تجريم الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني بين الشرعية الدستورية والضرورة الإجرائية

"دراسة مقارنة بالتشريعين الأردني والكويتي"[1]

إعداد

د. أحمد الاشقر

استاذ القانون الدستوري المساعد / الجامعة العربية الأمريكية

د. عصام الأطرش

استاذ علم الجريمة المشارك / جامعة الاستقلال

[1] منشورات مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، إفادة قبول النشر مرفقة في نهاية البحث.

تجريم الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني بين الشرعية الدستورية والضرورة الإجرائية

"دراسة مقارنة بالتشريعين الأردني والكويتي"

ملخص

هدفت هذه الدراسة التعرف على مدى دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع وذلك بشأن نقل عبء الإثبات إلى المتهم وانتهاكها لقرينة البراءة، وقد توصلت الدراسة بأن تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الفلسطيني والأردني غير دستوري، لأنها نقلا عبء الإثبات إلى المتهم مما يشكل انتهاك لمبدأ دستوري وهو قرينة البراءة، خلاف المشرع الكويتي الذي لم يقم بنقل عبء الإثبات في جرائم الكسب غير المشروع، وأن إثبات جرائم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الفلسطيني والأردني ترتبط بصورتين هما الاستغلال الفعلي والاستغلال الحكمي أو المفترض، بينما المشرع الكويتي فقد اقتصر إثبات جرائم الكسب غير المشروع في صورة واحدة فقط وهي الاستغلال الحكمي أو المفترض، وقد أوصت الدراسة بمجموعة من التوصيات بإجراء تعديل على نص المادة ٣ من القرار بقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ بأن يكون عبء الإثبات في جرائم الكسب غير المشروع منوطاً بسلطة الاتهام وفقاً للقواعد العامة.

الكلمات المفتاحية: تجريم، الكسب غير المشروع، الشرعية الدستورية، الضرورة الإجرائية، التشريع الفلسطيني.

Criminalization of graft in Palestinian legislation between constitutional legitimacy and procedural necessity

A comparative study of the Jordanian and Kuwaiti legislations.

This study aimed to identify the extent of the constitutionality of proving the crime of graft regarding transferring the burden of proof to the accused and its violation of the presumption of innocence. The presumption of innocence, unlike the Kuwaiti legislator, who did not shift the burden of proof in the crimes of illegitimate gain, and that the proof of the crimes of illegitimate gain according to the Palestinian and Jordanian legislators are linked to two forms: actual exploitation and judgmental or presumed exploitation, while the Kuwaiti legislator has limited proof of illegitimate gain crimes in the form of The study recommended a set of recommendations for an amendment to the text of Article 3 of Decree Law No. 37 of 2018 regarding the amendment of Anti-Corruption Law No. 1 of 2005 that the burden of proof in graft crimes is entrusted to the authority of accusation in accordance with the rules the public.

Keywords: criminalization, graft, constitutional legitimacy, procedural necessity, Palestinian legislation.

مقدمة

يعود تجريم الكسب غير المشروع إلى العام ١٩٣٦، عندما قام البرلماني الأرجنتيني (رودولغو سيغويرا) بطرح مشروع قانون لتجريم ومعاقبة الموظف العمومي الذي يمتلك ثروة لا يستطيع تبرير مصدر مشروع لها، كرد فعل لاستعراض قام به أحد موظفي الحكومة لممتلكاته التي حصل عليها بعد توليه منصبه، لدى زيارته بالقطار إلى بيونيس ايرس، حيث اعتقد البرلماني سيغويرا أنه ما كان لموظف أن يمتلك هذه الممتلكات والأموال من مصدر مشروع، ورغم هدم إقرار هذا المقترح، إلا أنه ساهم بالتعريف بالجريمة على مستوى عالمي، وساعد على بدء حركة تجريم فعل الكسب غير المشروع[٢].

وتعد مسألة تجريم الكسب غير المشروع من المسائل التي حازت الكثير من الاهتمام، سواء على المستوى الدولي من خلال الإتفاقيات الدولية التي تصدت لمعالجة هذه الظاهرة، أم على المستوى الداخلي المتمثل بالتشريعات الداخلية للدول، وذلك في إطار السياسة الجنائية لكل دولة في معالجة ظاهرة الفساد عموماً، والكسب غير المشروع خصوصاً، بوصفه أحد أخطر أشكال وأنماط هذا الفساد.

[٢] رشا عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الإتفاقية الأممية لمكافحة الفساد، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٩، ص١

وإذا كان الإثبات الجنائي على وجه العموم ينصرف إلى قيام سلطة الاتهام بإثبات وقائع مادية لمدى انطباق النص القانوني على الوقائع المادية محل الجريمة، وإثبات وقائع معنوية من إثبات الركن المعنوي للجريمة، ومدى وجود علاقة للمتهم مع الركن المادي للجريمة، فإن إثبات جريمة الكسب غير المشروع يتسم بطبيعة خاصة قررتها التشريعات العقابية الناظمة لمكافحة الفساد، منطلقة في ذلك من الضرورات الإجرائية لمكافحة هذه الجريمة، بسبب الصعوبة في إثبات الزيادة في أموال المكلف نتيجة رشوة أو اختلاس أو استغلال الوظيفة أو غير ذلك من صور الفساد، ويكون تجريم الكسب غير المشروع مفيداً لها من هذه الناحية[٣].

مشكلة الدراسة

ثار الكثير من الجدل في العديد من التشريعات المقارنة، والتي جرمت الكسب غير المشروع في تشريعاتها الجزائية، حول مدى دستورية تجريم الكسب والاثراء غير المشروع على وجه العموم، ومدى دستورية إثباته بنقل عبء مشروعية الزيادة على الدخل من سلطة الاتهام إلى عاتق المتهم على وجه الخصوص، وتتمحور إشكالية الدراسة في تصاعد الجدلية القائمة بين من يرى عدم دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع، مستندين بشكل أساسي في ذلك إلى تعارضها مع المبدأ الدستوري وهو افتراض البراءة في المتهم، واتجاه آخر يرى بدستوريته وعدم تعارضه مع مبدأ افتراض البراءة انحيازاً لضرورات مكافحة الفساد، وكل اتجاه من تلك الاتجاهات يبرز العديد من الحجج سواء المؤيدة أو المعارضة، وفي ظل هذا الخلاف بين تلك الاتجاهات، وعدم قيام القضاء الدستوري بالفصل في هذه المسألة الدستورية، سواء في فلسطين أو مصر، تكمن مشكلة الدراسة في محاولة الإجابة على التساؤل الرئيسي: ما مدى دستورية إثبات أركان جريمة الكسب غير المشروع بنقل عبء إثبات مشروعية الزيادة في الدخل من عاتق سلطة الاتهام إلى عاتق المتهم؟

اسئلة الدراسة

تحاول هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما مدى دستورية نقل عبء إثبات مشروعية الزيادة في الدخل من عاتق سلطة الاتهام إلى عاتق المتهم ؟

[٣] خالد خضير دحام، تجريم الكسب غير المشروع ومبدأ البراءة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد ٢، ٢٠١٥، ص١٥٨

- هل يعتبر نقل عبء إثبات مشروعية الزيادة في الدخل من عاتق سلطة الاتهام إلى عاتق المتهم انتهاك لقرينة البراءة كمبدأ دستوري؟
- ما هو موقف الفقه بشأن دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع؟
- ما هو موقف القضاء بشأن دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع؟

أهمية الدراسة

يعتبر إثبات جريمة الكسب غير المشروع، من المسائل الهامة وبالغة الخطورة كونها تتعلق وترتبط بحق دستوري من حقوق الإنسان وهو افتراض البراءة في المتهم، وبالتالي تكمن أهمية الدراسة من الناحية النظرية كونها من الدراسات القليلة التي تطرقت إلى جريمة الكسب غير المشروع وإثباتها ما بين الشرعية الدستورية وضرورات مكافحة الفساد، وبالتالي ستساهم في إغناء المكتبة القانونية بمثل هذه الدراسات، أما من الناحية العملية، ستساعد هذه الدراسة راسمي السياسات التشريعية في فلسطين في التعرف على مدى دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع وانتهاكها لقرينة البراءة، حتى يتم تفادي أو تعديل أي نصوص غير دستورية.

أهداف الدراسة

تحاول هذه الدراسة تحقيق الأهداف التالية:

- التعرف على مفهوم جريمة الكسب غير المشروع وأركانها والعقوبة المترتبة عليها.
- تحديد قواعد الإثبات في جرائم الكسب غير المشروع.
- بيان موقف القضاء والفقه بشأن مدى دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع وانتهاكها لقرينة البراءة.

منهج الدراسة

أُستخدم في هذه الدراسة المنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص التشريعات ذات العلاقة بالكسب غير المشروع وخصوصاً القرار بقانون (٣٧) لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، كما سيُستخدم في هذه الدراسة المنهج المقارن، القائم على مقارنة جريمة الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني، مع العديد من التشريعات المقارنة وخصوصاً

قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٦، والقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ الكويتي والخاص بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد.

خطة الدراسة

المطلب الأول: ماهية جريمة الكسب غير المشروع

الفرع الأول: مفهوم جريمة الكسب غير المشروع

الفرع الثاني: أركان جريمة الكسب غير المشروع

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة.

الفرع الثاني: موقف القضاء بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة.

المطلب الأول

ماهية جريمة الكسب غير المشروع

سنتطرق في المطلب الاول من هذه الدراسة إلى ماهية جريمة الكسب غير المشروع، حيث سنستطيع من خلال ذلك التعرف على مفهوم جريمة الكسب غير المشروع، والتعرف على أركان جريمة الكسب غير المشروع، بالإضافة إلى التعرف على قواعد إثبات جريمة الكسب غير المشروع، هذا الأمر الذي سيهيء الحديث عن دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع في المطلب الثاني.

الفرع الأول

مفهوم جريمة الكسب غير المشروع

وفقاً للمشرع الفلسطيني ورد تعريف جريمة الكسب[٤] غير المشروع للمرة الأولى في قانون الكسب غير المشروع رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، حيث تم تعريف الكسب غير المشروع 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 للآداب العامة أو بأية طريقة غير مشروعة وإن لم تشكل جرما، ويعتبر كسبا غير مشروع كل زيادة في الثروة تطرأ 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[٥].

وإذا كان التشريع الفلسطيني كماه الحال في ال التشريعات العربية تجرم الإثراء غير المشروع بمقتضى قوانين خاصة وفقاً للمفهوم الذي جاء به القانون الفلسطيني، فإن مجموعة من التشريعات الأوروبية – خاصة في دول أوروبا الغربية – لا تتضمن منظوماتها القانونية نصوصا تشير إلى مفهوم الكسب غير المشروع، ولم تقم بتجريم هذا الفعل، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي والبلجيكي، فبالرجوع لكل من القانون الجنائي وكذا قانون التصريح بالممتلكات في هذين البلدين، يلاحظ غياب تام لجريمة الإثراء غير المشروع بهذه المنظومات القانونية، غري أنه من زاوية أخرى، يلاحظ أن المشرع الجنائي الفرنسي تجريم أفعال أخرى مشاهبة لجريمة الإثراء غير المشروع وتسعى لتحقيق نفس الغرض وهي جرائم الإخفاء وعدم تبرير الموارد المالية المناسبة لمستوى معيشة الشخص المنصوص عليها على التوالي في المادتين ٣٢١/١ و ٣٢١/٦ من القانون الجنائي الفرنسي، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الضريبي الفرنسي، كما أن بعض التشريعات الأوربية صرحت بعدم تجريم الإثراء غير المشروع كالتشريع السويسري.[٦]

---

[٤] يعرف الكسب في معجم المعاني الجامع بأنه الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر ، أما في المعاج الإنجليزية فقد تم استخدام العديد من التعابير للدلالة على تعبير الكسب غير الكشروع، ومن هذه التعابير الإثراء غير المشروع (illicit enrichment) وتعني الزيادة والوفرة في أي شيء مرغوب به بشكل غير قانوني، أو الأفعال التي تتم يموجبها زيادة قيمة أو كمية شيء ما بشكل غير قانوني، كما تم استخدام تعبير الثروة غير المبررة (wealth unexplainted) وهو وجود كميات كبيرة أو مخزون من المال بشكل لا يستطيع صاحبه تبرير مصدره، وتعبير الثروة غير المتناسبة (wealth disproportionate) أي أن هذه الثروة لا تتناسب مع دخل صاحبها من حيث الحجم أ, العدد

[٥] المادة ١ من قانون الكسب غير المشروع الفلسطيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

[٦] العربي البوبكري، تجريم الإثراء غير المشروع: مرتكز أساسي لمكافحة الفساد المالي بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، ع٢، ٢٠١٥، ص ٩٧

وعلى ضوء ما جاء به القانون الفلسطيني، يبرز لنا العديد من الملاحظات على هذا المفهوم يمكن إبرازها على النحو التالي:

- عدم تحديد مفهوم الاداب العامة التي يمكن أن يتحصل عليه الخاضع لاحكام هذا القانون عليه، وما هو علاقة الاداب العامة بالوظيفة التي يؤديها.
- غموض الحالات التي يمكن أن تكون طريقاً غير مشروع يتحصل بموجبه الموظف على أموال ولكن في نفس الوقت لا تشكل جريمة.
- لم يتم تحديد مفهوم التواطؤ، والأولى في المشرع أن يستخدم مصطلح ذو دلالة قانونية كالاشتراك الجرمي.

أما القرار بقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، عرفت الكسب غير المشروع بأنه 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 تطرأ بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لأحكام هذا القرار بقانون، أو على زوجه أو على أولاده القصر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها[٧].

يتضح لنا أن هنالك اختلاف بين التعريفين وفقاً لما جاء في قانون الكسب غير المشروع والقرار بقانون، حيث يمكن لنا أن نعزو ذلك أن قانون الكسب غير المشروع حصر جميع صور جرائم الفساد في صورة واحدة وهي الكسب غير المشروع، أما القرار بقانون فقد اعتبر الكسب غير المشروع صورة من صور جرائم الفساد، ونحن من جهتنا نميل إلى الإتجاه المنادي بإعتبار الكسب غير المشروع صورة من صور جرائم الفساد، لذلك نعتبر تسمية القانون بمكافحة الفساد هو الأنسب[٨].

أما المشرع الأردني فقد عرف الكسب غير المشروع بأنه كل مال منقول أو غير منقول حصل أو حصل عليه أي شخص تسري عليه أحكام هذا القانون لنفسه أو غيره بسبب استغلال منصبه أو وظيفته أو المركز الذي يشغله أو بحكم صفة أي منها، وكل زيادة تطرأ على المال المنقول أو

---

[٧] المادة ٣ من القرار بقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته

[٨] ما زال المشرع المصري يستخدم مصطلح الكسب غير المشروع في قانون الكسب غير المشروع المصري رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥١، أما المشرع الفلسطيني فقد استبدل التسمية من الكسب غير المشروع إلى مكافحة الفساد، كما استخدم المشرع الكويتي مكافحة الفساد، أما المشرع الأردني فهنالك تشريعين الأول يتعلق بالنزاهة ومكافحة الفساد رقم ١٦ لسنة ٢٠١٦ والكسب غير المشروع رقم ٢١ لسنة ٢٠١٤ والمعدل بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١

غير المنقول وفق إقرار الذمة المالية المقدم منه بمقتضى أحكام هذا القانون أو قانون إشهار الذمة المالية رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٦ له أو لزوجه أو أولاده القصر وذلك أثناء إشغاله للمنصب أو الوظيفة أو المركز أو بسبب صفة أي منها إذا كانت هذه الزيادة لا تتناسب مع مواردهم المالية وعجز عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة[٩].

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[١٠].

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

- حدد المشرع الأردني مفهوم المال سواء كان منقول أو غير منقول خلاف المشرع الفلسطيني والكويتي اللذان اكتفيا بمصطلح المال[١١]، ونحن نميل في ذلك إلى المشرع الأردني.
- ميز المشرع الأردني بين المنصب والوظيفة والمركز، خلاف المشرعين الفلسطيني والكويتي اللذان حصراها بالوظيفة فقط، ونحن هنا نميل إلى المشرع الفلسطيني والكويتي، فالمنصب والمراكز التي يشغلها الشخص هي وظيفة يقوم بها[١٢].
- حدد المشرع الفلسطيني والأردني بأن الكسب غير المشروع يجب أن يتضمن زيادة تطرأ على الأموال، بينما حددها المشرع الكويتي بالزيادة في الثروة أو انتقاص في الالتزامات، ومن جانبنا نرى أن المشرع الكويتي جانبه الصواب عندما اعتبر الانتقاص في الالتزامات كسباً غير مشروع، فالكسب غير المشروع يرتبط بالأموال والحصول عليها.
- اشترط المشرع الأردني أن تكون الزيادة في الاموال وفق إقرار الذمة المالية المقدم منه بمقتضى أحكام هذا القانون أو قانون إشهار الذمة المالية رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٦، أما المشرع الفلسطيني والكويتي فلم يشيرا إلى ذلك، ونحن نتفق مع المشرع الأردني الذي أقر قانوناً خاصاً لإشهار الذمة المالية لما يترتب عليها من أثار قانونية.

---

[٩] المادة ٤ من قانون الكسب غير المشروع الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٤

[١٠] المادة ١ من قانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية

[١١] عرفت المادة ٥٣ من القانون المدني الأردني رقم٤٣ لسنة ١٩٧٦ بأنه كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل.

[١٢] نصت المادة ٣ من قانون الكسب غير المشروع الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٤ على أنه تطبق أحكام هذا القانون من تاريخ نفاذ أحكام قانون إشهار الذمة المالية رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٦ وعلى كل من شغل أو يشغل أياً من الوظائف التالية : ....

- لم يتطرق المشرع الكويتي إلى الجهة المخولة بعبء الإثبات، خلاف المشرع الفلسطيني والأردني اللذان حدداها صراحة بالمتهم.

الفرع الثاني

أركان جريمة الكسب غير المشروع

جريمة الكسب غير المشروع كغيرها من الجرائم، يجب أن يتوافر بها الأركان الرئيسية للجريمة، وهي الركن المادي، والركن المعنوي، والركن المفترض، ومناط التجريم بوجه عام في جريمة الكسب غير المشروع هو العجز عن تبرير الزيادة المعتبرة التي طرأت على الذمة المالية للمتهم بالمقارنة مع مداخيله المشروعة، ويقصد بالزيادة المعتبرة هي تلك الزيادة التي تكون لافتة على نحو واضح للنظر، او من خلال الرصيد البنكي أو نمط العيش، فتقوم المتابعة الجزائية على مجرد الشبهة، ويتعين على المشتبه به إثبات عكسها، وهذا ما يراه جانب من الفقه أنه يخالف المبدأ الدستوري الذي يعتبر أن الشخص بريء حتى تثبت إدانته،[١٣] وبالمجمل، يمكن لنا أن نتطرف إلى أركان جريمة الكسب غير المشروع من خلال التالي:

أولا: الركن المفترض: يتمثل الركن المفترض في جريمة الكسب غير المشرع بالأشخاص الذي تنطبق عليهم الجريمة، حيث لا يتصور قيام جريمة الكسب غير المشروع في حال ارتكبها أي شخص لم يتم النص عليه في القانون، حيث نص المادة الرابعة من القرار بقانون بشأن مكافحة الفساد على الأشخاص الذين تنطبق عليهم جريمة الكسب غير المشروع على النحو التالي[١٤]:

- رئيس الدولة، ومستشاروه، ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة.
- رئيس وأعضاء مجلس الوزراء، ومن في حكمهم.
- رئيس وأعضاء المجلس التشريعي.
- أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة.
- رؤساء المؤسسات والهيئات والأجهزة المدنية والعسكرية، وأعضاء مجالس إدارتها، إن وجدت.
- المحافظون، ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية، والعاملون فيها.

---

[١٣] فريد علواش، الإثراء غير المشروع وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، ع٢، ٢٠١٦، ص ٥٠٠

[١٤] المادة ٤ من القرار بقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته

- الموظفون العامون المعينون 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.
- رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الشركات، والعاملون فيها، التي تكون الدولة أو أي من مؤسساتها مساهماً فيها.
- المساهمون في الشركات غير الربحية، والعاملون فيها.
- المحكمون، والخبراء، والحراس القضائيون، ووكلاء الدائنين، والمصفون.
- رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الجمعيات الخيرية والتعاونية والهيئات الأهلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وبالاستقلال المالي والإداري، والأحزاب والنقابات والاتحادات والأندية، ومن في حكمهم، والعاملون في أي منها، حتى وإن لم تكن تتلقى دعماً من الموازنة العامة.
- الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم به.
- أي شخص غير فلسطيني يشغل منصباً في أي من مؤسسات الدولة التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح أي جهاز عمومي أو منشأة عمومية أو منظمة أهلية تابعة لبلد أجنبي أو مؤسسة ذات طابع دولي.
- مسؤولو وأعضاء الجهات التي تساهم بها الدولة أو تتلقى موازناتها أو أي دعم من الموازنة العامة للدولة، والعاملون فيها.

ويلاحظ من خلال المقارنة بالأشخاص الذين تشملهم جريمة الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الأردني والكويتي، أن هنالك أشخاص شملهم المشرع الأردني والكويتي بجريمة الكسب غير المشروع ولم يشملهم المشرع الفلسطيني، والعكس صحيح، حيث يمكن أن نعزو ذلك إلى طبيعة نظام الحكم في كل دولة، كما أنه يمكن أن تشملهم بنود أو فئات أخرى.

كما يرى الباحثان أنه المشرع الفلسطيني، لم يكن دقيقاً في تحديد الأشخاص الخاضعين لجريمة الكسب غير المشروع، فمثلاً لم يحدد المشروع من هو المقصود بالمساهمين في الشركات غير الربحية والعاملون فيها، وهل تختلف عن الجمعيات الخيرية والتعاونية، كما نرى أن المحكمون، والخبراء، والحراس القضائيون، ووكلاء الدائنين، والمصفون، يمكن أن ينطبق عليهم بند اخر وهو الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم به.

وعليه تتمثل صفة الجاني في جريمة الكسب غير المشروع، وقد اتفقت على ذلك التشريعات الثلاث الفلسطيني والأردني والكويتي، بأنه الشخص الذي يخضع لأحكام قانون مكافحة الفساد.

ثانيا: الركن المادي: يتمثل الركن المادي في كافة الجرائم، بالسلوك الإنساني الذي يؤدي إلى الإضرار بحقوق الأفراد والمجتمع، فهو يشير إلى المظهر الخارجي للجريمة، حيث تكمن أهمية الركن المادي في تعبيره عن الماديات التي تظهر للعالم الخارجي وتعبر عن الإرادة الإجرامية لمرتكب الفعل الإجرامي، حيث يقوم الركن المادي على ثلاثة عناصر السلوك، النتيجة، العلاقة السببية[١٥]، وعليه يمكن لنا توضيخ عناصر الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع على النحو التالي:

١-السلوك الإجرامي: يتمثل السلوك الإجرامي لجريمة الكسب غير المشروع في الاستغلال الفعلي للوظيفة أو الصفة،ولفظ الاستغلال يتضكن بالضرورة تصرف إيجابي من قبل الفرد، فلا يكفي فيه السلوك السلبي، لذلك تعتبر جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم التي يكون فيها السلوك إيجابياً، وحيث ربط القانون الاستغلال بالوظيفة أو الصفة، فلا بد أن تتوافر في الشخص المستغل إحدى 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 الشخص قائمة وقت التصرف[١٦]، وأن يكون العمل الي يشغله الشخص مما يصلح بطبيعته لأن يستغل فيحص من ورائه على زيادة في ثروته[١٧].

وبشكل عام ينقسم استغلال الوظيفة أو الصفة إلى نوعين، يمكن إبرازهم بمايلي:

- الاستغلال الفعلي: أي كل السلوكيات التي يقوم بها الموظف أو من في حكمه مستغلاً وظيفته أو صفته للحصول على المال لنفسه أو لغيره، وهذه الصورة من صور الكسب غير المشروع تغطي جانباً من التجريم عندما يقوم أحد الخاضعين لأحكامالقانون بارتكاب أفعال تشكل جرائم عندما تعجز السلطات العامة عن إثبات الأركان القانونية للجرائم التي ارتكبها

---

[١٥] كامل السعيد، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٢، ص١٨٢

[١٦] أكدت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١٢/٢٧ أن الكسب غير المشروع لا يعدو صورتين الأولى وهي التي يثبت فيها على الموظف أو من في حكمه أياً كان نوع وظيفته استغلاله بالفعل لأعمال أو نفوذ أو ظروف وظيفته أو مركزه وحصوله بالفعل على مال مؤثم نتيجة لهذا الاستغلال، والثانية هي التي لا يثبت فيها الاستغلال الفعلي على الموظف أو من في حكمه، ولكن يثبت أن لديه في ثروته زيادة عجز عن إثبات مصدرها.

[١٧] حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣، ص٢٣

الموظف، والتي تعتبر في ذات الوقت استغلالاً للوظيفة أو الصفة فتكون ملاحقته عن الكسب غير المشروع هي الضمان لمواجهة هذا الاستغلال الذي لم تتوافر فيه أركان الجرائم الأخرى[١٨].

- الاستغلال الحكمي أو المفترض: وهي حالة افتراض قانوني لحصول الاستغلال، وذلك دون أن يثبت أن الموظف قد استغل بالفعل سلطات وظيفته أو صفته لتحقيق الكسب غير المشروع، ولكن المشرع قد أوجد هذا الافتراض القانوني لما يستفاد من الزيادة غير المبررة في ثروة الموظف أو زوجه أو أولاده القصر مع عجزه عن إثبات السبب المشروع لتلك الزيادة وهي ما عبر عنها قانون الكسب غير المشروع[١٩]، وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى ذلك عندما نص على أنه (ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطرأ بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة ..)

يتضح لنا أن المشرع الأردني والفلسطيني قد اتفقا على السلوك الإجرامي كعنصر من عناصر الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع بصورتيه الاستغلال الفعلي، والاستغلال الحكمي أو المفترض، بينما المشرع الكويتي قد استخدم صورة واحدة وهي الاستغلال الحكمي أو المفترض حيث نص على كل زيادة في الثروة أوانتقاص في الالتزامات تطرأ بسبب تولي الوظيفة أو قيام الصفة، ونحن نميل من جانبنا إلى المشرع الفلسطيني والأردني، عندما حدد السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع بصورتين وهما الاستغلال الفعلي والاستغلال الحكمي أو المفترض.

٢-النتيجة الإجرامية: تكمن النتيجة الإجرامية في جريمة الكسب غير المشروع بالحصول على المال كنتيجة للفعل الجرمي في جريمة الكسب غير المشروع المتمثل باستغلال الوظيفة أو الصفة، والمقصود بالمال كل حق مالي، أي كل فائدة مادية مقومة مما تدخل عنصراً من عناصر الذمة المالية، ولا يمفي في هذا المجال الحصول على فائدة تنصب على أحد الحقوق العامة أو على فائدة غير مادية بصفة عامة[٢٠]، كما يستوي أن يحصل الخاضع للقانون على المال لنفسه أو لغيره، وهذا الغير ممكن أن يكون زوجه أو من أولاده القصر أو الراشدين أو أحد أقاربه، او من

---

[١٨] فيصل بن عبد الرحمن العبيد، المسؤولية الجنائية عن الكسب غير المشروع في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٣، ص٦٠

[١٩] عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٦٤٥

[٢٠] عبد التواب، وليد رمضان، شرح قانون الكسب غير المشروع، دار مصر والمكتب الثقافي ودار السماح، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٤٥

غير هؤلاء، وسواء ربطته به صلة أو لم تربطه، وسواء أكان ذلك لقاء منفعة حصل عليها من هذا الغير أو بغير مقابل، وسواء علم هذا الغير بذلك كله أو لم يعلم[٢١].

اتفق المشرع الفلسطيني والأردني حول النتيجة الإجرامية بالمال المتحصل عليه من قبل الشخص الخاضع لأحكام القانون لنفسه أو لغيره، وزوجه أو أولاده، أما المشرع الكويتي فقد تميز بالنتيجة الإجرامية التي اشترطها وهي الزيادة في الثروة او الانتقاص في الالتزامات، وهو ما نتعبره تميز من قبل المشرع الكويتي، حيث يمكن أن ينتج عن استغلال الوظيفة انتقاص عن الالتزامات المترتبة على الموظف، على الرغم من أنه يمكن أن تمثل الانتقاص في الالتزامات استثمار للوظيفة كشكل آخر من أشكال جرائم الفساد، كما 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 والأردني الذي شمل زوجه.

٣-العلاقة السببية: لا يكتمل الوصف القانوني للجريمة الكاملة إلا إذا توافر العنصر الثالث من عناصر الركن المادي وهو العلاقة السببية، والتي تتمثل في قيام العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية، ففي حال انتفاء هذه العلاقة انتفت الجريمة[٢٢]، لذلك فإن تحديد العلاقة السببية في جريمة الكسب غير المشروع لها أهمية بالغة، وحيث وأن كان هذا الأمر يعود للقواعد للتجريم، إلا أن هنالك بعض التشريعات التي أكدت على اشتراط هذه العلاقة بين الحصول على المال واستغلال الوظيفة.

ويختلف تحديد العلاقة السببية في جريمة الكسب غير المشروع، وذلك تبعاً للصور المكونة للركن المادي للجريمة، فالصورة الأولى والمتمثلة باستغلال الوظيفة أو الصفة بهدف الحصول على المال، يجب أن تكون هنالك علاقة بين السلوك الإجرامي والمتجسد في استغلال الوظيفة أو الصفة أو أن تكون مما يصلح لأن يكون موضوعاً للاستغلال للحصول منه على مال، وبين النتيجة الإجرامية وهي الحصول على المال، أما فيما يتعلق بالصورة الثانية بالنسبة للاستغلال المفترض والذي يقوم على فرض زيادة ثروة الموظف أو من في حكمه أو مال زوجه أو أولاده القاصرين وبشكل غير مبرر، العلاقة السببية تقوم بمجرد تحقق الشروط التي يبني عليها القانون توافر القرينة القانونية القاضية بزيادة ثروة الموظف أو زيادة ثروة أبنائه القاصرين أو الزوج بشكل

---

[٢١] اسماعيل الخلفي، شرح قانون الكسب غير المشروع، مكتبة كوميث، القاهرة، ١٩٩٧، ص٧٨

[٢٢] عبد الرحمن توفيق احمد، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٢، ص١٣٦

غير مبرر، وهو ما يمكن معه القول بتوافر القرنية القانونية على وجود استغلال للوظيفة أو الصفة، أدت إلى زيادة الذمة المالية لمرتكب هذا الفعل أو لغيره، وبالتالي تحقق العلاقة السببية بين الاستغلال الحكمي والنتيجة المتمثلة في الزيادة غير المبررة للمال[٢٣].

يتضح لنا أن العلاقة السببية في جريمة الكسب غير المشروع تختلف وفقاً لصور السلوك الإجرامي، لذلك يتفق المشرع الفلسطيني والأردني حول العلاقة السببية في جريمة الكسب غير المشروع كونهما تبنا صورتين للسلوك الإجرامي وهما الاستغلال الفعلي والاستغلال المفترض والتي يترتب عليهما النتيجة الإجرامية وهي الحصول على الأموال، بينما تبنى المشرع الكويتي الاستغلال الحكمي أو المفترض مما يترتب عليه اختلاف في العلاقة السببية، لاختلاف السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية.

ثالثا: الركن المعنوي: يقوم الركن المعنوي في أي جريمة على القصد الجنائي الذي يتكون من عنصري العلم والإرادة، حيث لا يمكن الحديث عن القصد الجنائي، إلا إذا توافرت إرادة الجاني الموجهة إلى ارتكاب الواقعة المادية المكونة للفعل المخطور جنائياً بمختلف عناصره[٢٤]، وفي إطار جريمة الكسب غير المشروع، فإن الإرادة تشمل إرادة إرتكاب السلوك الإجرامي بإحدى صورتيه – الاستغلال الفعلي أو الاستغلال الحكمي –، وأيضاً إرادة الحصول على النتيجة الإجرامية، أي الحصول على المال، فإرادة السلوك يجب توافرها في صورتي الركن المعنوي للجريمة، القصد الجنائي والخطأ غير العمدي، اما إرادة الجريمة فلا تكون واجبة إلا في القصد الجنائي للجريمة، ذلك أن توفر عنصر الإرادة في السلوك دون النتيجة قد يجعل هذا السلوك قابلاً لكي تنطبق عليه أوصاف إجرامية أخرى، وبالتالي يمكن القول إن جريمة الكسب غير المشروع لا تقوم إلا بتوافر إرادة الموظف أو من في حكمه لاستغلال الوظيفة أو الصفة، وإرادة الحصول على المال عبر هذا الاستغلال[٢٥].

يتضح لنا أن الركن العنوي لجريمة الكسب غير المشروع يختلف تبعاً للركن المادي المكون للجريمة، لذلك اتفق المشرع الفلسطيني والأردني حول الركن المعنوي لجريمة الكسب غير المشروع، بينما اختلف عنهم في ذلك المشرع الكويتي لاحتلاف الركن المادي المكون لجريمة الكسب غير المشروع.

---

[٢٣] السيد نبيل محمود، جريمة الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص٥٨

[٢٤] نظام المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠، ص٣٧٥

[٢٥] اسماعيل الخلفي، شرح قانون الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص٨٩

المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء من دستورية إثبات جريمة الكسب غير المشروع

تكفل الشرعية الدستورية وضع المبادئ الدستورية التي تكفل حماية الحقوق والحريات في دائرة أداء قانون العقوبات والتشريعات الجزائية الخاصة لوظيفتها في التجريم والعقاب حماية لهذه الحقوق، حيث أجمع الفقه على مبدأ سمو الدستور وعلو أحكامه على كافة القواعد القانونية النافذة في الدولة، لذلك يتوجب على السلطات العامة الالتزام بقواعد الدستور وأحكامه، إلا أن هذا السمو يصبح حكمه من دون معنى، إذا لم يتحقق نوع من ضمان واحترام لهذا السمو الذي يتمتع به الدستور، وذلك عن طريق الرقابة على جميع القوانين التي يصدرها المشرع العادي، لأن ضمان هذا السمو يعني أن لا تخالف القواعد القانونية التي يضعها المشرع العادي الأحكام أو النصوص التي جاء بها الدستور، حيث يترتب على مخالفتها عدم دستورية تلك القوانين أو النصوص، وعليه فإذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تتقرر بحسب الأصول بقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، فإن حماية الحقوق والحريات تتقرر بحسب الأصل بالدستور[٢٦]، ومن هنا كانت الشرعية الدستورية هي الضمان الأعلى لهذه الحقوق والحريات[٢٧].

وفيما يتعلق بإثبات أركان جريمة الكسب غير المشروع اختلف الفقهاء حول دستورية تلك القوانين، ما بين مؤيد لدستوريتها وما بين معارض، ولعل أبرز القضايا في هذا الشأن التي تم الخلاف عليها هو انتهاك جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة ، ما بين اتجاه مؤيد لذلك، واتجاه معارض لانتهاكها لقرينة البراءة.

الفرع الأول

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

أكد مونتسيكو في كتابه روح القوانين أنه عندما لا تُضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود، وبالتالي فإن الأصل في المتهم أنه بريء حتى يتم إدانته، حيث يترتب على هذه القرينة مجموعة من النتائج أهمها، وقوع عبء الإثبات على النيابة العامة، وتفسير الشك لمصلحة المتهم،

---

[٢٦] نالت الشرعية الجنائية الدستورية اهتمام مؤتمر الجمعية الدولية لقانون العقوبات فجاء مؤتمرها الثاني عشر المنعقد في هامبورغ سنة ١٩٧٩ فوضع عددا من القواعد التي تعتبر جداً أدنى من ضمانات المتهم، وجاء مؤتمرها الرابع عشر المنعقد في فيينا سنة ١٩٨٩ فوضع عدداً من القواعد الخاصة بالعلاقة بين تنظيم العدالة الجنائية والإجراءات الجنائية، وجاء مؤتمرها الخامس عشر المنعقد في البرازيل سنة ١٩٩٤ فبحث جركات الإصلاح في الإجراءات الجنائية لحماية حقوق الإنسان.

[٢٧] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٢

ومضمون قرينة البراءة هو معاملة الشخص مشتبهاً فيه كان أم متهماً، في جميع مراحل المحاكمة، ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي وفقاً للضمانات التي يقررها القانون، فالمعلوم أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يتقرر العكس بحكم قضائي، وبناء على نص قانوني سابق الوضع قبل وقوع الجريمة واستحقاق العقاب، فالمجهول المستنتج من هذا الأصل خو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته بحكم قضائي[٢٨].

وعبء الإثبات يقوم على تكليف أحد الخصوم بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، ويسمى التكليف بالإثبات عبء لأنه حمل ثقيل ينوء به من يلقى عليه، وإنما كان التكليف بالإثبات أمراً ثقيلاً لأن من كلف به قد لا يملك الوسائل التي يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق ما يدعيه، ويرجع أساس القاعدة إلى احترام الوضع الظاهر وبراءة الذمة، ولذلك ينظر لعبء الإثبات على أنه إقامة أحد المدعين الدليل على دعواه لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلط بالطرق التي حددها القانون وضمن القواعد الخاصة بها[٢٩].

وفي ضوء ذلك يذهب أصحاب هذا الاتجاه المؤيد بأن إثبات جريمة الكسب غير المشروع ينتهك قرينة البراءة، إلى أنه ليس للمشرع افتراض قرائن قانونية لإثبات التهمة، أو نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم بارتكاب جريمة الكسب غير المشروع لدفع التهمة عنه، لأنه لا يوجد إلزام قانوني على المتهم بإثبات برائته تطبيقاً لأصل قرينة البراءة[٣٠]، كما يستند هذا الاتجاه إلى أن مبدأ افتراض البراءة يعد من الحقوق الأساسية للإنسان في كافة المواثيق الدولية[٣١]، سواء على مستوى الامم المتحدة، أو الاتفاقيات الإقليمية[٣٢]، أو الدساتير في مختلف الدول، حيث أكد القانون الأساسي الفلسطيني لعام ٢٠٠٣ على هذا المبدأ حيث جاء فيه (المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه)[٣٣].

---

[٢٨] مبروك نصر الدين، عبء الإثبات في المسائل الجنائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، الرباط، ٢٠٠٤، ص٥٦

[٢٩] احمد جبيب السماك، قرينة البراءة ونتائجها، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد ٦٧، ١٩٩٧، ص٢٧٢

[٣٠] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص١٢٦

[٣١] نصت المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ خيث نصت المادة ١٤ منه على نفس المبدأ أيضاً

[٣٢] نصت المادة ٢/٦ من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠ على أنه يعد بريئاً كل متهم بارتكاب جريمة حتى تثبت إدانته قانوناً، كما نص على نفس المبدأ المادة ١٦ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة ٢٠٠٤، والمادة ٧ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة ١٩٨١.

[٣٣] المادة ١٤ من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣، كما أكد الدستور الأردني على هذا المبدأ في المادة ١١١ والتي نصت على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قطعي.

وتعرّف القرينة على أنها الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة ، حيث تستخلص واقعة مجهولة بناء على ثبوت واقعة معلومة، أما قرينة البراءة فتعني أن كل شخص مشتبه فيه أو متهم بجريمة، مهما بلغت جسامتها، وجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات في محاكمة عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه أو هي "افتراض براءة كل فرد مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحوم حوله أو تحيط به، كما وتفرض الشرعية الإجرائية في نطاق الإثبات الجنائي كفالة حق المتهم في عدم تكليفه بإثبات براءته، فالأصل أن الفرد لا يخالف القانون، فإذا ادعى أحد خلاف ذلك فعليه إثبات ما يدعيه.[٣٤]

حيث يترتب على ذلك إن المتهم بارتكاب جريمة الكسب غير المشروع غير ملزم بإثبات براءته، أو إقامة الدليل عليها، وإنما يكوم ذلك من مهمة سلطة الاتهام التي يقع على عاتقها عبء إثبات ما يخالف أصل مبدأ البراءة، حيث ينسجم هذا الاتجاه مع النظام الاتهامي التي يراعي المشرع فيها حماية الحرية الشخصية للمتهم، حتى صدور حكم بات بالإدانة بناء على أدلة الإثبات[٣٥].

ومن الحقوق المترتبة على مبدأ قرينة البراءة هي حق المتهم بالصمت وعدم الإجابة على ما يوجه إليه[٣٦]، حيث أكد المشرع الفلسطيني على هذا الحق في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني حيث نصت على أنه (للمتهم الحق في الصمت وعدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه)[٣٧]، وبالتالي في جريمة الكسب غير المشروع، فإن المتهم مكلف بإثبات براءته، ويترتب على ذلك، الإدانة إذا لم يقم بذلك، وعليه في حال صمته قد حُرم من ممارسة حقه، ذلك أن صمت المتهم ما هو إلا ممارسة لحق من حقوقه في الدفاع، وهو حق مستمر ومتفرع عن قرينة البراءة، فحقه في الصمت يعد نتيجة حتمية من نتائج قرينة البراءة، ومؤدى ذلك أنه غير مطالب بإثبات براءته، فلا يعد سكوته قرينة ضده، وإلا كان في ذلك إلغاء لقرينة البراءة، هي وحقوق الدفاع المتفرعة عنها، فهذا الحق مظهر أصيل من مظاهر حريته في الدفاع عن نفسه، ويكفل القانون له حرية الدفاع هذه، ويستطيع المحقق الوصول إلى الحقيقة، وإظهارها بكل الوسائل المشروعة فقدرته على ذلك تفوق قدرة المشتكي عليه[٣٨].

---

[٣٤] كريمة خطاب، قرينة البراءة، (اطروحة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤- ٢٠١٥، ص ٢٢.

[٣٥] خالد حضير دحام، تجريم الكسب غير المشروع ومبدأ البراءة دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد ٢، ٢٠١٥، ص١٧٦

[٣٦] ذهب العديد من الفقهاء إلى أن للمشتكي عليه الحق في الصمت أو عدم الإجابة أو المواجهة، وهو حق لا يحتاج إلى نص يقرره لأنه حق بديهي مستمد من قرينة البراءة

[٣٧] المادة ١/٩٧ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١

[٣٨] مصطفى مجدي هرجة، أحكام الدفوع في الاستجواب والاعتراف، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٨

أما فيما يتعلق بالاتجاه المعارض لانتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة، فقد حاول بعض الفقه التصدي لحقيقة فتراص الإدانة التي يكرسها المشرع بشأن جريمة الكسب غير المشروع ، فقال البعض بتفشي الجريمة سبباً لتبرير ذلك، وبضرورة استحداث إجراءات غير تقليدية قادرة على مواجهة أنماط من السلوك تتسم بطبيعة خادعة ومن ثم يفلت من اطار الرقابة التقليدية، فهي إذن تستند إلى حالة الضرورة في التجريم والعقاب وليس إلى الرغبة في إهدار قرينة البراءة، بينما قال البعض الآخر أن خصوصية الكسب غير المشروع، وشذوذ مادياته عن القواعد التقليدية قد دعا المشرع في كثير من البلدان إلى الخروج عليها أملاً في توفير إجراءات أكثر مرونة وفاعلية في مكافحة هذه الظاهرة الإجرامية، ولا يعد ذلك خرقاً لحقوق الدفاع بقدر ما هو تطويع للنصوص في مواجهة قانونية لجريمة غير تقليدية.[٣٩]

وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أيضاً أن المنطلق القانوني من القبول بتجريم الإثراء غير المشروع فأساسه أن فقهاء هذا التوجه يرون أنه لا يوجد في جريمة الإثراء غير المشروع من نقل لعبء الإثبات من النيابة غلى كاهل المتهم، إذا أن عبء الإثبات يقع على كاهل المتهم أصلاً، لأن وجود الأصول غير المبررة دليل على اتهام قوي عليه إثبات عكسه، والحجج التي ساقها هذا الاتجاه الفكري هي من قاد إلى تقرير هذه الجريمة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.[٤٠]

ويرى آخرون في ذات السياق أن نقل عبء الإثبات لا يخالف قرينة البراءة كمبدأ دستوري، ذلك أن عبء إثبات الزيادة على الدخل يقع على عاتق النيابة العامة كسلطة اتهام، وعليه، فمحل إعمال قرينة البراءة يتمثل في تقديم الإقرارات بالذمة المالية، وبذلك يكون عبء أثبات الزيادة واقع على عاتق سلطة الاتهام، وأن هذه الزيادة لا تتناسب مع الدخل المشروع للمتهم، لذلك، فإن المجتمع الدولي ومنظومة الأمم المتحدة استقر على أنه عندما تقف مبادئ حقوق الإنسان عائقاً أمام محاربة الفساد، فغنه يصير لازماً على الدول محاربة الفساد.[٤١]

كما ويرى هذا الاتجاه أن المشرع لم يخرج عن النصوص الدستورية التي تقرر مبدأ افتراض براءة المتهم بارتكاب جريمة الكسب غير المشروع، لأنه يجب على سلطة الاتهام أن تقيم الدليل وتثبت وجود زيادة في الثروة، وكذلك إثبات أن هذه الزيادة لا تتناسب مع الموارد العادية للمكلف، حيث

---

[٣٩] أسامة حسنين عبيد، السياسة الجنائية في الكسب غير المشروع، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، ع ٩١، ٢٠١٨، ص ٥٣.

[٤٠] أنور محمد صدقي المساعدة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، ع ٣، سبيتمر ٢٠١٨، ص ٢٧٥.

[٤١] نورة طه عبد اللطيف العومي، جريمة الكسب غير المشروع: دراسة تحليلية مقارنة للمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، مج٣٩, ع٤،٢٠١٥، ص ٩٨.

من المتصور أن تكون هناك زيادة في موارده العادية، لكنها متناسبة استناداً إلى مشروعية المصدر الذي أتت منه مثل (الرواتب، المكافأت، بدلات إيجار لعقارات يملكها أو ثمن بيعها أو بيع أموال منقولة، أو قيمة أسهم او سندات، وغيرها الكثير من مصادر الدخل)، أما فيما يتعلق بعجز المتهم بجريمة الكسب غير المشروع عن إثبات مصدر مشروع للزيادة في موارده العادية، فهنا يقيم المشروع قرينة قانونية استناداً إلى الزيادة في الثروة وإثبات عدم التناسب مع الموارد العادية للمكلف، بأن الكسب قد تحقق من مصادر غير مشروعة، وهنا ياتي دور المتهم بتقديم دفوعه بإثبات أن الزيادة في موارده إنما تحققت من مصادر مشروعة، وبالتالي فإن المشرع لم يخرج عن مبدأ البراءة وكل ما فعله، أنه عند الزيادة في الثروة دون تحديد مصدر مشروع لها، قرينة قانونية بسيطة على وجود كسب غير مشروع، ولما كانت هذه القرينة بسيطة[٤٢]، فهي قابلة لإثبات العكس، وذلك بإقامة الدليل على مشروعية المصدر الذي تكونت منه الزيادة[٤٣].

وفي ذات السياق يرى العديد من الفقهاء أن إثبات جريمة المسب غير المشروع لا يشكل خروجاً على المبدأ الدستوري الخاص بافتراض براءة المتهم، وذلك للعديد من الأسباب والحجج، نوجزها بمايلي[٤٤]:

- أن نصوص قانون الكسب غير المشروع لم توضع بشكل تعسفي، بل يمهد لها المشرع (بأن يفترض البراءة افتراضا)، ثم ينقل عبء الإثبات على الخاضع لحكم القانون (الموظف) في إثبات ما هو ثابت أصلا وفرضا، حيث يمهد المشرع لهذه القرينة القانونية بأن يستوجب –وكما هو الحال في قانون إشهار الذمة المالية– على الموظف لأحكام القانون تقديم إقرارات ثلاث ، أولها : عند بداية خدمته ، ثم الإقرار الدوري ، ثم إقرار نهاية الخدمة.
- الأصل أن هذه الإقرارات حجة على المقر بما دون فيها ، فإن طرأت زيادة عليها فان على الموظف أن يثبت مصدرها ، فالمشرع نقل عبء الإثبات إلى (الموظف) بعد أن ثبت لديه عكس ما هو ثابت أصلا وفرضا بإقرار هذا الموظف ، وعلى (الموظف) إثبات ما يخالفه بحسبانه مدعيا بخلافه.

---

[٤٢] هي تلك القرائن التي يجوز للخصم في الدعوى نقضها وإثبات عكسها، ذلك أن القرينة في هذا النوع راجحة الوقوع وليست مطلقة أي لا تقوم على يقين، ويطلق على هذا النوع من القرائن أيضا بالقرائن النسبية والقرائن غير القاطعة.

[٤٣] خالد حضير دحام، تجريم الكسب غير المشروع ومبدأ البراءة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٧٧

[٤٤] نوفان العجارمة، اراء قانونية حول دستورية مشروع قانون الكسب غير مشروع، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.mohamah.net/law/%D8%A3%D8%B1%D8%A7%D8%A1- تاريخ النشر ٢٠١٦/١٢/٦ تاريخ الدخول ٢٠٢٢/١٠/٦ الساعة ١٢:٥٦ صباحا

- المشرع لم يرتق بهذه القرينة إلى القرائن القانونية القاطعة التي لا يجوز إثبات ما يخالفها ، بل جعلها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، ويجوز للموظف أن يثبت بكافة طرق الإثبات مصدر ما طرأ من زيادة على ثروته التي قدرها بنفسه ابتداء وبغير تدخل من المشرع في ذلك التقدير، وهذا لا يعتبر قلبا لعبء الإثبات.
- لا يجوز أن ننكر على المشرع وضعه للقرائن القانونية، فالقول بخلاف ذلك لا ساس له من القانون، وكلام مردود، فهذا أمر يقدره المشرع وحده ، فضلا على أن المشرع لم يضع هذه القرينة بالنسبة للكسب غير المشروع ، بل يضعها حين يقدر أن هذه القرينة مما تلائم و قواعد الإثبات ، وحسبنا أن نشير إلى قانون العقوبات المصري حيث اعتبر المشرع كل تاجر حكم بإفلاسه مقصر متى كانت مصروفاته الشخصية أو مصاريف منزله مصاريف باهظة وهى قرينة تناهض أصل البراءة بمفهوم الحكم ، ولم ينكر القضاء الحق على المشرع بوضعه مثل هذا النص
- أن القول بأن الإدانة في جريمة الكسب غير المشروع مبناها فقط عجز المتهم عن إثبات مصدر مشروع للثروة، هو قول غير دقيق لأن الأسلوب المتبع هو إقامة أركان الجريمة عبر أدلة مختلفة تستظهر أركان الجريمة. فإذا قامت هذه الأدلة وعجز المتهم عن إثبات مصدر الزيادة، قامت الجريمة.
- أن قانون الكسب غير الشروع هو قانون خاص أستثني فئة بعينها وهم الموظفون العموميون وهم المهيمنون علي مقدرات الشعب و أمواله ، وحيث أن الخاص يقيد العام فأن الاستثناء الوارد بقانون الكسب غير المشروع له ما يبرره من مقتضيات الصالح العام و الذي يحافظ به علي الأموال العامة التي هي ملكا لأفراد الشعب وهو الأمر الذي ألزم المسئولين بتقديم إقرارات الذمة المالية عن كل سنة حتى يتبين الزيادة التي تطرأ على ذمته.
- أن معظم التشريعات التي نظمت الكسب غير المشروع قد أقامت قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع بسبب استغلال الموظف لوظيفته، إذا طرأت زيادة في ثروة هذا الموظف لا تتناسب مع موارده، ويجوز إقامة الدليل في القضايا الجزائية بكافة طرق الإثبات ، بما في ذلك القرائن . وبالطبع فان هذه القرينة تتطلب من النيابة العامة تقديم الدليل على وجود زيادة غير معقولة في دخل الموظف أو من في حكمه لا تتناسب مع دخله الوظيفي المعروف للنيابة، ومعظم التشريعات التي نظمت الكسب غير المشروع

نصت على وجود شكوى تقوم النيابة العامة على اثرها بتحويل هذا الموظف للمحكمة المختصة ، لان النيابة ترجح الشك ، وعلى المشتكى عليه أثناء المحكمة عليه أن يقدم ما يناقض هذا الدليل[٤٥].

في رأي يدعم نسبياً هذا الاتجاه، ذهب بعض الفقه إلى ابتداع نظرية تسمى نسبية قرينة البراءة، والتي تفترض في بعض الحيان فرض بعض الاستثناءات على الأصل العام ولكن تحت إطار الشرعية والتناسب والضرورة مع حفظ حقوق الدفاع وإقرار مبدأ تساوي الأسلحة بين الخصوم، وقد سبق للجنة الأوربية لحقوق الإنسان عدم تعارض قرينة الاتهام مع مقتضيات الفقرة الثانية من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بقرينة البراءة، وكذلك سبق للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن ذهبت للقول في قضية (SALABIAKU) إلى أن القرائن الموجودة في القوانين الزجرية لا تتعارض مع قرينة البراءة ما دامت في حدود معقولة وتتناسب وخطورة الفعل مع ضمان حقوق الدفاع.[٤٦]

وفي ضوء ما تم استعراضه من اتجاهات مؤيدة للشرعية الدستورية لإثبات جرائم الكسب غير المشروع، وما بين معارض لها، نرى أن إثبات جرائم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الفلسطيني ترتبط بصورتين هما الاستغلال الفعلي والاستغلال الحكمي أو المفترض، بينما المشرع الكويتي فقد اقتصر إثبات جرائم الكسب غير المشروع في صورة واحدة فقط وهي الاستغلال الحكمي أو المفترض، إلا أنه يبرز لنا الملاحظات التالية على التشريعات الثلاث في هذا الصدد:

- لم يحدد المشرع الكويتي على من يقع عبء الإثبات في جرائم الكسب غير المشروع، إذا وفقا للقواعد العامة تكون النيابة العامة هي المختصة بذلك، حيث لم ينص صراحة المشرع الكويتي على قلب عبء الإثبات.
- وفقاً للمشرع الكويتي تتمثل النتيجة الجرمية بالزيادة في الثروة والانتقاص في الالتزامات، فمن المتصور أن يتم قلب عبء الإثبات في الزيادة في الثروة، إلا أنه في حالة الانتقص من الالتزامات فلا يتصور ذلك.

---

[٤٥] نوفان العجارمة، اراء قانونية حول دستورية مشروع قانون الكسب غير مشروع، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.mohamah.net/law/%D8%A3%D8%B1%D8%A7%D8%A1- تاريخ النشر ٢٠١٦/١٢/٦ تاريخ الدخول ٢٠٢٢/١٠/٦ الساعة ١٢:٥٦ صباحا

[٤٦] هشام ملاطي، تجريم فعل الإثراء غير المشروع بين افتراض قرينة البراءة وتطبيق مبدأ قلب عبء الإثبات، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية , ع١٣، ٢٠١٦، ص ٢٤.

- لم يحدد المشرع الفلسطيني والأردني أن قلب عبء الإثبات في الصورتين الاستغلال الفعلي، والاستغلال الحكمي أو المفترض، ومن جهتنا نرى أنه من غير المتصور أن يتم قلب عبء الإثبات إلا في صورة الاستغلال الحكمي أو المفترض.
- لم يستخدم المشرع الكويتي مصطلح (العجز عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة) بينما استخدم مصطلح (غير مبررة)، وهذا المصطلح من جهتنا يستخدم عند تقدير إجابة المتهم على تساؤلات واستفسارات من النيابة العامة ويختلف تماماً عن الإثبات، وهو ما يؤكد أن المشرع الكويتي لم يتجه إلى قلب عبء الإثبات.

الفرع الثاني

موقف القضاء بشأن مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة

لم يفصل القضاء الدستوري الفلسطيني في مدى دستورية تجريم وإثبات جريمة الكسب غير المشروع، رغم اتصاله بهذه المسألة الدستورية الجدلية في الطعن رقم ٩ لسنة ٢ قضائية، والمنصب على الطعن بدستورية قانون مكافحة الفساد رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بموجب القرار بقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، والمادتين (١،٢٥) من قانون مكافحة الفساد رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بموجب القرار بقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ والفقرة (١) من المادة (١) من قانون مكافحة الفساد رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بموجب القرار بقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، حيث قررت المحكمة بالأغلبية عدم قبول الطعن شكلاً لمخالفته الشروط الاجرائية الناظمة لاتصال المحكمة الدستورية بالطعن الدستورية.[٤٧]

وفي ذات الاتجاه، بم بفصل القضاء الدستوري المصري بهذه المسألة أيضاً رغم اتصاله به، وعلى ذات النحو الذي سارت على المحكمة الدستورية الفلسطينية في رد الطعن شكلاً كما أسلفنا، ذهبت المحكمة الدستورية المصرية في الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ دستورية إلى عدم قبول دعوى

[٤٧] طعن دستوري ٢٠١١/٠٨، الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) العدد ١٣٧ الطعن رقم ٩ لسنة ٢ قضائية المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الصادر بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١٥

دستورية شكلاً لانتفاء المصلحة والمتعلقة بالطعن في عدم دستورية نص المادة (١٧) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع.[٤٨]

وكذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية ٢٣٢ لسنة ٢٠ قضائية إلى عدم الدخول في المسألة الدستورية المتصلة بمدى دستورية نصي المادتين (٢، ١٨ فقرة أخيرة) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع، وقررت عدم قبول الدعوى دون الفصل بالمسألة الدستورية، وأشارت المحكمة في منطوق حكمها إلى أنه " وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مفاد نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، وما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخًا آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي – عدا النصوص الضريبية – يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها، ويؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقًا على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية، التي ترتبط به، قد استقر أمرها، بناء على حكم قضائي بات، أو بانقضاء مدة تقادم، قبل صدور قضاء المحكمة الدستورية العليا، ولما كان ذلك، وكان الثابت أن محكمة جنايات القاهرة قد أصدرت حكمها بجلسة ٢٩ من يونيه سنة ١٩٩٤، حضوريًا، في القضية رقم ٧٩٠ لسنة ١٩٩٢ جنايات مصر الجديدة، في مواجهة والد المدعية، بعد إدخال المدعية، وآخرين، ليصدر الحكم في مواجهتهم، بمعاقبته السجن خمس سنوات، وتغريمه مبلغ عملاً بالمواد (١/٤، ٢، ١٨) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع، وفى مواجهة "المدعية" وآخرين، برد هذا المبلغ، وقد طعن المحكوم عليهم جميعهم في هذا الحكم أمام محكمة النقض، بالطعن رقم ٢٢٧٣٧ لسنة ٦٤ قضائية، وبجلسة ٢٩ يوليو سنة ٢٠٠٣ قضت محكمة النقض برفض الطعن، وقد أقامت المدعية الدعوى الدستورية المعروضة، طالبةً الحكم بعدم دستورية المادة (٢)، والفقرة الأخيرة من المادة (١٨) من القانون المشار إليه، وإذ حسمت محكمة النقض النزاع حول رد أموال المدعية، بحكمها البات المار ذكره، فإن الحكم في المسألة الدستورية، المتعلقة بالنصين المطعون فيهما، لن يكون ذا أثر أو انعكاس على النزاع الموضوعي، بعد أن استقر المركز القانوني للمدعية بحكم بات، بما يحول دون إعمال أي أثر لهذا القضاء عليها، احترامًا لحجية الأمر المقضي المقررة لهذه الأحكام، التي حرص الدستور على توكيدها في المادة (١٠٠)، لتنتفي بذلك، المصلحة

[٤٨] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ دستورية منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٦/١٢/١٥.

الشخصية المباشرة في الطعن على هذين النصين، مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى، وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت هذه المحكمة قد انتهت، فيما تقدم، إلى القضاء بعدم قبول الدعوى، فلا تثريب على محكمة الموضوع، إذ استمرت في نظر الدعوى، وأصدرت فيها قضاءها المتقدم، ولهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى".[٤٩]

وفي ذات السياق، وعلى الرغم من أن القضاء الدستوري لم يتعرض لمدى دستورية تجريم الكسب غير المشروع وآلية إثباته ومدى انتهاكه لقرينة البراءة، إلا أننا نجد أن العديد من الطعون الدستورية قد اعتبرت المساس بقرينة البراءة يؤدي إلى عوار دستوري بيّن يستلزم الحكم بعدم دستوريته، وفي هذا الاتجاه، قضت المحكمة الدستورية المصرية بعدم دستورية نص المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وذلك فيما تضمنته فقرتها الثانية من افتراض العلم بالتهريب، وذلك مما ورد في حكمها بالقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" والذي جاء فيه أن (افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائما من الناحية الدستورية – ولضمان فعاليته – بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر كذلك – ومن ناحية أخرى – وثيقة الصلة بالحق في الدفاع وتتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها، وكان النص التشريعي المطعون عليه – وعن طريق القرينة القانونية التي افترض بها ثبوت القصد الجنائي – قد اخل بهذه الوسائل الإجرائية بأن جعل المتهم مواجها بواقعة أثبتتها القرينة في حقه بغير دليل، ومكلفا بنفيها خلافا لأصل البراءة، ومسقطا عملا كل قيمة أسبغها الدستور على هذا الأصل، وكان هذا النص – وعلى ضوء ما تقدم جميعه – ينال من مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، ومن الحرية الشخصية ويناقض افتراض البراءة، ويخل بضوابط المحاكمة المنصفة وما تشتمل عليه من ضمان الحق في الدفاع، فإنه بذلك يكون مخالفا لأحكام المواد ٤١ و٦٧ و٦٩ و٨٦ و١٦٥ من الدستور).[٥٠]

وبذات الاتجاه، قضت المحكمة الدستورية المصرية أيضاً بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ في حكمها بالقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ والذي جاء فيه (وحيث إنه لما كانت جريمة عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة من الجرائم العمدية التي يعتبر القصد الجنائي ركنا فيها،

[٤٩] المحكمة الدستورية العليا في مصر، الدعوى رقم ٢٣٢ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٥/٤

[٥٠] قضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، جلسة ٢ فبراير ١٩٩٢.

وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها، وعلى ضوء تقديرها للأدلة التي تطرح عليها، من علم المتهم بحقيقة الأمر في شأن كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينيا لا ظنيا ولا افتراضيا، وكان الاختصاص المقرر دستوريا للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها – وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا – لا يخولها التدخل بالقرائن التي تنشئها لغل يد المحكمة الجنائية عن القيام بمهمتها الأصيلة في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان النص المطعون فيه قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر دالا بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية مقحما بذلك وجهة النظر التي ارتآها في مسألة يعود الأمر فيها بصفة نهائية إلى محكمة الموضوع لاتصالها بالتحقيق الذي تجريه بنفسها تقصيا للحقيقة الموضوعية عند الفصل في الاتهام الجنائي؛ وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، ومآل ما يسفر عنه إلى العقيدة التي تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها. إذ كان ذلك؛ فإن المشرع إذ أعفى النيابة العامة – بالنص المطعون فيه – من إثباتها لواقعة بذاتها تتصل بالقصد الجنائي وتعتبر من عناصره، هي واقعة علم المتهم بغش السلعة التي يعرضها أو فسادها، حاجبا بذلك محكمة الموضوع عن تحقيقها؛ وعن أن تقول كلمتها بشأنها؛ بعد أن افترض النص المطعون عليه هذا العلم بقرينة لا محل لها، ونقل عبء نفيه إلى المتهم، فإن عمله هذا يعد انتحالا لاختصاص كفله الدستور للسلطة القضائية، وإخلالا بمبدأ الفصل بينها وبين السلطة التشريعية؛ ومناقضا كذلك لافتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه في كل وقائعها وعناصرها, وحيث إن افتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه يقترن دائما من الناحية الدستورية – ولضمان فعاليته – بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر وثيقة الصلة بالحق في الدفاع. وتتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها. لما كان ذلك؛ وكان النص المطعون عليه – وعن طريق القرينة القانونية التي افترض بها ثبوت القصد الجنائي – قد أخل بهذه الوسائل الإجرائية بأن جعل المتهم مواجها بواقعة أثبتتها القرينة في حقه بغير دليل؛ ومكلفا بنفيها خلافا لأصل البراءة، ومسقطا عملا كل قيمة أسبغها الدستور على هذا الأصل؛ وكان النص المطعون عليه – وعلى ضوء ما تقدم جميعه – ينال من مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ ومن الحرية الشخصية؛ كما يناقض افتراض البراءة، ويخل

بضوابط المحاكمة المنصفة، وما تشتمل عليه من ضمان الحق في الدفاع، فإنه بذلك يكون مخالفا لأحكام المواد ٢، ١٤، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور).[٥١]

وبينما نجد أنّ القضاء الدستوري لم يحسم الجدل في مسألة مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة، إلا أن القضاء العادي قد تصدى لهذه المسألة في العديد من الأحيان، ومن ذلك ما جاء في محكمة النقض المصرية بأن نقل عبء الإثبات من عاتق النيابة العامة إلى عاتق المتهم ينتهك قرينة البراءة، حيث قضى هذا الحكم أنه (ولما كان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع إذ نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن "وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة في الثروة تطرأ بعد تولى 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 موارده متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧ من الدستور على نحو ما جرى تبيانه وفقًا لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة والتي انتهت محكمة النقض إلى عدم إعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور، بينما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لمخالفتها أيضًا 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 موارده 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 مستندًا إلى دليل غير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثوابت الدستورية التي تقضي بافتراض أصل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجزم واليقين لا على الافتراض والتخمين.[٥٢]

ويرى الباحثان في هذا الإطار أن من الثابت في اجتهادات القضائين الدستوري والعادي ومن خلال استعراض الأحكام التي أشرنا لها أن المساس بقرينة البراءة كمبدأ دستوري يثير الشبهة بعدم

[٥١] قضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥.
[٥٢] قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ قضائية الدوائر الجنائية جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٨.

دستورية تلك النصوص التي تنال من هذه القرينة بأي صورة كانت، ويبدو جليّاً أن القضاء الدستوري قد نحى ونظراً لما يتسم به نقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع إلى كاهل المتهم لإثبات مشروعية الزيادة على دخله من انتهاك لقرينة البراءة إلى تجنب الفصل في هذه المسألة عبر اللجوء إلى رد الطعون لأسباب شكلية، ومرد ذلك إلى أن طبيعة هذه الجريمة تستلزم ضرورات إجرائية تتجاوز حدود الإثبات في الجرائم العادية التي تكلف سلطة الاتهام بإثباتها بكافة تفاصيلها وأركانها وهو ما يضع القضاء الدستوري في مواجهة موازنة صعبة بين حماية الشرعية الدستورية، وضرورات مكافحة الفساد، بيد أنه وعلى الرغم من ذلك، فإن ما قضت به المحكمة الدستورية المصرية في حكمها في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية، وحكمها في القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية المشار لهما، واللذان تضمنا عدم دستورية نقل عبء الإثبات لانتهاكه قرينة البراءة، وبإسقاط مضامينهما 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 ما تضمنه هذان الحكمان من مبادئ تنسحب بكل تفاصيلها على المسألة الدستورية التي تتعلق بنقل عبء الإثبات في جريمة الكسب غير المشروع.

الخاتمة

تطرقنا في هذه الدراسة إلى تجريم الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني بين الشرعية الدستورية والضرورة الإجرائية "دراسة مقارنة بالتشريعين الأردني والكويتي"، حيث 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 ضوء ما تم استعراضه توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

- يعتبر تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الفلسطيني والأردني غير دستوري، لأنه نقل عبء الإثبات إلى المتهم مما يشكل انتهاك لمبدأ دستوري وهو قرينة البراءة، خلاف المشرع الكويتي الذي لم يقم بنقل عبء الإثبات في جرائم الكسب غير المشروع.

- اهتم المشرع الفلسطيني والأردني بالضرورة الإجرائية في إثبات جرائم الفساد على حساب المبادئ الدستورية المستقرة.
- إثبات جرائم الكسب غير المشروع وفقاً للمشرع الفلسطيني والأردني ترتبط بصورتين هما الاستغلال الفعلي والاستغلال الحكمي أو المفترض، بينما المشرع الكويتي فقد اقتصر إثبات جرائم الكسب غير المشروع في صورة واحدة فقط وهي الاستغلال الحكمي أو المفترض.
- حدد المشرع الفلسطيني والأردني بأن الكسب غير المشروع يجب أن يتضمن زيادة تطرأ على الأموال، بينما حددها المشرع الكويتي بالزيادة في الثروة أو انتقاص في الالتزامات.
- اشترط المشرع الأردني أن تكون الزيادة في الاموال وفق إقرار الذمة المالية المقدم منه بمقتضى أحكام هذا القانون أو قانون إشهار الذمة المالية رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٦، أما المشرع الفلسطيني والكويتي فلم يشيرا إلى ذلك.
- القضاء الدستوري لم يحسم الجدل في مسألة مدى انتهاك إثبات جريمة الكسب غير المشروع لقرينة البراءة، إلا أن القضاء العادي قد تصدى لهذه المسألة في العديد من الأحيان.

وفي ضوء ما توصلت إليه الدراسة من نتائج فيما يتعلق بدستورية إثبات جرائم الكسب غير المشروع، فإن الباحثان يوصيان بمايلي:

- إجراء تعديل على نص المادة ٣ من القرار بقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ بأن يكون عبء الإثبات في جرائم الكسب غير المشروع منوطاً بسلطة الاتهام وفقاً للقواعد العامة.
- ضرورة سن تشريع خاص بإشهار الذمة المالية أسوة بالمشرع الأردني لتسهيل إجراءات إثبات جرائم الكسب غير المشروع.
- أن يُغلب المشرع الفلسطيني عند سنه للتشريعات أحكام الدستور بدرجة أكبر من أي اجراءات أخرى.

قائمة المراجع

احمد جبيب السماك، قرينة البراءة ونتائجها، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد ٦٧، ١٩٩٧

احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦

اسامة حسنين عبيد، السياسة الجنائية في الكسب غير المشروع، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، ع ٩١، ٢٠١٨

اسماعيل الخلفي، شرح قانون الكسب غير المشروع، مكتبة كوميث، القاهرة، ١٩٩٧

أنور محمد صدقي المساعدة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، ع ٣، سبتمبر ٢٠١٨

حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣

خالد حضير دحام، تجريم الكسب غير المشروع ومبدأ البراءة دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد ٢، ٢٠١٥

رشا عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الإتفاقية الأممية لمكافحة الفساد، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٩

عبد التواب، وليد رمضان، شرح قانون الكسب غير المشروع، دار مصر والمكتب الثقافي ودار السماح، القاهرة، ٢٠٠٥

عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦

عبد الرحمن توفيق احمد، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٢

العربي البوبكري، تجريم الإثراء غير المشروع: مرتكز أساسي لمكافحة الفساد المالي بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، ع٢، ٢٠١٥

فريد علواش، الإثراء غير المشروع وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية – مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، ع٢، ٢٠١٦

فيصل بن عبد الرحمن العبيد، المسؤولية الجنائية عن الكسب غير المشروع في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٣

كامل السعيد، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٢

كريمة خطاب، قرينة البراءة، (اطروحة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤-٢٠١٥

مبروك نصر الدين، عبء الإثبات في المسائل الجنائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، الرباط، ٢٠٠٤

مصطفى مجدي هرجة، أحكام الدفوع في الاستجواب والاعتراف، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٧

نظام المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠

نورة طه عبد اللطيف العومي، جريمة الكسب غير المشروع: دراسة تحليلية مقارنة للمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي، مج٣٩, ع٢٠١٥،٤

نوفان العجارمة، اراء قانونية حول دستورية مشروع قانون الكسب غير مشروع، مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.mohamah.net/law/%D8%A3%D8%B1%D8%A7%D8%A1- تاريخ النشر ٢٠١٦/١٢/٦ تاريخ الدخول ٢٠٢٢/١٠/٦ الساعة ١٢:٥٦ صباحا

هشام ملاطي، تجريم فعل الإثراء غير المشروع بين افتراض قرينة البراءة وتطبيق مبدأ قلب عبء الإثبات، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية , ع١٣، ٢٠١٦

قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١

قانون الكسب غير المشروع الفلسطيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

القرار بقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته

قانون الكسب غير المشروع الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٤

قانون الكسب غير المشروع المصري رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥١

قانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية

القانون المدني الأردني رقم٤٣ لسنة ١٩٧٦

القانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨

الاتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠

الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة ٢٠٠٤

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة ١٩٨١

بسم الله الرحمن الرحيم
جمهورية العراق
Ministry of Higher Education
And Scientific Research
University Of Baghdad
College of Law
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بغداد
كلية القانون
مجلة العلوم القانونية
العدد/ ٣<٢
التاريخ/ ٨ /١٢/ ٢٠٢٢

الى / الأستاذ المساعد الدكتور احمد حسني الأشقر المحترم
الجامعة العربية الأمريكية - كلية الدراسات العليا / فلسطين
و
الأستاذ المشارك الدكتورعصام حسني الاطرش المحترم
جامعة الاستقلال – كلية القانون / فلسطين

م/ وعد نشر

تحية طيبة...

نود اعلامكم بقبول بحثكم الموسوم بـــ **(تجريم الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني بين الشرعية الدستورية والضرورة الإجرائية - دراسة مقارنة)** للنشر في الاعداد القادمة من مجلتنا.

مع التقدير.

جامعة بغداد
كلية القانون
مجلة العلوم القانونية
تأسست المجلة عام ١٩٦٩

أ.م.د. مصطفى سالم عبد
رئيس تحرير المجلة
٨/ ١٢ / ٢٠٢٢

نسخه منه الى :-
- **ملفة مجلة الكلية.**

م.م. تبارك محمود ٢٠٢٢/١٢/٨

E-mail: info@colaw.uobaghdad.edu.iq
Website: colaw.uobaghdad.edu.iq
بغداد / الوزيرية /ص .ب٤٠٦٥