشكل العنصر الثالث في الركن المادي وهو توافر علاقة سببية بين السلوك والنتيجة. وسوف يتم تناول كل منها على حدة بشيء من التفصيل.

1- السلوك الاجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي لجريمة الكسب غير المشروع في الاستغلال الفعلي للوظيفة أو الصفة، فما هو معنى الاستغلال في جريمة الكسب غير المشروع؟

إن استغلال الوظيفة أو الصفة يشمل كل ما يدور في فلكها من سلطات وأعمال وصلاحيات، ولفظ الاستغلال يتضمن بالضرورة تصرف إيجابي من قبل الفرد، فلا يكفي فيه السلوك السلبي، ومع وجود صورتين للجرائم بشكل عام وهي الجرائم الإيجابية والجرائم السلبية ووجود إمكانية لتحقيق بعض الجرائم من خلال الصورتين، إلا أن جريمة الكسب غير المشروع من نوع الجرائم الإيجابية التي يتعين على الفاعل أن يبذل فيها نشاطاً يظهر بالصورة الإيجابية سواء كان بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل (المصرفاوي، 1983، ص53)، فلا

بد من وجود ارتباط ما بين الشخص المستغل احدى حالتين: الوظيفة وهي التي تتطلب قيام العلاقة الوظيفية ما بين الموظف والدولة كمشغل، أو الصفة في حال عدم توفر علاقة التبعية، وإنما الاستغلال يكون لصفة منحت لهذا الشخص ومكنته من الاتصال بالمال العام، كما يجب أن تكون الوظيفة أو الصفة التي يتمتع بها هذا الشخص قائمة وقت التصرف (الأشقر، الأطرش، 2022، ص170).

وللاستغلال صورتين:

أولاً: الاستغلال الفعلي: وهو قيام الخاضع للقانون بأفعال وسلوكيات مستغلاً وظيفته أو صفته عن طريق الصلاحيات التي اتيحت له للحصول على المال سواء لنفسه أو لغيره، وهذه الصورة من صور الكسب غير المشروع تغطي جانباً من التجريم عندما تعجز السلطات المختصة عن اثبات الأركان القانونية لتلك الجرائم التي ارتكبتها الموظف، والتي تعد في ذات الوقت استغلالاً للوظيفة العامة أو الصفة، مما يجعل ملاحقته على جريمة الكسب غير المشروع وسيلة لمواجهة هذا الاستغلال الذي لم تتوافر فيه أركان الجرائم الأخرى.

ونجد أن المشرع الفلسطيني تناول الاستغلال الفعلي عندما نص في المادة الثالثة من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 على "الكسب غير المشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القرار بقانون، لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة".

ونجد المشرع المصري تناول الاستغلال الفعلي، ونص على الاستغلال الفعلي كصورة من صور السلوك الاجرامي لجريمة الكسب غير المشروع من خلال ما ورد في نص المادة الأولى في الفقرة الأولى من قانون الكسب غير المشروع رقم (63) لسنة 1975 فنص على "يعد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره، بسبب استغلال الخدمة أو الصفة، أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني عقابي، أو للآداب العامة". وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية إذ تقول "ولما كان المقصود بالكسب غير المشروع كل مال تملكه الموظف أو من في حكمه فصار ضمن ذمته المالية عنصراً من عناصرها باستغلال ما تسبغه عليه وظيفته أو يخوله مركزه من إمكانيات تطوع له الإجتراء على محارم القانون مما يمس فيما يفترض في الموظف أو من في حكمه من الأمانة والنزاهة والكسب غير المشروع أخذاً من نص قانونه رقم (62) لسنة 1975 لا يعدو صورتين، الأولى وهي المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون وهي التي يثبت فيها حق الموظف ومن في حكمه أيأ كان نوع وظيفته استغلاله بالفعل لإعمال أو نفوذ أو ظروف وظيفته أو مركزه وحصوله كذلك بالفعل على مال مؤثم نتيجة هذا الاستغلال..." (طعن مصري رقم 11889 لسنة 1968).

أما القانون الكويتي فلم ينص على الاستغلال الفعلي لجريمة الكسب غير المشروع واستخدم صورة واحدة للاستغلال وهي الاستغلال الحكمي أو المفترض (الأشقر، الأطرش، 2022، ص171). وفي ذلك قصور تشريعي فنحن نميل إلى المشرع الفلسطيني والمصري عندما حددا السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع بصورتين وهما الاستغلال الفعلي والحكمي أو المفترض.

ثانياً: الاستغلال الحكمي أو المفترض

ويكون في حالة طروء زيادة في دخل الخاضع للقانون ويعجز عن اثبات مصدر مشروع لها، فالاستغلال الحكمي لا يثبت فيها الاستغلال الفعلي، ولكن يثبت أن لديه زيادة في الذمة المالية غير مبررة، إذاً فهذا افتراض قانوني لحصول الاستغلال دون أن يثبت بالفعل. وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى ذلك عندما نص على أنه "ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو على أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن اثبات مصدر مشروع لها".

أما المشرع المصري فقد نص على هذه الصورة من صور الاستغلال عندما نص على "وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن اثبات مصدر مشروع لها".

أما المشرع الكويتي فنص على " كل زيادة في الثروة أو انتقاص في الالتزامات تطراً بسبب تولي الوظيفة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو أولاده القصر أو من يكون ولياً أو قيماً عليه متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وغير مبررة".

ومن مطالعة النصوص يظهر أنه ينبغي توافر ثلاثة شروط حتى يتحقق الاستغلال الحكمي أو المفترض وهي:

- 1- زيادة ثروة الخاضع للقانون أو زوجه أو أولاده القصر بعد تولي الوظيفة أو قيام الصفة.
- 2- عدم وجود التناسب بين الزيادة التي طرأت على الثروة وبين موارد الخاضع للقانون.
- 3- عجز الخاضع للقانون عن اثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة في الثروة.

أما الشرط الأول فالزيادة انما تعني كل ما تملكه الخاضع لهذا القانون فأصبح عنصراً من عناصر ذمته المالية أو ذمة زوجه أو أولاده القصر، وذلك دون تحديد لحجم أو مقدار الزيادة التي تخضع الموظف للمساءلة (ربايعة، 2014، ص132).

أما الشرط الثاني وهو انعدام التناسب بين الزيادة التي طرأت على الثروة مع الموارد، معنى ذلك أن الجهات المختصة تكون على علم بموارد الخاضع لهذا القانون وعندما تلاحظ هذا التفاوت تقوم بمساءلة الخاضع للقانون عن تلك الجريمة. ولكن ما هو مقدار الزيادة الواجبة حتى يكون هناك انعدام تناسب؟ هل يجب أن تكون زيادة كبيرة أم يكفي في ذلك أن تكون هناك مجرد زيادة حتى تتم مساءلته؟

نرى أن عبارة التناسب بين الزيادة والموارد هي عبارة غير دقيقة وهي ذات معيار نسبي يخضع للتقدير والموازنة بين موارد الشخص والزيادة التي طرأت وهي سلطة تقديرية للجهات المختصة.

أما الشرط الثالث فيتحقق عندما يتحقق الشرطين السابقين، أي بعد الزيادة في الثروة وعدم تناسبها مع الموارد، فهنا يجب على الخاضع للقانون أن يثبت مصدر مشروع لهذه الزيادة وإلا عجز عن ذلك تتوافر بحقه حالة الاستغلال الحكمي أو المفترض.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن سابق الذكر حيث قالت: "...، والثانية وهي المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون سالف الذكر بشأن الكسب غير المشروع، وهي التي لا يثبت فيها هذا الاستغلال الفعلي على الموظف أو من في حكمه، ولكن يثبت أن لديه في ماله زيادة عجز عن اثبات مصدرها" (طعن مصري رقم 11889 لسنة 1968).

ونلاحظ أن المشرع الفلسطيني والكويتي اختلفا مع المشرع المصري لهذا الافتراض ففي حين افترض المشرع المصري صراحة في تعريفه للكسب غير المشروع أن الزيادة غير المبررة في ثروة المكلف أو زوجه أو أبنائه القصر تعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف، نجد ان كلاً من التشريع الفلسطيني قد افترض انه كسباً غير مشروع الزيادة غير المبررة في ثروة الخاضع للقانون أو زوجه أو أبنائه القصر دون ارتباط هذه الفقرة مع الفقرة الأولى التي تنص على وجود الاستغلال، أي بمعنى أنه إذا أثبتت النيابة العامة حدوث الزيادة في الثروة وأن هذه الزيادة لا تتناسب مع موارد الخاضع لهذا القانون أو زوجه أو أولاده القصر، في هذه الحالة تقوم قرينة بسيطة بأن الزيادة حدثت بسبب الاستغلال للوظيفة أو للصفة، وعلى الخاضع أن يثبت مصدر مشروع لها، فإذا أثبت ذلك تنتفي عنه جريمة الكسب غير المشروع، أما إذا عجز عن اثبات ذلك فيثبت ارتكابه لجريمة الكسب غير المشروع (عمارنة، 2019، ص27).

2- النتيجة الإجرامية

النتيجة الاجرامية هي العنصر الثاني من عناصر الركن المادي، فهي الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي، فالنتيجة الاجرامية في جريمة الكسب غير المشروع تتمثل في حصول الخاضع لأحكام هذا القانون على المال وذلك كأثر للنشاط الاجرامي المتمثل في استغلال الوظيفة أو الصفة سواء استغلالاً فعلياً أو مفترضاً. والمقصود بالمال كل حق مالي، أي كل فائدة مادية مقومة مما يدخل عنصراً في الذمة المالية، فلا يكفي الحصول على فائدة غير مادية كأن تنصب الفائدة على أحد الحقوق العامة (عبد القادر، 1987، ص134). فالمال يشمل الأموال المنقولة وغير المنقولة، مادية وغير مادية والمستندات أو الصكوك التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود الحقوق المتصلة (المادة رقم (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005). ويستوي أن يحصل الخاضع للقانون على المال لنفسه أو لغيره، وهذا الغير في الصورة المتمثلة بالاستغلال الفعلي للوظيفة أو الصفة ممكن أن يكون زوجه أو من أولاده القصر، أو من غير هؤلاء، وسواء ربطته به صلة أم لم تربطه، وسواء كان ذلك لقاء منفعة حصل عليها من هذا الغير أو بغير مقابل، وسواء علم هذا الغير بذلك كله أو لم يعلم (نوفل، 1969، ص370)، أما الغير في صورة الاستغلال الحكمي أو المفترض والذي تتمثل فيه النتيجة بزيادة الثروة غير المبررة فإنه مقصور على الزوج والأبناء القصر.

وفي حال عدم تحقق النتيجة في جريمة الكسب غير المشروع فإنه بالضرورة سيؤدي إلى عدم اكتمال البنیان القانوني للجريمة وبالتالي عدم تحققها، والسبب في ذلك أن جريمة الكسب غير المشروع من جرائم الضرر فلا يكفي فيها تعريض المصلحة للخطر، فالحصول على المال مهم في تحقق جريمة الكسب غير المشروع بحيث تنتفي بانتفاء الحصول على المال (ربايعة، 2014، ص159).

الا انه يمكن ملاحظة أن المشرع الكويتي تميز عن المشرعين الفلسطيني والمصري فيما يتعلق بالنتيجة الاجرامية بنقطتين هما:

الأولى: أن المشرع الكويتي اشترط في أن تكون النتيجة الاجرامية زيادة في الثروة أو الانتقاص في الالتزامات، حيث يمكن أن ينتج عن استغلال الوظيفة انتقاص عن الالتزامات المترتبة على الموظف، على الرغم من انه يمكن أن تمثل الانتقاص في الالتزامات استثمار للوظيفة كشكل اخر من أشكال جرائم الفساد.

الثانية: لقد أضاف المشرع الكويتي من يكون ولياً أو وصياً أو قيماً عليه الشخص الخاضع للقانون، إلا أنه لم يشمل زوجه، الأمر الذي يختلف مع المشرع الفلسطيني والمصري، حيث أن الأخيران شملا الزوج ولم يشملا الولي والوصي والقيم.

3-العلاقة السببية

وهي العنصر الثالث من عناصر الركن المادي، ويلزم توفرها في كافة الجرائم، فهذه العلاقة تؤكد أن السلوك هو الذي أحدث النتيجة، ويختلف تحديد العلاقة السببية في جريمة الكسب غير المشروع باختلاف صور السلوك الاجرامي، فقد نصت المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 صراحة على الصورة الأولى عند استخدامها عبارة (بسبب) وتتمثل باستغلال الوظيفة أو الصفة بهدف الحصول على المال، فيجب أن تكون هنالك علاقة بين السلوك الاجرامي والمتجسد في استغلال الوظيفة أو الصفة، وبين النتيجة الاجرامية وهي الحصول على المال. أما في صورة الاستغلال الحكمي أو المفترض المتمثلة في اعتبار الزيادة غير المبررة في ثروة الخاضع للقانون أو زوجه أو أبنائه القصر والتي لا تتناسب مع مواردهم كسباً غير مشروع متى عجز عن اثبات مصدر مشروع لهذه الزيادة، فإن العلاقة السببية تم افتراضها حكماً، إلى أن يثبت المكلف مصدراً مشروعاً للزيادة في ثروته او ثروة زوجه أو أبنائه القصر. وهو ما يمكن معه القول بتوافر القرينة القانونية على وجود استغلال للوظيفة أو الصفة، أدت إلى زيادة الذمة المالية لمرتكب هذا الفعل أو لغيره، ومن ثم تحقق العلاقة السببية بين الاستغلال الحكمي والنتيجة المتمثلة في الزيادة غير المبررة للمال.

إذاً نستنتج مما سبق أن العلاقة السببية في جريمة الكسب غير المشروع تختلف باختلاف صور السلوك الاجرامي، وبمقارنة القوانين موضع البحث نلاحظ أن المشرع الفلسطيني والمصري تبنا صورتين للسلوك الاجرامي وهما الاستغلال الفعلي والاستغلال المشترك والتي يترتب عليهما النتيجة الاجرامية وهي الحصول على الأموال وتربطهم علاقة السببية، أما المشرع الكويتي فقد تبني صورة الاستغلال الحكمي أو المفترض مما يترتب عليه اختلاف في العلاقة السببية لاختلاف السلوك الاجرامي والنتيجة الاجرامية (الأشقر، الأطرش، 2022، ص172).

ثالثاً: الركن المعنوي

الركن المعنوي هو العلاقة النفسية التي تربط بين الفعل وإرادة الذي قام بهذا الفعل، ويتكون الركن المعنوي من النشاط الذهني والنفسي للجاني، لهذا لا يعد الشخص مرتكباً للجريمة الا إذا كان هناك ارتباط بين السلوك والإرادة والقصد الجنائي.

إن جريمة الكسب غير المشروع كغيرها من الجرائم تتطلب قيام الركن المعنوي وذلك حتى يتم اكتمال البنيان القانوني للجريمة ويتمثل الركن المعنوي فيها بعنصري العلم والإرادة، ولما كانت جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم الوقتية فيجب أن يتوفر هذان العنصران لحظة ارتكاب الفعل، أي وقت قيامه باستغلال الوظيفة التي يتولاها أو الصفة للحصول على المال مع علمه بأن حصوله على هذا المال إنما يتم بسبب ذلك الاستغلال، وبأن هذا الفعل يقع تحت طائلة التجريم. ويجب أن يحيط بالجاني علماً عند مباشرته للنشاط أو السلوك الاجرامي بكل الوقائع التي يترتب على توافرها قيام الجريمة، فيجب أن يكون عالماً بالشروط المفترضة في الجريمة أي أنه في جريمة الكسب غير المشروع يجب أن يكون عالماً بأنه موظف في احدى الوظائف التي يخضع بناء عليها لأحكام قانون مكافحة الفساد وإلا لما توافر بحقه الركن المعنوي في جريمة الكسب غير المشروع، وكذلك يجب أن يكون عالماً بعناصر الركن المادي بحيث يعلم أنه يقوم باستغلال وظيفته وأن يتوقع النتيجة وهي الحصول على المال من خلال ربطها بالسبب وهو الاستغلال، إذاً المطلوب في جريمة الكسب غير المشروع هو القصد الجنائي العام بشقيه العلم والإرادة فقط (العيسى، 2023، ص98).

لذا يخضع إثبات توافر القصد الجنائي في جريمة الكسب غير المشروع أو عدم توافره إلى القاعدة العامة للإثبات في المواد الجنائية، أي يقوم على اقتناع القاضي بما يعرض عليه من وقائع. ذلك أن القصد الجنائي ووقت قيامه مسألة داخلية تتعلق بالنفوس ويستدل عليها من مظاهر خارجية، فلا يقوم عليها دليل مباشر إلا في صورة نادرة كحالة الاعتراف مثلاً (العجمي، عبد الرازق، 2011، ص55). ولما كان هذا هو شأن القصد الجنائي فإنه يتعين على القاضي أن يستظهره في حكمه، ويكفي أن تكون الأسباب التي اعتمد عليها مؤدية للنتيجة التي خلص إليها في الفعل والمنطق وليس فيها ما يخالف ما تضمنته أوراق الدعوى.

المبحث الثاني

الإشكاليات الإثباتية في جريمة الكسب غير المشروع

تتمثل مسألة توزيع عبء الإثبات في أن الأصل العام هو قرينة البراءة التي تلازم المتهم، وترتب له عدة نتائج، وأن المكلف بإقامة الدليل عن إذنب المتهم هي النيابة العامة بوصفها سلطة اتهام تدعي خلاف الأصل العام، إلا أن المشرع يتدخل في بعض الأحيان في بعض التشريعات فيخفف من هذا العبء الواقع على كاهل النيابة العامة، ووسيلته في ذلك القرائن القانونية فيقوم بتضمينها نصاً بشأن جريمة يترتب عليه توزيع عبء الإثبات فيها من خلال اشراك المتهم في إجلاء الصورة الغامضة عن الواقعة، هذه القرينة أقرب ما تكون في صالح سلطة الاتهام منها إلى صالح المتهم الذي يفترض فيه البراءة. وهذا ما فعله المشرع حينما نص على جريمة الكسب غير المشروع فثارت العديد من الإشكاليات حول هذه الجريمة، حيث أنه من خلال هذا المبحث سوف نوضح كيف نقل المشرع عبء الإثبات من النيابة العامة إلى المتهم وبذلك ينتهك قرينة البراءة وهي ضمانة مكفولة بالدستور وهذا ما سنوضحه في المطلب الأول، كما أن المشرع من خلال النص على تجريم فعل الكسب غير المشروع يحرم المتهم أحد أهم ضماناته وهو - حقه من الصمت وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الكسب غير المشروع ينتهك قرينة البراءة وينقل عبء الإثبات

إن الأصل في الانسان البراءة، وهذا الأصل هو أحد مقومات المحاكمة العادلة فهو الحصن الحصين الذي يتزمل به المتهم أثناء المحاكمة، وهو يقتضي بالتالي افتراض أن الأصل في المتهم هو البراءة في كل مرحلة

من مراحل الدعوى الجنائية، كما أنه بالمقابل يشكل حجر الأساس في بناء نظرية الإثبات الجنائي من خلال تحديد من يقع عليه عبء الإثبات في الدعوى (براك، 2015، ص75).

تعد قرينة البراءة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، فقد تم تبني هذا المبدأ على المستوى العالمي في كثير من المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10\12\1948 في المادة (11) منه والتي نصت على: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه"، وجاء المشرع الوطني في أغلب الدول ليكرّس هذه القرينة في صلب النصوص الدستورية، فاهتمت التشريعات الفلسطينية بتكريس الحق في افتراض براءة المتهم ويظهر ذلك من خلال ما نص عليه القانون الأساسي فنص على "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" (المادة (14) من القانون الأساسي المعدل)، ونص الدستور المصري على قرينة البراءة في المادة (67) من القانون الأساسي، وكذلك الدستور الكويتي في المادة (34).

وكذلك ما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية أن تقضي المحكمة بالبراءة عند انتفاء الأدلة أو عدم كفايتها أو لانعدام المسؤولية أو كان الفعل لا يشكل جرمًا أو لا يتوجب عقاباً (قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001).

قرينة البراءة يتمثل في جوهرها العديد من الضمانات المقررة لمصلحة المتهم ومن دون مراعات تلك الضمانات تصبح قرينة البراءة رغم أهميتها بدون جدوى، ومن أهم هذه الضمانات: عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة، تفسير الشك لمصلحة المتهم، بناء الحكم الجنائي على الجزم واليقين. وسوف نستعرض هذه الضمانات بشيء من التفصيل:

أولاً: عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة:

يُعرّف الإثبات بأنه "كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة، ولأجل الحكم على المتهم في المسائل الجنائية يجب ثبوت وقوع الجريمة في ذاتها، وأن المتهم هو المرتكب لها، وكلمة الإثبات تعني الوسائل التي يتدرّج بها أطراف الرابطة الإجرائية، للوصول إلى الدليل بالمعاينة أو الخبرة أو الكتابة أو الشهادة أو القرائن وغيرها (أحمد، 2011، ص5).

أما عبء الإثبات فهو تكليف أحد الخصوم بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، ويسمى التكليف بالإثبات عبء لأنه حمل ثقيل ينوء به من يُلقى عليه، وإنما كان التكليف بالإثبات أمراً ثقیلاً لأن من كُلف به قد لا يملك الوسائل التي يتمكن بها من اقناع القاضي بصدق ما يدعيه، ويرجع أساس القاعدة إلى احترام الوضع الظاهر

وبراءة الذمة، ولذلك يُنظر إلى عبء الإثبات على أنه إقامة أحد المدعين الدليل على دعواه لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون وضمن القواعد الخاصة بها (حسني، 1995، 417).

قرينة البراءة تنتج أثرين: أثر سلبي يتمثل بإعفاء المتهم من إثبات براءته، وأثر إيجابي يتحقق بنقل عبء الإثبات على سلطات الاتهام، وسلطة الاتهام في الدعوى الجزائية هي النيابة العامة، وهي المكلفة بإقامة الدليل ضد المتهم وتقديمه للمحاكمة، ومن ثم فهي حين تقدم المتهم للمحاكمة تدعي أمراً خلاف الأصل العام المترتب على قرينة البراءة.

وبالمقابل لهذه النتيجة لا يطلب من المتهم من حيث المبدأ إقامة الدليل على براءته، لأن البراءة أصل متجزر فيه، وبناء على ذلك يتوجب على سلطة الاتهام إثبات توافر أركان الجريمة وعناصرها ومن ثم نسبتها إلى المتهم (المسعود، 2021، ص 304)، ولا بد من الإشارة إلى أن هذا الأمر لا يعني حرمان المتهم من حقه في إثبات براءته، بل يجوز له الدفاع عن نفسه بكل الوسائل أن ما يقدم ما يشاء من الأدلة لتوليد القناعة لدى القاضي ببراءته (أبو فارة، 2023، ص 15).

ثانياً: تفسير الشك لمصلحة المتهم:

لا يصح أن تقوم الإدانة ضد المتهم تأسيساً على أدلة مشكوك في صحتها أو في دلالتها، وإلا كانت تلك الإدانة مزعزة الأساس متناقضة المضمون مفرغة من ثبات اليقين، وما دام الأصل في هذا الشأن البراءة، فإذا ما شاب الشك تعين تفسير الشك لصالح المتهم.

والشك في القانون يعني إسقاط ادلة الاتهام، والعودة إلى الأصل العام عند توفر الشك في هذه الأدلة وهو البراءة (سرور، 2002، ص 312)، فإذا عجزت سلطة الاتهام عن إقامة الدليل على وقوع الجريمة بعناصرها كافة وأركانها ونسبتها إلى المتهم، فإن ذلك يوجب على القاضي الحكم بالبراءة، إذ أن الشك الذي لا تستطيع سلطة الاتهام أن تبده يعد بالنسبة للمتهم دليلاً إيجابياً على عدم مسؤوليته وبالتالي براءته (محمد، 2006، ص 22).

وهذا ما أكدت عليه محكمة جنايات القاهرة بخصوص الكسب غير المشروع عندما قالت: "... لما كان ذلك فإن كل ما تقدم من أمور في الدعوى يثير الشك وعدم الاطمئنان لصحة إسناد وثبوت الاتهام قبل المتهم من كل جانب ولا يمكن القضاء بأدلة يختلطها الظن والتخمين وعدم التحقق بيقين من صحة الاتهام الذي يحيطه

عدم الاطمئنان ولا يحتاج وجدان المحكمة إليه مما يغدو معه الاتهام المسند إليه غير موفور الأدلة قانوناً بما يتعين معه القضاء ببراءته" (القضية رقم 416 لسنة 1992).

وجاءت في قرار آخر لها بشأن الكسب غير المشروع أكدت فيه على عدم جواز الإدانة بناء على أدلة خلت من دليل يقيني يطمئن إليه وجدان المحكمة على أن المتهم استغل وظيفته أو مركزه حيث قالت: "... لما كان جماع ما تقدم وكان مجرد عمل المتهم مديراً للمبيعات بالشركة سألقة الذكر وتقديم شكوى ضده تضمنت شكوك ضد علاقته بأحد العملاء، وكان الاتهام قد أقيم على قرائن واستنتاجات حركها التنافس في العمل وكما يثير الشبهة حول هذه العلاقة فإنها تقبل التفسير لصالح المتهم" (القضية رقم 177 لسنة 1996).

ثالثاً: بناء الحكم الجنائي على الجزم واليقين:

إن الأمر المتيقن هو البراءة، وإن الإدانة شك، فلا يزول الأمر المتيقن وهو البراءة بهذا الشك حتى يثبت ذلك الشك باليقين، فالأصل أن المتهم بريء مما ينسب إليه من الفعل أو الجريمة حتى يثبت ذلك باليقين، فنزول عنه صفة البراءة، وتثبت بحقه الإدانة (أحمد، 2011، ص3).

إن الحكم بالإدانة يجب أن يبنى على الجزم واليقين وليس على الظن والتخمين، وفي حالة الشك يفسر هذا الشك لمصلحة المتهم ويُحكم بالبراءة (عادل، 2010، ص32). واليقين هو حالة ذهنية أو عقلانية تؤكد وجود الحقيقة، ويمكن الوصول إليه عن طريق نوعين من المعرفة، أولهما المعرفة الحسية، والأخرى المعرفة العقلية. فما دام أصل البراءة المؤسس على الفطرة التي جُبل الإنسان عليها هي يقين، فإذا هذا الأخير لا يمكن إهداره إلا بيقين مثله (عادل، 2010، ص36).

إن القضاء هو الحارس الطبيعي للحرية الفردية، فيملك بناء على ذلك تحديد الوضع القانوني للمتهم بالنسبة لهذه الجريمة (القاضي، 1996، ص44)، فيجب أن تبنى الأحكام القضائية الجنائية الصادرة بالإدانة على الجزم واليقين، وتبتعد عن بنائها على الشك والتخمين، فذلك يتعارض وقرينة البراءة.

وبإسقاط ما سبق على نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القرار بقانون رقم 37 لسنة 2018، نستخلص أن اثبات جريمة الكسب غير المشروع انتهك بعض الضمانات المقررة لمصلحة المتهم مما يعني ذلك مخالفة حق دستوري من حقوق الانسان وهو افتراض براءة المتهم، فكان هناك نقل لعبء الاثبات في جريمة الكسب غير المشروع إلى المتهم ذاته، فإذا كانت هناك زيادة في ثروة الخاضع أو زوجه أو أولاده القصر لا تتناسب مع موارده فعلى المتهم أن يثبت مصدراً مشروعاً لتلك الزيادة وإلا اعتُبر مرتكب لجريمة الكسب غير المشروع. وهذا خرق لضمانة مهمة وهي أن عبء الاثبات يقع على كاهل النيابة العامة لوحدها وليس على

المتهم. فالمتهم بارتكاب جريمة الكسب غير المشروع غير ملزم بإثبات براءته، أو إقامة الدليل عليها وإنما يكون ذلك من مهمة سلطة الاتهام التي يقع على عاتقها عبء اثبات ما يخالف أصل مبدأ البراءة.

كما نجد أيضاً أن هناك انتهاك لضمانة بناء الحكم الجنائي على الجرم واليقين لا على الشك والتخمين، فافتراض أن الزيادة غير المبررة في ثروة المتهم هي دليل على ادانته إلى أن يتمكن المتهم من تقديم الدليل لإثبات عكس ذلك يكون المشرع على هذا النحو قد أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته وفي هذا تناقض على الثوابت الدستورية التي تقضي بافتراض البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجرم واليقين لا على الافتراض والتخمين.

المطلب الثاني

الكسب غير المشروع يحرم المتهم من حقه في الصمت

إن حق المتهم بالصمت وعدم الإجابة على ما يوجه إليه من أسئلة من الحقوق التي أقرتها التشريعات المختلفة والتي تعترف بها، سواء أكان حقاً مستقلاً بذاته، أم أنه نتيجة من النتائج المترتبة على قرينة البراءة، وفي كلتا الحالتين فلا يلزم المتهم بالكلام، والدفاع عن نفسه ولا يترتب على ذلك إدانته بما ينسب إليه من تهم، وتم ضمان ذلك في العديد من التشريعات، فقد تناول المشرع الفلسطيني هذه الضمانة في المادة (97) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "للمتهم الحق في الصمت وعدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه"، كما نصت المادة (217) من ذات القانون على أن للمتهم الحق في الصمت ولا يفسر صمته أو امتناعه عن الإجابة اعتراف منه". ولا يوجد في القانون المصري نص قانوني يقابل هذا النص فقد تميز القانون الفلسطيني بإرادة هذا الحق ضمن نصوص القانون، ونص عليه صراحة، وإغلاق الباب أمام الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية، وتبعاً لإيراد المشرع الفلسطيني لهذا الحق في قانون الإجراءات الجزائية، يكون الزاماً على وكيل النيابة العامة اثناء استجوابه للمتهم وقبل مناقشته تفصيلاً بالتهمة المسندة إليه وما يوجد ضده من أدلة وشبهات، أن يخطر المتهم بحقه في الصمت، وعدم الاجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وطالما كان صمت المتهم وامتناعه

عن الاجابة استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون مستمد من حريته في إدلاء أقواله فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من صمت المتهم قرينة ضده.

إن المشرع الفلسطيني من خلال هذه النصوص أبدى اهتماماً بهذه الضمانة عندما أفرد لها نصوصاً في قانون الإجراءات، وهذا المبدأ يفرض نفسه على إجراءات الدعوى الجزائية ذلك أن المتهم بريء حتى يثبت العكس بحكم قصائي بات، وبالتالي صمت المتهم لا يعتبر قرينة ضده، ذلك أن المتهم إن رأى في صمته وسيلة للدفاع عن حقه مارسه (الأحمد، 2008، ص59).

وبالرجوع إلى جريمة الكسب غير المشروع، فإن صمت المتهم وعدم تبرير مشروعية وجود الثروة في حيازته يمنح المحكمة الحق في افتراض أن هذا المال من مصدر غير مشروع، ووفقاً للحق في الصمت فإنه لا يجوز استنتاج إي افتراض من صمت المتهم، وهكذا يبدو لنا وجود تعارض ظاهري، وأن الحق في الصمت هنا منتهك تماماً، حيث أن المتهم مُكلف بإثبات براءته، وأن يثبت بأن المال من مصدر مشروع، ويترتب على ذلك بطبيعة الحال الإدانة إذا لم يتم بذلك، فالمتهم في حال صمته قد حُرِم من ممارسة حقه، ذلك أن صمت المتهم ما هو إلا ممارسة لحق من حقوق الدفاع، وهو حق مستمر ومتفرع عن قرينة البراءة، ومؤدى ذلك أنه غير مطالب بإثبات براءته، فلا يعد سكوته قرينة ضده، وإلا كان في ذلك الغاء لقرينة البراءة واعتبارها كأن لم تكن (المساعدة، 2018، ص267).

لذلك فإن تجريم الكسب غير المشروع يحرم المتهم من حقه في الصمت، فالمتهم في جريمة الكسب غير المشروع مكلف بإثبات براءته، فإذا صمت ولم يثبت مصادر مشروعية للزيادة في ثروته يدان في جريمة الكسب غير المشروع (المساعدة، 2018، ص265)، فكيف يدان المتهم إذا استخدم حقه في الصمت ولم يفصح عن مصدر مشروع للزيادة في ثروته؟

الفصل الثاني

الاتجاهات العامة بشأن دستورية جريمة الكسب غير المشروع وانتهاكها لقرينة البراءة

لقد تعرضت جريمة الكسب غير المشروع إلى العديد من الانتقادات من المشرعين والقانونيين في فلسطين والدول المقارنة وحتى على المستوى الدولي، مفاد هذه الانتقادات أن جريمة الكسب غير المشروع تخالف مبدأ دستوري مهم احتضنته غالبية الدساتير يتعلق بمبدأ افتراض البراءة، بالإضافة إلى عدم الوضوح في عناصر هذه الجريمة من شأنه أن يمس بمبدأ الشرعية، وما تحتويه هذه الجريمة من قلب مفترض لعبء الإثبات من النيابة العامة إلى المتهم وهذا يتعارض مع العديد من ضمانات المحاكمة العادلة التي أشرنا إليها في المبحث السابق. إلا أن هناك من يرى أن المشرع لم يخرج عن القواعد العامة في الإثبات إلا بالقدر الذي يتناسب وظروف تلك الجريمة وليس فيه انتهاك لقرينة البراءة مبرراً في ذلك قيام قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس. وفي نطاق هذا الفصل سوف يتم توضيح موقف الفقه والتشريعات من مدى دستورية انتهاك قرينة البراءة في إثبات جريمة الكسب غير المشروع بين مؤيدين ومعارضين وذلك في المبحث الأول، وموقف القضاء في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الاتجاهات الفقهية والتشريعية بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة

انقسمت الاتجاهات الفقهية والتشريعية بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة بين مؤيد ومعارض وسيتم توضيح هذه الاتجاهات في هذا المبحث في مطلبين، الطلب الأول يوضح الاتجاهات

المؤيدة بشأن انتهاك جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة، والمطلب الثاني يوضح الاتجاهات الراضة بشأن انتهاك جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة.

المطلب الأول

الاتجاهات المؤيدة

في كتاب روح القوانين أكد مونتسكيو أنه عندما لا تُضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود، فالأصل في المتهم أنه بريء حتى تثبت إدانته، حيث يترتب على هذه القرينة نتائج عديدة أهمها وقوع عبء الإثبات على النيابة العامة، وتفسير الشك لصالح المتهم، ومهما بلغت جسامة الجريمة إلا أنه يجب معاملة الشخص مشتبهاً فيه أم متهماً في جميع مراحل المحاكمة على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، فالأصل في الأشياء الإباحة ما لم يتقرر العكس بحكم قضائي (المساعدة، 2018، ص247).

وعلى ضوء ذلك ذهب أصحاب هذا الاتجاه المؤيد بأن إثبات جريمة الكسب غير المشروع ينتهك قرينة البراءة، وتعرّف القرينة على أنها الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة، حيث تستخلص واقعة مجهولة بناء على ثبوت واقعة معلومة، أما قرينة البراءة تعني أن كل شخص مشتبه فيه أم متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها وجب أن يعامل الشخص بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ضمن محاكمة عادلة، تكفل له ضمانات الدفاع عن نفسه (الأشقر، الأطرش، 2022، ص175)، فليس للمشرع افتراض قرائن قانونية لإثبات تهمة ارتكاب جريمة الكسب غير المشروع، لأنه لا يوجد على المتهم إلزام قانوني لإثبات براءته تطبيقاً لأصل قرينة البراءة.

ويرى فقهاء القانون في مصر أن القرينة القانونية التي أقامها النص في جريمة الكسب المشروع تنال من مبدأ الفصل بين السلطات والعلاقة بين السلطين التشريعية والقضائية، فالدستور هو الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويرتب الضمانات الأساسية ويحميها من الانتهاك، ويقرر الحقوق العامة

والحريات، ويحدد لكل من السلطتين التشريعية والقضائية وظيفتها وصلاحياتها (المواد (101) و (184) من الدستور المصري المعدل 2019)، واختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين لا يخولها التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية، وإلا كان هذا إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات. إلا أنه في جريمة الكسب غير المشروع يوجد ما يؤكد وجود هذا الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث أن هذه الجريمة هي من الجرائم العمدية التي تعتبر القصد الجنائي ركناً فيها وكان الأصل تبعاً لذلك هو أن تتحقق محكمة الموضوع بنفسها وعلى ضوء تقريرها للأدلة التي تطرح عليها من قيام المتهم فعلاً بارتكاب هذه الجريمة، فإذا كان ذلك الاختصاص المقرر دستورياً للسلطة التشريعية إنشاء الجرائم وتقرير عقوبتها لا يخولها التدخل بالقرائن التي تنشؤها لغل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، وكان النص التشريعي المطعون فيه قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بشكل مباشر على عاتق المتهم دالاً بطريق غير مباشر وهو افتراض تحقق الواقعة الإجرامية، وهو بذلك يعتبر مُقحماً في مسألة يعود فيها الأمر بصفة نهائية إلى محكمة الموضوع لاتصالها بالتحقيق الذي تجريه بنفسها تقصيماً للحقيقة الموضوعية عند الفصل في الاتهام الجنائي وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، فإذا كان المشرع قد ألقى النيابة العامة بالنص التشريعي من التزاماتها بالنسبة إلى واقعة تُعتبر لسواها عليه، فإذا كان المشرع حاجباً المشرع بذلك محكمة الموضوع عن تحقيقها، وأن تقول كلمتها بشأنها، بعد أن افترض النص هذا العلم بقريضة تحكيمية، ونقل عبء الإثبات فيه إلى المتهم فإن عمله يعتبر انتحالاً لاختصاص كفه الدستور للسلطة القضائية، إخلالاً بموجبات الفصل بينها وبين السلطة التشريعية ومناقضاً كذلك لافتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه في كل وقائعها وعناصرها ومخالفاً بالتالي للدستور (العجمي، عبد الرازق، 2011، ص 40 و 41).

فيستند الكثير من مؤيدي عدم دستورية جريمة الكسب غير المشروع أن هذه الجريمة فيها قلباً لعبء الإثبات على عكس الحال في الجرائم الأخرى، حيث يقع على النيابة العامة (سلطة الاتهام) إثبات حدوث الجريمة بأركانها القانونية المقررة قانوناً، وأن المتهم هو الذي اقترفها مع بيان الدليل على ذلك، إلا أنه في جريمة الكسب غير المشروع ينحصر عبء الإثبات الذي يقع على عاتق سلطة الاتهام بإثبات جزء من عناصر الجريمة وليس كلها، فهي فقط تُثبت أن هناك زيادة كبيرة في ثروة الموظف بعد توليه الوظيفة أو الصفة وتثبت عدم تناسب هذه الزيادة مع المصادر المشروعة والتي صرح بها هذا الموظف، دون أن تثبت المصدر غير المشروع لهذه الزيادة، وتم نقل هذا الجزء من الإثبات على عاتق المتهم وإذا لم يثبت مصدر مشروع لهذه

الزيادة فسوف يدان بارتكابه جريمة الكسب غير المشروع، ويطلق على هذه الحالة قلب عبء الإثبات التي تعد انتهاكاً لحقوق المتهمين وأهمها الحق في افتراض البراءة (عمارنة، 2019، ص11).

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قلب عبء الإثبات في هذه الجريمة فيه انتهاك للعديد من الضمانات التي كفلتها التشريعات للمتهم، أهمها حقه في الصمت وعدم الإجابة على الأسئلة توجه إليه، فحقه في الصمت هو نتيجة حتمية من نتائج قرينة البراءة، وبالنتيجة فهو غير مكلف بإثبات براءته، فلا يعد سكوته قرينة ضده، وإلا كان في ذلك إلغاء لقرينة البراءة، هي وحقوق الدفاع المنفردة عنها. حيث أن هذا الحق مظهر أصيل من مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه ولقد كفل القانون حرية الدفاع هذه، فقدرة المحقق للوصول إلى الحقيقة وإظهارها بكافة الوسائل المشروعة تفوق قدرة المشتكى عليه (هرجة، 1997، ص8).

إن تجريم الكسب غير المشروع يحرم المتهم من حقه في الصمت وعدم الإجابة عما يوجه إليه (عبيد، 2018، ص53) والقانون نص على أنه إذا عجز المتهم في إثبات مصدر مشروع للزيادة التي طرأت على ذمته المالية، أو ذم زوجته أو أولاده القصر قامت في حقه الجريمة، والصمت هنا يدخل في معنى العجز، فإذا استخدم المتهم حقه في الصمت فُسر على أنه عجز وبالتالي يثبت في حقه الكسب غير المشروع (السيوي، 2021، ص33).

إن رغبة المشرع في تفعيل سياسة محاربة أصناف معينة من الجرائم ومنها الكسب غير المشروع، لا يبرر التضحية بحقوق الأفراد وضماناتهم، فمن النتائج الطبيعية التي تترتب على قرينة البراءة وجوب تفسير الشك لصالح المتهم، وهذا رجوع للأصل العام في الإنسان، وهو براءة ذمته من الادعاء الموجه إليه (المساعدة، 2018، ص264).

وأيضاً من النتائج التي تترتب على قرينة البراءة وجوب أن تبنى الأحكام القضائية الجنائية الصادرة بالإدانة على الجرم واليقين، وتبتعد عن بنائها على الشك والتخمين، وتعني هذه القاعدة أنه عندما لا يقتنع القاضي اقتناعاً تاماً بإدانة المتهم، وكذلك عندما يقتنع بأن الأدلة التي قدمتها النيابة العامة غير كافية للإدانة فإنه يتعين عليه أن يقضي ببراءة المتهم (دريسي، 2013، ص7).

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القرينة القانونية التي أقامها النص هي قرينة تحكّمية وغير مبررة، ذلك أن النص نصّ على افتراض الزيادة في الثروة بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة، ولا تتناسب هذه الزيادة مع موارد الخاضعين للقانون، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها. والأخيرة هي الركن المادي للجريمة الذي كان ينبغي أن تتولى النيابة العامة بنفسها مسؤولية إثباتها في إطار التزامها الأصيل بإقامة الأدلة المؤيدة لقيام كل

ركن يتصل ببنيان الجريمة ويعتبر من عناصرها بما في ذلك القصد الجنائي العام ممثلاً في إرادة الفاعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالاته الإجرامية. والقريضة القانونية السابقة ليست من القرائن القاطعة، ذلك أن الأصل في القرائن القانونية بوجه عام هو جواز إثبات عكسها، ولا تكون القريضة قاطعة إلا بنص خاص يقرر عدم جواز حصولها، وهو ما لم يتحقق في نص الفقرة الثانية (المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته)، فإذا كان الأصل أن القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة هي من عمل المشرع وهو لا يقيّمها تحكماً أو إملاءً، وإنما يجب أن تصاغ القريضة وأن يتحدد مضمونها على ضوء ما يقع في الحياة العملية، وكانت القريضة القانونية التي تضمنها النص التشريعي لا تعتبر كذلك، ذلك أن الأصل هو براءة الذمة وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يقدم الدليل على صدق ما يدعيه، وليس من العدالة تكليف الأشخاص وإرهاق كاهلهم بإقامة الدليل على براءة ذمتهم مقابل ادعاءات تنال منها. ولكل ذلك فإن الواقعة البديلة التي أقامها النص التشريعي تغدو قريضة غير مرتكزة على أسس موضوعية ومقحمة لإهدار افتراض البراءة ومجاوزة لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور (العجمي، عبد الرازق، 2011، ص45).

ومن الإشكاليات التي منعت بعض الدول من تجريم الكسب غير المشروع هو إمكانية الاستغلال السياسي لهذه الجريمة، حيث يتخذها بعض السياسيين وسيلة لملاحقة خصومهم وتصفية حساباتهم المختلفة معهم، والواقع أن هذا التخوف قد يعتبر إلى حد ما منطقياً بالنسبة لمجموعة من الدول التي لا تزال متعثرة على مستوى الممارسة الديمقراطية واستقلال القضاء، وبشكل خاص إذا ما كانت قوانينها لا تشترط الزيادة الكبيرة للملاحقة على جريمة الكسب غير المشروع (عمارنة، 2019، ص12).

المطلب الثاني

الاتجاهات المعارضة

ينطلق الفقهاء الذين نادوا بتجريم الإثراء غير المشروع من منطلقين: أحدهما عملي والآخر قانوني. فالمنطلق العملي أساسه أن جريمة الكسب غير المشروع وسيلة لمواجهة الفساد ومكافحته، كما أن هذا التجريم لا يشكل

وسيلة رادعة فحسب بل هو أيضاً أداة وقائية. فالمصلحة المحمية من هذا التجريم هي حماية الوظيفة العامة والصالح العام، ولما كان المشرع قد أعطى سلطات متعددة للموظف العام للقيام بواجباته الوظيفية فإن قصده من ذلك أن تمارس تلك السلطات في النطاق المحدد لها، لأنها تستمد أساساً من سلطات الدولة التي يعمل الموظف لديها (حسني، 1987، ص23)، فكان إلزاماً على المشرع أن يضع حدوداً لممارسة تلك السلطات حتى لا تستغل الوظيفة استغلالاً يحقق أغراضاً خاصة أو ثراء غير مشروع، في حين أن غرضها الصالح العام لأفراد الدولة (الألفي، 1987، ص10).

حيث تواجه الدول تحديات قانونية وإجرائية كثيرة عند ملاحقة الموظفين المنخرطين في الفساد، ذلك أن هؤلاء الموظفين ينخرطون في صفقات سرية مشبوهة مع جهات خارجية، أو مع جهات أخرة من القطاع الخاص، دون وجود أي دليل على ذلك الفعل، وكل ما يتوفر لجهات التحقيق هو التزايد غير المنطقي لثروة الموظف، والتي لا تتناسب مع مستحقاته التي يتقاضاها بشكل قانوني ومصادر دخله المعروفة، أو تبدأ مظاهر الترف على ذلك الموظف، لكن هذه المظاهر لا تكفي لوحدها كدليل إثبات لإدانة الموظف، وبالتالي لا يمكن للنيابة العامة أن تتهمه ولا يمكن للقضاء أن يُدين الموظف بناء عليها، وبالتالي يفلت من العقاب (المساعدة، 2018، ص274). ونظراً لتفشي الجريمة وضرورة استحداث إجراءات غير تقليدية قادرة على مواجهتها ونظراً لرؤية المشرع في عدم كفاية النصوص القانونية السابقة للحد من جرائم الموظف العام وحماية المال العام من خطر التعدي عليه، مما دعاه لتجريم الكسب غير المشروع أملاً في توفير إجراءات أكثر مرونة وفاعلة في مكافحة هذه الظاهرة الإجرامية، هادفاً من خلف ذلك إلى اغلاق كافة الطرق التي تؤدي للإضرار بالمال العام وتحقيق مكاسب شخصية للموظف العام خلال الوظيفة العامة التي يشغلها (المصرفاوي، 1983، ص11).

والمصلحة المحمية في جرائم الكسب غير المشروع ليست الوظيفة العامة فقط، بل للمجتمع ككل، فإذا كان الفساد موجوداً في الدولة فهذا بدون شك سوف يضعف الدولة، ويجعلها غير قادرة على المضي في التنمية والهدف هو جعل الدولة قادرة على القيام بعمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، إذ الصالح العام هو الذي يحتم على الموظف إثبات المصدر المشروع لأمواله كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك (الشيخ، 2020، ص57). فكان إلزاماً على المشرع تجريم ذلك السلوك الذي يؤدي إلى نتائج تضر بالمصالح العليا للبلاد ولا يخرج هذا عن الإطار العام لأهداف قانون العقوبات التي تتمثل في حماية مصالح المجتمع، مع تحقيق أكبر قدر من العدالة لهم، مما يؤدي في النهاية لتوفير الطمأنينة اللازمة للمجتمع (عثمان، 1975، ص43).

فهذا التجريم لجرائم المال العام أكثر أهمية من الجرائم المضرة بالأفراد، وضررها الاجتماعي في الغالب جسيم فهي تهدد الثقة العامة في مؤسسات الدولة وكيانها الاقتصادي (حسني، 1987، ص13)، على خلاف الجرائم المضرة بالأفراد بحيث ينحصر ضررها المباشر في فرد أو أفراد بذواتهم ولا يمتد إلى المجتمع.

كما ويرى هذا الاتجاه أن قانون الكسب غير المشروع قانون خاص حصر فئة معينة وهم الموظفون العموميون والمكلفون بخدمة عامة وممثلي الشعب، وهم المسيطرون على مقدرات الشعب وأمواله، وحيث أن الخاص يقيد العام فالاستثناء الوارد على قانون الكسب غير المشروع له ما يبرره من مقتضيات المصلحة العامة والحفاظ على المال العام وهو الأمر الذي ألزم المسؤولين بتقديم إقرارات الذمة المالية عن كل سنة حتى تتبين إن كان هناك زيادة طرأت على ذمته (الأشقر، الأطرش، 2022، ص178).

أما المنطلق القانوني من القبول بتجريم الكسب غير المشروع فأساسه أن فقهاء هذا التوجه برون أن جريمة الكسب غير المشروع لا تتعارض وأصل البراءة ولا يوجد فيها نقل لعبء الإثبات، وبالتالي غير مخالفة للدستور. وأساس هذا الرأي أن المشرع ويقيناً منه بصعوبة إثبات جريمة الكسب غير المشروع فقد أقر خصوصية معينة في إثبات هذه الجريمة، إذ أقام المشرع قرينة قانونية بسيطة بناء على توافر دلائل معينة تقوم سلطات الاتهام بإثباتها وذلك يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع (ربابعة، 2014، ص339). فالمشرع الفلسطيني والمصري أخذاً بالاعتبار انشاء هذه القرينة وهي قرينة افتراض الاستغلال الوظيفي في تضخم ثروة الخاضع للقانون، حيث نص المشرع الفلسطيني في الفقرة الثانية من تعريف الكسب غير المشروع "ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو على أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها". فالمشرع لم يُنشئ هذه القرينة إلا بعد قيام النيابة العامة بإثبات ما يلي: أولاً: أن تثبت الزيادة في الثروة.

ثانياً: اثبات أن الزيادة طرأت بعد تولي الخدمة أو الصفة.

ثالثاً: أن تثبت انعدام التناسب بين هذه الزيادة وموارد الخاضع للقانون

رابعاً: عدم تمكن الخاضع للقانون من إثبات مصدر مشروع لهذه الزيادة.

والمشرع لم يخرج عن القاعدة العامة للإثبات إذ ما زال عبء الإثبات واقعاً على النيابة العامة من خلال ضرورة إثباتها للأمر السابقة، ف إذا توافرت جميع هذه الشروط، قد قامت قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها،

فإذا ثبت على المتهم ارتكاب الجريمة وأراد مغايرة ذلك فعليه إثبات العكس، وهذا النوع من الدفاع أدى إلى نقل عبء الإثبات في هذه الجريمة فقط إلى المتهم ذاته في جزئية واحدة فقط لأنه هو الأقدر على نفيها إن كان لديه ما ينفيها (حسن، 2010، ص172)، ففي الشرطين الأولين ما يدل على عدم مشروعية المصدر ويكون على من يدعي خلاف ذلك أن يقيم الدليل عليه، ولا يبدو إثبات مشروعية المصدر عن طريق المتهم سوى أن يكون وسيلة دفاع وليس نقلاً لعبء الإثبات (العجمي، عبد الرازق، 2011، ص37).

ويدلل هذا الرأي على صحة استخلاصه بأن المشرع قد يفرض أحياناً واستثناءً من القرائن القانونية ما ينقل به عبء الإثبات على عاتق المتهم على خلاف الأصل، إما لاعتبار إجرائي يتعلق بتسهيل مهمة الاتهام الإثبات، وإما بناء على تصور برجحان وجود القرينة المفترضة، ومثل هذا النقل في عبء الإثبات لا يتعارض وأصل البراءة، إلا بالقدر الذي يتناسب وظروف تلك الجريمة، وأنه لم يكن أمامه سوى ذلك (العيسى، 2023، ص36) إذ يظل للمتهم الحق في أن يثبت ما ورد بعكس القرينة.

ويدعم هذا الرأي أن اعتماد هذه القرائن يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات وأنه في بعض الأحيان يكون من الملائم تكليف المتهم بنفي الاتهام وذلك حين يكون من الصعب على سلطة الاتهام إثباته (العجمي، عبد الرازق، 2011، ص39)، نظراً لغموضها وصعوبة إثباتها أراد أن يزيل هذا الغموض فأتى في الفقرة الثانية من تعريف جريمة الكسب غير المشروع بقرينة قانونية تساعد في إثبات وقوع تلك الجريمة حيث نصت على "ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة...، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها" مما قد يفهم على أنه خروج عن القواعد العامة في الإثبات، ولا سيما معارضته لمبدأ افتراض براءة المتهم، فافتراض الإدانة لا يؤثر على قرينة البراءة في مثل هذه الجرائم، التي يعتبر إثباتها أصلاً من أصعب وأعقد المشاكل التي تواجه أجهزة التحري والتحقيق، ثم إن هذا الافتراض يقوم على قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها. (المساعدة، 2018، ص276)

ولم يجعل المشرع هذه القرينة قاطعة بل جاءت قرينة بسيطة يمكن للمتهم دحضها بأمر سهل وبسيط عليه هو إثبات مشروعية مصادر هذه الزيادة، وهذا الأمر بدوره يتفق مع الواقع غالباً في الحياة العملية إذ من السهل على كل فرد أن يعرف مصادر ثروته ويستطيع دون عناء أن يثبت مشروعية هذه المصادر فالمتهم ذاته الأقدر على نفيها إذا كان لديه ما ينفيه، فإذا نجح في إثبات ذلك يكون حصل على براءته (عمارنة، 2019، ص14).

وذهب أنصار هذا الاتجاه المعارض إلى القول أيضاً بأن نصوص الكسب غير المشروع لم توضع بشكل تعسفي بل إن المشرع مهد لها بحيث أنه افترض البراءة افتراضاً، ثم ينقل عبء الإثبات على الموظف لإثبات ما هو ثابت أصلاً حيث يمهد المشرع لهذه القرينة القانونية بأن يستوجب كما هو الحال في قانون اشهار الذمة المالية على الخاضع لأحكام هذا القانون تقديم إقرارات ثلاث يكون أولها: عند بداية خدمته، ثم الإقرار الدوري، ثم إقرار نهاية الخدمة، والأصل أن هذه الإقرارات حجة على المقر بما دون فيها، فإن طرأت عليها زيادة فعلى الموظف أن يثبت مصدرها، فيصبح المشرع ناقل لعبء الإثبات للموظف بعد أن ثبت لديه عكس ما هو ثابت أصلاً (الأشقر، الأطرش، 2022، ص178).

وفي ضوء ما تم استعراضه من اتجاهات مؤيدة ومعارضة بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة وعدم دستوريته نرى أننا نؤيد الاتجاه الذي ينادي بعدم دستورية نصوص قانون الكسب غير المشروع لما فيه انتهاك واضح للعديد من الضمانات التي كفلها الدستور، ومن حيث أن التشريع يتدرج درجات ثلاث هي الدستور ثم التشريع العادي ثم التشريع الفرعي أو اللائحة، وهذا التدرج في القوة ينبغي أن يسلم منطلقاً إلى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، ولما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات يجب أن تنزل على أحكامه فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما عداه من نصوص متعارضة معه أو مخالفة له، فافتراض براءة المتهم وصور الحرية الشخصية من كل عدوان عليها هم أصلان كفلهما الدستور، فلا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تقيمها النيابة العامة وتبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إلى المتهم في كل ركن من أركانها. وبما أن ما تم استنتاجه من نصوص جريمة الكسب غير المشروع انها انتهكت معظم الضمانات التي تتدرج تحت مبدأ افتراض براءة المتهم وجب اهدارها لمخالفتها للقانون الأسمى وهو الدستور.

المبحث الثاني

الاتجاهات القضائية بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة

اختلف القضاء في التشريعات المقارنة بشأن مسألة دستورية تجريم وإثبات جريمة الكسب غير المشروع، فمنه من أيد انتهاك قرينة البراءة وبالتالي عدم دستورية هذه الجريمة وذلك سنيينه في المطلب الأول، ومنه من عارض انتهاك جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة وبالتالي لا تعتبر مخالفة للدستوري وذلك سنيينه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

الاتجاهات المؤيدة

تم الطعن في العديد من الدول المقارنة بعدم دستورية بعض نصوص مواد قانون الكسب غير المشروع نتيجة نصها على قيام الجريمة بشكل افتراضي او حكمي في حالة عجز المخاطب بالقوانين عن إثبات المصدر المشروع للتغيرات التي تطرأ على ذمته المالية، وضم زوجته وأولاده بحسب كل قانون، فقد تم الطعن في بعض هذه القوانين لما فيها مخالفة لدساتير تلك الدول التي تنص على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته والبينة على من ادعى.

لم يفصل القضاء الدستوري الفلسطيني في مدى دستورية تجريم وإثبات جريمة الكسب غير المشروع، رغم اتصاله بهذه المسألة الدستورية الجدلية في الطعن رقم 3 لسنة 2014، والمنصب على الطعن بدستورية قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 المعدل بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 فكان الطعن على النصوص التشريعية التالية:

" أولاً: ...

ثانياً: و/ أو الفقرة التعريفية لجريمة الكسب غير المشروع الواردة في المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005 م والتي نصت على:

(يكون للكلمات والعبارات التالية...، الكسب غير المشروع، كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني أو للآداب العامة أو بأي طريقة غير مشروعة وإن لم تشكل جرماً ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطرأ بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على... وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها)."

تم قبول الطعن شكلاً، وكان قرار المحكمة بالأغلبية برفض الدعوى حيث قالت: " وخلصت ما تقدم جميعه أن النصوص المطعون بعدم دستورتيتها لا تخل بمبدأ سيادة القانون وضمان الحرية الشخصية ولا تنتقص من حق التقاضي ومن حق الدفاع ولا تخالف القانون الأساسي الفلسطيني المعدل".

ألا أنه وبذات الطعن كان هنالك رأي مخالف معطى من القاضيين محمد سامح الدويك وحلمي الكخن في هذا الطعن رقم 2014/3 حيث نص القرار على:

"بالتدقيق نجد أننا وإن كنا نتفق مع ما ذهبت إليه الأكثرية المحترمة من حيث، ردها للدفع المثارة من قبل النائب العام المساعد...، ولما كان ذلك وكان المبدأ المرسوم في القانون الأساسي يشكل مبدأ الشرعية للجريمة لأغراض تقرير المسؤولية الجنائية. إلا أن هذا المبدأ وطبقاً لما هو مقرر يعتمد على تحديد ضوابط الفعل المجرم تحديداً دقيقاً بعيداً عن أن يكون الفعل المجرم فضفاضاً بعبارة أو مشوباً بعيب عدم التحديد والوضوح أو محلاً للاستنتاج والقياس عليه.

فالفعل المجرم إذا ما شابه هذه العيوب نال نيلاً واضحاً من مبدأ الشرعية ومسئرها وعلى نحو ينهض معه القول بأن هكذا فعل مجرم غدا مشوباً بعيب مخالفة الدستور. وبإزالة حكم ما سلف ذكره على الكسب غير المشروع باعتبارها فعلاً مجرمًا فإن هذا الفعل يعوزه التحديد والوضوح ويعطي الفرصة للاستنتاج والقياس لإخضاع أفعال لا حصر لها تحت مفهومه مشيرين إلى أن القياس في القواعد الموضوعية المتصلة بالتجريم تخالف مبدأ شرعية الجريمة لأنها تنشئ أفعالاً مجرمة لم ينص عليها القانون الجنائي، فالنص التجريمي ينبغي أن يصاغ في حدود ضيقة تعريفاً بالأفعال المجرمة وتحديداً لماهيتها لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئاً للإخلال بحقوق كفلها الدستور، فالأفعال أو المخالفات الإدارية والتي قد ينشأ عنها كسباً غير مشروعاً ولا تشكل في حقيقتها جريمة خاضعة لأحكام قانون العقوبات يندرج تحت مفهوم الكسب غير المشروع لترتق إلى التجريم

طبقاً لذلك وهذا غير جائز كون مبدأ شرعية الجرائم يشكل مبدأً ثابتاً باعتباره الضمانة الوحيدة ضد التحكم فلا يؤثر القاضي أفعالاً ينتقيها ولا يقرر عقوبتها وفق اختياره إشباعاً لنزوه أو انفلاتاً عن الحق والعدل.

وعليه ولكل ما تقدم وخلافاً لما ذهبت إليه الأكثرية المحترمة نرى اعتبار النص التجريمي المتصل بالكسب غير المشروع المنصوص عليه في المادة (6/4) من قرار بقانون رقم (7) لسنة 2010م بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005م مشوباً بعيب عدم الدستورية لمخالفته لأحكام المادة (15) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وبالتالي حظر تطبيقه طبقاً لأحكام المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006".

فلاحظ أن هذا الرأي جاء متفقاً مع عدم دستورية تعريف قانون الكسب غير المشروع لما شابه انتهاكات لمبادئ دستورية، إلا أن هذا التعريف تم تعديله بالقرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة 2005م وتعديلاته، بحيث تم إلغاء العبارات الفضاضة التي كانت محور الطعن الدستوري رقم 2014/3 وهي عبارة (أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني أو للآداب العامة أو بأي طريقة غير مشروعة وإن لم تشكل جرماً). وأصبح تعريف قانون الكسب غير المشروع كالتالي: "كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القرار بقانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة، ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لأحكام هذا القرار بقانون، أو على زوجه أو أولاده القصر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها".

وبإمعان النظر على هذا التعريف نرى أنه يتطابق تماماً مع نص المادة (2) فقرة 2 من القانون رقم 62 لسنة 1975 في شأن الكسب غير المشروع المصري، والتي تم الطعن في دستورتها في القضاء الدستوري المصري والقضاء العادي.

وتم الطعن أمام القضاء الدستوري المصري للفصل في هذه المسألة، إلا أن المحكمة ردت الطعن شكلاً لانتفاء المصلحة والمتعلقة بالطعن في عدم دستورية نص المادة (17) من القانون رقم 62 لسنة 1975 بشأن الكسب غير المشروع (الطعن رقم 107 لسنة 30 دستورية).

وعلى الرغم من أن القضاء الدستوري المصري لم يتعرض لمسألة مدى دستورية جريمة الكسب غير المشروع إلا أن المحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة قضت بعدم دستورية القوانين التي تخالف مبدأ البراءة ونقل عبء الإثبات على المتهم.

وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة الدستورية المصرية بعدم دستورية نص المادة (121) من قانون الجمارك رقم (66) لسنة 1963، وذلك فيما تضمنته فقرتها الثانية من افتراض العلم بالتهريب، تأسيساً على مخالفة قرينة البراءة، وأن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه مقترن دائماً من الناحية الدستورية بوسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بالحق في الدفاع، إلا أن النص التشريعي المطعون عليه قد أدخل بهذه الوسائل الإجرائية بأن جعل المتهم مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة في حقه بغير دليل ومكلفاً بنفيها خلافاً لأصل البراءة (الطعن رقم 13 لسنة 12 دستورية).

وكذلك ما قضت به المحكمة الدستورية المصرية بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم (48) لسنة 1941 بقمع التدليس والغش حيث قضت بأن افتراض علم المتهم بغش السلعة بقرينة لا محل لها ونقل عبء نفيه إلى المتهم فيه انتهاكاً لاختصاص كفه الدستور للسلطة القضائية، وإخلاقاً بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والتشريعية، ومناقضاً لافتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه (الطعن رقم 31 لسنة 16 دستورية).

أما بالنسبة للمحكمة الدستورية الكويتية، لم تبت في مسألة مدى دستورية جريمة الكسب غير المشروع كون أن المشرع الكويتي لم ينص صراحة على نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم كما فعل المشرع المصري والفلسطيني فلذلك لا يوجد حاجة للطعن في دستورية نصوص هذه الجريمة، إلا أن هناك ما يبين رأي المحكمة الدستورية الكويتية بشأن القوانين التي تخالف قرينة البراءة، وتعتبرها قوانين غير دستورية، ومثل ذلك ما جاء في الطعن على نص المادتين (17/ 20،6) من المرسوم بقانون رقم (13) لسنة 1980 في شأن الجمارك اللتين نصتا على التهريب الحكمي الذي افترضه المشرع بشأن ارتكاب جرمي حيابة أو جلب مواد مخدرة بقصد الاتجار أو التعاطي، حيث جاء في الحكم: "وينعى الطاعن على هذا النص أنه أقام قرينة قانونية افترض بمقتضاها على الحائز للبضائع الممنوعة أنها مُهَرَّبَة، وأن حيازتها تكون مخالفة لأحكام قانون الجمارك ما لم يقدم من وُجِدَت البضاعة في حيازته المستندات التي تُثَبِت أن هذه البضاعة تم استيرادها بصورة نظامية وأُديت عنها الضرائب الجمركية، وبذلك يكون النص المشار إليه قد خالف قرينة البراءة التي نصت عليها المادة (34) من الدستور، وحيث إن الدستور هو القانون الأعلى الذي يستوري على القمة في مراتب الأدوات التشريعية في الدولة، إذ يُرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم ويقرر الحريات والحقوق العامة، وقد كفل الدستور في المادة (34) منه الحق في المحاكمة المنصفة بما نصت عليه من أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة بما نصت عليه من أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها

الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة القواعد التي تشتمل على مبادئ تعكس بفحواها نظاماً متكاملأ يتوخى بالأسس التي يقوم عليها صوت كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية، مشمولة بضمانات تحول دون تجريد العقوبة من مقاصدها أو الخروج عن أهدافها، ولهذه القواعد ولئن كانت إجرائية بحسب الأصل إلا أن تطبيقها في مجال الدعوى الجزائية يؤثر بالضرورة على مصلحتها النهائية، ويندرج تحت هذه القواعد أصل البراءة كقاعدة أساسية في النظام الاتهامي". (الطعن رقم 4 لسنة 2002 دستوري)

وبالرغم من أن القضاء الدستوري لم يحسم الجدل في مسألة مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة، إلا أن القضاء العادي حسم هذه المسألة، فوجد أن محكمة النقض المصرية في حكم لها اعتبرت فيه نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم في جريمة الكسب غير المشروع فيه انتهاك لقرينة البراءة وبالتالي هو نص غير دستوري حيث قضى هذا الحكم أنه: "... لما كان ذلك، وكان القرار بقانون رقم 62 لسنة 1975 في شأن الكسب غير المشروع إذ نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على ان "وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها"، يكون قد أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع بسبب استغلال الخدمة إذا طرأت زيادة في ثروة الخاضع لا تتناسب مع موارد متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة 67 من الدستور على نحو ما جرى تبيانه وفقاً لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة والتي انتهت محكمة النقض إلى عدم اعمالها واهمالها لمخالفتها للدستور، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن الأول لعجزه عن إثبات مصدر مشروع لما طرأ على ثروته من زيادة لا تتناسب مع موارد يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لأنه قام على افتراض ارتكاب المتهم للفعل المؤثم وهو الكسب غير المشروع لمجرد عجزه عن إثبات مصدر الزيادة في ثروته، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان المتهم بناء على هذا الافتراض الظني وقلب عبء الإثبات مستنداً إلى دليل غير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثوابت الدستورية التي تقضي بافتراض أصل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجرم واليقين لا على الافتراض والتخمين" (الطعن رقم 30342 لسنة 70 قضائية).

المطلب الثاني

الاتجاهات المعارضة

كما ذكرنا في السابق أن القضاء اختلف في الرأي بشأن مدى دستورية الكسب غير المشروع، فكما كان هنالك رأي مؤيد لعدم دستورية هذه الجريمة كان هنالك رأي معارض يتبنى القرينة القانونية البسيطة التي فرضها المشرع التي بموجبها تم نقل عبء الإثبات على المتهم مدعياً بذلك أنها لا تنتهك قرينة البراءة.

فجاء في حكم لمحكمة جنايات القاهرة في مصر أن الدفع بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية هو دفع غير جدي، وتبين المحكمة أن القرينة التي وضعتها هذه المادة لا تتعارض مع مبدأ افتراض البراءة بمقولة نقل عبء الإثبات عن كاهل النيابة العامة إلى المتهم، فجاء في الحكم: "... ولما كان الأصل في القرائن القانونية القاطعة أو غير القاطعة هي أنها من عمل المشرع وهو لا يقيّمها تحكماً أو املاءً وإنما يجب أن تصاغ القرينة ويتحدد مضمونها على ضوء ما يقع غالباً في الحياة العملية وذلك كله وصولاً للغاية النهائية التي ارتأتها الإرادة الشعبية من دعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ومفاد ما تقدم أنه عند تفسير النصوص الدستورية أنه يتعين إجراء الملاءمة المقارنة بين هذه النصوص وما ارتأه المشرع في إقامة قرينة قانونية غير قاطعة فإذا جاءت هذه القرينة متفقة وما يقع غالباً في الحياة العملية فإنها تكون متفقة مع المبادئ الدستورية. وحيث أنه بإنزال المفهوم القانوني سالف الذكر على الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الكسب غير المشروع والمطعون عليها بعدم الدستورية يبين أن القرينة التي وضعتها هذه المادة لا تتعارض مع مبدأ افتراض البراءة بمقولة نقل عبء الإثبات عن كاهل النيابة العامة إلى المتهم إذ أن عبء الإثبات ما زال على النيابة العامة إذ يتعين عليها أن تثبت أن المتهم يشغل منصباً يخول له نفوذاً ويطوع له الحصول على مكاسب من جراء شغله لوظيفته ثم تثبت بعد ذلك الزيادة الطارئة على ثروته التي لا تتناسب مع موارده وهنا فقط تقوم القرينة البسيطة التي نصت عليها المادة المطعون عليها والتي مؤداها عدم مشروعية هذه الزيادة وهذا يتفق مع الواقع غالباً في الحياة العملية ويتفق مع اعتبارات المواءمة المقارنة إذ أن الوقائع المادية المكونة لجريمة الكسب غير المشروع والمتمثلة في حصول المتهم على منفعة محددة نتيجة استغلاله وظيفته تعد من حيث الواقع العملي صعبة الإثبات خاصة إذا ما وضع في الاعتبار وسائل المتهم وإمكانياته

من خلال وظيفته وسلطاته بما يطوع إخفاء هذه الوقائع ... وتنتهي المحكمة مما تقدم إلى أنه ليس هناك أي شبهة في دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الكسب غير المشروع وبالتالي فإن الدفع يكون غير جدي ولا تعول عليه المحكمة" (القضية رقم 37 لسنة 1997 كلي).

وهناك حكم آخر لمحكمة النقض المصرية تُقر فيه صورتي جريمة الكسب غير المشروع، وذلك بما يتضمن الصورة الثانية التي تعتمد إنشاء المشرع للقرينة القانونية البسيطة في مواجهة الخاضع للقانون، والتي هي محور النقاش حول مدى دستورية أعمال هذه القرينة، إذ يتبين ذلك في قولها: "لما كان المقصود بالكسب غير المشروع كل مال تملكه الموظف أو من في حكمه فصار ضمن ذمته المالية عنصراً من عناصرها باستغلال ما تسبغه عليه وظيفته أو يخوله له مركزه من إمكانيات تطوع له الإجتراء على محارم القانون مما يمس ما يفترض في الموظف العام أو من في حكمه من الأمانة والنزاهة، والكسب غير المشروع أخذاً من نص قانونه رقم 62 لسنة 1975 لا يعدو صورتين: الأولى وهي المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون سالف الذكر وهي التي يثبت فيها على الموظف العام أو من في حكمه أيّاً كان نوع وظيفته استغلاله بالفعل لإعمال أو نفوذ أو ظروف وظيفته أو مركزه وحصوله كذلك بالفعل على مال مؤتم نتيجة لهذا الاستغلال، والثانية وهي المنصوص عليها في الفقرة الثانية من القانون سالف الذكر وهي التي لا يثبت فيها هذا الاستغلال الفعلي على الموظف أو من في حكمه ولكن يثبت أن لديه في ماله زيادة عجز عن إثبات مصدرها وفي هذه الحالة، يتعين أن يكون نوع ووظيفة الموظف مما يتيح له فرص الاستغلال على حساب الغير ويتعين على قاضي الموضوع لإعمال هذه القرينة أن يثبت في حكمه توافر هذين الأمرين وهما الزيادة غير المبررة في مال الموظف وكون نوع وظيفته بالذات يتيح له فرص هذا الاستغلال حتى يصح اعتبار عجزه عن إثبات مصدر الزيادة في هذه الحالة قرينة قانونية عامة على أن هذه الزيادة تمثل كسباً غير مشروع ... " (طعن رقم 4257 لسنة 61 قضائية).

ونرى في هذا الإطار أن من الثابت فيما قضت به المحكمة الدستورية المصرية في حكمها في القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية والقضية رقم 31 لسنة 16 قضائية المشار لهما وبإسقاط مضمون كل منهما على نقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى القول بعدم دستورية النصوص التي تمس من قرينة البراءة قياساً على المسألة الدستورية التي تتعلق بنقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع. ومن خلال استعراض أحكام القضاء العادي التي أشرنا لها فإن المساس بقرينة البراءة كمبدأ دستوري يثير الشبهة بعدم دستورية تلك النصوص التي تنال من هذه القرينة بأي صورة كانت. ومن الظاهر أن المحكمة الدستورية الفلسطينية والمصرية تجنبا الفصل في هذه المسألة، ومرد ذلك إلى أن طبيعة هذه

الجريمة تستلزم ضرورات إجرائية تتجاوز حدود الإثبات في الجرائم العادية وهو ما يضع القضاء الدستوري في مواجهة موازنة صعبة بين حماية الشرعية الدستورية وضرورات مكافحة الفساد.

الخاتمة

قامت هذه الدراسة بإلقاء الضور على القواعد الموضوعية والإجرائية المتعلقة بجريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني مقارنة بالتشريعين المصري والكويتي، وقد تم ذلك من خلال تحليل النصوص والمقارنة مع النظم المقارنة، وتم التعريف بجريمة الكسب غير المشروع وبيان طبيعتها القانونية، وكذلك تم بيان النموذج القانوني للجريمة من خلال تفصيل بنيانها القانوني الذي يقوم على الركن المادي المتمثل بسلوك استغلال أعمال الوظيفة سواء الفعلي أو الحكمي، ونتيجة هذا السلوك وهي الحصول على المال مع الربط بين السلوك والنتيجة من خلال علاقة السببية، وقيامها بالإضافة إلى ذلك على توافر الركن المعنوي بالضرورة مع الركن المادي بحيث ينبني الركن المعنوي على القصد الجنائي العام من خلال علم الجاني بعناصر الجريمة وتوجه إرادته إليها من خلال إرادة السلوك وتوقع النتيجة. ومن ثم تم البحث في الإشكاليات الإثباتية في جريمة الكسب غير المشروع، حيث أن مسألة نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم فيها انتهاك للعديد من الضمانات الدستورية منها: انتهاك قرينة البراءة، وحرمان المتهم من حقه في الصمت. ومن ثم استعرضنا موقف الفقه والقضاء من مدى دستورية نقل عبء إثبات مشروعية الزيادة في الدخل من عاتق سلطة الاتهام إلى عاتق المتهم، وهل يشكل ذلك انتهاك لمبدأ دستوري وهو افتراض البراءة في المتهم، وفي إطار ذلك توصلت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج، والتي بني عليها العديد من التوصيات والمقترحات.

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

- عالج تعريف الكسب غير المشروع وفق المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بعض الإشكاليات المتعلقة بمبدأ الشرعية التي اعترت تجريم هذا الفعل في القانون الأصلي، حيث تم إلغاء الصور التي تتمثل بالحصول على المال نتيجة سلوك مخالف للقانون أو للآداب العامة التي اعتُبرت محل انتقاد لابتعادها عن جوهر تجريم الكسب غير المشروع.
- توجد العديد من المآخذ والثغرات على تعريف هذه الجريمة الواردة في القوانين العقابية المقارنة، والسبب في ذلك عدم تحديد أركان هذه الجريمة وعناصرها بدقة، ومن شأن ذلك عرقلة تطبيقها على الواقع والتأثير على الهدف منها.
- توسع المشرع المصري في تحديد الفئات الخاضعة لقانون الكسب غير المشروع، كما أنه أجاز لرئيس الجمهورية إضافة فئات أخرى غير الفئات المحددة في القانون، وهذا يعتبر مخالفة لمبدأ الشرعية، الذي ينص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.
- لم يكن المشرع الكويتي موفقاً عندما أخرج زوج المكلف من إقرار الذمة المالية، على عكس ما فعل المشرع الفلسطيني والمصري.
- إن المساس بقريئة البراءة كمبدأ دستوري يثير الشبهة بعدم دستورية نصوص قانون الكسب غير المشروع التي نالت من هذا القريئة بأي صورة كانت، فيعد تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرعين الفلسطيني والمصري غير دستوري، لأنه نقل عبء الإثبات إلى المتهم مما يشكل انتهاك لمبدأ دستوري وهو قريئة البراءة، على عكس المشرع الكويتي الذي لم ينقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع.
- هناك اتجاهان فقهيان متجاذبان في موضوع تجريم الكسب غير المشروع، أما الاتجاه الأول يعارض التجريم بناء على مجموعة من الأسس أهمها أن الكسب غير المشروع ينتهك مبادئ حقوق الانسان، ويطيح بقريئة البراءة، وينقل عبء الإثبات على المتهم، ويحرمه حقه من الصمت، أما الاتجاه الثاني يرى أن تجريم الكسب غير المشروع أداة قانونية فعالة في سبيل مكافحة الفساد، وأن تجريم الكسب غير المشروع لا يطيح بقريئة البراءة وأن عبء الإثبات ما زال على النيابة العامة، حيث أن وجود الأصول غير المبررة هو دليل اتهام قوي وعلى الموظف إثبات عكسه.

- إن القضاء الدستوري قد نحى وتجنب الفصل في مسألة نقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع إلى كاهل المتهم لإثبات الزيادة في ثروته وانتهاك قرينة البراءة، ومرد ذلك إلى أن طبيعة هذه الجريمة تستلزم ضرورات إجرائية تتجاوز حدود الإثبات، وهو ما يضع القضاء الدستوري في مواجهة موازنة صعبة بين حماية الشرعية الدستورية وضرورات مكافحة الفساد. إلا أن القضاء العادي تصدى لهذه المسألة.

ثانياً: التوصيات

- إجراء تعديل على نص المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته، بما يتفق مع مبدأ الشرعية، من خلال استبعاد فكرة الاستغلال الحكمي أو المفترض، وإلغاء القرينة القانونية المبينة على عجز المتهم عن الإثبات.
- التأكيد على تنقية النموذج القانوني لجريمة الكسب غير المشروع من شبهة عدم الدستورية، ولا تنسخ هذه الأخيرة عن الجريمة إلا إذا نقل على عاتق سلطة الاتهام حمل إثبات عدم مشروعية الزيادة على دخل المتهم.
- النص على ألفاظ محددة وعدم اطلاقها، من خلال تحديد نسبة المتغيرات التي تطرأ على الذمة المالية، سواء بالزيادة أو النقصان، وعدم ترك ذلك للاجتهاد والتفسير.
- ضرورة قيام المشرع الفلسطيني بسن تشريع خاص بإشهار الذمة المالية، لتسهيل إجراءات إثبات جريمة الكسب غير المشروع.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

أولاً: التشريعات الفلسطينية

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003. (الوقائع الفلسطينية: العدد الممتاز 2. تاريخ 2003/3/19)، 5.

قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005. (الوقائع الفلسطينية: العدد 53. تاريخ 2005/2/28)، 154.

القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 بتعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005. (الوقائع الفلسطينية: العدد 87. تاريخ 2010/6/26)، 2.

القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد المعدل رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته. (الوقائع الفلسطينية: العدد 149. تاريخ 2018/11/28)، 30.

قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001. (الوقائع الفلسطينية: العدد 38، تاريخ 2001/9/5)، 94.

ثانياً: التشريعات المصرية

الدستور المصري لعام 2014. (الجريدة الرسمية: العدد 3 مكرر (أ)، 2014/1/18).

قانون الكسب غير المشروع رقم (62) لسنة 1975. (الجريدة الرسمية: العدد 31، 1975/7/31)

ثالثاً: التشريعات الكويتية

الدستور الكويتي لعام 1962. (الجريدة الرسمية: بتاريخ 1962/11/11).

قانون الكسب غير المشروع رقم (2) لسنة 2016. (الجريدة الرسمية: بتاريخ 2016/2/1).

الأحكام القضائية:

الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفقتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 2014.

الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية المصرية في الطعن رقم 107 لسنة 30 دستورية.

الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية المصرية في الطعن رقم 13 لسنة 12 دستورية.

الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية المصرية في الطعن رقم 31 لسنة 16 دستورية.

الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية الكويتية في الطعن رقم 4 لسنة 2002 دستوري.

حكم لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم 11889 لسنة 1968.

حكم لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم 30342 لسنة 70 قضائية.

حكم لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم 4257 لسنة 61 قضائية.

حكم لمحكمة جنايات القاهرة في القضية رقم 416 لسنة 1992.

حكم لمحكمة جنايات القاهرة في القضية رقم 177 لسنة 1996.

حكم لمحكمة جنايات القاهرة في القضية رقم 37 لسنة 1997 كلي.

المراجع:

اولاً: الكتب

الألفي، أ. (1984)، *مذكرات في القسم الخاص من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية بالجمهورية العربية اليمنية*. دار النهضة العربية.

الريكاني، م. (2019)، *دراسة مقارنة في استراتيجية مواجهة جرائم الفساد*. (ط1)، منشورات زين الحقوقية.

الشيخ، ع. (2020)، *الكسب غير المشروع وآثاره الاقتصادية والاجتماعية*. (ط1)، دار الجامعة الإسكندرية.

الطباخ، ع. (2023)، سلسلة الجرائم التي تختص بها هيئة الرقابة الإدارية: جريمة الكسب غير المشروع. (ط1)، دار النهضة العربية.

العجمي، ش. عبد الرازق، ث. (2011)، جريمة الكسب غير المشروع. (ط1)، دار الحفانية.

القاضي، م. (1996)، حق الإنسان في محاكمة عادلة: دراسة مقارنة. دار النهضة العربية.

المصرفاوي، ح. (1983)، المصرفاوي في قانون الكسب غير المشروع. منشأة المعارف.

حسني، م. (1987)، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص. دار نافع للطباعة والنشر.

حسني، م. (1995)، شرح قانون الإجراءات الجزائية. دار النهضة العربية.

سرور، أ. (2002)، القانون الجنائي الدستوري. (ط2)، دار الشروق.

عثمان، أ. (1975)، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص. دار النهضة العربية.

عبد العاطي، ر. (2016)، شرح قانون الكسب غير المشروع المصري. (ط1)، المكتبة القانونية للطباعة والنشر والتوزيع.

نوفل، م. (1969)، شرح قانون الكسب غير المشروع: من أين لك هذا. (ط1)، مكتبة الأنجلو الأمريكية.

هرجة، م. (1999)، أحكام الدفع في الاستجواب والاعتراف. (ط3)، دار الكتب القانونية.

ثانياً: البحوث والمقالات

أبو فارة، س. (2023). ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي: دراسة مقارنة في ضوء التشريعات الفلسطينية والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، 8 (1)، 1-24.

المساعدة، أ. (2018). جريمة الاثراء غير المشروع بين القبول والرفض: دراسة مقارنة. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، 6 (23)، 245-288.

المسعود، ع. (2021). السياسة الجنائية في توزيع عبء الإثبات: دراسة تحليلية لموقف المشرع الكويتي في جريمتي غسل الأموال والكسب غير المشروع. *مجلة الحقوق*، 45 (3)، 279-337.

السيوي، ه. (2021). الإشكاليات المثارة في جريمة الكسب غير المشروع: دراسة مقارنة. *الجامعة الاسمية الإسلامية*، 1-43.

الأشقر، أ. الأطرش، ع. (2022). تجريم الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني بين الشرعية الدستورية والضرورة الإجرائية: دراسة مقارنة. *مجلة العلوم القانونية*، 37 (2)، 160-192.

حسن، ن. (2010). جريمة الكسب غير المشروع وخصوصية الإثبات فيها. *المجلة الجنائية القومية*، 53 (3)، 161-182.

دريسي، ج. (2013). مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة. *دراسات قانونية*، (17)، 143-157.

عبيد، أ. (2018). السياسة الجنائية في الكسب غير المشروع: دراسة مقارنة. *مجلة القانون والاقتصاد*، (91)، 30-70.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

العيسى، ن. (2023). مواءمة القانون القطري مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بشأن الكسب غير المشروع: دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير، جامعة قطر). قطر.

ربايعة، ع. (2014). جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائري الفلسطيني: دراسة مقارنة. (أطروحة دكتوراة، جامعة نايف للعلوم الأمنية). الرياض.

عادل، م. (2010). المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم القضائي. (أطروحة دكتوراة، جامعة محمد خيضر بسكرة). الجزائر.

عبد القادر، ف. (1987). الكسب غير المشروع: دراسة مقارنة. (أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة). مصر.

عمارنة، ر. (2019). جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائري الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد. (رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت). فلسطين.

محمد، ر. (2006). البراءة في القانون الجنائي: دراسة مقارنة. (أطروحة دكتوراة، جامعة بغداد).
العراق.

مواقع الكترونية:

أحمد، ف. (2011/2/28). نقل عبء الإثبات في جرائم غسل الأموال في الشريعة والقانون. شبكة
الألوكة.

<https://www.alukah.net/sharia/0/29970/%D9%86%D9%82%D9%84-%D8%B9%D8%A8%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AB%D8%A8%D8%A7%D8%AA-%D9%81%D9%8A-%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85-%D8%BA%D8%B3%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D9%88%D8%A7%D9%84-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%/D9%86-word>

abstract

The study dealt with the crime of illicit gain in Palestinian legislation and compared it with Egyptian and Kuwaiti legislation. The study aims to identify the constitutionality of proving the crime of illicit gain, with regard to shifting the burden of proof to the accused and its violation of the presumption of innocence.

The study adopted the analytical approach based on analyzing the texts of legislation related to illicit gain, especially Resolution Law No. (37) of 2018 amending the Anti-Corruption Law No. (1) of 2005. The comparative approach was also used, based on comparing the crime of illicit gain in Palestinian legislation. And the Egyptian and Kuwaiti. The study reached a set of results, the most important of which are: Compromising the presumption of innocence as a constitutional principle raises suspicion of the unconstitutionality of provisions of the Illicit Gain Law that undermine this presumption in any way, so criminalizing illicit gain, according to Palestinian and Egyptian legislators, is considered unconstitutional, because it transfers the burden of proof to the accused. Which constitutes a violation of the constitutional principle, which is the presumption of innocence, in contrast to the Kuwaiti legislator, which did not transfer the burden of proof in the crime of illicit gain. The study recommended some recommendations, the most important of which are: making an amendment to the text of Article (3) of Decree Law No. (37) of 2018 amending the Anti-Corruption Law No. (1) of 2005 and its amendments, in accordance with the principle of legality, by excluding the idea of government exploitation or corruption. It is assumed that the legal presumption based on the accused's inability to prove is abolished, and that the burden of proving the crime of illicit gain rests with the accusing authority in accordance with general rules.