جريمة الكسب غير المشروع
دراسة تحليلية مقارنة للمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية

الدكتورة/ نورة طه عبد اللطيف العومي
قسم القانون الجزائي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

وردت جريمة الكسب غير المشروع في المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي عرفت هذا السلوك بأنه "الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجزعن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياسا على دخله المشروع". وقد انضمت الكويت إلى هذه الاتفاقية سنة ٢٠٠٣، ونتج منها المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ الذي قضى بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد وكشف الذمة المالية، وتضمن تجريم الكسب غير المشروع في المادة ٢٢ الفقرة ٦ منه.

ومحور الدراسة مختص في تفسير مفهوم جريمة الكسب غير المشروع ورسم بنيان الجريمة القانوني، من خلال بيان الشروط المفترضة وتعيين الركن المادي المكون للجريمة، مع تحديد الركن المعنوي للجريمة بحسب المعايير العامة التي جاءت في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

استعرض البحث بعض الثغرات التي شابت نصوص المرسوم بقانون، ولاسيما تلك المتعلقة بتجريم الكسب غير المشروع، والفئات الخاضعة للمرسوم بقانون بحسب ما تم حصرها في المادة الثانية منه، في حين أغفل المشرع إدراج زوج الخاضع للمرسوم أو شريكه. وفيما يتعلق بمفهوم الجريمة فأساسه يقوم على تحقق الثروة من غير إثبات الخاضع مصدراً مشروعاً لها، وهو ما يشكل توسعاً في مفهوم النص، وبذلك فإن الإشكالية في جريمة الكسب غير المشروع هي نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم. وتناولت الدراسة توضيح جريمة الكسب غير المشروع وبيان الحاجة إليها وتحديد أركانها القانونية مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار طبيعتها الخاصة وما تقتضيه الحاجة من انتهاك بعض الحقوق لمصلحة أسمى وأعم.

المقدمة

أصبح الفساد ظاهرة تواجه المجتمعات الدولية، الأمر الذي استدعى تضافر الجهود الدولية لمحاربة تلك الظاهرة[١]. ومن صور المساعي الدولية في مواجهة تلك

(١) في الآونة الأخيرة توسع نطاق الأبحاث لدراسة ظاهرة الفساد بشكل عام، انظر على سبيل المثال: جمعية الشفافية العالمية، Transparency International, Corruption Perception Index, 1995, available at http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi

الآفة أن المنظمات الدولية تبنت اتفاقيات ومعايير خاصة للعمل على مكافحة الفساد الذي أضحى خطرا على اقتصاديات الدول وأمنها الاجتماعي والقومي[٢]. ولم يعد أثره يقتصر على اقتصاد الدولة ومؤسساتها فحسب وإنما في عدة جرائم ذات طبيعة الجرائم العابرة للحدود الوطنية كجرائم الإرهاب والجرائم المنظمة والاتجار بالبشر[٣]. وقد ترجمت تلك الجهود بوضع سلسلة اتفاقيات قانونية متتابعة لمحاربة الفساد بين ١٩٩٦-٢٠٠٣[٤]. ولعل أهمها الاتفاقيات الدولية الخمس: اتفاقية البلدان الأمريكية التي اعتمدتها منظمة الدول الأمريكية في ٢٩ مارس ١٩٩٦، واتفاقية مكافحة الفساد بين موظفي الجماعات الأوربية أو موظفي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي والتي اعتمدها مجلس الاتحاد الأوربي في ٢٦ مايو ١٩٩٧، ثم اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية، التي اعتمدتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي في ٢١ نوفمبر ١٩٩٧، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربته، التي اعتمدها رؤساء دول وحكومات الاتحاد الإفريقي في ٢١ يوليو ٢٠٠٣، أخيراً اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في ديسمبر ٢٠٠٣، وكان الهدف من هذه الاتفاقية العالمية هو وضع معيار عام لمحاربة الفساد، وقد انضمت إليها دولة الكويت بالقانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ الصادرة في ٩ ديسمبر ٢٠٠٦، و نصت الاتفاقية في مادتها السادسة على ضرورة وجود هيئة مستقلة تتولى مكافحة الفساد ومنعه، وانسجاما مع تلك الاتفاقية صدر المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد.

وقبل الشروع في تفاصيل هذه الدراسة وأبعادها، لابد من التطرق لبيان مفهوم الفساد. فالفساد اصطلاحا هو "استغلال الموظف العام وظيفته للحصول على مكاسب شخصية"[٥]. وبالنظر إلى هذا التعريف نجد أنه تعريف واسع، وقد يدخل في

(٢) Patrick X. Delaney, Transnational Corruption: Regulation Across Borders (Journal of International law, 47 V.413, 419, 2007).

(٣) انظر بصورة عامة في United Nation Office on Drugs and Crime (U.N.O.D.C.) Compendium of International Legal Instruments on Corruption (2005) http://www.unodc.org/documents/corruption/corruption-compendium-en.pdf.

(٤) انظر في الديباجة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي حددت هذه الاتفاقيات.

(٥) Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Glossaries, [2008], ''Corruption'', A Glossary of International Standards in Criminal Law, OECD Publication.

إشكاليات قانونية وسياسية لتحديد فعل معين وتصنيفه باعتباره فسادا[٦]. لذلك حددت اتفاقية الأمم المتحدة الأفعال التي تعتبر فسادا في المواد (٢٣، ٢٢، ٢١، ٢٠، ١٩، ١٨، ١٧، ١٦، ١٥)، في الفصل الثالث منها، ومن ذلك جريمة الرشوة، اختلاس أموال عامة، استغلال المنصب والاتجار بالنفوذ، الكسب غير المشروع وجريمة غسل الأموال. إلا أن البحث في جرائم الفساد يؤكد أنها أصبحت من الجرائم التي يصعب إثباتها وقيام الدليل على وقوعها وفقا للقانون المعمول به في النظام الجنائي العام للدولة. وفي الآونة الأخيرة حظيت جريمة الكسب غير المشروع باهتمام عالمي بعد تزايد الأفعال التي تثير شبهة ارتكاب الموظف العام للكسب من وراء عمله الوظيفي. ومن مظاهر هذا الاهتمام، اتفاقية البلدان الأمريكية لمحاربة الفساد واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد اللتان عالجتا مشكلة زيادة أموال الموظفين من غير مسوغ معقول. حيث تناولت المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعريف الكسب غير المشروع على أنه:

"الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياسا على دخله المشروع".

وقد أدرج المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بشأن إنشاء هيئة مكافحة الفساد وكشف الذمة المالية جريمة الكسب غير المشروع في الفقرة السادسة من المادة (٢٢) منه، إلا أن المشرع قد أغفل بيان النشاط الإجرامي الذي يسفر عن الكسب غير المشروع. لما كان ذلك فإننا، خصصنا هذه الدراسة لتحليل المرسوم بقانون المذكور، موضحين مفهوم جريمة الكسب غير المشروع وأركانها القانونية من منظور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

مناط الدراسة:

يعد المرسوم بقانون (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة الفساد من أهم القوانين الحديثة نسبيا في قواعد القانون الجزائي الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، إذ إنه تناول جملة جرائم مرتبطة بالفساد، منها جرائم غسل الأموال، وجرائم أسواق المال، وجرائم التهرب الضريبي، وجريمة الرشوة، والوساطة ولعل أبرزها تجريم الكسب غير المشروع الوارد في المادة (٢٢) الفقرة ٦، وهو المستمد من اتفاقية الأمم المتحدة

(٦) Quraishi, Ophelie, Assessing The Relevancy and Efficacy of The United Nations Convention Against Corruption: Comparative Analysis (Notre Dame Journal of International Law, 2011) 101-166.

لمكافحة الفساد في قرارها رقم ٤/٥٨ المؤرخ ٣١ أكتوبر ٢٠٠٣، والتي صادقت عليه دولة الكويت في ٩ ديسمبر ٢٠٠٣.

إن دراسة المرسوم بقانون يطرح زوايا بحث عديدة، نظرا لما يحتويه من موضوعات مستحدثة على القوانين الجنائية الكويتية، منها ما يتعلق بوسائل مكافحة الفساد على أساس كونها ظاهرة متفشية دوليا ومحليا، ومنها ما هو متعلق بإنشاء هيئة مكافحة الفساد وكشف الذمة المالية، ومدى الحاجة إلى الهيئة المعنية بفحص البلاغات في ظل وجود النيابة العامة المسؤول الأساسي في تحريك الدعوى الجنائية. ومنها أيضا تساؤل حول مدى انتهاك المرسوم بقانون للدستور وللسرية المصرفية أو ما يتعلق بالإجراءات الجزائية وطرق إثباتها، ولاسيما تلك المتعلقة بنقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى المتهم، وهو ما يشكل مساسا بأهم ضمانة من ضمانات المتهم وهي قرينة البراءة. وإلى جانب العديد من المسائل القانونية التي تحتاج إلى دراسة وتحليل وجدنا أن من أهم تلك المواد ما يتعلق بجريمة الكسب غير المشروع الواردة في الفقرة السادسة من نص المادة ٢٢ من المرسوم بقانون. وتستمد أهميتها من أنها تعتبر إضافة في تجريم سلوك الأفراد ولاسيما الخاضعون للمرسوم بقانون الوارد حصرهم في المادة (٢) منه. غير أن المرسوم بقانون لم يحدد طبيعة الجريمة ولم يبين مناط الأفعال سواء الإيجابية أو السلبية منها، التي تستوجب العقاب.

وعلى ضوء ما أسلفنا فقد ارتأينا أن نشرح هذه الجريمة وإطارها القانوني، نبين شرطها المفترض وأركانها العامة، مع مقارنتها بأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والاستفادة من الدراسات السابقة ولاسيما تلك التي وردت في القانون الجنائي الدولي للتعريف بجريمة الكسب غير المشروع، ثم أركان الجريمة دون النظر في الشق الإجرائي، وكيفية تحريك الدعوى الجنائية.

أهمية البحث:

جريمة الكسب غير المشروع يكتنفها العديد من الصعوبات سواء أكانت تلك المتعلقة بفعل الجريمة أم إثباتها، وترجع تلك الصعوبات إلى عدم تحديد المشرع الكويتي لتعريفها أو ضبطها، كما ذكرنا سالفا مما يجعلها مجالا خصبا للبحث والدراسة. فموضوعها مهم في ذاته لكونه يعتبر إضافة جديدة على جرائم الاعتداء على المال العام في قانون الجزاء الكويتي. كما أنه مرتبط باقتصاد الدولة، ومن هنا جاءت أهمية دراسة جريمة الكسب غير المشروع ودراستها.

لقد اكتفى المشرع الكويتي بمجرد تحقق ثروة غير مشروعة في أثناء تأدية الموظف الخاضع للقانون لوظيفته مع عدم إثبات مصدر مشروع لتلك الثروة، حتى

تثور المسؤولية الجنائية لارتكاب الجاني جريمة الكسب غير المشروع. أي أن الأمر لا يتطلب ارتكاب الجاني لجريمة اعتداء على مال عام مكتملة الأركان كالرشوة أو الاختلاس، وإنما تحرك الدعوى الجنائية على الخاضع للقانون دون النظر لما ارتكبه من جرائم أخرى، على غرار جريمة غسل الأموال التي يشترط لتحققها قيام جريمة أولية(٧). فأساس الجريمة هو تحقق الثروة وعدم إثبات مصدر مشروع لها، وتقوم الجريمة بمجرد الإثراء ويقع عبء الإثبات على الفاعل لتفسير مشروعية المصدر. وعليه فإن المسؤولية الجنائية تقوم بمجرد وجود الزيادة في الذمة المالية للخاضع للقانون على الرغم من عدم خضوع فعله لأي من جرائم الاعتداء على المال العام.

ولعل أكبر انتقاد يوجه لتجريم الكسب غير المشروع هو مدى توافق الجريمة مع مبدأ قرينة البراءة(٨). وعلى الرغم من ذلك، صار كل من المجتمع الدولي ومنظومة الأمم المتحدة يأخذ مجرى آخر عند النظر في جرائم الفساد، ويؤكد أنه عندما تقف مبادئ حقوق الإنسان عائقا أمام محاربة الفساد المتفشي في بلد ما، فإنه يصير من اللازم على الدول محاربة الفساد، ويغدو خطرا لابد على الدول من مواجهته(٩).جاء ذلك منسجماً مع ما ورد في المذكرة الإيضاحية لصدور المرسوم بقانون بإنشاء هيئة عامة لمكافحة الفساد، انعكاسا لما حل بالبلاد من الأزمات التي مرت بها الكويت والإخفاقات التي شابت أجهزة الدولة، مما أصبح معه إصلاح الوضع "استحقاقا وطنيا" (١٠).

---

(٧) تجدر الإشارة هنا إلى أن قانون غسل الأموال تم تعديله بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ولشرح مناط الجريمة انظر في شرح الجريمة الأولية للدكتور عادل المانع، البنيان القانوني لجريمة غسيل الأموال: دراسة تحليلية مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي. مجلة الحقوق العدد الأول–السنة التاسعة والعشرون . الكويت، مارس ٢٠٠٥.

(٨) Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012) 57-93.

(٩) See for example, Statements by the Committee on Economics, Social and Cultural Rights that "States face serious problems of corruption, which have negative effects on the full exercise of rights covered by covenant" [ICESCR] E/C.12/1/ADD.91(CESCR,2003, para.12); See also the statement by the UN Special Rapporteur on independence of judges and lawyers in E/CN.4/2006/52/ Add.4. para 96."

(١٠) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية الصادر في ١٩ نوفمبر ٢٠١٢.

ولا شك أن بحثنا في هذه المادة المستحدثة على قانون الجزاء له أهمية، لما يثار من تساؤلات تحتاج قدرا من الدراسة والبحث، منها ما هو متعلق بمفهوم جريمة الكسب غير المشروع، مثل ما مقدار الإثراء لقيام الجريمة؟ وكيف يتصور وقوعها بمجرد تحقق الإثراء؟ ومن الفاعل الأصلي ذو الصفة الذي يندرج تحت نصوص القانون؟ كل تلك التساؤلات من شأن الدراسة بحثها والإجابة عنها بالاستعانة بالدراسات الأجنبية الحديثة المتعلقة بفحص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهو ما يجعل هذه الدراسة تقدم فهماً شاملاً لعناصر التجريم في جريمة الكسب غير المشروع، والكشف عما يعتري النص من سلبيات، ويفتح أمامنا بعض الفرضيات التي تشير إلى قصور النص في تحقيق الغرض منه، ومن ثم نضع بعض الحلول التي تعيننا على جبر هذا القصور في المستقبل.

الهدف من الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تقييم حاجة التشريع الجنائي الكويتي إلى نص لتجريم الكسب غير المشروع، وفي الوقت نفسه تقييم الصياغة القانونية التي جاء بها، وبيان قصورها التشريعي عند مقارنته مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ومن ثم تقديم التوصيات التي تسهم – بحسب رؤيتنا – في تحقيق الغرض الذي وضع من أجله قانون مكافحة الفساد بصفة عامة.

منهج البحث:

استعان هذا البحث بمجموعة من مناهج البحث العلمية، فبما أن نص تجريم الكسب غير المشروع يعتبر من نصوص التجريم المستحدثة والمضافة إلى جانب القواعد القانونية، فتبنى البحث المنهج التاريخي ابتداء وذلك في بيان أساس فكرة تجريم الكسب غير المشروع وتطورها دوليا منذ ١٩٣٦ وحتى ٢٠٠٣. استعانت الدراسة أيضا بالمنهج الوصفي في توضيح القواعد القانونية الجزائية المعمولة في دولة الكويت لاسيما تلك المتعلقة بالاعتداء على الأموال العامة وجريمة غسل الأموال حسب ما جاء في قانون الجزاء الكويتي. فمن خلال بحث تلك النصوص الجزائية بينت الدراسة جوانب النقص والثغرات التي تعتريها تلك النصوص فاستجلت الحاجة الى وضع نص يجرم الكسب غير المشروع. كما إن من المفيد إخضاع المادة ٢٢ فقرة (٦) من المرسوم بقانون، التي نصت على جريمة الكسب غير المشروع لدراسة تحليلية فاستعرضنا من خلالها أساسها الفرضي ونشاطها الإجرامي. فمن خلال المنهج التحليلي قام البحث بتفسير ونقد بعض نصوص المرسوم بقانون عند معالجة جريمة الكسب غير المشروع، حتى تتضح مشكلاتها لتبدو بصورة واضحة متكاملة.

كما أن البحث استعان بالمنهج المقارن حيث تم مقارنة نصوص المرسوم بقانون مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأيضاً مع بعض التشريعات المقارنة كقانون الجزاء المصري، وذلك لرصد مواطن الخطأ والصواب في نص جريمة الكسب غير المشروع.

طرق البحث:

هذه الدراسة منبثقة من أبحاث منشورة عن جريمة الفساد بصفة عامة والكسب غير المشروع بصفة خاصة، ولاسيما تلك المتضمنة في الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد. أما ما يتعلق برسم الإطار القانوني لجريمة الكسب غير المشروع فإن الدراسة استندت إلى القواعد العامة في قانون الجزاء وفي القسم العام تحديدا.

إن الجدال الفقهي حول تحديد مفهوم جريمة الكسب غير المشروع يفرض تخصيص فصل لبحث مفهوم الجريمة والمشكلات القانونية التي قد يثيرها مع وجود النص، وتوضيح أساس فكرة التجريم ومفهومها لبيان مدى حاجة المشرع الجنائي إلى إضافة نص تجريم الكسب غير المشروع في ظل قانون حماية الأموال العامة. بعد ذلك، خصصنا فصلاً آخر لشرح أساس قيام جريمة الكسب غير المشروع من خلال التطرق إلى الشرط المفترض والإشارة إلى الفئات التي شملها المرسوم بقانون محل الدراسة، أي الخاضعين للقانون، نسلط الضوء أيضا على ضرورة تقديم هؤلاء الأفراد إقرارات لكشف ذممهم المالية، وهو ما يشكل الشرط المفترض الثاني لقيام الجريمة. وتطرق الفصل الثاني إلى أركان قيام الجريمة سواء أكانت أركانا مادية أم معنوية، وفي الختام استعرضنا أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول
التعريف بجريمة الكسب غير المشروع

يتناول هذا الفصل مفهوم جريمة الكسب غير المشروع بحسب ما ورد في نصوص المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢، هذا بالإضافة إلى مقارنته مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من حيث مفهوم الجريمة. ولعل من الضرورة بمكان أن نحدد أهمية الإضافة التشريعية في ظل وجود بعض القوانين ذات الصلة بتجريم الاستيلاء على الأموال العامة، كجريمة الرشوة في المادة ٣٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ الخاص بحماية الأموال العامة، وقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب وذلك في مبحثين. يعرض المبحث الأول لطبيعة الجريمة، في حين يخصص المبحث الثاني لبيان مدى الحاجة إلى تجريم خاص للكسب غير المشروع في ظل وجود الأحكام الخاصة بالرشوة الواردة في قانون الجزاء تحت عنوان "الجرائم المتعلقة بأعمال الموظفين العموميين"، وقانون حماية الأموال العامة، وقانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وبيان القصور التشريعي لهذه القواعد القانونية في مواجهة ظاهرة الإثراء غير المبرر من الموظفين العموميين.

المبحث الأول
طبيعة جريمة الكسب غير المشرع
تطور فكرتها ومفهومها

هناك العديد من السبل المجرمة قانونا في الحصول على المال كالسرقة، والنصب وخيانة الأمانة، وغير ذلك من الجرائم الواقعة على المال وقد عالجها قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ في القسم الخاص منه، وهذا النوع من الجرائم يمكن أن يقع من فرد على فرد آخر. غير أن هناك بعض الجرائم تمس المال العام للدولة، مما جعل المشرع يشترط صفة خاصة في مرتكبها، وهي صفة الوظيفة العامة المكلف بها الجاني. وهذه الجرائم تتضمن إخلالا بالوظيفة أو استغلالها للحصول على مال أو منفعة له أو لغيره بعلمه، مثل جرائم الرشوة والاختلاس والاستيلاء على الأموال العامة، وغيرها من جرائم الاعتداء على المال العام. إلا أن المشرع الكويتي رأى أن الأبواب لم توصد أمام المعتدين على الأموال العامة من بعض الموظفين العموميين، وبذلك أضحى قانون مكافحة الفساد "استحقاقا وطنيا"

لمواجهة تفشي ظاهرة الفساد بين مؤسسات الدولة كما جاء في المذكرة التفسيرية الخاصة بالقانون المشار إليه.

ونظرا لاستغلال الموظف العام لسلطاته التي أسهمت في إيجاد جدار أو ستار للهرب بجرائمه والإفلات من العقاب، فقد تدخل المشرع الكويتي سنة ٢٠١٢ ليضيف المادة ٢٢ لتأكيد اعتبار بعض الجرائم جرائم فساد، وإضافة تجريم الكسب غير المشروع كجريمة مستقلة. وذلك لأهمية المصلحة المحمية في ظل قانون الفساد، وتحقيقا لغاية جنائية أكبر في ذاتها على أساس أن الضرر الواقع من تلك الجريمة يمس المصلحة العامة(١١).

نتناول في هذا المبحث التطور التاريخي لتجريم الكسب غير المشروع في القانون الدولي، ثم طبيعة جريمة الكسب غير المشروع، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول
تطور فكرة تجريم الكسب غير المشروع في منظومة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

يعد قانون الكسب غير المشروع من التشريعات التي استحدثها المشرع في أعقاب الحرب العالمية الثانية مع تزايد الجرائم ذات الطبيعة الاقتصادية(١٢). أما فكرتها فقد جاءت بداية على يد السيد رودلف كارمينا سيقورا – العضو في البرلمان الأرجنتيني– حين لاحظ في أثناء رحلة كان يقوم بها في عام ١٩٣٦ مظاهر الثراء والغنى على مأمور القطار. إذ كانت غير متناسبة مع قيمة دخل ذلك الموظف العام المشروعة، وهو ما دفعه الى أن يقدم اقتراحا بقانون إلى البرلمان الأرجنتيني ينص على معاقبة الموظف العام الذي يحصل على ثروة دون أن يتمكن من تبرير مشروعية مصدر هذه الثروة. إلا أن هذا الاقتراح لم يدخل حيز التنفيذ في الأرجنتين إلا في سنة ١٩٦٤(١٣).

(١١) محمود نجيب حسني. قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٨٧، ص.٦.

(١٢) Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012) p. 2.

(١٣) Lindy Muzila et all, On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption (World Bank, Public Disclosure, 2012) p.7-9.

وفي الهند، كان الكسب غير المشروع بداية يؤخذ باعتباره دليل إثبات وقرينة على قيام الموظف العام بارتكاب إحدى جرائم الفساد، ولكن لم يؤخذ بالكسب غير المشروع كجريمة فساد قائمة بذاتها، حيث كان قانون مكافحة الفساد الهندي يمنح سلطة الاتهام الحق باعتبار تراكم الأموال غير المشروعة عند الموظف العام قرينة على ارتكابه إحدى جرائم الفساد كالرشوة، والاعتداء على الأموال العامة أو استغلال الوظيفة العامة أو غيرها من جرائم الفساد. إلا أن هذا القانون انتقد لسببين، الأول إطلاق العنان لسلطة الاتهام في إسناد الاتهام بجريمة الفساد على الموظفين العامين دون مسوغ مادي معقول، الثاني عدم اعتبار الكسب غير مشروع جريمة بحد ذاتها(١٤). لذلك عدلت الهند قانون محاربة الفساد، وأصبحت الهند – إلى جانب الأرجنتين – من أوائل الدول المجرمة للكسب غير المشروع. وقد عرفت الهند جريمة الكسب غير المشروع بأنه: "حصول الموظف العام على دخل من مصدر مشبوه ويعجز عن تفسير مصدر مشروعيته"، واعتبرت الكسب غير المشروع سلوكاً إجرامياً مؤثماً يعاقب عليه الموظف العام بعقوبة الحبس سنة كحد أدني أو سبع سنوات كحد أعلى(١٥). أما الأرجنتين فقد عرفت الكسب غير المشروع بأنه: "الفشل في تبرير مصدر الإثراء سواء له أو لطرف ثالث بقصد إخفائه...". وقد عاقبت الأرجنتين مرتكب جريمة الكسب غير المشروع بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والمصادرة(١٦).

بعد ذلك، حاز موضوع مكافحة الفساد ولاسيما جريمة الكسب غير المشروع اهتماماً كبيراً على الصعيدين الدولي والإقليمي. حيث أبرمت اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد في سنة ١٩٩٦، والتي تعتبر من أولى الاتفاقيات التي عرفت وطلبت من الأطراف الموقعة تجريم الكسب غير المشروع من قبل الموظفين العموميين(١٧).

---

(١٤) Lindy Muzila et all مرجع سابق ص ٨.

(١٥) القانون الهندي لمكافحة الفساد رقم (٤٨) لسنة ١٩٨٨.
The India Prevention of Corruption Act No. 48 of 1988, Chapter III: Offences and Penalties, Point 13, September 9, 1988, available at http://www.persmin.gov.in/DOPT/EmployeesCorner/Acts_Rules/PCAct/pcact.pdf.

(١٦) قانون الجزاء الأرجنتيني سنة ١٩٦٤، في المادة ٢٦٨ (٢) منه.

(١٧) انظر في:
ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, SECRETARIAT OF LEGAL AFFAIRS, DEPARTMENT OF LEGAL COOPERATIO, BACKGROUND, AVAILABLE AT: http://www.oas.org/juridico/english/corr_bg.htm .

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من كندا وأمريكا قد تحفظت على نصوص التجريم انطلاقاً من أن فيها انتهاكاً لبعض مبادئ الدستور وحقوق المتهم بأن الأصل في الإنسان البراءة(١٨). بعدها أتت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة ومنع الفساد سنة ٢٠٠٣، أخيراً وبعد ثمان سنوات من إبرام اتفاقية البلدان الأمريكية، دشنت الأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد سنة ٢٠٠٣، و دخلت حيز التنفيذ سنة ٢٠٠٥، وقد نصت المادة (٢٠) منها على تجريم الكسب غير المشروع، تلك المادة التي تبناها المشرع الكويتي في فقرته السادسة من المادة رقم (٢٢) في المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية.

المطلب الثاني: مفهوم جريمة الكسب غير المشروع

كما ذكرنا سالفا، لم يضع المشرع الكويتي تعريفاً لجريمة الكسب غير المشروع، وإنما اكتفى بإدراجه ضمن جرائم الفساد في المادة ٢٢ في الفقرة ٦ من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢، إلا أنه باستقراء المادة ٣٣ من المرسوم بقانون سالف البيان التي تناولت إجراء كشف الذمة المالية قد أشارت في الفقرة الثانية منها إلى النشاط الإجرامي لمن يرتكب جريمة الكسب غير المشروع، وذلك على النحو التالي:

"وللهيئة بناء على طلب لجان الفحص، أن تطلب من رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه الإذن بالحصول على بيانات عن حسابات الخاضع لدى البنوك والمؤسسات المالية، إذا قامت دلائل جدية على وجود زيادة غير مبررة في أمواله تثير شبهة جريمة الكسب غير المشروع".

ويتضح من خلال توصيف المشرع للكسب غير المشروع أنه لم يحدد النشاط المادي المشكل للجريمة، وإنما جعلها فضفاضة عامة، إذ يكفي لوقوع الجريمة تحقق الزيادة غير المبررة. وهذا النهج الموسع لمفهوم جريمة الكسب غير المشروع هو ذاته الذي سنته أهم الاتفاقيات الإقليمية والدولية لمكافحة الفساد(١٩). فاتفاقية الأمم المتحدة – على سبيل المثال – عرفت جريمة الكسب غير المشروع في المادة (٢٠)

(١٨) Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the general OAS, at pp. 92-93, 1999.

(١٩) انظر على سبيل المثال: المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المادة (١) من اتفاقية البلدان الأمريكية، والمادة (٨) من اتفاقية الاتحاد الإفريقي.

منها على أنها: "الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة، قياسا على دخله المشروع". فتقوم الجريمة – وفقاً لهذا التعريف – بمجرد زيادة أموال الفاعل مادام القصد الجنائي العام قد توافر وقت تحقق الإثراء(٢٠). كما أن النص الجنائي الوارد في الاتفاقية لم يضع حداً أدنى لما يمكن اعتباره كسباً غير مشروع، فتثور مسؤولية الفاعل متى كانت الزيادة لا تتناسب مع مصادر دخله وعجز الخاضع للقانون عن إثبات مصدر مشروعيتها. تجدر الإشارة هنا إلى أنه وردت بعض التحفظات أثناء مناقشة بنود الاتفاقية عند وضع تجريم الكسب غير المشروع لما في عناصر تجريمه من توسع، وهناك بعض من الدول الأعضاء طالب بإلغاء نص المادة (٢٠)(٢١).

وبالنظر إلى التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الذي نلاحظ أنه ضيق من نطاق تطبيق جريمة الكسب غير المشروع حين تناول في مادته الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ لتعريف الكسب غير المشروع، حيث نص على:

"يعد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو غيرة بسبب استغلاله الخدمة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني عقابي أو للآداب العامة، وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف لزيادة في الثروة تطرأ بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على الزوجة أو الأولاد القصر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها."

ومن قراءة هذه المادة نجد أن الفقرة الأولى منها حصرت النشاط الصادر عن الفاعل في إحدى الصورتين، إما من خلال استغلال الخدمة أو الصفة، وإما من خلال ارتكاب الخاضع للقانون سلوكا مخالفا لنص قانوني عقابي أو للآداب العامة(٢٢). كما أن محكمة النقض المصرية أوضحت مفهوم ما يعد كسباً غير مشروع، حينما أقرت في بيان نصوص القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥١ المعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة

---

(٢٠) Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012) 21.

(٢١) A/AC 261\4 June 2002 at para. 42. انظر في مناقشات نصوص اتفاقية الأمم المتحدة في تاريخ يونيو ٢٠٠٢.

(٢٢) فؤاد جمال عبد القادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ص١٢١-١٥٦، ١٩٨٧.

١٩٥٢ بشأن الكسب غير المشروع والقانون رقم ١٩١ لسنة ١٩٥٢ – أن المقصود بالكسب غير المشروع "كل مال يملكه الموظف أو من في حكمه، فصار ضمن ذمته المالية عنصراً من عناصرها باستغلال ما تسبغه عليه وظيفته أو يخوله مركزه من إمكانيات تطوع له الاجتراء على محارم القانون، مما يمس ما يفترض وجوده في الموظف العام أو من في حكمه من الأمانة والنزاهة." (٢٣)

هذا هو المعنى الذي عناه المشرع المصري استهدافاً للقضاء على فساد الوظيفة العامة ومن في حكمهم(٢٤). حيث أكد المشرع المصري أساس قيام الجريمة الواقعة من خلال استغلال الموظف العام أو أحد الأشخاص الخاضعين للقانون وظيفته العامة للحصول على فائدة غير مشروعة من ورائها. والاستغلال يتمثل في تصرف من الخاضع نتيجة للخدمة أو الصفة، ويكون من شأنه أن يعود بالمال عليه أو على غيره، ويستوي أن يكون هذا الاستغلال مخالفاً لما تفرضه عليه واجباته الوظيفية أو متفقاً معها. ويلاحظ أيضا أن القانون المصري تضمن في فقرته الأولى من المادة الثانية الخاصة في القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥، ليمتد للمعاقبة على الزيادة في المنفعة أو الارتفاع بمستوى المعيشة بما لا يتناسب مع الموارد المشروعة للخاضع والتي تنشأ عن مخالفة نص عقابي أو الآداب العامة(٢٥).

ويمكننا القول إن المشرع الكويتي قد تبنى المفهوم الموسع لجريمة الكسب غير المشروع، كما هو مبين في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي مفادها تحقق الزيادة وعجز الجاني عن إثبات مشروعية مصدر هذه الزيادة، بالإضافة إلى عدم تناسب الإثراء مع دخل الموظف العام المشروع، وهو ما يمثل إطاراً واسعاً للتجريم والعقاب استناداً إلى تعريف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على خلاف قانون العقوبات المصري الذي اعتنق المعنى الأضيق لتحديد النشاط الإجرامي لما يعتبر كسباً غير مشروع من خلال ارتكاب الجاني نشاطين محصورين يتمثلان في استغلال الوظيفة أو مخالفة القوانين والآداب العامة. وإننا نتفق مع ما ذهب إليه المشرع الكويتي من اتباع الاتجاه الموسع لمفهوم الكسب غير المشروع، وذلك لسببين:

---

(٢٣) نقض جنائي مصري تاريخ ٢٧-١٢-١٩٦٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الجزء الرابع، الطعن رقم ١٣٥٦، ص ٩١٥-٩١٧.

(٢٤) نبيل محمود السيد، جريمة الكسب غير المشروع، القاهرة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص١٢- ١٣.

(٢٥) فؤاد جمال عبد القادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص.١٢٣-١٣٣.

أولاً: إن جريمة الكسب غير المشروع تنطوي على اتجار الخاضع بوظيفته لمصلحته الخاصة، لذلك عني المشرع بملاحقة كل من يحقق عن طريق اتصاله بالعمل كسباً غير مشروع، فيزيد من ثروته على حساب الأموال العامة، وفي ضوء هذه الفكرة وضع المشرع الكويتي تدابير متعددة لحماية الأموال العامة، كتجريم الرشوة وقانون الأموال العامة وجريمة غسل الأموال، مع إدراج بعض الأحكام الاستثنائية المشددة، وذلك لما تقتضيه المصلحة المحمية من قواعد قانونية خاصة بها، ومن تلك التدابير عدم سقوط الدعوى الجزائية بالتقادم، إلا أنه على الرغم من هذه التدابير القانونية فإن الواقع العملي كشف عن قصور تشريعي في مكافحة جميع صور الفساد لضيق نطاق تطبيق القانون على وقائع الفساد، لذلك نرى أن جريمة الكسب غير المشروع بالمفهوم الموسع هي السبيل الأمثل لتغلق جميع السبل أمام سراق المال العام من جهات الدولة ومؤسساتها العامة بمجرد وجود دلائل كافية بنمو ثروات بعض الموظفين العموميين بطريقة غير مبررة، فتكون الغاية هي ملاحقة نمو ثروات بعض أفراد المجتمع وإمكانية معاقبتهم جنائياً بعد أن تعذر تطبيق نصوص القانون الجنائي الحالي المتعلق بالاعتداء على الأموال العامة، كما هو مفصل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ثانياً: وبالنظر إلى القانون والقضاء المصري نلاحظ رغبة المشرع في تعديل قانونه باتجاه التوسع في إسناد جريمة الكسب غير المشروع لكل من تسول له نفسه الاتجار بالوظيفة العامة. فنصوص التجريم مرت بخمس مراحل من القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥١ ثم عدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٢، وبعد فترة تم تعديله في القانون رقم١٤٨ لسنة ١٩٦١، ثم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٨، وصولا إلى القانون الحالي رقم ٦٢ لسنه ١٩٧٥. وجاءت هذه التعديلات لتقدم نصوصاً أكثر توسعاً لما يعد كسباً غير مشروع والأشخاص الخاضعين له[٢٦]. كما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٨ حين عددت أوجه النقص والقصور التشريعي في القانون السابق، وعلاجاً لما ارتآه المشرع فقد وسع القانون الحالي من مفهوم النشاط الإجرامي، وخصوصاً ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ بشأن تجريم من يرتكب الجرائم المخالفة لنصوص العقاب والآداب العامة، حيث جاءت عامة وغامضة، وإن كان المشرع يقصد الى تحقيق مصلحة

(٢٦) انظر في تفصيل التعديلات إلى: نبيل محمود السيد، جريمة الكسب غير المشروع، القاهرة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥. ص.١٣-١٩.

المجتمع من الاعتداء على أموال الشعب[٢٧]. فجوهر جريمة الكسب غير المشروع هو تمكين معاقبة الخاضع للقانون بمجرد تحقق الإثراء من دون مسوغ معقول كما سوف يتضح في المبحث التالي.

المبحث الثاني
الحاجة إلى قانون تجريم الكسب غير المشروع

جرم قانون الجزاء الكويتي العديد من جرائم الاعتداء على المال العام إذا ارتكبت من موظف عام مكلف بها، ومن هذه الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة جريمة الرشوة واستغلال النفوذ الواردة في نص المادة (٣٥) لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء ١٦ لسنة ١٩٦٠. كما حمى المشرع الاعتداء على الأموال العامة في نصوص المواد (٩)، (١٠) و (١١) من قانون حماية الأموال العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٣. هذا بالإضافة إلى قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (١٠٦) لسنة ٢٠١٣. ومع حرص المشرع الجنائي على حماية الوظيفة العامة من أثر استغلال الموظف العام منصبه ومركزه للتربح والاعتداء على الأموال العامة، فإن الواقع العملي أثبت قصور هذه التشريعات عن منع الاعتداء على أموال الدولة.

وعليه سنخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة الأحكام العامة في جريمة الرشوة، في حين نتناول إشكاليات في تطبيق قانون حماية الأموال العامة في المطلب الثاني، وقانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب في المطلب الثالث. وذلك لبيان أوجه القصور التشريعي، واستجلاء الحاجة لقانون الكسب غير المشروع.

المطلب الأول: جريمة الرشوة

ضمن المشرع الكويتي نصوص تجريم الرشوة في المواد (٣٥) و (٣٦) و (٣٧) و(٣٨) لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠. كما إن المشرع أدرج جريمة الرشوة من ضمن جرائم الفساد الواردة في الفقرة (٢) من المادة ٢٢ من المرسوم بقانون (٢٤) لسنة ٢٠١٢، بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية[٢٨].

(٢٧) فؤاد جمال عبد القادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص١٣١-١٣٣.

(٢٨) فيصل الكندري، فلسفة المشرع الكويتي والعربي في مكافحة جرائم الفساد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٤)، السنة الأولى، ديسمبر ٢٠١٣.

ويقصد بالرشوة " اتجار الموظف العام في أعمال وظيفته عن طريق طلبه أو قبوله أو أخذه وعداً أو عطية مقابل قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه[٢٩] ومن التعريف السابق لجريمة الرشوة يتبين أنها لا تقع إلا إذا ارتكبت من موظف عام أو من في حكمه أو من الأشخاص الخاضعين لقانون مكافحة الفساد، وأن يكون هذا الفاعل مختصاً بالعمل المطلوب، فإذا توافر هذان الشرطان المفترضان يلزم أن يكون النشاط المادي المتمثل بالطلب أو القبول الذي يصدر من الموظف العام للحصول على فائدة معينة، مشروطاً بتوافر القصد الجنائي العام من علم الجاني وإرادته في الحصول على تلك الفائدة.

ولتطبيق نصوص تجريم الرشوة يجب أن يقع النشاط من الخاضع للقانون على النحو المبين في أحكام المادة السابقة من طلب أو قبول رشوة، كما يتطلب إقامة الدليل بجميع طرق الإثبات على طلب الجاني أو قبوله للرشوة مع توافر القصد الجنائي، وذلك لتحريك المسؤولية الجنائية عليه. ومن المشكلات العملية والقانونية في نصوص جريمة الرشوة أن تتحصل الأموال غير المشروعة لقاء تقديم خدمة تتعلق بالاختصاص الوظيفي، فالأساس القانوني لجريمة الرشوة لا تعالج فرضية الزيادة غير المبررة من الخاضع للقانون، دون إقامة الدليل على قيام نشاط مادي بالقبول أو عرض لها. لما كان ذلك، فإن هذه النصوص لا تخدم سلطة الاتهام في مواجهة الخاضع في حال تحقق الزيادة غير المبررة.

المطلب الثاني: إشكاليات في تطبيق قانون حماية الأموال العامة رقم ١ لسنة ١٩٩٣

جاء قانون حماية الأموال العامة لمعاقبة كل موظف عام استولى على أموال الدولة عن طريق استغلاله لوظيفته العامة، وقد جاء كردة فعل اجتماعية وتشريعية من جراء ما تم اكتشافه من سرقة أموال الدولة من قبل بعض أجهزتها بعد تحرير الكويت سنة ١٩٩١[٣٠]. إلا أنه بتطبيق نصوص القانون سالف الذكر على فرضية وجود شبهة نمو ثروات موظف عام بطريقة غير مبررة يترتب عليه عدم إمكانية إسناد نصوص القانون إلى الفرضية القائمة.

(٢٩) فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – وفقا لأحدث التعديلات، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ ص.١١.

(٣٠) فايز الظفيري، الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣: دراسة تحليله نقدية، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ٢٠٠٦ ص. ١٠.

فعلى الرغم من تصديق الشروط المفترضة على الواقعة من حيث وقوع اعتداء على أموال عامة من موظف عام أو من في حكمه أو من الأشخاص الخاضعين لقانون مكافحة الفساد في المادة الثانية منه، فإنه حتى تنطبق نصوص قانون حماية الأموال العامة لابد أن تتحقق الأركان المادية المجسدة للجريمة والمتمثلة بارتكاب الخاضع للقانون لجريمة الاختلاس، كما هو وارد في نص المادة ٩ من قانون حماية الأموال العامة، أو الاستيلاء بحسب ما ورد في نص المادة ١٠ منه، أو الإضرار العمدي على نحو ما جاء في نص المادة ١١، أو التربح كما جاء في نص المادة ١٢ من القانون.

ففي المادة (٩) من قانون حماية الأموال العامة نص المشرع على ما يأتي: "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل اختلس أموالاً أو أوراقاً أو أمتعة أو غيرها مسلمة إليه بسبب وظيفته، وتكون العقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات إذا ارتبطت الجريمة بجناية أخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة". إلا أنه بالنظر إلى نص المادة السابقة نجد أنها تعالج اختلاس الموظف العام من مال مسلم إليه بسبب وظيفته، أي يستولي على أموال عامة كانت بحيازة الجاني بسبب وظيفته.

أما من يقوم بالاستيلاء على أموال عامة سلمت لغيره فهو يعتبر قد ارتكب جريمة الاستيلاء وفقا لنص المادة (١٠) التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل استولى بغير حق على شيء مما ذكر في المادة السابقة لإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية أو تحت يدها أو سهل ذلك لغيره، وتكون العقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات إذا ارتبطت الجريمة بجناية أخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة"[٣١].

ولا شك أن النص يعالج مسألة الاختلاس أو الاستيلاء على الأموال العامة مع ضرورة إثباتهما لتوقيع العقاب، حيث إن هذه الجرائم تتطلب إثبات نقل حيازة المال العام إلى الموظف العام ويجعل حيازته عليه حيازة كاملة مع نية التملك أو التصرف بالشيء المسلم له، وهذا يستدعي إثبات أمر الاختلاس أو الاستيلاء من محكمة الموضوع كما يستدعي أيضاً إثبات نية التملك، إلا إن هذين النصين الواردين في

(٣١) الطعن رقم ٨٧/٢٩ جزائي، جلسة ١٩٨٧/٣/٣٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٨٩/١/١ حتى ١٩٩١/١٢/٣١ في المواد الجزائية، القسم الثاني، المجلد الرابع، يونية ١٩٩٦، ص٩٤ قاعدة رقم (٢).

المادتين (٩) و (١٠) من القانون سالف البيان ليس لهما نظام عقابي رادع أو محل لمن يكتسب مالاً غير مشروع، كما هو الوضع الذي نجده مقرراً من خلال قانون مكافحة الفساد المادة (٢٢) الفقرة (٦) منه، التي تعالج مسألة قيام الشبهة على الخاضع للقانون بحصوله على زيادة غير مبررة في ذمته المالية دون وجود دليل على حيازته لأموال عامة.

كما أن المشرع الكويتي في نصوص قانون حماية الأموال العامة جرم الإضرار العمدي كما هو وارد في نص المادة (١١) منه(٣٢). هذا بالإضافة إلى أنه جرم تربح الموظف العام في نص المادة (١٢) من القانون المذكور(٣٣). إلا انه بالنظر في نواة المادتين السابقتين نلاحظ القصور التشريعي لمعالجة ظاهرة الكسب غير المشروع، حيث إن المشرع الكويتي في ظل نص المادة (١١) تطلب لوقوع الجريمة مجموعة من الشروط والأركان القانونية قد لا تتمكن سلطات التحقيق من إثباتها، لبعض الصعوبات العملية والقانونية والتي يكون من شأن إثباتها تطبيق العقوبة الواردة في هذا النص على الفاعل، وتتمثل تلك الشروط بضرورة وجود موظف عام أو من في حكمه ابتداء. ويتجلى الركن المادي أن يكون هناك تكليف للخاضع للقانون لعقد إما صفقة أو عملية أو قضية أو تكليف بالمفاوضة أو الارتباط أو الاتفاق أو التعاقد مع أي جهة داخل أو خارج البلاد. ومن الضرورة بمكان لتطبيق نص المادة (١١) وقوع ضرر بمصلحة الدولة على نحو متعمد من الجاني. فلا يكفي لتطبيق المادة (١١) تحقق الربح أو الكسب، وإنما لابد أن يكون من شأن الفعل الذي قام به الفاعل أن

(٣٢) تنص المادة (١١) من قانون حماية الأموال العامة على أن: " كل موظف عام أو مستخدم أو عامل كلف بالمحافظة على مصلحة لإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية في صفقة أو عملية أو قضية أو كلف بالمفاوضة أو الارتباط أو الاتفاق أو التعاقد مع أي جهة في داخل البلاد أو خارجها في شأن من شؤون تلك الجهات إذا كان من شأن ذلك ترتيب حقوق أو التزامات مالية للدولة أو غيرها من الجهات المذكورة فتعمد إجراءها على نحو يضر بمصلحة هذه الجهات ليحصل على ربح أو منفعة لنفسه أو لغيره، يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات، فإذا بلغ الجاني مقصده أو كان من شأن جريمته الإضرار بأوضاع البلاد المالية أو التجارية أو الاقتصادية أو ارتكب الجريمة في زمن الحرب تكون العقوبة الحبس المؤبد".

(٣٣) تنص المادة ١٢ من قانون حماية الأموال العامة على أن: "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل له شأن في إدارة المقاولات أو التوريدات أو الأشغال المتعلقة بإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية، أو يكون له شأن في الإشراف عليها، حصل أو حاول أن يحصل لنفسه بالذات أو بالواسطة أو لغيره بأي كيفية غير مشروعة على ربح أو منفعة من عمل من الأعمال المذكورة".

يلحق ضرراً بمصلحة الدولة، هادفاً منه الحصول على ربح أو منفعة له أو لغيره كما هو مبين في نص المادة (١١) وهي ما تسمى بجريمة الإضرار العمدي.

أما نص المادة (١٢) فجاءت لمعاقبة كل موظف عام أو مستخدم أو عامل حصل على ربح سواء لنفسه أو لغيره عن طريق عمل من الأعمال المحددة حصرا في نص المادة (١٢)، وهي إما الإدارة أو المقاولات أو التوريدات أو الأشخاص المتعلقة بإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية. ومن الواضح من نص المادة (١٢) أنها جاءت لتواجه مسألة متاجرة الموظف العام أو من في حكمه بقصد التربح.

فالمشكل القانوني من النصين السابقين أن المادة (١١) نصت على لو أن شخصاً كان مكلفاً للمفاوضة من قبل الدولة مع أي جهة لتحقيق مصالح للدولة فقام هذا الشخص بإجراء الصفقة أو العملية على نحو يحقق مصلحة الدولة دون أن يضر بها، ولكن وجوده في موضوع التفاوض أو التعاقد قد يمكنه من فرصة الحصول على عمولة مادية من الطرف الآخر المتعاقد معها، وذلك دون أن يلحق بأموال الدولة أي أضرار، فالمادة (١١) جاءت قاصرة في معالجة هذه الفرضية.

أما بالنسبة لجريمة التربح الواردة في نص المادة (١٢) فإننا نجد أن المشرع قد قيدها بثلاث صور من العقود الإدارية، عقد الأشغال، توريد، مقاولات أو الإشراف عليها، ومن ثم تخرج أي عقود أخرى من هذا النص باعتبارها بمثابة الشرط المفترض لقيام هذه الجريمة، وفي ظل التطور وتعدد أنواع العقود التي يمكن للدولة أن تتعامل فيها في وقتنا المعاصر[٣٤]. وعليه جاءت المادة (٢٢) فقره (٦) من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنه ٢٠١٢ للكسب غير المشروع لتعالج هذا الخلل التشريعي الواضح في قانون حماية الأموال العامة رقم ١ لسنة ١٩٩٣.

المطلب الثالث: قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣

نظراً للمثالب القانونية في قانون حماية الأموال العامة لمعالجة مسألة الزيادة

(٣٤) انظر في شرح قانون حماية الأموال العامة إلى: د. فيصل الكندري. مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دراسة تحليلية ونقدية لقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماسة الأموال العامة، مجلة الحقوق – جامعة الكويت – السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٤. وانظر أيضاً: د. فايز الظفيري، الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣: دراسة تحليلية نقدية، الكويت، لجنة التأليف والنشر – جامعة الكويت – لسنة ٢٠٠٦.

غير المبررة للموظف العام أو لمن هو خاضع للقانون، ارتأينا في هذا المطلب أن نعرض جانباً تشريعياً آخر وهو جريمة غسل الأموال الواردة في القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣.

جريمة غسل الأموال جريمة تبعية، أي تقتضي لتطبيقها وقوع جريمة أولية سابقة عليها، وهي ما تعرف بالجريمة الأصلية أو الأولية التي تحصلت منها أموال غير المشروعة، فشرط قيام جريمة غسل الأموال هو قيام الجريمة الأولية(٣٥). ومن ثم يتم تحريك هذه الأموال غير المشروعة، إما عن طريق تحويلها أو نقلها أو استبدالها أو المساعدة في ارتكاب الجرم الأصلي، وهو ما يشكل الركن المادي للجريمة كأساس لقيام المسؤولية الجنائية لجريمة غسل الأموال. ولا تكتمل هذه الجريمة إلا إذا قصد الجاني تلك الأفعال الواردة حصرا في نص المادة (٢) منه، وكان الغرض من التحويل إخفاء المصدر غير المشروع أو تمويهه، وهو ما يسمى بالقصد الخاص لتحويل أو نقل أو استبدال تلك الأموال المتحصلة غير المشروعة، وفقا لما جاء في سياق نص المادة (٢) الفقرة (أ) من القانون سالف البيان.

فالبنيان القانوني لجريمة غسل الأموال يتطلب وجود جريمة أولية كأساس فرضي، ثم ارتكاب الجاني– سواء أكان موظفا عاما أم غيره، طبيعيا أم اعتباريا – أحد الأفعال المشار إليها في نص المادة (٢) منه، وذلك كله شريطة علمه أن الأموال وقت تسلمه إياها متحصلة من مصدر غير مشروع، ويكون الغرض من حصوله على تلك الأموال هو إخفاء المصدر غير المشروع أو تمويهه. إلا أن هذا القانون يقف عاجزا عن مساءلة الخاضع للقانون الذي ازدادت ثروته من غير مبرر معقول مع صعوبة إثبات مصدر تلك الزيادة.

ومن ثم يتضح لنا من العرض السابق أن غاية تجريم الكسب غير المشروع هي ملاحظة الفئات الخاضعين لأحكام قانون الفساد ممن تنمو ثرواتهم بسبب غير معقول، ويتوقف تطبيق قانون الجزاء العام في حقهم، حيث إن أساس قيام جريمة الرشوة يتطلب ارتكاب سلوك متمثل بقيام الجاني برشوة أو قبول رشوة، كما أن قانون حماية الأموال العامة يفترض على الجاني ارتكاب جريمة الاختلاس أو الاستيلاء أو الإضرار العمدي أو التربح على النحو المبين سالفا، وذلك يتطلب بطبيعته استجلاء مظاهر استغلال وظيفته لتحقيق منفعة أو فائدة لنفسه أو غيره، إلا أن كثيراً من تلك الجرائم

(٣٥) فايز الظفيري، مواجهة جرائم غسيل الأموال منظوراً إليها من خلال القانون الكويتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢، الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر – جامعة الكويت – لسنة ٢٠٠٤.

تقع دون اكتشافها أو لا يتيسر على سلطة التحقيق إثباتها في حق من وقعت عليه، ويظل أثرها قائماً على شكل إثراء الجاني القائم بالعمل العام بصورة غير مبررة، ومن الأدلة على صحة ذلك ما جاء في تصريح النيابة العامة بعد حفظ قضية الإيداعات المليونية، والمتهم فيها ١٢ نائباً سابقاً وما أورده النائب العام في قوله "بعد استماع النيابة العامة إلى شهادة وأقوال ممثلي البنوك المبلغة والمشكو ضدهم وكافة ذوي الشأن وجميع المختصين، واطلعت على كافة ما قدم إليها من أوراق أو مستندات أو تقارير دون أن تتوصل هذه التحريات أو التحقيقات إلى توافر أي دليل على وقوع أي جريمة من جرائم الرشوة أو الاعتداء على الأموال العامة أو غسيل الأموال أو غيرها"(٣٦) وطلب النائب العام في بيان صحفي بشأن التحقيقات في هذه القضية بضرورة إصدار التشريعات الجزائية المرتبطة بالكشف عن الذمة المالية و تجريم جميع صور الكسب غير المشروع، وكان لازما على المشرع الكويتي تجريم الكسب غير المشروع لمكافحة جميع مظاهر الفساد وعقاب كل من اشتبه باعتدائه على الأموال العامة، وعليه يقع عبء الإثبات. وهو ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني.

(٣٦) المؤتمر الصحفي الذي أقيم بعد قرار النيابة العامة بحفظ البلاغ والتصريح الخاص للنائب العام المؤرخ في ١٨ أكتوبر ٢٠١٢.

الفصل الثاني
أركان جريمة الكسب غير المشروع

يعرض هذا الفصل للبنيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع، يستعرض المبحث الأول منه أهم الشروط الأولية لقيامها، وهي صفة الجاني كما حددها القانون في الموظف العام والخاضعين لأحكام المرسوم بقانون مكافحة الفساد المشار إليهم في المادة (٢) منه، إضافة إلى ضرورة تقديم الإقرارات المالية للكشف عن الذمة المالية للخاضع للقانون، وتتحقق بحصول زيادة غير مبررة في ذمته المالية، بطريقة غير متناسبة مع مصادر الدخل المشروعة للخاضع للقانون. أما المبحث الثاني والثالث من الفصل فيتناولان أركان جريمة الكسب غير المشروع، ففي المبحث الأول تناول الركن المادي لقيام الجريمة، المتمثل في تحقق زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع للقانون وعجز الاخير عن إثبات مصدر الزيادة التي وقعت في ذمته المالية، بينما خصص المبحث الثالث من هذا الفصل لشرط العلم والإرادة للجاني عند اقترافه لهذا السلوك المتمثل بالركن المعنوي.

ومن خلال تفسير مفهوم جريمة الكسب غير المشروع، يمكن أن نستخلص أن الجريمة تنهض على ركنين مادي ومعنوي يسبقهما الشرط المفترض، وذلك على النحو التالي:

الأول: الشروط المفترضة لجريمة الكسب غير المشروع وهو أمر سابق على توافر الأركان، وأهمها صفة الجاني. إذ يجب أن يكون من الفئات الخاضعة لأحكام المرسوم بقانون، كما لابد من وجود شبهة على تحقق زيادة غير مبررة في ذمته المالية، فلا تقوم الجريمة بغير ذلك.

الثاني: الركن المادي ويتمثل في صدور السلوك عمن يخضعون لأحكام القانون، وينتج منه زيادة في الذمة المالية لمرتكبه لا تتناسب مع مصدر دخله المشروع، ويعجز الفاعل عن تبرير المصادر المشروعة لزيادة دخله.

الثالث: الركن المعنوي ويتخذ صورة القصد الجنائي، إذ لا تقع جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كانت عن عمد.

المبحث الأول
الشرط المفترض

تعتبر جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم المعلقة على أساس فرضي، وهو

توافر صفة خاصة في الجاني، وهذه الصفة يستلزم توافرها قبل البحث في الركن المادي وسلوكيات الجاني وقصده الجنائي، لذلك لا تقوم جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كان مرتكب الفعل إحدى الفئات الخاضعة في المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢.

تناول هذا المبحث الأشخاص الخاضعين للمرسوم بقانون، وأهم الإشكالات في تحقق الشرط المفترض، وخصص لذلك المطلب الأول، في حين تناول المطلب الثاني شرط الاختصاص في أثناء ارتكاب جريمة الكسب غير المشروع، بينما تطرق المطلب الثالث إلى شرط وجود شبهة الزيادة في الذمة المالية للخاضع.

المطلب الأول: صفة الجاني

لقد حصر المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ الخاص بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد وكشف الذمة المالية الفئات والأشخاص الخاضعين لأحكامه في المادة (٢) منه، وهم:

١ – رئيس ونواب رئيس مجلس الوزراء ومن يشغل وظيفة بدرجة وزير.

٢ – رئيس ونائب رئيس وأعضاء مجلس الأمة.

٣ – رئيس وأعضاء المجلس الأعلى للقضاء والقضاة وأعضاء النيابة العامة ورئيس وأعضاء إدارة الفتوى والتشريع والإدارة العامة للتحقيقات في وزارة الداخلية والإدارة القانونية في بلدية الكويت والمحكمون والخبراء والمصفون والحراس القضائيون ووكلاء الدائنين.

٤ – رئيس ونائب رئيس وأعضاء المجلس البلدي.

٥ – رئيس وأعضاء المجالس والهيئات واللجان التي يصدر مرسوم بتشكيلها أو تعيين أعضائها.

٦ – القياديون أياً كان المسمى الوظيفي، شاغلو الدرجة الممتازة ووظائف الوكلاء والوكلاء المساعدون ومديرو الإدارات ومن في مستوياتهم من شاغلي الوظائف الإشرافية الذين تحددهم اللائحة التنفيذية من العسكريين أو المدنيين في الوزارات والإدارات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والجهات ذات الميزانيات الملحقة أو المستقلة.

٧ – رئيس ووكلاء وموظفو ديوان المحاسبة.

٨ – أعضاء مجلس الإدارة والمديرون العاملون ونوابهم ومساعدوهم ومديرو الإدارات

ومن في مستواهم في الشركات التي تسهم فيها الدولة بنصيب يزيد على ٢٥٪ من رأس مالها.

٩ – أعضاء مجالس الإدارات في الجمعيات التعاونية والهيئات الرياضية.

وعلى الرغم من أن المشرع حدد الفئات التي يشملهم هذا المرسوم بالقانون، فإنه تضمن في الباب الأول منه أحكاماً عامة لغرض تطبيق أحكام المرسوم بقانون محل الدراسة عن طريق تعريف بعض المصطلحات، وجاء منها في المادة (١) تعريف الموظف العام. حيث نص على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق هذا القانون الأشخاص المنصوص عليهم في المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء[٣٧]. وبذلك يتبين أن صفة المتهم في جريمة الكسب غير المشروع جاءت لتوسع تحديد مدلول الموظف العام غير مكتفية بالمعنى الذي استقر عليه في القانون الإداري[٣٨]. ويمكن تفسير ذلك بما للمصلحة المحمية في المرسوم بقانون من أهمية في حماية الوظيفة العامة من الفساد، لذلك تبنى المشرع الكويتي التفسير الموسع في تحديد مدلول الموظف العام ليشمل بذلك الموظف العام ومن في حكمه. هذا بالإضافة إلى الأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون المذكور سالفاً والذي جاء متسقاً مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي عرفت الموظف العام في المادة (٢) منها على أنه: "أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى دولة طرف، سواء أكان معيناً أم منتخباً، دائماً أم مؤقتا، مدفوع الأجر أم غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص،

١ – أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة

---

(٣٧) نصت المادة ٤٣ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على ما يأتي: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق نصوص هذا الفصل: أ – الموظفون والمستخدمون والعمال في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت إشرافها أو رقابتها. ب – أعضاء المجالس الدائنين العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أم معينين. ج – المحكمون والخبراء ووكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون. د – كل شخص مكلف بخدمة عامة. هـ – أعضاء مجالس إدارة ومديرو وموظفو ومستخدمو المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت".

(٣٨) انظر في مفهوم الموظف العام في القانون الإداري للدكتور عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص٢٩.

الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال القانوني ذي الصلة لدى تلك الدولة الطرف.

٢ – أي شخص آخر معرف بأنه "موظف عمومي" في القانون الداخلي للدولة الطرف، بيد أنه لأغراض بعض التدابير المعنية الواردة في الفصل الثاني من هذه الاتفاقية يجوز أن يقصد بتعبير "موظف عمومي" أي شخص يؤدي وظيفة عمومية، إذ يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال المعني من قبل تلك الدولة الطرف".

بعد استعراض النصوص التشريعية في تحديد مدلول الأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون بشأن مكافحة الفساد، فإنه لنا في ذلك بعض الملاحظات حول الجانب التشريعي في هذا الأمر.

إشكالات تحقق الشرط المفترض:

أولا: رغبة من المشرع الجنائي في توسيع نطاق تطبيق قانون مكافحة الفساد على الموظف العام والخاضعين لأحكام المرسوم بقانون لغاية المصلحة المحمية وهي أموال الدولة من استغلال الموظفين العموميين لمراكزهم القانونية، أعطى المشرع مفهوماً شاملاً ولكنه شابه القصور في الوقت ذاته. فالمشرع تطرق لتعريف الموظف العام في المادة (١) الواردة في التمهيد للأحكام العامة من المرسوم بقانون، ثم حصر الفئات الخاضعة لأحكامه في نص المادة (٢) من المرسوم بقانون دون الإشارة إلى الموظف العام من ضمن الفئات الخاضعة له، فعدم مطابقة المفهوم الجنائي للأشخاص الخاضعين لأحكامه بين نص المادة (١) ونص المادة (٢) قد يؤدي إلى خلاف في تحديد من هم الأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون[٣٩]. أهم الموظفون العامون بحسب ما جاء في المادة الأولى منه أم هم الفئات الخاضعون لأحكام المادة الثانية دون الموظف العام ومن في حكمهم؟

ويمكن أن يفسر هذا الإشكال بسوء صياغة تشريعية من واضعي المرسوم بقانون، وما جاء في المادة الأولى منه في تعريف مصطلح الموظف العام يعد استزادة لا حاجة لها. وبذلك فإننا نرى أن الفئات الخاضعة لأحكام هذا المرسوم بقانون هي فقط الفئات المنصوص عليها في المادة الثانية منه.

---

(٣٩) انظر في الإشارة لهذا العيب في الصياغة إلى الدكتور فيصل الكندري، فلسفة المشرع الكويتي والعربي في مكافحة جرائم الفساد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٤)، السنة الأولى، ديسمبر ٢٠١٣.

ثانياً: هناك قصور آخر بشأن الأشخاص الذين أخضعهم المرسوم بقانون إلى أحكامه وذلك فيما يتعلق بالموظفين في القطاع الخاص، حيث جاء محصوراً في أعضاء مجلس الإدارة والمديرين العاملين ونوابهم ومساعديهم ومديري الإدارات ومن في مستواهم في الشركات التي تساهم فيها الدولة بنصيب يزيد على ٢٥٪ من رأس مالها، ومن الملاحظ أن هذا النوع من الشركات أو الوحدات الاقتصادية تعتبر من القطاع العام مادامت الحكومة تسهم في رأس مالها بنسبة تزيد عن ٢٥٪، ومن ثم فإن كل العاملين في هذه الشركات لهم صفة الموظفين العامين، وتعتبر أموال الشركة التي يديرونها أموالاً عامة.

إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يثور هنا هو، ماذا لو ساهمت الدولة مساهمة في شركة خاصة بنسبة ٢٥٪، وبدورها قامت هذه الشركة بالمساهمة مع شركة أخرى بأي نسبة كانت، وقام أحد الموظفين الخاصين في الشركة الثانية باستغلال وظيفته للتكسب من هذه الشركة، فهل تنسب إلى هذا الشخص جريمة الكسب غير المشروع؟

وبإسناد الفقرة الثامنة من المادة (٢) من المرسوم بقانون إلى الشركة الأولى نرى أن أموالها أموال عامة، ولكن بإسناد المادة إلى الشركة الثانية نرى أن أموالها أموال خاصة لعدم تحقق النسبة المطلوبة وهي ٢٥٪، فيخرج من نطاق جريمة الكسب غير المشروع، وهذا يشكل قصوراً في صياغة النص أيضاً، حيث كان على المشرع أن يتوسع فيه كما جاء في المادة (٢) من قانون حماية الأموال العامة، حين تقرر في الفقرة الثالثة منه أن المال يصبح مالاً عاماً إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة تساهم فيه بنسبة لا تقل عن ٢٥ بالمائة من رأس مالها، بصورة مباشرة أو "غير مباشرة". حيث إن مفهوم هذا النص يشمل الشركات التي تساهم الدولة فيها وفقا للنسبة المحددة بصورة مباشرة، كما تشمل الشركات الخاصة الثانية التي تكون المساهمة فيها غير مباشرة، بشرط أن تكون نسبة المشاركة في الشركة الثانية لا تقل عن ٢٥٪ وفقا لما جاءت به محكمة التمييز، وبذلك فإنه يكفي بتوافر النسبة في الشركة الأولى المباشرة أو الثانية على حد سواء حتى تتحقق جريمة الكسب غير المشروع(٤٠). وكان من الأجدر ألا يحدد المشرع الجنائي النسبة المئوية

(٤٠) قضت محكمة التمييز على هذه القاعدة بجلسة ٤-١٢-٢٠٠٧، وأكد عليه في تعميم النائب العام رقم ٢٠٠٩/١ بشأن الشركات والمنشآت التي تعد أموالها أموالا عامة، تعديلاً لما استقر علية القضاء وهو اعتبار أموال الشركة الثانية أموالاً عامة بغض النظر عن النسبة. انظر في ذلك الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٠/٧٨ جزائي وجلسة ٢٠٠٠/١١/١٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ في المواد الجزائية، القسم الرابع المجلد السابع، يوليو ٢٠٠٤، ص ٢٤٧، قاعدة رقم ٤.

لمساهمة الدولة في الشركات الخاصة لجعل المساءلة الجنائية تثور لكل الشركات الخاصة دون تحديد لنسبة المساهمة، وأن يمتد ذلك إلى الشركات غير المباشرة كما ورد في قانون حماية الأموال العامة. ومحاربة هذه الآفة لا تكون إلا بتوسيع نطاق التجريم ليشمل جميع الموظفين في القطاعين العام والخاص(٤١).

ثالثاً: من جوانب التقصير في المرسوم بقانون أنه استبعد "الزوجة" أو الشركاء من الأشخاص الخاضعين للقانون أو المطالبين بكشف ذممهم المالية، حيث جاء في الباب الرابع الخاص بكشف الذمة المالية في المادة (٢٩) من المرسوم بقانون: "يخضع لأحكام هذا الباب الأشخاص المذكورون من المادة الثانية في هذا القانون" وقد استبعد في ذلك الزوجة أو الشركاء من تقديم الذمة المالية على غرار اتفاقية الأمم المتحدة والمعايير الدولية، مع أنه من المتصور أن مالاً يحصل عليه شخص من غير الخاضعين للقانون بعلم من الأخير نتيجة استغلاله لمنصبه الوظيفي، وبذلك قد يدخل المال في ذمة مالية غير ذمة الخاضع لأحكام هذا المرسوم بقانون محل الدراسة.

وبالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة في المادة ٥٢ منها، والتوصية رقم (٦) من المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح والتي تتضمن توصيات مجموعة العمل المالي المسماة (فاتف) Financial Action Task Force (FATF)، المتعلقة بكشف ذمم الأسرة المالية والشركاء، متى ثبت من تضخم أرصدة زوج أو زوجة الموظف العام فإنه من الممكن أن توجه إليهم تهمة إخفاء متحصلات جريمة Hiding the proceeds of corruption(٤٢) فمساعي المشرع الدولي تستهدف

---

(٤١) Gounev,P., Organized Corruption and Private Sector, in Gounev, P., amd Ruggiero, V. (eds) Corruption and Organized Crime in Europe (Routledge, London, 2012).
Kale, NdivaÙKofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012) p.9.

(٤٢) نصت المادة ٥٢ من اتفاقية الأمم المتحدة على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف، دون إخلال بالمادة ١٤ من هذه الاتفاقية، ما قد يلزم من تدابير، وفقا لقانونها الداخلي، لإلزام المؤسسات المالية الواقعة ضمن ولايتها القضائية بأن تتحقق من هوية الزبائن وبأن تتخذ خطوات معقولة لتحديد هوية المالكين المنتفعين للأموال المودعة في حسابات عالية القيمة، وبأن تجري فحصاً دقيقاً للحسابات التي يطلب فتحها أو يحتفظ بها من قبل، أو نيابة عن، أفراد مكلّفين أو سبق أن كلّفوا بأداء وظائف عمومية هامة أو أفراد أسرهم أو أشخاص وثيقي الصلة بهم. ويصمّم ذلك الفحص الدقيق بصورة معقولة تتيح كشف المعاملات المشبوهة بغرض إبلاغ السلطات المختصة عنها، ولا ينبغي أن يؤول على أنه يثني المؤسسات المالية عن التعامل مع أي زبون شرعي أو يحظر عليها ذلك".
=

تحقيق أهداف القانون من خلال التعريف الموسع، ولا يستثني من ذلك المساءلة القانونية لأسرة الموظف العام أو الشركاء. إذاً فإن اتفاقية الأمم المتحدة تسمح برقابة وفحص أرصدة الزوج أو الزوجة أو أي طرف من أفراد الأسرة أو الشركاء الخاضعين للقانون، وفي حال التثبت بوجود أموال متحصلة من جريمة غير مشروعة يجوز اتهامهم كشركاء في الجريمة بعد وقوعها، أي يعاقبون كشراء لاحقين. ولا شك أن قاعدة الاشتراك اللاحق تم إلغاؤها في القضاء الدستوري الكويتي(٤٣). ومن ثم لا يمكن أن تسند إلى زوجة الموظف العام جريمة إخفاء متحصلات من جريمة الفساد لمخالفتها صريح القانون، إلا أن هذا لا يحول دون توجيه تهمة غسل أموال أو استيلاء على أموال دولة إذا كانت الزوجة موظفة عامة أيضاً.

فإذا استغل الموظف العام وظيفته وحصل إثر ذلك على أموال، ثم أودع تلك الأموال المسروقة في حساب زوجته المصرفي مع علمها أن هذه الأموال مصدرها غير مشروع، فإنه من الممكن – في هذه الحالة – أن توجه إليها تهمة غسل الأموال وفقا لنص المادة (٢) من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣(٤٤). حيث إن هذه الزوجة – بحسب الفرضية القائمة – كانت تعلم أن الأموال التي تحصلت عليها إنما هي من

= أما التوصية رقم (٦) من المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح: توصيات مجموعة العمل المالي (فاتف) أوصت على أنه: " ينبغي على الدول أن تطبق أنظمة العقوبات المالية المستهدفة وفقاً لقرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة التي تتعلق بمنع وقمع الإرهاب وتمويله. وتلزم تلك القرارات الدول بأن تجمد دون تأخير أموال أي شخص أو كيان أو أصوله الأخرى، وأن تتأكد من عدم إتاحة أي أموال أو أصول أخرى، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، لأي شخص أو كيان أو لصالحه أو لمنفعته، سواء إذا كان ذلك الشخص...". للاطلاع http://www.fatfÙgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Arabic.pdf

(٤٣) حكم المحكمة الدستورية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢٢ على عدم دستورية نص البند "أولا" من المادة ٤٩ من قانون الجزاء فيما تضمنه فيها من اعتبار الشخص شريكاً في الجريمة بعد وقوعها إذا قام بإخفاء المتهم بارتكابها سواء أكان فاعلاً أصلياً أم كان شريكاً فيها قبل وقوعها.
وينص حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٧ على عدم دستورية نص البند "ثانيا" من المادة ٤٩ فيما يتضمن إخفاء الأشياء المتحصلة من ارتكاب جريمة.

(٤٤) انظر في تفصيل القصد الجنائي لجريمة غسل الأموال إلى
Roberto Durrieu, The mental or subjective element of money laundering in Roberto Durrieu, Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law: Towards A New Global Legal Order, (Martinus Nijhoff Publication, USA, 2013) Chapter V.

مصدر غير مشروع، وهو استغلال زوجها – الموظف العام – لمنصبه لكسب أموال ثم تحويلها أو نقلها إليها، كما يمكن أن تشدد عليها العقوبة إذ ما كانت الزوجة تتصف بصفة خاصة كموظفة عامة، وعندها يمكن أن تسند إليها جريمة فاعل أصلي في جريمة الاستيلاء على أموال عامة، وفقا لنص المادة (١٠) في قانون حماية الأموال العامة، كما تسند إليها جريمة غسل أموال فتطبق العقوبة الأشد، هذا بالإضافة إلى مصادرة تلك الأموال استناداً إلى المادة ٣٢ من المرسوم بقانون لمكافحة الفساد.

الإشكال في تفعيل نصوص غسل الأموال على الزوجة يتمثل في مقدار العقوبة المسندة إليها، وهي عقوبة لا تتناسب مع عقوبة الزوج الخاضع لأحكام المادة (٢)، الذي قام بدوره بارتكاب جريمة الكسب غير المشروع، فعقوبة الزوج وفقا لنص المادة (٤٧) من المرسوم بقانون هي الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبالغرامة التي تعادل قيمة الكسب غير المشروع، بينما عقوبة الزوجة استناداً لجريمة غسل الأموال في المادة (٢٨) من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لا تجاوز عشر سنوات والغرامة لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز كامل قيمتها. وبذلك يلاحظ التفاوت بين عقوبة الكسب غير المشروع للزوج والعقوبة الخاصة بالزوجة الشريكة، وعلى المشرع التنبه إلى هذه المفارقة في العقوبة، وإدراج الزوجة من ضمن الخاضعين لكشف الذمم المالية انسجاماً مع الاتفاقية العالمية لمكافحة الفساد(٤٥).

المطلب الثاني: الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه لدى الشخص صفة الموظف العام والاختصاص

يعالج هذا المطلب التساؤل الخاص فيما لو اكتسب أحد الأشخاص الخاضعين للقانون مالاً غير مشروع في أثناء تأدية وظيفته، ولم تثر عليه شبهة إلا بعد أن انتهى من الخدمة العامة كالاستقالة أو التقاعد، فما مصير الأموال المتحصلة؟ وهل من الممكن أن توجه إليه تهمة الكسب غير المشروع بعد ما زالت عنه هذه الصفة؟ المشرع الكويتي تطرق إلى هذه المسألة في نصوص القانون، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لم تحسم الخلاف في المسألة، وبتطبيق القواعد العامة على هذه الفرضية نرى بأن جريمة الكسب غير مشروع لا تقع إذا وقع الفعل المادي

(٤٥) انظر أيضاً إلى تعليق الدكتور فيصل الكندري، مرجع سابق ص٤٤١-٤٤٧، بشأن التناقض الوارد في نص المادة (٤٧) الخاص بعقوبة الكسب غير المشروع.

المكون للجريمة بعد أن زالت عن الموظف العام صفته سواء بالعزل أو الاستقالة، وإذا توافرت صفة الموظف العام والاختصاص وقت ارتكاب الفعل فإن جريمة الكسب غير المشروع تقع، ولا تؤثر في ذلك أن تزول عن المتهم صفة الموظف العام، فالعبرة بكسب الموظف العام المال غير المشروع هو "الركن المادي" في أثناء توليه وظيفته واختصاصه بشرط التقيد بمدة التقادم(٤٦).

ووفقا لنص المادة ٥٣ من المرسوم بقانون لا تسقط الدعوى الجزائية على من كان موظفاً عاماً وتحصل على أموال غير مشروعة في أثناء ممارسته لاختصاصه، ويستوي هذا مع زوال هذه الصفة لأي سبب من الأسباب، حيث إن حرص المشرع الكويتي على الأموال العامة جعله يؤكد على عدم جواز تملك المال العام بالتقادم من خلال نص المادة (١٩) من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة. ويلاحظ أن المشرع الكويتي لجأ إلى التشدد في محاسبة الخاضع للقانون بحيث لا تسقط الدعوى الجزائية أو العقوبة بالتقادم بصريح المادة ٥٣ من المرسوم بقانون التي تنص على ما يأتي: "لا تسقط الدعوى الجزائية في جرائم الفساد المذكورة في المادة ٢٢ من المرسوم بقانون، كما لا تسقط العقوبة المحكوم بها في هذه الجرائم". فهذا المسلك أكثر تشدداً من اتفاقية الأمم المتحدة التي نصت في مادتها (٢٩) على أن تحدد الدول الأطراف المدة الزمنية للتقادم، وعليه فقد اختلفت الدول الأطراف في وضع مدة معينة لمحاسبة الموظف العام وتحريك الدعوى الجزائية، فهناك ما جعل مدة محاسبة الشخص دون قيد زمني ولا تسقط بالتقادم كالكويت،(٤٧) وهناك من الدول ما نص على صريح العبارة في قانونها الداخلي وجعل المدة القانونية لتحريك الدعوى الجزائية على أي موظف عام من فترة توليه منصبه إلى التقاعد. وهناك من الدول ما جعل مدة محاسبة الأشخاص (open ended) أي غير مقيدة بمدة معينة، وبذلك فإن هذا الأمر أصبح غير محسوم دولياً، وإنما ترجع إلى القوانين الداخلية للدول الأطراف(٤٨).

وأخيراً، فإن المشرع الجزائي الكويتي رأى أن يوسع فرض الحماية الجزائية في

---

(٤٦) فوزية عبد الستار، المرجع السابق رقم ١٩ ص. ٣٠-٤٩.

(٤٧) نص المادة ٥٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢.

(٤٨) Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012) p.16-18.

نطاق قانون الفساد عموما، كما قرر أن يوسع ذلك المفهوم بشكل يحقق الوصول إلى الحقيقة، ويؤكد قوة القواعد الجزائية في حماية ممتلكات الدولة.

المطلب الثالث: تحقق الزيادة في الذمة المالية للخاضع مع عدم تناسبها مع مصدر الدخل

لا تقوم جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا وجدت دلائل تفيد بدخول أموال في الذمة المالية للخاضع نتج منها زيادة غير متناسبة مع مصدر دخله المشروع. لذلك عني المشرع بتنظيم وسائل منضبطة لمراقبة الذمة المالية للخاضعين، وفحص أي زيادة تكون غير متناسبة مع مصادر دخلهم المشروعة أو مبررة من خلال تقديم إقرارات الذمة المالية. وهذا المطلب يتناول أهمية تقديم إقرارات الذمة المالية من الفئات الخاضعة للمرسوم بقانون، لأنها نقطة البداية في كشف جريمة الكسب غير المشروع. وسنقف على تعريف الذمة المالية كما جاء في المرسوم بقانون، وبيان أحكام هذه الإقرارات بها وأثرها في إثارة شبهة جريمة الكسب غير المشروع.

طبقا لنص المادة الأولى من المرسوم بقانون بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد عرفت الذمة المالية بأنها "ما للخاضع لأحكام القانون وأولاده القصر من أموال نقدية أو عقارية أو منقولة داخل الكويت وخارجها، ويدخل في ذلك ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون...". وفقا للمادة ٣١ من المرسوم بقانون يلتزم الخاضع بتقديم إقرارات عن ذمته المالية خلال مواعيد محددة، حيث نصت على ما يأتي: "على الخاضعين لأحكام هذا الباب تقديم الإقرارات بعد صدور اللائحة التنفيذية لهذا القانون وفقا للمواعيد التالية:

١ – الإقرار الأول: خلال ستين يوما من تاريخ توليه منصبه.

٢ – تحديث الإقرار: خلال ستين يوما من نهاية كل ثلاث سنوات ما بقي في منصبه.

٣ – الإقرار النهائي: خلال تسعين يوما من تاريخ تركه لمنصبه.

وعلى شاغلي الوظائف المذكورة في المادة (٢) من هذا القانون تقديم الإقرار خلال سنة من تاريخ نشر اللائحة التنفيذية في الجريدة الرسمية".

فطبقاً للنصوص سالفة البيان فإن إجراءات الفحص بالذمم المالية ممن هم خاضعون لأحكام المرسوم بقانون فإن ذلك يتم من خلال لجان فحص بالهيئة العامة لمكافحة الفساد المشكلة بنص المادة (٣٤) منه. وللهيئة في حالة وجود شبهة جريمة كسب غير مشروع أي إذا لاحظت وجود زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع أن تحيل التقرير إلى النيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسب.

وهدف المشرع من خلال تقديم الإقرارات تحقيق قدر من الرقابة على الذمة المالية للخاضع وما قد يطرأ عليها من زيادة غير مبررة[٤٩]. ويعد هذا الإقرار من أهم الوسائل للكشف عن الذمة المالية ويسهم في تحقيق القانون لأهدافه المنشودة كما جاء في نص المادة ٤ من المرسوم بقانون، ولعل أبرزها تعزيز مبدأ الشفافية والوقاية من الفساد المالي وحماية الأموال العامة والوظيفة العامة من الرشاوى والفساد الإداري.

لذلك يجب الإشارة إلى أن جريمة الكسب غير المشروع لا تقوم إلا إذا قدم الخاضع للقانون إقرارات الذمة المالية له ولأبنائه القصر، فإذا رأت لجنة الفحص بالهيئة شبهة كسب غير مشروع أحالت التقرير إلى النيابة العامة بمجرد تقديم الاقتراح بوجود شبهة ارتكاب جريمة كسب غير مشروع.

المبحث الثاني
الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع

الركن المادي للجريمة يتمثل في السلوكيات المحسوسة التي يقوم بها الجاني ويترتب عليها نتائج معينة تمس المصالح المحمية بالقانون، ولكي تكتمل عناصر الركن المادي لابد من تحقق رابطة سببية بين السلوك وتلك النتيجة التي ترتب عليها ضرر بموضوع المصلحة المحمية بالقانون[٥٠]. وتتمثل العناصر المادية لجريمة الكسب غير المشروع في زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع، ومع عجزه عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة، أما علاقة السببية فهي الرابط الذي يؤكد أن أثر الكسب لم يكن إلا بسبب هذا السلوك، وهي نتيجة منطقية ولا تثير إشكاليات. وقد خصص المطلب الأول لتناول السلوك المادي لجريمة الكسب غير المشروع، في حين خصص المطلب الثاني للنتيجة الإجرامية.

المطلب الأول: السلوك المادي لجريمة الكسب غير المشروع

تناولت المادة (٢٢) من المرسوم بقانون حصر جرائم الفساد ومنها الكسب غير المشروع بحسب ما ورد في الفقرة السادسة منه. وكما ذكرنا سابقاً فقد جاءت المادة

(٤٩) ورقة عمل السيد سالم علي العلي الأمين العام المساعد لإقرار الذمة المالية المقدمة بحلقة النقاش بعنوان إقرار الذمة المالية، في جامعة الكويت، كلية الحقوق، تاريخ ١٢ نوفمبر ٢٠١٤.

(٥٠) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة السابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.

دون تحديد السلوك الإجرامي المكون للجريمة، إلا أنه بالنظر في نص المادة ٣٣ من المرسوم بقانون المتعلق بالكشف عن الذمة المالية، تبين من هذا النص أن المشرع الكويتي تبنى التعريف الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادته (٢٠) في تعريف الكسب غير المشروع، وهو "الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياساً على دخله المشروع".

ومن قراءة هذه المواد نجد أن النشاط الإجرامي لجريمة الكسب غير المشروع يتمثل فيما يلي:

أولاً: صدور فعل أو سلوك معين من الجاني نتج منه زيادة في ذمته المالية لا تتناسب مع دخله المشروع. ثانياً: عجز الأخير عن إثبات مشروعية مصدر هذه الزيادة، ولكي يستطيع القاضي إدانة المجرم لابد من التثبت من تحقق الزيادة غير المبررة في الذمة المالية للخاضع.

لذلك، تناول هذا المطلب بيان طبيعة النشاط الإجرامي في جريمة الكسب غير المشروع في جزأين أساسيين، الأول يتعلق بفعل زيادة الأموال باعتباره العنصر المادي الأول المكون لجريمة الكسب غير المشروع، والثاني يتناول السلوك الثاني من العناصر المادية المكونة للجريمة وهو عجز الخاضع عن إثبات أو تبرير مشروعية مصدر الزيادة في الذمة المالية.

أولاً – طبيعة السلوك الإجرامي:

يتحقق الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع بسلوك إجرامي يتمثل في فعل إما إيجابي للجاني أو سلبي ينتج عنه زيادة غير مبررة في الدخل، منسجماً في ذلك مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في تعريف جريمة الكسب غير المشروع. إلا أن المشرع الجزائي لم يذكر على سبيل الحصر أفعالاً معينة وإنما أخذ المعنى على إطلاقه، فيكفي للاتهام بجريمة الكسب غير المشروع وجود "زيادة في أموال الخاضع"، كما ذكرنا سابقا، لن نتناول تفصيل طبيعة السلوك المادي لجريمة الكسب غير المشروع منعاً للتكرار، بل سنتناول عجز الجاني عن إثبات مشروعية المصدر ومشكلته باعتباره السلوك الثاني من العناصر المادية المكونة للسلوك المادي.

ثانياً – عجز الخاضع عن إثبات مشروعية مصدر الزيادة:

اعتمد المشرع في المادة ٣٣ من المرسوم بقانون محل الدراسة على القرينة في الإثبات، حين نصت في صدرها: " للهيئة في حالة وجود شبهة جريمة كسب غير

مشروع... إذا قامت دلائل كافية على وجود زيادة غير مبررة في أموال تثير شبهة جريمة الكسب غير المشروع".

فبقراءة النص تقع شبهة جريمة الكسب غير المشروع عند كل زيادة تطرأ على ذمة الخاضع للقانون مادامت هذه الزيادة غير مبررة. أي إذا عجز الخاضع عن إقناع الهيئة بمشروعية المصدر الذي طرأ عليه الزيادة يكون المتهم محلاً لإثارة المسؤولية الجنائية عليه. وقد جاء هذا المطلب منسجماً مع نص المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في بيان تعريف الجريمة بأنها "زيادة غير مبررة لأصول موظف عام ويعجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياساً على دخله المشروع".

وبمفهوم النص فإن جريمة الكسب غير المشروع تقوم على كل زيادة تطرأ على ذمة الخاضع مادامت هذه الزيادة لا تتناسب مع موارده وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها. إلا أن هذا العنصر من العناصر المكونة للجريمة فسر من قبل الكثير بنقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى المتهم، وفيه مخالفة صريحة لمبدأ هو أن الأصل في الإنسان البراءة، وبهذا المعنى خرج المشرع الجنائي عن مبدأ قرينة البراءة وهي أن الأصل في الإنسان البراءة حتى يثبت العكس(٥١). ويفترض لإثبات جريمة الكسب غير المشروع خضوع الفعل للمبدأ العام من حيث وسائل الإثبات والأدلة للجريمة، ويقع على عاتق سلطة الاتهام اتباع ما هو مقرر من أن الأصل في الإنسان البراءة ما لم يقم الدليل على إدانته، كما تقرر هذا الحق في نص المادة (٣٤) من الدستور الكويتي التي صانت الحق "المتهم بريء حتى تثبت إدانته..".

وحتى يبنى الحكم على اليقين ينبغي أن يمنح القاضي من السبل التي تخوله لتكوين قناعته في البراءة أو الإدانة. وقد عنى المشرع بالنص على هذا المبدأ في الإثبات في المادة (١٥١) من قانون الإجراءات والمحاكمات الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠، وقد جاء فيها: " تعتمد المحكمة في اقتناعها على الأدلة المستمدة من التحقيق الذي أجرته في القضية أو من التحقيقات السابقة على المحاكمة، ولها الحرية المطلقة في ترجيح دليل وتكوين اقتناعها حسبما يوحيه إليه ضميرها...".

(٥١) قرينة البراءة مبدأ عالمي جاء في النص العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ في المادة (١) فقرته الأولى، كما أكدت هذا المبدأ الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٦٦ في المادة (١٤) فقره الثانية والتي صادقت عليها الكويت في ١٩٩٦. ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسياً لضمان حقوق المتهم، كما أكد عليه دستور دولة الكويت في المادة (٤٣) الفقرة الأولى منه.

إلا أن نص المادة (٣٣) من المرسوم بقانون سالف البيان، أثار بشأن نقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى الجاني الكثير من الانتقادات لما فيه من انتهاك لحقوق المتهم والخروج عن قواعد الاتهام،(٥٢) وهو ما جعل بعض الدول كالولايات الأمريكية المتحدة تتحفظ على هذه المادة لما ارتأته فيها من انتهاك للبند الخامس من الدستور الأمريكي(٥٣). إلا أن هذا الرأي مردود عليه كما هو موضح فيما يأتي:

أولاً: لا محل لإعمال قرينة وجود زيادة غير مبررة إلا إذا ثبت وجودها بموجب الإقرارات المقدمة من قبل الخاضعين للقانون، كما أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فأثرها يقف عند نقل عبء إثبات مصدر الزيادة غير المبررة إلى الخاضع للمرسوم، أما إثبات الزيادة نفسها فإنه واجب ملزم يقع على عاتق سلطة الاتهام. وعليه فمحل إعمال القرينة يتمثل في تقديم الإقرارات بالذمة المالية كما عرضنا سالفاً، ومن ثم إثبات وقوع الزيادة على الذمة المالية بعد تولي الخاضع للمنصب، وعليه إلزام سلطة الاتهام إثبات أن هذه الزيادة لا تتناسب مع موارد الخاضع للمرسوم بقانون، فإذا ثبت ذلك لدى جهة الاتهام كان على الخاضع أن يهدم هذه القرينة بإثبات مشروعية المصدر الذي تحققت منه الزيادة.

وإن عجز المتهم عن هدم هذه القرينة وتبرير مشروعية المصدر ثبتت عليه جريمة الكسب غير المشروع. ومن ثم يتضح أن المشرع لم يخرج عن القواعد العامة في الإثبات، فما زالت سلطة الاتهام يقع على عاتقها إثبات تحقق الزيادة على الذمة المالية للخاضع، وعلى الأخير تبرير المصدر.

كما أن هذه القرينة البسيطة في الإثبات معمول بها في القانون الكويتي في أكثر من موضع، نذكر منها المادة (١٩٥) من القانون رقم (١٦) من قانون الجزاء بشأن جريمة الزنا في حالة القبض على الشخص حال تلبسه بزنا أو اعترافه، فقرينة الزنا

(٥٢) Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, 2012) 57-93.

كما انظر إلى مضبطة مجلس الأعضاء في مناقشة الآثار السلبية على المتهم في سبيل محاربة الفساد مرجع سابق.

(٥٣) Low, A., Andria, K., Bjorklund and Kathryn C. Atkinson. The Inter-American Convention against Corruption: A Comparative with United States Foreign Corrupt Practice Act. (Virginia Journal of International Law, spring, No.38) 243-92.

في هذه الأحوال مبنية على الوقائع يجب إثباتها أولاً ومن ثم يكفي للمتهم أن يقدم أي بينة تثير الشك في صحة الوقائع المنسوبة اليه.

ثانياً: نجد أن العديد من الأحكام القضائية في المحاكم العالمية بررت ضرورة نقل عبء الإثبات على المتهم في بعض الجرائم، ولنا في القضاء البريطاني مثل، وقد تبنى القاعدة العامة وهي الأصل في الإنسان البراءة، إلا أن القضاء البريطاني لا يتوانى في نقل عبء الإثبات للمتهم أو ما يسمى Reverse onus of proof، فللمحكمة أن تقلص قرينة البراءة لاعتبارات خاصة، فترجح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد كما جاء في حكمها بقضية R v. Hunt.[٥٤]. حتى بعد تدشين قانون حقوق الإنسان لسنة ١٩٩٨ الذي جاء بدوره تنفيذاً للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، حيث أقر القضاء البريطاني صراحة بأن قرينة البراءة ليست قرينة مطلقة للمتهم، ويسمح تقليص هذا الحق بناء على أسباب معقولة نسبياً حتى تخول المحكمة المرونة في تشكيل قناعتها، ولا يجوز التمسك بهذا الحق إطلاقاً كما جاء في القضية الشهيرة باسم R v. Lambart 2002[٥٥].

وإذا نظرنا إلى القانون الدولي وجدنا أن حق الإنسان بالبراءة مضمون بموجب المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في ديسمبر سنة ١٩٦٦ والذي دخل حيز النفاذ في مارس ١٩٧٦، بالإضافة إلى إقراره في الفقرة الثانية من المادة (٦) من اتفاقية الاتحاد الأوربي لحقوق الإنسان، إلا أنه على الرغم من وضع هذه المواثيق والاتفاقيات لصيانة حقوق الإنسان كحق الصمت ومنع نزع الاعتراف وقرينة البراءة وغيرها فإن ممارسة هذه الحقوق ليست مطلقة تماما، إذ إن مصلحة المجتمع تقتضي الوصول إلى الحقيقة بشأن الجريمة، فلنا على سبيل المثال الإشارة إلى المسلك المستحدث في المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قضية Murray v United Kingdom حين أكدت حق المتهم في المحاكمة العادلة، وفي حال تقديم كافة الضمانات للمتهم يحرم من التمسك بحق الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي[٥٦]. ولعل أبرز القضايا التي تناولت مشكلة نقل عبء الإثبات نجدها في المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قضية Salabiaku V. France[٥٧]. حيث

---

(٥٤) R. v. Hunt, 1987 A.C 352 (UK).

(٥٥) R v. Lambert, 2002 2 A.C. 545 (UK).

(٥٦) John Murray v United Kingdom, App. No. 18731/91. 1996-I 22 ECHR date of judgement 8 February 1996 para 26.

(٥٧) Salabiaku v. France, 1988 13 Eur. H.R. Rep 379-388.

استأنف المدعى عليه أمام القضاء الأوربي ضد قانون الجمارك الفرنسي الذي أدانته بجريمة استيراد شحنة من المخدرات بافتراض علم الفاعل بأن المخدرات كانت بحوزته، فعلى الرغم من أن المحكمة قضت ببراءة المتهم من جريمة استيراد المخدرات، فإنها أدانته على ارتكاب جريمة جمركية تكون عقوبتها مخففة ولم تجد في ذلك انتهاك لحقوق المتهم(٥٨). كذلك الشأن بالنسبة لجرائم الإرهاب، وغيرها فيكون المساس بحقوق المتهم أمراً مستحقاً للمحافظة على مصلحة أجدر بالرعاية وهي المجتمع(٥٩).

وعلى ذلك فإنه يشترط لكي تقوم جريمة الكسب غير المشروع أن يقدم الدليل على ثلاثة أمور، الأول هو الزيادة في الثروة، والثاني انعدام التناسب مع المورد، وأخيراً عجز الخاضع عن إثبات مشروعية المصدر مع اشتراط العلم والإرادة، كما هو موضح في المبحث الثالث.

المطلب الثاني: النتيجة الإجرامية في جريمة الكسب غير المشروع

ذكرنا أن الجريمة تقع بمجرد إدخال أموال في الذمة المالية للخاضع، أما النتيجة فهي الأثر الناتج عن هذا السلوك الإجرامي، أي الزيادة المالية الناتجة من النشاط المادي، نجد المشكلة في عدم تحديد المشرع مقدار هذه الزيادة والحد الأدنى لما يعتبره إثراء، ويبدو أنه ترك تحديد مقدار الإثراء بيد محكمة الموضوع. أما بالنظر إلى اتفاقيه الأمم المتحدة لمحاربة الفساد فقد أكدت على ضرورة أن تكون الزيادة مبالغة

---

(٥٨) بينت المحكمة في قضية Salabiaku v France

As the Government and the Commission have pointed out, in principle the Contracting States remains free to apply the criminal law to act where it is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention and, according, to define the constituent elements of resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence... Article 6(2) does not therefore regards presumption of fact or, of the law provided for the criminal law with indifferences. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account importance of what is at stake and maintain in the rights of the defece...

(٥٩) Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, The Burdon and Standard of Proof in Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice, (Thomson: Sweet and Maxwell, London, 2007).

في أصول الخاضع، كما عبرت عنه "significant increase in assets". هنا أيضا أخذ ال "معنى على إطلاقه دون تحديد، إذ أن من أهم الانتقادات الموجهة لجريمة الكسب غير المشروع أن القانون لم يوضح معنى الإثراء ومقداره، وهو ما يشكل صلب الركن المادي أي الفعل المكون الجريمة[٦٠]. فترك تحديد الحد الأدنى بيد سلطة الاتهام أمر غير مقبول عمليا، حيث يحول دون تطبيق القانون بصورة موضوعية. وإسناد مطلق السلطة التقديرية لسلطة الاتهام والمحكمة قد تنعكس آثاره في التفاوت بوجهة النظر ومن ثم على الأحكام، هذا بالإضافة إلى أن بعض الأفعال للإثراء بمستوى معين قد تكون بمنأى من العقاب. إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة التي وضعها القضاء الكويتي في بيان مدلول لفظ "المال" – محل الزيادة – بهذه تشمل كل ما يمكن تقويمه سواء كانت قيمته كبيرة أم ضئيلة، مادية أم اعتبارية وهو بذلك يشمل كافة صور الزيادة على المال بغض النظر عن قيمته،[٦١] فيندرج تحته مثلا أنواع الهدايا المختلفة لأنها مما يمكن تقويمها بالمال. كما يلزم لاكتمال عناصر الركن المادي أن يدخل هذا المال الذمة المالية للخاضع فلا تقوم بغير ذلك، وعليه فإن المنفعة الأدبية أو الأشياء التي لا تقوم بمال تخرج من نطاق التجريم المادي المكون للجريمة. ومن أمثلة ذلك إلحاق الموظف العام لأحد أقاربه في ترقية أو وظيفة بسبب وظيفته لا تشكل كسباً غير مشروع بحسب ما يقتضي النشاط الإجرامي لجريمة الكسب غير المشروع.

ونجد القضاء الكويتي قد حسم هذا الخلاف باعتباره أي اعتداء على الأموال العامة سواء أكانت ضئيلة أم كبيرة توجب المساءلة الجنائية، ولكن العناصر المكونة لجريمة الكسب غير المشروع لا تقع إلا إذا تحققت الزيادة على الذمة المالية للخاضع بطريقة تكون غير متناسبة مع مصدر الدخل المشروع.

وبقراءة نصوص التجريم بحسب ما ورد في المرسوم بقانون لمكافحة الفساد، جاءت الصياغة معيبة وناقصة حيث لم يحدد المشرع محل الزيادة الواقع عليها إثبات مصدرها. وبالمقارنة مع نص المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة نجد أن المشرع

---

(٦٠) Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012) pp.18-21.

(٦١) طعن بالتمييز رقم ٩٨/٥٩ جزائي، جلسة ١٩٩٩\٢\٨و مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧\١\١ حتى ٢٠٠١\١٢\٣١، وفي المواد الجزائية، يوليو ٢٠٠٤، ص ٢٤٦ قاعدة رقم ٣.

الدولي أحسن في وضع القرينة المستفادة من الزيادة في موضعها القانوني الصحيح حين اشترط لقيام الجريمة ألا يكتفى في شأنها مجرد دخول أموال في الذمة المالية، بل أضاف إلى ذلك عدم تناسب هذه الزيادة مع موارد الفاعل، فمنعاً للبس وضبطاً لتطبيق النص ندعو المشرع الكويتي إلى أن يضيف في مفهوم التجريم أن تكون الزيادة غير مبررة وغير متناسبة مع مصدر الدخل المشروع للخاضع لأحكام القانون.

إذا، فجريمة الكسب غير المشروع تعتبر من جرائم الضرر، تتمثل بفعل نشاط مادي إيجابي أو سلبي ينتج عنه أموال تدخل في الذمة المالية للخاضع بالمرسوم بقانون، ولا تتناسب مع مصدر دخله المشروع ويعجز عن إثبات مصدر مشروع عن تلك الزيادة، ولا بد من ارتباط هذا السلوك بتلك النتيجة التي تؤكد أن أثر الكسب لم يكن إلا بسبب هذا السلوك المرتكب. ويتضح هنا الغرض من تجريم الكسب غير المشروع باعتبار أي زيادة في الذمة المالية دون إثبات المصدر يحقق النتيجة الخاصة لجريمة الكسب غير المشروع.

المبحث الثالث
الركن المعنوي

قانون مكافحة الفساد لم يحدد نوع القصد المطلوب توافره لقيام أركان جريمة الكسب غير المشروع كاملة ولاسيما الركن المعنوي. إلا أنه بالرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نجد أن بنود الاتفاقية وضحت الصورة اللازم توافرها للقصد الجنائي وهي القصد العام، وذلك وفقا للمادة ٢٨ من اتفاقيه الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

وعليه يتخذ الركن المعنوي لجريمة الكسب غير المشروع صورة القصد الجنائي الذي يلزم تحققه اتجاه إرادة الفاعل أي الخاضع للقانون إلى نشاط مادي كاستغلال منصبه الوظيفي ليحقق إثراء غير مشروع لنفسه أو لغيره مع علمه بأن حصوله على هذا المال إنما كان بسبب استغلاله لوظيفته العامة. ولا يشترط أن تتجه نية الفاعل إلى استعمال نفوذه للكسب، بل تقوم الجريمة بمجرد اتجاه إرادته وقت الفعل إلى التكسب وتضخم ذمته المالية. ومن ثم فإن جريمة الكسب غير المشروع تعتبر من الجرائم العمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي العام الذي يلزم توافر عنصرين وهما العلم والإرادة.

المطلب الأول: العلم

لا يمكن الحديث عن جريمة كسب غير مشروع دون بحث مدى علم الفاعل بأركان الجريمة وقت ارتكاب الفعل، إذ يجب أن ينصرف علم الخاضع للقانون إلى ارتكاب أركان الجريمة، وهي ارتكاب الخاضع لنشاط معين يؤدي إلى زيادة في ذمته المالية، وهو عالم بأنه من الأشخاص الخاضعين للقانون، وأن النشاط الإجرامي الذي قام به هو استغلال لعمله للحصول على منفعة مادية. فإذا كان الخاضع للقانون يجهل وقت قيامه بالفعل الإجرامي أنه قد صدر قرار بتعيينه في شغل وظيفة عامه أو كان يجهل مثلا أن العمل الإجرامي الذي قام به قد أصبح داخلاً في نطاق اختصاصه فإن ذلك ينفي القصد الجنائي العام.

المطلب الثاني: الإرادة

كما يشترط القصد أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الركن المادي المكون للجريمة، وهو استغلال منصبه الوظيفي لزيادة الإثراء في الكسب، فلا تتحقق الجريمة إذا تم إيداع مبالغ مالية في حساب الخاضع للقانون دون علمه، كما لو تمت في شكل تحويلات مالية من جهات مجهولة دون علم الشخص، فبذلك ينتفي الركن المعنوي في هذه الفرضية.

ومن المقرر أن القصد لا يعتد به في القول في جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كان معاصراً للنشاط الإجرامي المكون للسلوك المادي المكون للجريمة، فتنتفي الجريمة إذا لم يكن القصد متوافراً بعنصريه العلم والإرادة وقت تحقق الزيادة غير المبررة ولا عبرة بتوافر القصد في وقت لاحق على ذلك(٦٢).

(٦٢) حول تفاصيل في الجريمة العمدية وعناصر العلم والإرادة انظر محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي: دراسة تأصيلية مقارنه للركن المعنوي في الجرائم العمدية، القاهرة، دار النهضة العربية.١٩٨٨،

الخاتمة:

كان محور هذه الدراسة هو وضع البيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع بحسب ما جاء في الفقرة السادسة من المادة ٢٢ من المرسوم بقانون بشأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢، حيث يعتبر نصاً تجريمياً مستحدثاً في نصوص التجريم الجزائي.

حللت هذه الدراسة أركان جريمة الكسب غير المشروع بالاستعانة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وإظهار مدى انسجام نص التجريم في المرسوم بقانون مع أحكام الاتفاقية سالفة البيان باعتبارها الأساس المنبثق منه تجريم الكسب غير المشروع، وقد دخلت الكويت طرفاً فيه سنة ٢٠٠٣.

تناول الفصل الأول من البحث تعريف الكسب غير المشروع، وبيان الحاجة إلى هذه الإضافة التشريعية في نصوص القانون الجنائي. وقد ظهر لنا أن جريمة الكسب غير المشروع تقع بمجرد تحقق زيادة غير مبررة في الذمة المالية ممن هم خاضعون للمرسوم بقانون بشأن مكافحة الفساد. حيث جاء هذا المفهوم الموسع منسجماً مع أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، واستخلصنا في هذا البحث أهمية تجريم الكسب غير المشروع، فبالنظر إلى النصوص القانونية المجرمة لأعمال الموظف العام كالرشوة، والنصوص الخاصة لحماية الأموال العامة كجرائم الاعتداء على الأموال العامة، نجد أن نطاق تطبيقها محدود في إطار السلوك المكون للجريمة وفقا لما جاء في نصوصه، لذلك أتت الحاجة لإضافة جريمة الكسب غير المشروع لكي تسد الفراغ التشريعي الذي خلفته تلك الجرائم. وقد احتاج المشرع إلى مزيد من التوسع حين اعتبر مجرد إثراء الخاضع للقانون جريمة في حد ذاته، وذلك تأكيداً لحماية المصالح للحيلولة دون إفلات الجاني من العقاب، فيكفي لإقرار الجريمة وجود زيادة مالية في ذمة الخاضع غير متناسبة مع مصدر دخل الموظف العام أو الخاضع لأحكام القانون مع عجزه عن تبرير مشروعية مصدر الزيادة.

وقد تطرق الفصل الثاني إلى بيان الأركان الخاصة والعامة في قيام جريمة الكسب غير المشروع، حيث تبين لنا أن هذه الجريمة تقوم على أساس فرضي، فلا يمكن الحديث عن جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كان الجاني من الفئات الخاضعة للقانون الوارد حصرها في المادة الثانية من المرسوم بقانون. يشترط أيضا أن توجد زيادة في الذمة المالية للخاضع، لذلك ألزم المرسوم بقانون الخاضع لأحكامه تقديم الإقرارات للكشف عن ذمته المالية أو أحد الأشخاص الذين يكون ولياً أو وصياً أو قيماً عليهم. فقد تناول الفصل الثاني شرح الأركان الخاصة موضحين فيها الركن المادي

والمعنوي لجريمة الكسب غير المشروع، وذكرنا أن الجريمة تنهض على تحقق زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع. وأخيرا أشار البحث في تحديد الركن المعنوي لجريمة الكسب غير المشروع تعتبر من الجرائم العمدية التي تتطلب القصد العام فيها من العلم والإرادة.

من خلال هذا العرض استوقفتنا بعض العيوب والنتائج نلخصها فيما يلي:

أولاً: عدم دقة الصياغة التشريعية للمرسوم بقانون في تحديد صفة الجاني، حيث جاء في المادة الأولى منه في تعريف الموظف العام ومن في حكمه باعتبارهم خاضعين لتطبيق هذا المرسوم بقانون، بينما حصر في مادته الثانية فئات أخرى لم يرد من ضمنهم الموظف العام أو من في حكم الموظف العام من الأشخاص الخاضعين لتطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون.

ثانياً: نجد القصور التشريعي في استبعاد المرسوم بعض الفئات كان من الأجدر أن يشملهم كالشركات التي تسهم فيها الدولة بطريقة غير مباشرة، وعلى المشرع أن يدرجهم كما فعل في قانون حماية الأموال العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٣. كما أنه استبعد الزوجة من الخاضعين لتقديم إقرارات الذمة المالية إلى جانب زوجها الخاضع للمرسوم بقانون، وذلك على خلاف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة ٥٢، وإن استبعد المشرع الزوجة من طائلة عقوبة الكسب غير المشروع لا يحول دون اسناد تهمة غسل الأموال إذا علمت أن الأموال التي تحصلت عليها كانت من جريمة كسب غير مشروع ارتكبها زوجها الجاني.

ثالثاً: ذكرنا أن المشرع لم يحدد في وصف طبيعة السلوك المكون للجريمة سواء الإيجابي أو السلبي منه. بينما اختص المشرع بضرورة تحقق النتيجة وهي الزيادة غير المبررة، وقد برز العيب التشريعي في عدم تحديد المشرع مقدار الزيادة، وبالنظر إلى اتفاقية الأمم المتحدة نجد أنها حددت أن تكون مقدار الزيادة "مبالغة" وغير متناسبة مع مصدر الدخل المشروع للخاضع للمرسوم بقانون، أما بالرجوع إلى تطبيق القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي فمن المتصور أن تقع جريمة الكسب غير المشروع بمجرد دخول أي مال غير مشروع في الذمة المالية للخاضع كما أوضحنا سالفاً.

وبناء على تلك العيوب فإننا نهيب بالمشرع – عند تعديل المرسوم بقانون بشأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية – أن يراعي النتائج التي أسفرت عنها الدراسة والأخذ بالتوصيات التالية:

١ – على المشرع أن يتنبه إلى اللغط التشريعي الوارد في المادة الأولى والثانية في المرسوم بقانون. ونرى بضرورة استبعاد الموظف العام ومن في حكمهم من أحكام هذا القانون تجنباً لأي إشكاليات تطبيقية في المستقبل والاكتفاء بالفئات الوارد حصرهم في المادة الثانية منه.

٢ – إلا أن البحث يؤكد على ضرورة إضافة فئات أخرى للخاضعين للمرسوم بقانون بحيث تمتد أحكامه لتضم الموظفين في الشركات غير المباشرة دون تحديد لنسبة المساهمة كما وضحنا سالفا، ويتم إدراج زوجة وشركاء الخاضع وإلزامهم بتقديم إقرارات عن ذمتهم المالية، وذلك لما تقتضيه مصلحة الوظيفة العامة واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

٣ – كما نوصي المشرع بتوضيح مظاهر الزيادة التي تقوم بها جريمة الكسب غير المشروع، ونحن نميل إلى تطبيق القواعد العامة لمواجهة من تسول له نفسه بالاعتداء على الأموال العامة، أي إثارة المسئولية الجنائية في مواجهة الخاضع مهما قل مقدار الاعتداء.

٤ – ولا بد في الختام أن ننبه إلى أن مقاومة الفساد والكسب غير المشروع تستوجب وضع إستراتيجيات فعالة لها دور وقائي ورادع في الوقت ذاته. ونرى أن المشرع عنى بالجانب الزاجر والرادع من خلال العقوبات الأصلية المقررة في نصوص المواد ٤٦، ٤٧ و٤٨، هذا بالإضافة إلى العقوبات التبعية كالمصادرة الجنائية وفقا للمادة ٥٤ من المرسوم بقانون. إلا أننا نوصي المشرع الكويتي بتسخير الإمكانيات القانونية لمصادرة العائدات المشبوهة وذلك من خلال ما يسمى بالمصادرة المدنية، كما جاء في المادة ٥٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ومفادها السماح للدول الأطراف أن تصدر قانوناً يقضي بمصادرة أملاك معينة للخاضع دون إدانة جنائية متى ما لم تتمكن المحكمة من إدانته لأي سبب من الأسباب(٦٣).

(٦٣) Colin King and Clive Walker, Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulating of Criminal and Terrorist Assets (Ashgate publication, England, 2014) pp. 3-27.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع باللغة العربية:

١ – الكتب:

- عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق – جامعة الكويت – الطبعة الثالثة، ١٩٩٨.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – وفقاً لحدث التعديلات، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة السابعة القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- محمود نجيب حسني. قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٨٧.
- محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي: دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- نبيل محمود السيد، جريمة الكسب غير المشروع، القاهرة، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.

٢ – رسائل الدكتوراه:

- فؤاد جمال عبدا لقادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٣– البحوث:

- عادل المانع، البنيان القانوني لجريمة غسيل الأموال: دراسة تحليله مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي. مجلة الحقوق العدد الأول – السنة التاسعة والعشرون – الكويت، مارس ٢٠٠٥.
- فايز الظفيري، الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣: دراسة تحليلية نقدية، الكويت، وحدة التأليف والتعريب والنشر، ٢٠٠٦.

- فايز الظفيري، مواجهة جرائم غسيل الأموال منظورا إليها من خلال القانون الكويتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢، الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر – جامعة الكويت – لسنة ٢٠٠٤.
- فيصل الكندري، فلسفة المشرع الكويتي والعربي في مكافحة جرائم الفساد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٤) – السنة الأولى ديسمبر ٢٠١٣.
- فيصل الكندري. مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دراسة تحليلية ونقدية لقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماسة الأموال العامة، مجلة الحقوق – جامعة الكويت – السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٤.
- ورقة عمل السيد/ سالم علي العلي الأمين العام المساعد لإقرار الذمة المالية المقدمة بحلقة النقاش بعنوان إقرار الذمة المالية، في جامعة الكويت – كلية الحقوق – تاريخ ١٢ نوفمبر ٢٠١٤.

٤- التعاميم والأحكام القضائية:

- التعاميم المنظمة للعمل بالنيابة العامة خلال الفترة من ١٩٦٦ حتى نهاية عام ٢٠١٢، وزارة العدل، النيابة العامة.
- حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٧.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١، وفي المواد الجزائية، يوليو ٢٠٠٤.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٨٩/١/١ حتى ١٩٩١/١٢/٣١ في المواد الجزائية، القسم الثاني، المجلد الرابع، يونية ١٩٩٦.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض الجزء الرابع (١٩٦٥:١٩٦١م).

٥- المقالات:

- المؤتمر الصحفي الذي أقيم بعد قرار النيابة العامة بحفظ البلاغ والتصريح الخاص للنائب العام المؤرخ في ١٨ أكتوبر ٢٠١٢.

٦- الاتفاقيات الدولية:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦).
- اتفاقية البلدان الأمريكية التي اعتمدتها منظمة الدول الأمريكية (١٩٩٦).
- اتفاقية مكافحة الفساد بين موظفي الجماعات الأوربية أو موظفي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي (١٩٩٧).
- اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية (١٩٩٧).
- اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربته (٢٠٠٣).
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (٢٠٠٣).
- ديباجة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية

١- الكتب:

- Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice, (Thomson: Sweet and Maxwell, London,2007).
- Colin King and Clive Walker, Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulating of Criminal and Terrorist Assets (Ashgate publication, England, 2014).
- Gounev, P., amd Ruggiero, V. (eds) Corruption and Organized Crime in Europe (Routledge, London, 2012).
- Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012).
- Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012).
- Roberto Durrieu, Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law: Towards A New

Global Legal Order, (Martinus Nijhoff Publication, USA, 2013) Chapter V.

٢ – البحوث:

- Low, A., Andria, K., Bjorklund and Kathryn C. Atkinson. 'The Inter-American Convention against Corruption: A Comparative with United States Foreign Corrupt Practice Act'. (Virginia Journal of International Law spring, No.38) 243-92.
- Patrick X. Delaney, Transnational Corruption: Regulation Across Borders, (American Journal of International Law, 47 V,.413, 419 2007).
- Quraishi, Ophelie, Assessing The Relevancy and Efficacy of The United Nations Convention Against Corruption: Comparative Analysis (Notre Dame Journal of International Law, 2011) 101-166.

٣ – الأحكام القضائية:

- John Murray v United Kingdom, App. No. 18731/91. 1996-I 22 ECHR date of judgement 8 February 1996
- R v. Lambert, 2002 2 A.C. 545 (UK).
- R. v. Hunt, 1987 A.C 352 (UK).
- Salabiaku v. France, 1988 13 Eur. H.R. Rep 379-388

٤ – التقارير والتعليقات:

- Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the general OAS, at pp. 92-93, 1999.
- Organization of American States, Secretariat of Legal Affairs, DEPARTMENT of Legal Cooperation, Background, available at:
  Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) Glossaries, [2008], ''Corruption'', A Glossary of International Standards in Criminal Law, OECD Publication.
- Statements by the Committee on Economics, Social and Cul-

tural Rights that ‘‘States face serious problems of corruption, which have negative effects on the full exercise of rights covered by covenant’’ [ICESCR] E/C.12/1/ADD.91(CESCR,2003, para.12).

- Transparency International, Corruption Perception Index, 1995 http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi .
- United Nation Office on Drugs and Crime Compendium of International Legal Instruments on Corruption (2005) http://www.unodc.org/documents/corruption/corruption-compendium-en.pdf.
- United Nation Special Rapporteur on independence of judges and lawyers in E/CN.4/2006/52/Add.4. para 96.’’