

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

صفة الجاني في البنيان القانوني للجريمة

طارق زياد طه مطر

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1445هـ - 2023 م

صفة الجاني في البنيان القانوني للجريمة

إعدادُ الباحثِ: طارق زياد مطر

بكالوريوس قانون وعلوم شرطية- جامعة الاستقلال - اريحا

إشرافُ الدكتور: مصطفى عبد الباقي

قُدمت هذه الرسالة إستمآلاً لِمُتطلباتِ الحُصولِ على دَرَجَةِ المَاجستيرِ في القانون العام من كلية الدراسات العليا
بجامعة القدس - القدس فلسطين

1445هـ - 2023م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
برنامج القانون العام

إجازة الرسالة

اسم الطالب: طارق زياد طه مطر

الرقم الجامعي: 22020158

المشرف: د. مصطفى عبد الباقي

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2024/1/21 من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوقيعاتهم:


..... :

..... :

..... :

1. رئيس لجنة المناقشة: الدكتور مصطفى عبد الباقي التوقيع:

2. ممتحناً داخلياً: الدكتور فادي ربيعاه التوقيع:

3. ممتحناً خارجياً: الدكتور فايز بكيرات التوقيع:

القدس - فلسطين

1445 هـ - 2023 م

الإهداء

إلى من قضى الله سبحانه وتعالى بهما احساناً وبراً، ورباني صغيراً....
"أمي وأبي" المكافحان الصابران من تعجز الكلمات عن وصفهما ويفضلهما بعد
فضل الله وصلت إلى ما أنا عليه.
إخوتي الأعتاء حفظهم الله ورفع قدرهم... سماح محمد خالد وسوار
إلى الأكرم منا جميعاً ... شهدائنا الأبرار.
أسرانا البواسل فك الله بالعز قيدهم.
جرحانا البواسل شفاهم الله وعافاهم.

شكرٌ وتقديرٌ

الحمد لله الذي بشكره تدوم النعم، حيث قال تعالى: " ولئن شكرتم لأزيدنكم " فيا رب لك الحمد أولاً وأخيراً كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

والصلاة والسلام على رسولنا الكريم محمد بن عبدالله القائل: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله".

فبعد شكر الله، الشكر لمشرفي الفاضل الدكتور مصطفى عبد الباقي لقبوله الإشراف على رسالتي وعلى ما قدمه لي من نصائح وتوجيهات علمية طيلة فترة إعداد الرسالة. والشكر للممتحن الخارجي الدكتور فايز بكيرات جامعة بيرزيت، والممتحن الداخلي الدكتور فادي ربايعه لقبولهم الإشراف على رسالتي.

زملائي وزميلاتي الأعزاء.

جامعتي الحبيبة " القدس " العاصمة

جامعة القدس العريقة وجميع كادرها الأكاديمي والإداري على جهودهم العظيم في رفعة الجامعة.

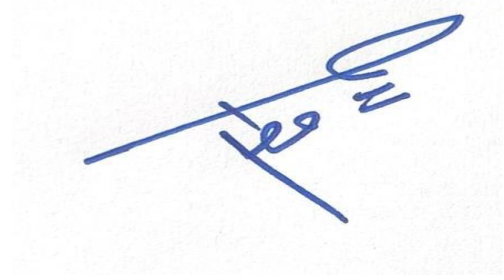
إن أحسنت فمن الله عز وجل، وإن كانت الثانية فحسبي أنني اجتهدت ولكل مجتهد نصيب.

ولله الحمد والمنة من قبل ومن بعد....

الإقرار:

أنا الموقع أدناه، أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة علمية أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

التوقيع:



الاسم: طارق مطر

التاريخ: 2024/ 1 /21م

المخلص

يرتكز موضوع الدراسة على أن لصفة الجاني دوراً كبيراً ومهم في القانون الجنائي، فقد نص القانون عليها في كثير من المواد، وهذه الصفة عندما تدخل في الجريمة تؤثر على بنائها القانوني وعقوبتها في بعض الجرائم، وهي إما أن تبني عليها الجريمة وتكون ركناً خاصاً فيها وبدونها لا يتحقق النموذج القانوني للجريمة، أو تغير من عقوبتها وتكون ظرفاً مشدداً فيها.

فالمشرع ينظر إلى سلوك الفاعل بعيداً عن شخصيته أو صفته أو وظيفته أو جنسيته، بالإضافة لعناصر الجريمة الثابتة، إلا أنه في بعض الجرائم يتطلب توافر صفة قانونية أو فعلية معينة في الجاني، وفي هذه الحالة يلزم أن يعلم الجاني هذه الصفة أو ذلك الوصف حتى يقوم القصد الجرمي لديه.

هدف البحث إلى بيان أمرين في غاية الأهمية تلعب فيهما صفة الجاني دوراً مهماً في البنين القانوني للجرائم فأقر المشرع على ضرورة توافر الصفة الوظيفية كركن مفترض في بعض الجرائم، مثل جريمة الرشوة وجريمة الكسب غير المشروع واعتبر المشرع أن صفة الفاعل ركناً مفترضاً في الجريمة بالإضافة إلى بعض الجرائم التي تلعب القرابة دوراً مهماً في بنائها القانوني وتقدير العقوبة.

لقد تمثلت مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤل الرئيس التالي: **ما هو أثر صفة الجاني على**

قيام البنين القانوني للجريمة؟

من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي؛ خلص البحث إلى أن الصفة قد تكون ناتجة عن شهادة علمية أو وظيفية أو مولد أو قرابة فهي عناصر قانونية أو طبيعية تدخل في تكوين النموذج القانوني للجريمة، وهي إما يتوقف عليها قيام الجريمة وتكون ركناً أو تكون ظرفاً يغير من الوصف القانوني لها أو يغير من العقوبة فقط.

ويوصي البحث، بضرورة العمل الجاد على سن قانون عقوبات فلسطيني موحد، يوحد الحالة القانونية العقابية في فلسطين ويعزز مساواة المواطنين أمام القانون، كما يوصي المشرع الفلسطيني أن ينظم جريمة الرشوة في القطاع الخاص من أجل حماية القطاع الخاص من جرائم الفساد، والعمل على رفع الوعي بجريمة الكسب غير المشروع وبيان أركانها وصورها، ورفع قدرات العاملين في جهات إنفاذ القانون، وأعضاء نيابة جرائم الفساد وقضاة محكمة جرائم الفساد عبر تدريبات متخصصة بشأن هذه الجريمة وكيفية اكتشافها والتحقيق فيها، وتدريب جهات إنفاذ القانون بإمكانية ملاحقة غير الفلسطينيين من العاملين في مؤسسات السلطة في جرائم الوظيفة العامة عبر ملاحقتهم بجرم الكسب غير المشروع.

The character of the perpetrator in the legal structure of the crime

Prepared by: TAREQ ZIYAD TAHA MATAR

Supervised by: DR. MUSTAFA ABDUL BAQI

Abstract

The study is premised on the notion that the characteristic of the perpetrator plays a significant and crucial role in criminal law. Many laws explicitly mention it in various articles. When this characteristic is involved in a crime, it affects its legal structure and punishment. In some crimes, the crime is either built upon this characteristic, becoming an essential element without which the legal model of the crime cannot be fulfilled, or it alters its punishment, becoming an aggravating circumstance.

Furthermore, the legislator views the perpetrator's behavior independently of their personality, status, occupation, or nationality, in addition to the fixed elements of the crime. However, in some crimes, a specific legal or factual characteristic is required in the perpetrator. In such cases, the perpetrator must be aware of this characteristic or description for criminal intent to be established.

The research aims to highlight two crucial aspects in which the perpetrator's characteristic plays a significant role in the legal structure of crimes. The legislator has mandated the presence of the functional characteristic as an assumed element in some crimes, such as bribery and illicit gain. Additionally, the legislator considers the perpetrator's characteristic as an assumed element in the crime, along with some crimes where kinship plays a significant role in their legal structure and punishment estimation.

The problem of the study lies in answering the following main question: What is the impact of the perpetrator's characteristic on establishing the legal structure of the crime?

Through the descriptive–analytical method, the research concludes that the characteristic may result from scientific, functional, or genetic factors. These are legal or natural elements that contribute to forming the legal model of the crime. They either determine the crime's occurrence and become an essential element or serve as a circumstance that alters its legal description or punishment only

The research recommends the urgent development of a unified Palestinian penal code that consolidates the punitive legal status in Palestine and enhances citizens' equality before the law. Additionally, the Palestinian legislator is advised to regulate bribery in the private sector to protect it from corruption crimes. There should also be efforts to raise awareness about illicit gain crimes, explain their elements and forms, enhance the capabilities of law enforcement agencies, corruption crime prosecutors, and judges through specialized training on these crimes, their detection, and investigation, and training law enforcement agencies on the ability to pursue non–Palestinians working in authority institutions for public office crimes by prosecuting them for illicit gain.

فهرس المحتويات

المحتويات

1	المقدمة:
2	أهمية الدراسة:
3	مشكلة الدراسة:
3	أهداف الدراسة:
4	منهجية الدراسة:
4	هيكلية الدراسة:
5	الدراسات السابقة:
9	الفصل الأول:
9	دور الصفة الوظيفية في البنيان القانوني للجريمة
10	المبحث الأول:
10	ماهية الصفة الوظيفية ومقتضى الاعتداد بها في بناء النص الجزائي
11	المطلب الأول:
11	مفهوم الصفة الوظيفية
11	الفرع الأول: تعريف الصفة الوظيفية
11	الفرع الثاني: تمييز الصفة الوظيفية عما يشابهها من مفاهيم
23	المطلب الثاني:
23	مقتضى الاعتداد بالصفة الوظيفية في بناء النص الجزائي
24	الفرع الأول: المصلحة العامة في نطاق قانون العقوبات
24	الفرع الثاني: المصلحة المحمية في الوظيفة العامة
24	الفرع الثالث: المصلحة المحمية في حماية الإدارة العامة
30	المبحث الثاني:
30	أثر الصفة الوظيفية على البنيان القانوني للجريمة وتقدير العقوبة في الجرائم المالية
31	المطلب الأول:
31	أثر الصفة الوظيفية في البنيان القانوني لجريمة الرشوة
32	الفرع الأول: مفهوم جريمة الرشوة وطبيعتها القانونية

32	الفرع الثاني: أركان جريمة الرشوة.....
32	الفرع الثالث: تمييز جريمة الرشوة عما يشتهب بها من جرائم.....
32	الفرع الرابع: عقوبة جريمة الرشوة وتقادمها .
58	المطلب الثاني:.....
58	أثر الصفة الوظيفية في البنيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع.....
59	الفرع الأول: مفهوم جريمة الكسب غير المشروع.....
59	الفرع الثاني: أركان جريمة الكسب غير المشروع.....
78	الفصل الثاني:.....
78	دور القرابة في البنيان القانوني للجريمة.....
79	المبحث الأول:.....
79	ماهية صفة القرابة كشرط مفترض في البنيان القانوني للجريمة.....
80	المطلب الأول:.....
80	ماهية القرابة وأنواعها.....
80	الفرع الأول: مفهوم القرابة.....
80	الفرع الثاني: أنواع القرابة ودرجات احتسابها.....
88	المطلب الثاني:.....
88	القرابة كركن مفترض في البنيان القانوني للجريمة.....
89	الفرع الأول: جرائم الاعتداء على الأسرة.....
91	الفرع الثاني: جرائم إهمال الأسرة.....
95	الفرع الثالث: زنا الزوجية.....
105	المبحث الثاني:.....
105	أثر القرابة على تقدير العقوبة في الجرائم الشخصية.....
106	المطلب الأول:.....
106	القرابة كظرف مشدد ومخفف للعقوبة.....
106	الفرع الأول: صفة القرابة كظرف مشدد للعقاب.....
106	الفرع الثاني: صفة القرابة كعذر مخفف للعقاب.....
117	المطلب الثاني:.....
117	القرابة كسبب لإباحة الفعل أو الإغفاء من العقوبة.....

118.....	الفرع الأول: صفة القرابة كسبب لإباحة الفعل.....
121.....	الفرع الثاني: صفة القرابة كعذر معفي من العقاب.....
126.....	الخاتمة:.....
126.....	أولاً: النتائج.....
131.....	ثانياً: التوصيات.....
134.....	المصادر والمراجع:.....

المقدمة:

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمُدُهُ وَنُسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا، وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، وَمَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَهُوَ الْمُهْتَدِ، وَمَنْ يُضِلِّ اللَّهُ فَمَا لَهُ شَافِعٌ لَهُ وَلِيًّا مَرشِدًا، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ،
وبعد:

إن القاعدة القانونية تسعى إلى تنظيم الحياة داخل المجتمع، فيتكون في مجموعها النظام القانوني للدولة، وبما أن القاعدة الجنائية هي جزء من هذا النظام لذا فإن غايته تحقيق العدالة وحماية المصالح وذلك من خلال احتواء القاعدة الجنائية على شقي التكليف والجزاء، ويقصد بشق التكليف إن مهمة القاعدة الجنائية هي تحديد النموذج القانوني للجريمة والذي يعني توفر الشكل القانوني للجريمة بحيث يضم النص كل العناصر اللازمة لقيام الجريمة التي لو تخلف أحدها لامتنع قيامها أو أن ينطبق عليها نص آخر يحوي عناصرها، أما شق الجزاء بما أن المشرع يحدد النموذج القانوني للجريمة فإنه يحدد كذلك الجزاء المناسب لها، فالمشرع عندما خاطب جميع أفراد المجتمع بموجب هذه القاعدة الجنائية خاطبهم بصورة عامة مجردة باستعمال عبارة (كل من)، أي أن المشرع متوجه بخطابه إلى الأشخاص من دون أن يقصد شخصاً معيناً بذاته، وذلك لأن صيغ العموم هي الغالبة في الصياغة القانونية، ومن خصائص النص القانوني أن يكون عاماً يسري على جميع المخاطبين به، فهو لا يُوضع ليسري على شخص معين بذاته أو على واقعة بعينها، إلا أنه استثناءً على هذه القاعدة الجنائية فإن المشرع يُخاطب أفراداً معينين بصفاتهم وقد تكون هذه الصفات وظيفية أو مهنية أو ناتجة عن علاقة قرابة أو نسب أو مركز اجتماعي ضمن نصوص عقابية خاصة، قد تكون نصاً خاصاً مستقلاً عن النص المشتمل على العام، أو فقرة خاصة متصلة بالنص العام وتكون جزءاً منه.

حيث أن الأصل في الجرائم أنها تقوم من غير النظر إلى شخصية الفاعل أو جنسيته أو صفته أو وظيفته، إنما ينظر إلى السلوك الصادر عنه وإلى العناصر الثابتة في الجريمة فحسب، إلا أن المشرع في بعض الجرائم يتطلب أن تتوافر في الجاني صفة قانونية أو فعلية معينة، أي وصف معين أو وضع خاص، وفي هذه الحالة يلزم أن يعلم الجاني هذه الصفة أو ذلك الوصف ليقوم القصد الجرمي لديه.¹

¹ فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، العراق، بغداد، مطبعة الزمان، 1996، ص 278. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، "القسم العام" مصر، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط5، 1982، ص 566.

فالقاعدة الجنائية نجدها تارة تخاطب الأشخاص بصفاتهم الطبيعية، وتارة أخرى تخاطبهم بصفاتهم المعنوية، وفي ذات السياق الصياغي للنص الجنائي، نجد أنه يخاطب الأفراد الطبيعيين بصفاتهم الوظيفية، ويرتب على ذلك أحكام فتعدّ الصفة في النص الجنائي، هي الفصيل في قيام الجريمة من عدمه.

وبالتالي فإن للصفة الوظيفية دوراً كبيراً في القانون الجنائي، فقد نص القانون عليها في كثير من المواد، وهذه الصفة عندما تدخل في الجريمة تؤثر على بنائها وعقوبتها، وهي إما أن تبنى عليها الجريمة وتكون ركناً خاصاً فيها وبدونها لا يتحقق النموذج القانوني للجريمة، أو يغير من عقوبتها وتكون ظرفاً مشدداً فيها.

ولما كان القانون الجنائي في كل دولة يُعبر عن ثقافة وقيم المجتمع الذي يُنظمه، نجد أن المشرع الجنائي يتأثر بتلك القيم والعادات والتقاليد عندما يصدر القوانين المختلفة، آخذاً بعين الاعتبار بروابط وصلات القرابة، لذلك فإن المشرع الجنائي تحت تأثير هذه الصفات قد يُغير في تقدير العقوبة لأشخاص معينين يحملون صفات أو صلات قرابة معينة وذلك بتخفيف وتشديد العقوبات المقررة لبعض الجرائم، وإباحة بعض الأفعال المجرمة والإعفاء من العقاب في حين آخر.

لم ينظم المشرع الفلسطيني الصفة في جانب واحد، بل اختلف في إيراد أحكامها بين قيام الجريمة من عدمه، أو التخفيف أو التشديد أو الاعفاء كل حكم بحسب ما تقوم عليه الجريمة من أركان سواء تعلق بالسلوك، أو بالمحل، أو بالوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة.

أهمية الدراسة:

تكمن الأهمية الأساسية لهذا البحث في عدة جوانب:

1. تتأتى أهمية الدراسة في موضوع أحكام صفة الجاني في البنيان القانوني للجريمة، من عدم صياغة المشرع لنظرية عامة للإحاطة بصفة الجاني من كل جوانبها، إذ ورد هذا الموضوع متفرقاً ومتجزئاً في كل أجزاء القسم العام والخاص من قانون العقوبات النافذ في فلسطين وتطرق إلى الصفة حسب الموضوع الذي يرد فيه.
2. وتكمن الأهمية العملية في ضرورة التناول الموضوعي لصفة الجاني ليتم إبراز أهميته القانونية التي تكونت من خلال الدور الخاص الذي أقره المشرع لصفة الجاني في التجريم والعقاب وعلى الفراغات القانونية حول هذا الموضوع، وعرضنا جملة من المقترحات القانونية لسد هذه الفراغات،

من أجل تحديد صفة الجاني في المنظومة الجزائية الفلسطينية والقوانين المقارنة الأخرى لأن تلك الصفة الوظيفية أو حتى دور القرابة يؤثر في البنيان القانوني للجريمة وجسامتها.

مشكلة الدراسة:

إن البنيان القانوني للجريمة يختلف بحسب المتطلبات التي يفرضها الواقع الجرمي والتي تتال عناية المشرع، وتعتبر الصفة الجرمية للجاني إحدى هذه المتطلبات التي يفرضها النص القانوني، والتي يدور في نطاقها الكثير من الأحكام سواء تعلقت بالصفة المتطلبة نفسها أو بالآثار التي تترتب عليها، وضرورة الوقوف على الأحكام والضوابط القانونية التي تنظم وجودها في القواعد القانونية، إذ ورد هذا الموضوع متفرقاً ومتجزئاً في أجزاء القسم العام والخاص وتطرق إلى الصفة حسب الموضوع الذي يرد فيه، وفضلاً عن ذلك لم يضع المشرع نظرية عامة للإحاطة بالصفة من كل جوانبها وكثرة الزوايا التي يمكن النظر من خلالها إليها.

لقد تمثلت مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤل الرئيس التالي: ما هو أثر صفة الجاني على

قيام البنيان القانوني للجريمة؟

ويتفرع عن التساؤل الرئيس مجموعة من التساؤلات الفرعية:

1. ما هي ماهية الصفة الخاصة بالجاني؟
2. ما هو الوصف القانوني لصفة الجاني في البنيان القانوني للجريمة؟
3. ما هي صور صفة الجاني المؤثرة في التجريم والعقاب؟
4. ما هي الطبيعة القانونية للجرائم التي تعدد بصفة الجاني؟
5. ما أنواع الآثار القانونية المترتبة على وجود صفة خاصة في الجاني؟

أهداف الدراسة:

تمثلت أهداف الدراسة في النقاط الآتية:

1. تهدف الدراسة إلى بيان أمرين في غاية الأهمية تلعب فيهما صفة الجاني دوراً مهماً في البنيان القانوني للجرائم فأقر المشرع على ضرورة توافر الصفة الوظيفية كركن مفترض في بعض الجرائم، مثل جريمة الرشوة وجريمة الكسب غير المشروع واعتبر المشرع أن صفة الفاعل ركناً مفترضاً في الجريمة بالإضافة إلى بعض الجرائم التي تلعب القرابة دوراً مهماً في بنيانها القانوني وتقدير العقوبة.

2. التعرف على الوصف القانوني لصفة الجاني في البنيان القانوني للجريمة.
3. بيان صور صفة الجاني المؤثرة في التجريم والعقاب.
4. بيان مفهوم الصفة الخاصة بالجاني وفلسفة المشرع الفلسطيني في الاعتماد عليها وبيان آثارها على الجريمة بوصفها ركناً مفترضاً فيها.
5. عرض آراء شراح القانون والتشريعات الجنائية المقارنة لدور الصفة الوظيفية وصفة القرابة كركن مفترض في البنيان القانوني للجريمة.
6. التعرف على الجرائم التي تمثل صلة القرابة والصفة الوظيفية ركناً مفترضاً في قيامها.
7. التعرف على الآثار القانونية المترتبة على وجود صفة خاصة في الجاني في التشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة.

منهجية الدراسة:

لقد انتهج الباحث في سبيل معالجة الموضوع منهجاً وصفيّاً تحليلياً، حاول الباحث من خلالهما الإجابة عن الكثير من التساؤلات وأن يقف عندها والتوصل إلى إيجاد حلول منطقية لها بالنظر إلى ما جاء به الفقه والقضاء ونصوص التشريعات الفلسطينية النافذة ذات الصلة بهذا الموضوع وبمقارنتها مع مثيلاتها في بعض التشريعات العربية.

هيكلية الدراسة:

حاول الباحث عرض جميع الأفكار المتعلقة بموضوع الدراسة بطريقة منتظمة ومتناسقة ومتوازنة قدر الامكان، تكفل تغطية جميع جوانبها، حيث جرى تقسيم الدراسة إلى مقدمة ثم فصلين وخاتمة، وفقاً لذلك، ستكون هيكلية الدراسة على النحو التالي:

الفصل الأول: دور الصفة الوظيفية في البنيان القانوني للجريمة.

المبحث الأول: ماهية الصفة الوظيفية ومقتضى الاعتداد بها في بناء النص الجزائي.

المبحث الثاني: أثر الصفة الوظيفية على البنيان القانوني للجريمة وتقدير العقوبة في الجرائم

المالية.

الفصل الثاني: دور القرابة في البنيان القانوني للجريمة.

المبحث الأول: ماهية صفة القرابة كشرط مفترض في البنيان القانوني للجريمة.

المبحث الثاني: أثر القرابة على تقدير العقوبة في الجرائم الشخصية.

الدراسات السابقة:

لقد بذل الباحث جهداً ليس باليسير قبل الشروع في الكتابة، في معظم المكتبات الفلسطينية في قطاع غزة والضفة الغربية بحثاً عن كتب أو رسائل علمية كتبت في هذا الموضوع، حيث لاحظنا بأن هذا الموضوع لم يلقَ معالجة شاملة سواء من الناحية النظرية أو من الناحية التطبيقية خاصة في الفقه الفلسطيني أو الفقه المقارن، ويبدو أن السبب وراء ذلك يكمن فيما يكتنف هذا الموضوع من صعوبات ومشاكل، وإن كنت وجدت بعض المؤلفات التي تعالج بعض النواحي على حساب النواحي الأخرى.

من بين الدراسات السابقة التي تطرقت لموضوعنا هذا نذكر:

1. **ثوميد سعيد خضر**، دور الصفة الوظيفية كركن في الجريمة دراسة تحليلية مقارنة، بحث مستل من رسالة الدكتوراه بعنوان دور الصفة الوظيفية في البنين القانوني للجريمة، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، كوردستان، العراق، المجلد(5)، العدد(4)، 2020.

لقد قسم دراسته إلى مبحثين: المبحث الأول: مفهوم الصفة الوظيفية ومقتضى الاعتراف بها في بناء النص الجزائي، بينما المبحث الثاني جاء بعنوان: أثر الصفة الوظيفية كركن مفترض في الجريمة.

لقد تميزت رسالتي عن رسالة الباحث، كون أن رسالة الباحث ثوميد سعيد خضر حيث جاء نطاقها المكاني مقتصر على المنظومة التشريعية الجنائية العراقية، وأقتصر نطاقها الموضوعي في جانب الصفة الوظيفية دون التطرق لدور القرابة في البنين القانوني للجريمة بينما رسالتي جاء كدراسة مقارنة مع التشريعات الجنائية العربية ومن خلالها تطرقت في الجانب الموضوعي لدراسة صفة الجاني في البنين القانوني للجريمة في الجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة وبيان دور القرابة في البنين القانوني للجريمة.

2. **قاسم تركي عواد جنابي**، في دراسته الموسومة بعنوان "الصفة الوظيفية في القانون الجنائي دراسة مقارنة" رسالة لنيل درجة الدكتوراه، العراق، بغداد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، حيث قسم دراسته إلى قسمين: القسم الأول: الجانب الموضوعي للصفة الوظيفية في القانون الجنائي،

حيث قسمه إلى بابين: الباب الأول: الأحكام العامة الموضوعية للصفة الوظيفية في القانون الجنائي، بينما الباب الثاني: دور الصفة الوظيفية في التجريم والإباحة. بينما القسم الثاني جاء بعنوان: الجانب الإجرائي للصفة الوظيفية في القانون الجنائي، حيث قسمه إلى بابين: الباب الأول: القيود الإجرائية الخاصة بالدعوى الجزائية ذات الصلة الوظيفية، أما الباب الثاني: ضمانات عمل ذو الصلة الوظيفية لواجبات وظيفته.

3. سليمان اسامة أبو سلامة (2018) في دراسته الموسومة بعنوان أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني "دراسة مقارنة بين قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 22، فلسطين، جامعة الإسراء حيث استخدم الكاتب في دراسته المنهج المقارن بين قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م مع البحث في النصوص وتفنيدها كما أنه استعان بالسوابق القضائية الفلسطينية وآراء الفقهاء سيما ذات الصلة بالموضوع للإحاطة بكافة جوانبه، وجاءت الدراسة في ثلاثة مباحث حيث تناول في المبحث الأول: ماهية علاقة القرابة وحساب درجاتها، وفي المبحث الثاني: القرابة كركن لقيام الجريمة، وفي المبحث الأخير: أثر القرابة على تقدير العقوبة، وانتهت الدراسة إلى أن هناك تأثيراً كبيراً لعلاقة القرابة على قانون العقوبات سواءً كان بتخفيف العقوبة أو بتشديدها وإما بإباحة الجريمة أو الإعفاء من العقوبة وذلك في إطار سعي المشرع لحماية العلاقات الأسرية والعائلية وضمان استقرار المجتمع والحفاظ عليه من التفكك والانحيار.

4. عبد الله بن حمد بن عبد الله المعمري (2021) في دراسته المعنونة "صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب، بحث لنيل درجة الدكتوراه، مصر، جامعة المنصورة، مصر.

لقد قسم الباحث دراسته إلى ثلاث مباحث، جاء المبحث الأول بعنوان صفة القرابة كشرط مفترض في الجريمة، بينما المبحث الثاني جاء بعنوان صفة القرابة كظرف مشدد وكظرف مخفف للعقاب، وأخيراً في المبحث الثالث فكان الحديث يدور حول صفة القرابة كسبب إباحة وكمانع من موانع العقاب.

لقد اقتصر هذا البحث حول صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب، بينما الجانب الموضوعي لدراستي دار حول الصفة الجاني في الجرائم الوظيفية من جهة ومن جهة أخرى بيان دور القرابة في البنيان القانوني للجريمة.

5. محمد محمود محمد شريم، رسالة ماجستير موسومة " أثر القرابة في تشديد العقوبة وتخفيفها، فلسطين، غزة، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، 2013.

لقد قسم الباحث رسالته إلى ثلاث فصول، جاء في الفصول الأول: حقيقة القرابة والعقوبة وأنواعهما، أما الفصل الثاني: أثر القرابة في تشديد العقوبة، وأخيراً: أثر القرابة في تخفيف العقوبة.

الفصل الأول:

دور الصفة الوظيفية في البنيان القانوني للجريمة

الفصل الأول:

دور الصفة الوظيفية في البنيان القانوني للجريمة

تمهيد وتقسيم:

الصفة الوظيفية هي عبارة عن الصفة التي يتم تمييز الشخص بها بسبب وظيفته العامة في أجهزة الدولة، حيث تلعب الصفة الوظيفية دوراً هاماً في البنيان القانوني للجريمة، فتتحدد بعض الجرائم بناءً على صفة الشخص المرتكب لها.

وبالتالي فإن الصفة الوظيفية تلعب دوراً مهماً وبارزاً في القانون الجزائري، فقد نص عليها القانون في كثير من النصوص الجزائية، وهذه الصفة عندما تدخل في جريمة ما فإنها تؤثر في بنيانها القانوني والعقوبة المترتبة عليها، وهي إما أن تُبنى عليها الجريمة وتكون ركناً خاصاً فيها وبدونها لا يتحقق الأنموذج القانوني للجريمة، كصفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في جرائم الرشوة والاختلاس والكسب غير المشروع وجرائم الاعتداء على الموظفين.

لذا قسم الباحث هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الصفة الوظيفية ومقتضى الاعتداد بها في بناء النص الجزائري.

المبحث الثاني: أثر الصفة الوظيفية على البنيان القانوني للجريمة وتقدير العقوبة في الجرائم

المالية.

المبحث الأول:

ماهية الصفة الوظيفية ومقتضى الاعتراف بها في بناء النص الجزائي

تمهيد وتقسيم:

الأصل في الجرائم أنها تقوم من غير النظر إلى شخصية الفاعل أو جنسيته أو صفته أو وظيفته، إنما ينظر إلى السلوك الصادر عنه وإلى العناصر الثابتة في الجريمة فحسب، على أن المشرع في بعض الجرائم يتطلب أن تتوافر في الجاني صفة قانونية أو فعلية معينة، أي وصف معين أو وضع خاص، وفي هذه الحالة يلزم أن يعلم الجاني هذه الصفة أو ذلك الوصف ليقوم القصد الجرمي لديه¹.

تكتسب الصفة الوظيفية أهمية في مجال دراسة القانون الجنائي، ذلك أن ذا الصفة الوظيفية هو أداة الدولة في تنفيذ واجباتها، وقد يرتكب ذو الصفة الوظيفية الجريمة أثناء قيامه بواجبات وظيفته، أو أن ترتكب الجريمة ضده أثناء هذا القيام أو بسببه، مما يقتضي الأمر بيان القواعد الموضوعية المنصوص عليها في المنظومة التشريعية العقابية التي تحكم ذات الصفة.

لذا قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الصفة الوظيفية.

المطلب الثاني: مقتضى الاعتراف بالصفة الوظيفية في بناء النص الجزائي.

¹ فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات/القسم الخاص، مرجع سابق، ص 278، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/القسم العام، مرجع سابق، ص 566.

المطلب الأول:

مفهوم الصفة الوظيفية

تمهيد وتقسيم:

إن الهدف الرئيس للتشريع الجنائي هو حفظ النظام الاجتماعي في الدولة؛ باعتباره جزءاً لا يتجزأ من القواعد الشرعية، فالإنسان لا يتصرف لمجرد خوفه من العقاب بل ينبع سلوكه أيضاً من الإحساس بالواجب الديني والوطني والاجتماعي وغيرها؛ مما يدفعه إلى احترام القواعد التجريبية التي يحدد الشارع نطاق سيريانها، والتي تخضع للسياسة المتبعة في العلوم الجزائية التي يتبناها¹.

الأصل القانون الجنائي يسبغ حمايته الجنائية على كل فرد بصفة مطلقة دون تمييز بين فرد وآخر ومن دون أن يستلزم به صفة معينة أو مركزاً معيناً، إلا أن المشرع الجنائي ولغرض معين قد يخرج عن هذا الأصل ويشترط شروطاً في الجاني أو حتى المجني عليه متصفاً بوصف أو صفة معينة تميزه عن غيره من الأشخاص، ثم لا تقوم الجريمة إلا حال توافرت تلك الصفة².

وتأسيساً على ما سبق، فإن الصفة الوظيفية عندما تدخل على أركان الجريمة، فإما أن تُبنى عليها الجريمة وتصبح ركناً مفترضاً فيها، أو أن تغير من أوصافها وعقوبتها وتكون ظرفاً مشدداً فيها، وعليه سنسلط الضوء في هذا المطلب على مفهوم الصفة الوظيفية وتمييزها عما يشابهها من مفاهيم.

لذا قسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الصفة الوظيفية.

الفرع الثاني: تمييز الصفة الوظيفية عما يشابهها من مفاهيم.

¹ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، فلسطين، غزة، مكتبة آفاق، عدد (كفا كنا)، 2013م، ص 13.

² نؤميد سعيد خضر، دور الصفة الوظيفية كركن في الجريمة دراسة تحليلية مقارنة، " بحث مستل من رسالة دكتوراه"، مجلة زانست العلمية" مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، العراق، أربيل، كوردستان، المجلد(5)، العدد(4)، 2020، ص 506.

الفرع الأول: تعريف الصفة الوظيفية

أولاً: تعريف الصفة لغةً واصطلاحاً

أ- تعريف الصفة لغةً

وردت كلمة الصفة في اللغة العربية بمعانٍ مختلفة منها:

(وصف) الواو والصاد والفاء: أصل واحد، وقيل الوصف: مصدر والصفة: الحيلة، وقال الليث: الوصف: وصفك الشيء بحليته وبعته، وصفه يصفه وصفاً والهاء في هذه عَوْضٌ عن الواو: نَعْتَهُ وهذا صريحٌ في أن الوصف والنعته مترادفان، وقد أكثر الناس من الفروق بينهما، ولا سيما علماء الكلام¹.

أما النحويون فالصفة عندهم النعته، يقولون: رأيت أخاك الظريف، فالأخ هو الموصوف والظرف هي الصفة، فهذا قالوا: لا يجوز أن يضاف الشيء إلى صفته، كما لا يجوز أن يضاف إلى نفسه، لأن الصفة هي الموصوف عندهم ألا ترى أن الظريف هو الأخ².

وصفته وصفاً وصفة، وله أوصاف وصفات حسنة، وتواصفوا بالكرم، وهو شيء موصوف ومتواصف ومتصف، قال طرفة: إني كفاني من أمر هممت به ... جار كجار الحذاقي الذي اتصفا³.

والوصف هو المصدر، أما الصفة فهي الحلية، والوصف يعني الإظهار وبيان للهئية، ويقال هو تحلية الشيء والصفة هي الإمارة اللازمة للشيء، والحالة التي يكون عليها من حلية وبعته، كالعلم والجهل، والسواد والبياض⁴.

ونستنتج مما سبق بأن كلمة الصفة في اللغة تدل على بيان أو إظهار حالة الشخص أو موضوع الشيء التي تختلف عن حالة غيره وتبين الإمارة اللازمة للشيء، أو هي العلامة التي يعرف بها الموصوف سواء كان شخصاً أم شيئاً.

¹ محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الملقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، ج24، بيروت المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، 1984، ص 459.

² ابن منظور، لسان العرب، ج6، بيروت، دار صادر، 1999، ص 316.

³ عبد القادر البغدادي، خزانة الأدب لباب لسان العرب، ج5، بيروت، تحقيق: محمد نبيل طريفي وأمير بديع اليعقوب، دار الكتب العلمية، 1998، ص 592.

⁴ جار الله أبو القاسم محمد بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، لبنان، بيروت، دار صادر، 1979، ص 501.

ب- تعريف الصفة اصطلاحاً

لم تضع التشريعات الجنائية ولا القضاء الجنائي تعريفاً جامعاً ومانعاً وواضحاً للصفة، كما أن المشرع لا يستطيع الإحاطة بكافة عناصر التعريف إحاطة شاملة وذلك لأن الأصل في التعريف هو من اختصاص الفقهاء وشراح القانون، وهم اختلفوا في تحديدهم لمعنى الصفة، مما أدى إلى ظهور آراء كثيرة في هذا المقام.

هناك من عرف الصفة بأنها" عبارة عن المركز الذي يشغله الشخص بين الأفراد بمقتضى مولده أو وظيفته أو حرمة أو ما شكل ذلك أو هي المقام الذي يشغله الفرد الذي يمنح صاحبه سلطات ومزايا معينة يستطيع أن يباشرها أو يتمتع بها بمقتضى وظيفته أو رتبته أو درجته العلمية"¹

أو هي مركز يمنح لصاحبه الصلاحية والسلطة، ويعترف بها القانون للقيام بعمل قانوني نظراً لوجود أو عدم وجود علاقة صلة بينه وبين محل العمل، حتى دفع البعض إلى القول أن فكرة الصفة نفسها تقوم على الارتباط بين روابط قانونية متعددة² أو هي خصيصة تحدد معالم الشخصية".

ويرى الباحث بأن الصفة في قانون العقوبات تعني مجموعة من المتطلبات التي يجب توفرها في الفاعل وفي الفعل المرتكب لتطبيق العقوبة القانونية، وتعد الصفة أحد العناصر الأساسية التي يجب توفرها في الفعل المرتكب لتصنيفه كجريمة وتطبيق العقوبة القانونية عليه.

وتختلف الصفات المطلوبة في الفعل المرتكب باختلاف أنواع الجرائم، ومن بين الصفات المطلوبة في الفعل المرتكب في العديد من قوانين العقوبات، مثل:

أ- العمل غير المشروع: يتعلق بالفعل الذي يخالف القانون، وهو شرط أساسي لتصنيف الفعل كجريمة.

ب- القصد: وهو القصد المباشر لارتكاب الفعل غير المشروع.

ت- الإهمال: وهو الإهمال لواجب قانوني.

ث- الجريمة المستمرة: وهي جريمة تتم على مرحلة من الزمن وتتكرر في مراحل متعددة.

ج- الأذى الجسيم: هو الضرر الشديد أو البليغ الذي يلحق بالمجتمع بسبب الجريمة.

¹ منى محمد بلو حسين الحمداني، الصفة في قانون العقوبات، رسالة ماجستير، العراق، جامعة الموصل، كلية القانون، 2005، ص 18.

² محمد حسين الحمداني وإسراء يونس هادي، أثر الصفة في الإجراءات الجنائية، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد(16)، العدد(2012)، ص 233.

ح- الجريمة البسيطة: وهي جريمة تخل بمبادئ المجتمع وترتبط بالتقاليد والعادات الاجتماعية.

وبشكل عام، تحتاج الصفة في قانون العقوبات إلى مراعاة عدد من العوامل المختلفة التي تتعلق بالفاعل والفعل المرتكب، والتي يتوقف عليها تحديد نوعية الجريمة وتصنيفها وتطبيق العقوبة القانونية عليها.

أما الصفة الوظيفية فتعرف بأنها عناصر قانونية تدخل في تكوين النموذج القانوني للجريمة، وهي إما أن يتوقف عليها قيام الجريمة وتكون ركناً مفترضاً فيها، أو تكون ظرفاً يغير من الوصف القانوني لها أو يغير من العقوبة فقط¹.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للموظف العام

سنتناول في هذه النقطة تعريف الموظف العام في القانون الإداري، ومن ثم نتحدث عن تعريف الموظف العام في القانون الجنائي، وذلك على النحو التالي:

أ- تعريف الموظف العام في القانون الإداري

1- التعريف التشريعي للموظف العام.

عرف المشرع الفلسطيني الموظف العام في المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998 على أنه "الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها".

كما ورد تعريف الموظف في تعديلات قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005، حيث عرف الموظف على أنه: أي شخص يشغل وظيفة عمومية أو من المشمولين بأحكام قانون الخدمة في قوى الأمن أو يعد في حكم الموظف العمومي وفقاً للقانون في المجالات التنفيذية أو التشريعية أو القضائية أو الإدارية، سواء أكان معيناً أم منتخباً دائماً أو مؤقتاً، أو يكون مكلفاً في خدمة عامة سواء كان ذلك بأجر أو بدون أجر، ويعتبر موظفاً لغايات الملاحقة كل شخص مشمول في المادة 2 من القانون الأصلي بالرغم مما ورد في قانون العقوبات أو أي قانون آخر².

¹ منى محمد بلو حسين الحمداني، الصفة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 8.

² ينظر: نصت المادة (3) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018م بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005م وتعديلاته

2- التعريف القضائي للموظف العام

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر الموظف العام بقولها " إن شرائط اكتساب صفة الموظف العام تكمن في أن يكون الشخص قائماً بعمل دائم وذلك في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة باعتبار أن الموظف العام هو كل من تتاطب به إحدى وظائف الدولة العامة في نطاق إحدى السلطات الثلاث متى كان تقليده هذا العمل قد تم بالأداة القانونية الصحيحة وبصفة دائمة وليس بصفة عارضة، سواء أكان يؤدي عمله داخل البلاد أو خارجها".¹

كما عرفته في حكم آخر بأنه " الموظف العام هو الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق".²

3- التعريف الفقهي للموظف العام

بعض الفقه الفرنسي يرى أن الموظف العام هو " كل شخص يساهم في خدمة مرفق عام تديره الدولة بطريق الاستغلال المباشر ويشغل بصورة دائمة وظيفته داخله في نطاق كادر الإدارة العامة"³ ذهب غالبية الفقهاء إلى تعريف الموظف العام بأنه " كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة يتولى إدارتها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية، وذلك بتولي منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق"⁴ أين كان الخلاف بين هذه التعاريف إلا أن العناصر الأساسية التي يلزم توافرها لاكتساب الفرد صفة الموظف العام هي على النحو التالي:⁵

¹ طعن رقم 114 لسنة 42 ق.ع، جلسة 1997/5/3، المكتب الفني، الجزء الثاني، ص 951، القاعدة رقم(103).
² هاني عبد الرحمن غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016، ص 443.
³ وليد عبد الرحمن مزهر، الحقوق التعاقدية للموظف العام، بحث أصدره مركز الديمقراطية وحقوق العاملين في فلسطين، 2009، ص 14.
⁴ هاني عبد الرحمن غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين، مرجع سابق، ص 443.
⁵ المرجع السابق، ص 443.

- أن يعهد إليه بعمل دائم.

يشترط لإضفاء صفة الموظف العام أن يشغل العامل وظيفة دائمة في خدمة المرفق العام، بمعنى أن يكون شغله لهذه الوظيفة بصورة مستمرة وغير عرضية وبذلك لا يُعد العاملون بصورة مؤقتة أو موسمية كالخبراء والمستشارين موظفين.

- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بطريق مباشر.

لا يكفي لاعتبار الشخص موظفاً عاماً أن يعمل في وظيفة دائمة إنما يلزم أن يكون عمله هذا في خدمة مرفق عام تدير الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هذا المرفق إدارة مباشرة، وبذلك لا يُعد الموظفون في المرافق التي تدار بطريق الالتزام موظفين عموميين وكذلك العاملون في الشركات والمنشآت التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ولو تم إنشائها بقصد إشباع حاجات عامة¹.

- أن يتم تولية الوظيفة العامة بواسطة السلطة المختصة.

الشرط الأخير اللازم لاكتساب صفة الموظف العام هو أن يتم تعيينه بقرار من السلطة صاحبة الاختصاص بالتعيين، فلا يُعد موظفاً عاماً من يباشر الوظيفة العامة دون صدور قرار بالتعيين من السلطة المختصة قانوناً بذلك كالموظف الفعلي².

كما أن مجرد مباشرة العمل أو تقاضي المرتب لا يكفي لاعتبار المرشح معيناً في الوظيفة إذا لم يصدر قرار التعيين ممن يملك التعيين.

¹ هاني عبد الرحمن غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين، مرجع سابق، ص 444.

² الموظف الفعلي هو "الشخص الذي يشغل الوظيفة دون توافر الصفة اللازمة لبطلان تعيينه أو انتهاء أثره أو لعدم وجوده من الأصل، وذل كفي ظروف معينة تستوجب إضفاء الشرعية إلى التصرفات الصادرة منه، واعتبارها كما لو كانت صادرة من الموظف العام، وتتمثل تلك الظروف في توافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية"

انظر: مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، مصر، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1988، ص 79.

ب-تعريف الموظف العام في القانون الجنائي

لقد عرف قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 النافذ في قطاع غزة في المادة الخامسة منه الموظف العام بأنه "كل شخص يشغل وظيفة من الوظائف المشار إليها فيما يلي أو يقوم بأعبائها بالوكالة أو بصورة أخرى، أي:

أ- كل وظيفة مدنية، بما في ذلك منصب المندوب السامي، أنيطت صلاحية التعيين لها أو العزل منها بجلالة الملك أو بالمندوب السامي، أو المندوب السامي في المجلس التنفيذي، أو بأية لجنة أو هيئة عامة أو

ب- كل وظيفة يعين أو يختار لها الشخص الذي يشغلها، بحكم القانون أو

ت- كل وظيفة مدنية أنيطت صلاحية التعيين لها أو العزل منها بأي شخص أو جماعة من الأشخاص يشغلون وظيفة من الوظائف المشار إليها في الفقرتين السابقتين من هذه المادة، أو
ث- كل حكم أو فيصل في أية إجراءات أو قضية أحييت للتحكيم بقرار من المحكمة أو بموافقتها أو بمقتضى أي تشريع من التشريعات¹.

كما عرفته المادة (169) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية، يعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها، وكل عامل أو مستخدم في الدولة أو في إدارة عامة.

ويرى الباحث أن صفة الموظف في إطار القانون الجنائي جاءت أوسع وأشمل مما جاءت عليه في القانون الإداري، حيث شملت أغلب الوظائف العمومية التي يمكن أن يشغلها الموظف العام، وذلك يعود لفلسفة المشرع الجنائي في التجريم والعقاب والأهداف التي يحققها القانون الجنائي وتختلف عن إدارة المرفق العام.

¹ وتشمل هذه العبارة أيضاً 1- أي عضو من أعضاء لجنة تحقيق عينت بمقتضى أي تشريع من التشريعات أو وفقاً لأحكامه 2- الشخص المنوط به تنفيذ إجراءات أبية محكمة من المحاكم 3- جميع الأشخاص الذي ينتسبون للقوى العسكرية أو لقوات بوليس فلسطين 4- جميع الأشخاص المستخدمين في أية دائرة من دوائر الحكومة 5- كل رجل من رجال الدين أياً كانت الطائفة التي ينتمي إليها عند قيامه بإشهار زواج مقبل أو بعقد زواج بحفظ سجل بالزواج والمواليد والعماد والوفيات والدفن وإصدار شهادات بها 6- الشخص المستخدم لدى سلطة البلدية 7- مختار القرية.

الفرع الثاني: تمييز الصفة عما يشابهها من مفاهيم.

قد يتقارب مفهوم الصفة مع جملة من المصطلحات الأخرى كالوصف القانوني والظرف والاسم لذلك ينبغي إجراء مقارنة بينهما منعاً للخلط.

أولاً: تمييز الصفة عن الوصف القانوني.

يعرف الوصف القانوني للجريمة بأنه النموذج القانوني الذي يحدده المشرع في قانون العقوبات أو أي قانون عقابي آخر، والذي بموجبه يمكن أن تعد بعض الأفعال وفقاً لشروط وأركان خاصة جريمة ما يترتب على ارتكابها عقوبة معينة¹.

ويرتبط الوصف القانوني بالتحديد الذي يقوم به المشرع والذي بموجبه تعد بعض أنماط السلوك جرائم يترتب على ارتكابها عقوبات معينة محددة في النص القانوني وفقاً للمبدأ السائد في الدساتير وفي القانون الجنائي وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات².

حيث إن مهمة التشريع من جل اختصاص المشرع فهو الذي ينشئ جرائم ويضع لها عقوبات معينة انسجاماً مع حماية حقوق الأشخاص وحياتهم من اعتداء الآخرين عليها دون وجه حق، وبالتالي يتمتع على القاضي وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية أن ينشئ جرائم وعقوبات لم ينص عليها المشرع، فدور القاضي ينحصر في تطبيق القانون على الوقائع التي تعرض عليه في ملف الدعوى المطروحة أمامه، مع إمكانية القاضي - ضمن الحدود التي رسمها المشرع له - أن يختار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى المحدد من قبل المشرع، أو أن القاضي يمتلك سلطة توقيع العقوبات التخيرية المسموح بها ضمن الإباحة التشريعية للقاضي³.

¹ فرقد عبود العارضي، الوصف القانوني للجريمة، بحث قانوني متوفر على الشبكة العنكبوتية، ص 174-175.
² يعد هذا المبدأ مبدأً "دستورياً" وتشريعياً" في آن واحد وذلك لأهميته في الحفاظ على حقوق الإنسان وحياته الأساسية، لذلك نصت عليه اغلب دساتير الدول العربية وقوانينها العقابية. على سبيل المثال ينظر/ المادة (19/ ثانياً) من دستور العراق الحالي لعام 2005. المادة (27) من دستور الإمارات العربية المتحدة لعام 1971. المادة (20/ أ) من دستور البحرين لسنة 2002. المادة (66) من دستور مصر لعام 1971. المادة (1) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969. المادة (3) من قانون عقوبات البحرين لسنة 1955. المادة (5) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937. المادة (1) من قانون العقوبات الجزائري لسنة 1966.

³ فرقد عبود العارضي، الوصف القانوني للجريمة، مرجع سابق، ص 175.

ولا شك أن المحكمة تملك سلطة في تغيير التكييف القانوني للواقعة الإجرامية وذلك بإسباغ الوصف القانوني السليم والصحيح على الواقعة حتى لو خالفت الوصف المحدد في لائحة الاتهام، وتجدر الإشارة إلى أن مشرنا الفلسطيني لم يفرد نص قانوني خاص بسلطة المحكمة في تغيير الوصف القانوني للواقعة، مكتفياً بالنص على سلطتها في تعديل التهمة¹ عملاً بنص المادة (270)² من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، بخلاف المشرع المصري الذي تناولها في نص المادة (308) من قانون الإجراءات الجنائية بقولها "للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند إلى المتهم"³

ويتفق الباحث مع الدكتور تامر القاضي أن نص المادة (270) من قانون الإجراءات الجنائية يصلح للقياس عليه في منح المحكمة سلطة التغيير في الوصف القانوني، لذات منحها سلطة تعديل التهمة، ولا يعد ذلك خروجاً على قاعدة تقييد المحكمة بحدود الدعوى، لأنها لا تغير من الواقعة ولا تمس عناصرها، بل تضيي عليها الوصف القانوني الصحيح⁴.

بينما الصفة تختلف عن الوصف من عدة نواحي ومن أهمها إن الصفة هي خصيصة متصلة بشخص الجاني أو المجني عليه، واللذين خصهما المشرع بنصوص خاصة محددة سلفاً وخاطبهما بصفتها، وتكون جرائم محددة على سبيل الحصر سواء أكانت الصفة ركناً في الجريمة أو ظرفاً فيها أو الإغفاء من العقوبة دون وصف الجريمة أو حتى تشديدها⁵.

وبالتالي فإن الوصف القانوني هو النموذج القانوني الذي يحدده المشرع في قانون العقوبات أو أي قانون عقابي آخر، والذي بموجبه يمكن أن تعد بعض الأفعال وفقاً لشروط وأركان خاصة جريمة ما يترتب

¹ تعديل التهمة يختلف عن تغيير الوصف القانوني لأن تعديل التهمة تحوير في كيان التهمة أي في واحد أو أكثر من عناصرها يكون من مستلزماته الاستعانة بعناصر أخرى أو بواقعة جديدة تضاف إلى تلك التي وصفت بها الدعوى فنكون التحقيقات قد شملتها في حين ان تغيير الوصف القانوني للواقعة هو تغيير في الاسم والعنوان حسب مع الإبقاء على جميع عناصر الموضوع كما أقيمت به الدعوى أو استبعاد بعضها لكن دون أية إضافات أخرى، أي ان تعديل التهمة يقتضي المساس بكيانها المادي بإضافة فعل محل آخر، في حين أن تعديل الوصف القانوني إنما هو استبدال نص بنص آخر دون المساس بالوقائع.

² يجوز للمحكمة أن تعدل التهمة على أن لا يبني هذا التعديل على وقائع لم تشملها البيئة المقدمة، وإذا كان التعديل يعرض المتهم لعقوبة أشد توجب القضية للمدة التي تراها المحكمة ضرورية لتمكين المتهم من تحضير دفاعه على التهمة المعدلة.

³ تامر حماد القاضي، شرح قانون الإجراءات الجزائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام محكمة النقض، الجزء الثاني، فلسطين، غزة، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020، ص 126.

⁴ المرجع السابق، ص 126.

⁵ نوميدي سعيد خضر، دور الصفة الوظيفية كركن في الجريمة دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 512.

على ارتكابها عقوبة معينة، وتحديد منزلة الجريمة بين الجرائم إذ تكون على ثلاثة أقسام وهي جنائية، جنحة، مخالفة، وتكون هذا الطوائف متميزة ومتفاوتة الجسام، ويحدد المشرع لكل طائفة نوع معين من العقوبة التي تتلاءم مع جسامتها، لذا نستطيع القول بأن الصفة هي من العناصر التي تدخل في تعديل الوصف القانوني للجريمة من حيث توافر أو عدم توافر هذه الصفة في الجريمة¹.

فمثلاً صفة الموظف العام في جريمة الاختلاس التي تندرج تحت طائفة الجرائم المضرة بالمصلحة العامة إذا افتقدت هذه الصفة يترتب على ذلك انتفاء السلوك اللازم لجريمة الاختلاس، ويتحقق السلوك اللازم لجريمة أخرى هي جريمة خيانة الأمانة أي بمعنى أن القانون قد يستلزم أحياناً عناصر إضافية تعتبر من العناصر المكونة لجريمة ما وإلا امتنع تطبيق النص المتضمن لذلك النموذج على الجاني واخضاعه لنص الجريمة العادية².

ثانياً: تمييز الصفة عن الاسم

على صعيد المسؤولية الجنائية فإن الصفة تختلف عن الاسم في بعض الحالات، خاصة في حالة الخطأ في شخصية المجني عليه، مثال ذلك أن الجاني يريد قتل أحمد ويوجه فعله إلى شخص يقتله ثم يتضح بعد ذلك أنه قتل محمد وليس أحمد، وذلك بسبب الظروف المحيطة في مسرح الجريمة كالظلمة مثلاً فيشاهد شخصاً قادماً في الظلام فيظنه أحمد يطلق عليه أعيرة نارية فإذا به محمد، وهذا الغلط لا تأثير له على مسؤولية الفاعل حيث إن النتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها المشرع قد تحققت وهي إزهاق روح إنسان، دون النظر إلى ذلك الشخص الذي تحققت نتيجة إزهاق الروح فيه أم في غيره.

إن حكم هذه الأحوال لا يتغير بتغير المجني عليه أو بتغير الأسماء ولا ينفي قصد الجاني، ولا يؤثر على طبيعة ومسلك الجريمة، ولا يغير من تكييفها القانوني، لأن القصد الجنائي يقوم على مجرد التوقع، والعلة في ذلك أن الخطأ لم ينصب على أركان الجريمة بل انصب على الأسماء والشخصية ولم يعده القانون من بين أركانها لأن الأسماء لا تعتبر من عناصر الجريمة ولا تدخل في تكوين وقيام الجريمة والقانون لا يهتم بالأسماء ولا يفرق بينهم ولكنه اهتم بالعناية وحماية الأرواح والإنسان³.

¹ المرجع السابق، ص 512.

² منى محمد بلو حسين الحمداني، الصفة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 15.

³ ماهر عبد الشويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، 2007، ص 151.

وقد عالج هذه المسألة قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) بنص صريح وواضح في المادة (66) حيث نصت: "إذا وقعت الجريمة على غير الشخص المقصود بها، عوقب الفاعل كما لو كان اقترف الفعل بحق من كان يقصد"، على عدم اعتبار الشخص محل اعتبار كقاعدة عامة في التجريم.

أما حال وقع الغلط في الصفة فإن الأمر مختلف وذلك لأن الصفة في بعض الجرائم تعتبر من العناصر الأساسية الداخلة في تكوين الجريمة، ودخوله فيها يحدث تحولاً جوهرياً، ولا يتعلق بتمييز العقاب فحسب ولكنه يتعلق بجوهر العدوان، إذ يتطلب أن يكون الجاني على علم بصفة المجني عليه فإذا كان يجهل الصفة فالجاني يعاقب بالعقوبة البسيطة¹.

أي أنه عندما يعتبر شخص المجني عليه ذا أثر في تشديد العقوبة فإذا انتفى علم الجاني في الصفة فإن ذلك من شأنه أن يزيل أثر التجريم.

ثالثاً: تمييز الصفة عن الظرف

ظروف الجريمة، هي مجموعة من الوقائع المعدلة للأثر القانوني المترتب على الجريمة بالتشديد أو بالتخفيف، فهي تؤثر في مقدار العقاب تشديداً أو تخفيفاً².

والظروف من حيث طبيعتها: مادية وشخصية، أما الظروف المادية فهي الظروف المتصلة بماديات الجريمة نفسها، أي المتعلقة بركنها المادي، ويمتد أثرها إلى تشديد العقاب وتغيير وصف الجريمة، أو تشديد العقاب من دون تغيير وصف الجريمة، أو تخفيف العقوبة، أما الظروف الشخصية فهي الظروف المتصلة بشخص الفاعل نفسه وصفاته ولا صلة لها بأركان الجريمة، ومن شأنها أن تحدث الأثر نفسه الذي تحدثه الظروف المادية³.

وأوضحت المادة (79) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 طبيعة الأثر للظروف المشددة المادية والشخصية، حيث أن الظروف المادية المشددة أو المخففة تسري على كل من أسهم في

¹ منى محمد بلو حسين الحمداني، الصفة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 24، مشاراً إليه توميد سعيد خضر، دور الصفة الوظيفية كركن في الجريمة دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 513.

² عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1969، ص 29

³ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات/القسم العام، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، 1986، ص 100، محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية-دار الفكر العربي للطباعة والنشر، 1967، ص 415.

ارتكاب الجريمة فاعلاً كان أو شريكاً بصرف النظر عن مدى علمه بها، أما الظروف المشددة الشخصية فلا تسري على غير صاحبها إلا إذا كان عالماً بها¹.

أما الظروف من حيث تأثيرها، فهي مشددة ومخففة، والظروف المشددة للعقوبة، هي عبارة عن عناصر أو وقائع حددها القانون لها صلة بالجريمة أو الجاني، تضاعف من جسامة الجريمة وشدتها بسبب خطورة فاعلها. الأمر الذي يستتبع تشديد العقوبة المقررة للجريمة إلى أكثر من حدّها الأعلى المحدد في القانون².

أما الظروف المخففة للعقوبة، فهي عناصر أو وقائع عرضية وتبعية، تضعف من جسامة الجريمة بسبب ضآلة خطورة فاعلها، الأمر الذي يستتبع تخفيف العقوبة المقررة للجريمة إلى أقل من حدّها الأدنى، أو الحكم بتدبير يناسب تلك الخطورة³.

وبالتالي فإن ظروف الجريمة هي عناصر ثابتة أو تبعية لا تدخل في التكوين القانوني للجريمة وإنما تؤثر فقط على جسامتها أو مقدار العقوبة المقررة لها⁴.

أو إنها واقعة تبعية تضاف إلى الجريمة بعد اكتمال مقوماتها فتصيب بالتعديل أو بالاستبعاد لأهم الآثار المترتبة على الجريمة وهي العقوبة⁵.

يتضح بأن الظروف تتمثل في عناصر ووقائع تتعلق بالجريمة وطبيعة الجاني ولا تتعلق بتكوين الفعل الإجرامي، والظروف ذات أثر معدل ينال من جسامة الجريمة وتتعلق بظروف الجاني والجريمة معاً وذلك لصعوبة الفصل بينهما، والقاضي هو الذي تولى استظهار الظروف المخففة والمشددة لأنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، والظروف المشددة فإنها تلك الحالات التي توجب على القاضي

¹ ينظر: نصت المادة (79) من قانون العقوبات الفلسطيني على أنه: (1-مفاعيل الأسباب المادية التي من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها تسري على كل من الشركاء في الجريمة والمتدخلين فيها. 2- تسري عليهم أيضاً مفاعيل الظروف المادية الشخصية أو المزدوجة التي تسبب اقتراح الجريمة).

² ماهر عبد شويش الدر، الأحكام العامة في قانون العقوبات، العراق، الموصل، دار الحكمة للطباعة والنشر، 1990، ص 484.

³ حسنين إبراهيم صالح عبيد، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية-القسم الثاني/الجريمة الدولية-الجزء/61، القاهرة، الدار العربية للموسوعات، 1980، ص 144.

⁴ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، 1991، ص 550.

⁵ حسين إبراهيم عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970، ص 550.

الحكم بعقوبة أشد جسامة من العقوبة الأصلية للجريمة أو الحكم بعقوبة من نوع أشد، بينما الظروف المخففة قد تنزل بالعقوبة إلى أدنى درجاتها التي يحددها قاضي الموضوع، أما الصفة فهي عناصر طبيعية أو قانونية تدخل في تكوين البنيان القانوني للجريمة وهي إما أن يتوقف عليها قيام الجريمة وتكون ركناً مفترضاً فيها، أو مانعاً من موانع العقاب أو مانعاً من موانع المسؤولية، أو تكون ظرفاً يغير من الوصف القانوني لها، وهي عاملاً في تقدير العقوبة¹.

المطلب الثاني:

مقتضى الاعتداد بالصفة الوظيفية في بناء النص الجزائي

تمهيد وتقسيم:

يقوم التشريع الجزائي بدور عظيم جداً في المجتمعات الإنسانية؛ بهدف تحقيق الأمن والأمان فيها فهو الذي يحدد المباح من المحظور في السلوكيات البشرية ويبين الجزاء المترتب على السلوك المُجرم الذي يرتكبه الشخص المسئول جزائياً في حال مخالفة تلك القواعد العقابية في القانون الجزائي الموضوعي وذلك بغرض حماية مصالح المجتمعات الإنسانية². لذلك فإن غاية النصوص الجزائية هي حماية المصالح، والمشروع الجزائي عند صياغته للنصوص تحدوه فائدة رئيسة تتمثل في حماية مصلحة مشروعة، إذ لا يخلو النص الجزائي من مصلحة قدر المشروع ضرورة كفالة حمايتها، فالقانون يسعى إلى حماية المصالح الاجتماعية المشتركة التي يُقدر ضرورتها لإشباع حاجات معينة ينهض عليها البناء المجتمعي في الدولة. ولا ريب فإن هذه الحماية تختلف وفقاً لمدى الأهمية التي يحظى بها موضوعها حتى إذا بلغت قدراً معيناً من الأهمية تدخل لإقرار حمايتها جنائياً، وتختلف أوجه الحماية الجنائية وفقاً لظروف المجتمع، وتبعاً للمصالح التي يسعى القانون لحمايتها³.

¹ محمد عبد المنعم عطية دراغمة، أثر الظروف في تخفيف العقوبة، فلسطين، نابلس، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2005، ص 30.

² عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، فلسطين، غزة، مكتبة آفاق، 2013، ص 15.

³ عصام محمود عبد الحليم يوسف، المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الموافق 21-22 أكتوبر 2019، ص 477.

إن جرائم الاعتداء على المصلحة العامة تكمن أهميتها في أنها تصيب بصورة مباشرة مصالح المجتمع، حيث أن ضررها الاجتماعي في أغلب الأحوال جسيم، يهدد كيان الدولة الخارجي، أو استقرارها السياسي، كما يهز الثقة العامة في مؤسساتها ونظمها الإدارية والاقتصادية. ونتيجة للانتشار والتطور الحاصل فيما يتعلق بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، سعت مختلف التشريعات الجزائية إلى سن القوانين التي تكفل تقرير الحماية القانونية للمصلحة العامة عموماً والوظيفة العامة خصوصاً¹.

لذا قسم الباحث هذا المطلب إلى ثلاثة فروع رئيسة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المصلحة العامة في نطاق قانون العقوبات.

الفرع الثاني: المصلحة المحمية في الوظيفة العامة.

الفرع الثالث: المصلحة المحمية في حماية الإدارة العامة.

الفرع الأول: المصلحة العامة في نطاق قانون العقوبات

تعد الوظيفة العامة من المواضيع الهامة في القانون الإداري كونها وسيلة من وسائل الإدارة العامة، والتي تباشر مهامها وأنشطتها بواسطة أشخاص طبيعيين يمثلونها ويعملون لحسابها، وقد نظمت مراكز هؤلاء الأشخاص القوانين والأنظمة المتعلقة بالوظيفة العامة.

هذا وقد أعطت القوانين التي تنظم الوظيفة العامة أهمية كبيرة للموظف العام، والسبب في ذلك هو إن نجاح الإدارة في القيام بواجباتها اتجاه الجمهور يعتمد على كفاءة موظفيها وإحساسهم بالمسؤولية وضرورة تحقيق المصلحة العامة، فالموظف العام وكما هو معروف مسؤول عن أعماله من النواحي الجزائية والمدنية والإدارية كافة، فإذا أردنا معرفة مدى مشروعية الأعمال الصادرة منه لرجعنا إلى قانون العقوبات الذي يعمل بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص-)، أما ما يصدر عنه من أخطاء وظيفية ولا يحصرها النص القانوني المنظم للوظيفة العامة، وإنما تقوم إزاءها المساءلة التأديبية أو الإدارية ويرجع أمرها إلى الهيئات المعنية التي تحدد الأعمال المخلة بواجبات الوظيفة تحت رقابة القضاء الإداري.

¹ عصام محمود عبد الحليم يوسف، المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية، مرجع سابق، ص 474.

إن المشرع الجزائري في التشريعات المقارنة في تجريمه أي فعل أو سلوك يراعي غاية أو غايات معينة يهدف إليها وراء التجريم، فيهدف من خلالها إلى تحقيق مصالح قانونية معينة، فمعرفة المصالح القانونية المراد حمايتها في كل الجرائم تساعدنا على استظهار المبادئ والقواعد الأساسية التي تقود المشرع الجزائري لكي يساهم بدوره في تطور وتقدم المجتمع¹.

إن تدخل المشرع بالتجريم في قانون العقوبات أو إي قانون جزائي موضوعي مكمل لا يقصد به حماية المصلحة الفردية فحسب وإنما هدفه الرئيس حماية المصالح العليا في المجتمع كالوظيفة العامة والمال العام فالاعتداء عليها يمثل الاعتداء على مصالح الدولة التي يحميها قانون العقوبات، وبالنظر إلى أن التشريع الجزائري يهدف إلى تحقيق الحماية الكاملة لقيم ومصالح المجتمع، لذلك فالنص المُجرم قد يكفل حماية إحدى المصالح الجزئية، أو مصلحة واحدة يكفل المشرع حمايتها بعدد من النصوص المُجرمة، فالنص الجنائي لا يقف عند حد معين من الفهم والتفسير وإنما ينبغي العمل على تطويره².

والمصلحة القانونية محل الحماية الجنائية يمكن تقسيمها على النحو التالي:

أولاً: المصلحة المحمية كضابط للتجريم

إن كل جريمة تكون اعتداء على مصلحة معينة يتم حمايتها بنص تجريمي، بالنظر إلى أن صفة عدم المشروعية التي تلحق بالفعل تحدد على أساس الارتباط بين الفعل والمصلحة، من حيث تهديدها أو الإضرار بها. وبالتالي إن تدخل المشرع بالتجريم في قانون العقوبات لا يقصد به حماية المصلحة الفردية الخاصة فحسب، وإنما هدفه الرئيس حماية المصالح العليا في المجتمع³، فإذا انتقت تلك العلاقة فإن صفة عدم المشروعية تنتفي بدورها. بالرغم من عدم التعارض الشكلي بين الفعل المجرم والنص الخاضع له، وهو ما يعني أن صفة عدم المشروعية لا تعد مجرد علاقة شكلية بين الفعل والنص المُجرم، إنما تمثل صفة موضوعية تعبر عن جوهرها، إذ أن الفعل محل التجريم يُشكل اعتداء وتهديد على المصلحة التي كفل لها المشرع حماية جنائية بمقتضى أحد نصوص قانون العقوبات⁴.

¹ شاوش رفيق، المصلحة المحمية في الجرائم المضرة بالإدارة العامة في التشريع الجنائي المقارن، بحث منشور في مجلة المفكر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة بسكرة، 2020، ص 596.

² رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام: فقهاً وقضاءً، المركز المصري للبحوث والمراجع، 2016، ص 125.

³ عصام محمود عبد الحليم يوسف، المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية، مرجع سابق، ص 487.

⁴ رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام: فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص 126.

فالجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة بالرغم من وحدة المصلحة محل الحماية فيها، إذ تشترك في مصلحة واحدة تتعلق بحُسن سير العمل الوظيفي لضمان أن تتمكن الإدارة من أداء وظيفتها على أحسن وجه أو لضمان سير الوظيفة العامة بانتظام واضطراد، فإن المصلحة قد يحميها المشرع بنصوص متباينة حيث يتناول كل نص تشريعي العناصر المكونة للجريمة والعقوبات المترتبة على ارتكابها، وهذا ما سوف نفضله في المبحث الثاني من هذا الفصل. فالمصلحة المحمية في جريمة الرشوة تختلف عن المصلحة المحمية في جريمة الاختلاس عنها في جريمة الكسب غير المشروع، مما يعني أن كل نص تشريعي يحمي مصلحة مغايرة عن الأخرى¹.

ثانياً: المصلحة المحمية كضابط لتقسيم الجرائم إلى مجموعات

يقتصر بحث المصلحة في نطاق قانون العقوبات على القسم الخاص منه، الذي يشتمل على الجرائم المنصوص عليها مع بيان عقوبة كل جريمة على حدة، إلا أن ذلك لا ينفي أن كل مجموعة من الجرائم تشترك في مصلحة يسعى المشرع إلى حمايتها، كما لا ينفي وجود مصلحة لكل جريمة على حدة²، كالجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، إذ بالرغم من أن المصلحة المحمية في تلك الجرائم مختلفة، إلا أنها تشترك في مصلحة واحدة وهي حُسن سير الوظيفة العامة لضمان أداء دورها المنوط بها على أكمل وجه، لحُسن سير عمل جهة الإدارة بانتظام واضطراد، وهو ما يجعل المصلحة تمثل معياراً موضوعياً يمكن من خلاله تقسيم الجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة³.

ومن ناحية أخرى فإن تحديد العقوبة لكل جريمة على حدة يرتبط بالغرض من النص المُجرم، أو ما يطلق عليه التفسير الغائي، فالنص لا يفسر في حدود ألفاظه وحروفه وإنما في ضوء المصلحة المستهدف تحقيقها من خلفه، إذ أن المصلحة لا يقف دورها عند بيان الأركان والصفات التي تشترك فيها كل مجموعة من الجرائم وإنما يمتد الدور المنوط بها إلى تفسير كل نص وليس فقط في المصلحة التي تشترك في حمايتها، وإنما بصورة خاصة في ظل المصلحة الخاصة أو المصلحة المشتركة التي تكفل النص المجرّم بحمايتها⁴.

¹ عصام محمود عبد الحليم يوسف، المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية، مرجع سابق، ص 489.

² أيمن محمد أبو علم، جريمة التزوير في التشريع المصري المقارن، مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص 24.

³ رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام: فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص 127.

⁴ مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي، 1983، ص 133.

لذلك، وبالرغم من أن جميع جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة المصلحة المحمية فيها والتي قصدها المشرع هي حُسن سير الإدارة العامة، إلا أن المشرع أسبغ حمايته عليها بأكثر من نص تجريمي، بحيث يتكفل كل نص بحماية جانب من جوانب المصلحة المراد حمايتها في جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة.

الفرع الثاني: المصلحة المحمية في الوظيفة العامة

ذهب جانب من الفقه إلى أن المصلحة المحمية في الوظيفة العامة تتمثل في الرابطة التي تربط هذه الأخيرة بالموظف العام وفقاً لقانون العقوبات، إذ لم يحدد المشرع مفهوم الموظف العام بموجب القانون الإداري، إذ منحه مفهوم أشمل يتفق مع الحماية الجزائية المقررة له¹.

فالمصلحة المحمية في هذه الجرائم، تتمثل في حماية الوظيفة العامة، ذلك كونها تتمثل في الاعتداء من طرف الجاني سواء على الأموال التي هي ملك الدولة، أو لأحد الأفراد بصفته موظفاً عاماً².

ومن ثم فإن جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة وإن كانت تنطوي على إساءة استغلال السلطة المرتبطة بهذه الوظيفة، فإنها تنطوي أيضاً على إخلال بالثقة التي أولتها السلطة العامة في الجاني- الموظف العام أو من في حكمه- الذي أوكلت إليها مهام أداء الوظيفة المنوطة به، والمفترض أن تمارس هذه الأخيرة في إطار من الحيطة لضمان تحقيق الهدف الموكول إليه تنفيذه، وهو ما يجعل اعتداء الجاني على المال العام مكوناً لجريمة لا يجوز للمشرع أن يتركها دون حماية قانونية لها³.

¹ رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام: فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص 121.

² أيمن محمد أبو علم، جريمة التزوير في التشريع المصري المقارن، مرجع سابق، ص 36.

³ عصام محمود عبد الحلیم يوسف، المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية، مرجع سابق، ص 498.

وفي هذا الإطار تمثل جريمة الرشوة واختلاس الأموال العامة، أو الاستيلاء عليها، عدواناً صارخاً على إحدى مصالح الدولة، مما يعمل على هز الثقة في الكيان الاجتماعي لها من جهة، كما تجعل من صلاحيات الموظف العام سيفاً مسلطاً على سلطة الدولة¹.

بينما اعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن المصلحة المحمية تتمثل في حماية الوظيفة العامة، بالنظر إلى أن قانون العقوبات قد توسع في تعريف الموظف العام أكثر مما هو منصوص عليه في القانون الإداري، وذلك بغرض المحافظة على ممارسة مهام الوظيفة العامة²، ولضمان أن يتفق المدلول الموسع للموظف العام مع الحماية الجنائية التي قررها قانون العقوبات للوظيفة العامة.

وهو ما يجعل الجرائم التي تقع على الأموال العامة والمضرة بالمصلحة العامة جرائم تتعلق بالاعتداء على الوظيفة العامة وترتبط بها، كجريمة الاختلاس التي تُرتكب من قبل موظف عام أو من في حكمه، إذ تعد أيضاً جريمة خيانة أمانة من جانبه، وهو ما يجعل عقوبته مشددة³.

إلا أن الباحث لا يتفق مع ما جاء بالفقرة السابقة، حيث أن هناك اختلافاً واضحاً بين جريمة الاختلاس وجريمة خيانة الأمانة، فجريمة الاختلاس تقع من الموظف العام أو من في حكمه على المال العام، بينما جريمة خيانة الأمانة قد تقع من غير الموظف العام على مال مملوك للغير.

ويلاحظ على هذا الاتجاه أن المشرع لا يحمي الوظيفة العامة بموجب النص المُجرّم فحسب، وإنما يحمي أيضاً الأموال الخاصة التي يملكها الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري (المعنوي).

الفرع الثالث: المصلحة المحمية في حماية الإدارة العامة

في محاولة للتوفيق بين الاتجاهين السابقين فيما يتعلق بالمصلحة العامة المحمية في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، اعتبر جانب من الفقه أن المصلحة المحمية في جرائم الاعتداء على الأموال

¹ نبيل محمود حسن، شرح جريمة الكسب غير المشروع والجرائم الملحقة، مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 22.

² Marcet Piuemal. Droit des Services des administratifs. 1967. p.18

³ عصام محمود عبد الحليم يوسف، المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية، مرجع سابق، ص 498.

العامة هي حماية الإدارة العامة من الاعتداء عليها، بالنظر إلى أن للإدارة العامة في نطاق قانون العقوبات مدلول خاص يشتمل على جانبين¹:

الجانب الأول: إن جهة الإدارة بوصفها شخص اعتباري معنوي تحتاج بطبيعة الحال إلى قوى بشرية كاملة تستخدمها في إدارة شؤونها، وتتمثل هذه القوى في الموظفين ومن في حكمهم، غير أن هؤلاء قد يسعون إلى استغلال وظائفهم من أجل الحصول على ربح ومكسب غير مشروع، وذلك بغرض اشباع متطلباتهم وحاجاتهم الشخصية، ودون مراعاة المصلحة العامة.

الجانب الثاني: إن العنصر المادي في المال العام اللزم لإدارة مشروعات جهة الإدارة وتحقيق أهدافها المنشودة، يجب على الموظف العام أو من في حكمه والذي في حيازته هذا المال بسبب وظيفته، استخدامه وفقاً للقانون تحقيقاً للمصلحة العامة، لذلك فمن الضروري توفير الحماية الجنائية للمال العام².

لذلك في نطاق الجرائم المضرة بالإدارة العامة، كجريمة اختلاس المال العام، فإن المصلحة المحمية التي سعى المشرع إلى حمايتها من خلال سنه للنص المُجرّم، هي مصلحة جهة الإدارة العامة في ضمان سير أعمال الوظيفة العامة بانتظام واضطراد، فالاختلاس يترتب عليه ضياع إحدى القيم المالية للسلطة العامة، وعلى خلاف ذلك إذا وقع الاختلاس على مال خاص يملكه أحد الأفراد، فإنه يترتب عليه اختلال بالثقة العامة التي يوليها الأفراد للسلطة العامة وإداراتها المختلفة، الأمر الذي يفرض على الدولة ضرورة تعويض المضرور من ضياع المال الخاص أو لورثته من الخزينة العامة للدولة، وذلك خصماً من المصلحة العامة³.

وعلى ذلك فإن العلة التي ينبغي أن يتوخاها المشرع، ليست مجرد اسباغ الحماية الجنائية للمال العام أو الخاص، أو تقرير حماية جنائية للوظيفة العامة، إذ توجد مصلحة أعلى من ذلك، وهي حماية المصلحة العامة من الاعتداء عليها.

¹ رفيق محمد سلام، الجديد في جرائم المال العام: فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص 122.

² فتوح الشاذلي، قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1996، ص 179.

³ عفية محمد رضا، المواجهة الجنائية لاعتداء الموظف على المال العام، مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 146.

المبحث الثاني:

أثر الصفة الوظيفية على البنيان القانوني للجريمة وتقدير العقوبة في الجرائم المالية

تمهيد وتقسيم:

تلتقي أغلب الجرائم بأركان عامة ومشتركة، وهي الركن المادي والركن المعنوي، ولكن هذا الحال لا يستوي في جميعها، فهناك نوع من الجرائم عند قيامها لا تكتفي بهذين الركنين، بل أن نموذجها القانوني يتطلب فضلاً عن ذلك توافر أركان أو شروطاً خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم، والمتمثلة بصفة الجاني أو المجني عليه أو في عناصر أخرى، وإن تلك الصفات ترتبط بهذا النوع من الجرائم وجوداً أو عدماً فإذا ما انتفت عن الجاني أو المجني عليه قبل ارتكابها واكتسبت بعد ذلك فإننا نكون أمام جرائم أخرى، أطلقت عليها مسميات أخرى منها الجرائم الخاصة أو الجرائم ذات الصفة، والجرائم الوظيفية من تلك الجرائم التي تتطلب توافر الركن الخاص أو المفترض المتمثل في كون الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة.

كما واقتصر الباحث على النطاق الموضوعي الخاص بالجرائم المالية المتعلقة بالصفة الوظيفية حيث أن جُل هذه الجرائم تكون ضمن نطاق الوظيفة العامة.

حيث أن الركن المفترض يتمثل في عناصر أو شروط قانونية سابقة على ارتكاب الجريمة ومستقل عن أركانها، وهو جزء من النموذج القانوني للجريمة ويدخل في تكوينها وبنائها، وهو يتعلق بموضوع الجريمة أو الجاني أو بالمجني عليه، ويتوقف عليه وجود أو انتفاء الجريمة بحسب الوصف المقرر في نص التجريم، بحيث إذا ما تخلف هذا الركن فإن الجريمة ستخضع إلى نص تجريمي آخر، أي يؤثر في وصفها وبنائها القانوني. ويتخذ الركن المفترض صوراً مختلفة، ما يهمن أنه قد يكون الركن المفترض عبارة عن صفة قانونية يُوجب المشرع توافرها في مرتكب الجريمة كصفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في جرائم الرشوة والاختلاس.

إن ما يهمننا في هذه الدراسة هو الصفة القانونية كركن مفترض. وعلى ضوء ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: أثر الصفة الوظيفية في البنين القانوني لجريمة الرشوة.

المطلب الثاني: أثر الصفة الوظيفية في البنين القانوني لجريمة الكسب غير المشروع.

المطلب الأول:

أثر الصفة الوظيفية في البنين القانوني لجريمة الرشوة

تمهيد وتقسيم:

تعتبر جريمة الرشوة من أخطر الجرائم التي يمكن أن تمس الثقة العامة والطمأنينة التي يجب أن يشعر بها المواطن تجاه إدارات الدولة التي ينتمي إليها. فالدولة مكلفة بتقديم الخدمات لمواطنيها من خلال الموظفين العاملين المكلفين بأداء هذه الخدمات مقابل ما يتقاضونه من أجر، فإذا خرج الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة عن هذا المفهوم وطلب أو أخذ أو قبل أي منفعة أخرى هبط بالوظيفة العامة إلى

مستوى السلعة التي لا يستفيد من خدماتها إلا الأقر على الدفع، وهو ما يؤدي إلى اختلال الثقة بين المواطن والوظيفة العامة وبالمحصلة بين المواطن والدولة.¹

إن خطورة الرشوة لا تقتصر على كيان الدولة وانتماء أفرادها لها، بل تتعدى ذلك إلى العلاقات الدولية سواء في إطار العلاقات الرسمية بين الدول، وهو ما يبرز عبر الرشى في صفقات السلاح أو في إطار التجارة الدولية وخاصة رشوة الموظفين الوطنيين في دول العالم الثالث من قبل الشركات متعددة الجنسيات في سبيل الحصول على امتيازات غير مشروعة، وهذا ما دعا المجتمع الدولي إلى إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في العام 2003، والتي اعتبرت الرشوة سواء للموظفين الوطنيين أو الدوليين أولى جرائم الفساد.²

وبالتالي فإن جريمة الرشوة إحدى جرائم الفساد، كما نص على ذلك قانون مكافحة الفساد الفلسطيني رقم (1) لسنة 2005 تعديلاته بشكل ضمني، فلم يعرف القانون الفساد وإنما حصر الجرائم التي تعتبر فساداً ومنها الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة التي ورد النص عليها في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 الساري في الضفة الغربية، وقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 الساري في قطاع غزة.

سوف نعالج جريمة الرشوة، وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم جريمة الرشوة وطبيعتها القانونية.

الفرع الثاني: أركان جريمة الرشوة.

الفرع الثالث: تمييز جريمة الرشوة عما يشبه بها من جرائم.

الفرع الرابع: عقوبة جريمة الرشوة وتقادمها.

الفرع الأول: مفهوم جريمة الرشوة وطبيعتها القانونية.

أولاً: تعريف الرشوة.

¹ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد 2، 2017، ص 108.

² انظر: المواد 15-16 من الفصل الثالث من الاتفاقية تحت عنوان التجريم وإنفاذ القانون.

أ- تعريف الرشوة لغةً

تأتي الرشوة في اللغة العربية بمعنى الجُعل، والرشاء الحبل الذي يوصل به إلى الماء كما يوصل بالرشوة إلى ما يطلب من أشياء¹.

وقال ابن سيده: رشا يرشو رشو، والرشاء الحبل والجمع أرشية، إنما حملناه على الواو، لأنه يوصل به إلى الماء كما يوصل بالرشوة إلى ما يطلب من الأشياء².

معاني الرشوة في اللغة: ترجع كلها بشكل عام إلى معنى التوصل والامداد، فهي اسم للمال الي يقصد به التوصل إلى المهدي إليه³.

ب- التعريف الفقهي للرشوة

من التعريفات الفقهية للرشوة "اتجار الموظف في أعمال وظيفته عن طريق الاتفاق مع صاحب الحاجة على قبول منفعة أو هدية ليقوم بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل"⁴.

وعرفها البعض بأنها "السلوك الذي ينطوي على الطلب أو القبول أو الأخذ للنقود أو الأموال أو أية فائدة أخرى من قبل موظف عام أو من في حكمه لنفسه أو لغيره مقابل الأداء أو الامتناع عن عمل أو الاخلال بعمل من أعمال الوظيفة مع علمه بذلك"⁵.

ويُعرف فقيه آخر الرشوة على أنها "اتفاق بين طرفين يعرض أحدهما فائدة أو منفعة ما فيقبلها الآخر لأداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفته أو مأموريته"⁶. فيما ويعرفها آخر بأنها "قيام الموظف العام أو من في حكمه، بأداء عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو الاخلال بأحد

¹ مليكة هنان، جرائم الفساد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 18.

² أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، القاهرة، مكتبة الخاتجي، ص 396، تحقيق وتقديم: عبد السلام محمد هارون ومحمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الكبير، بيروت، المكتبة العلمية، ص 228.

³ عبد الوهاب الشيشاني، الرشوة وخطورتها على المجتمع، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1991، ص 15.

⁴ محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 23.

⁵ أمال عثمان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص-الجرائم المخلة بالإدارة العامة والثقة العامة والجرائم الجمركية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001، ص 48.

⁶ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، بيروت، دار المؤلفات القانونية، 2010، ص 15.

واجباتها وذلك مقابل منفعة خاصة له أو لغيره".¹ فوفقاً لتلك التعاريف السابقة فإن أحد الطرفين يجب أن يكون موظفاً عاماً، أي أن الأصل في الرشوة هو اتجار الموظف العام أو من في حكمه بوظيفته.

ت- التعريف التشريعي للرشوة

لقد نظام المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 الساري في قطاع غزة جريمة الرشوة في نص المادة (106) بقوله: كل من: (أ) كان موظفاً في الخدمة العامة ومعهوداً إليه القيام بأي واجب بحكم وظيفته وطلب أو أخذ أو قبل مالياً أو منفعة مهما كان نوعها على سبيل الرشوة لنفسه أو لغيره لقاء فعل اداه أو امتنع عن ادائه أو لقاء فعل سيؤديه أو سيمتنع عن ادائه في المستقبل أثناء ممارسته لمهام وظيفته أو وافق على أخذ أو قبول مال أو منفعة لأية غاية من الغايات الآتية الذكر أو حاول ذلك، أو (ب) أعطى أو منح موظفاً في الخدمة العامة أو أي شخص آخر، أو دبر له أو وعده أو عرض عليه بأن يعطيه أو يمنحه أو يدبر له أو حاول بأن يدبر له مالياً أو منفعة مهما كان نوعها على سبيل الرشوة، لقاء ادائه الفعل السابق ذكره أو الامتناع عن أدائه: يعتبر أنه ارتكب جنحة.

نظم قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 والمطبق في الضفة الغربية جريمة الرشوة في الفصل الأول، تحت عنوان في الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة، من الباب الثالث تحت عنوان في الجرائم التي تقع على الإدارة العامة، حيث عرف في المادة (170) منه الرشوة بأنها "كل موظف عمومي وكل شخص ندب إلى خدمة عامة سواء بالانتخاب أو بالتعيين وكل امرئ كُلف بمهمة رسمية كالمحكم والخبير والسنديك طلب أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو أية منفعة أخرى ليقوم بعمل حق بحكم وظيفته عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار"

وعرفها مشروع قانون العقوبات الفلسطيني بأنها "كل موظف عام أو من في حكمه طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية أو هدية أو أية منفعة أخرى أياً كان اسمها أو نوعها، وسواء كنت مادية أو غير مادية، لأداء عمل من أعمال وظيفته أو للامتناع عنه أو للإخلال بواجبات الوظيفة أو لمكافأته على ما وقع منه، يعد مرتشياً ويعاقب بالسجن المؤقت".²

وفي المقابل، فإنه وباستعراض النصوص ذات الصلة في القوانين العقابية السارية في فلسطين، فإننا نجد أن قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 قد عرف الفساد من خلال ذكر الجرائم التي يعتبرها

¹ سليمان عبد المنعم، القسم الخاص من قانون العقوبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 38.

² ينظر: المادة (101) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لعام 2003.

المشروع فساداً، ومنها الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة والجرائم المخلة بالثقة العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني.

ولقد نظم المشروع العراقي جريمة الرشوة في المواد (307-314) من قانون العقوبات العراقي، حيث نصت المادة (307) على أنه: "1- كل موظف مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الاخلال بواجبات الوظيفة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس والغرامة على أن لا تقل عما طلب أو أعطى أو وعد به ولا تزيد بأي حال من الأحوال على خمسمائة دينار. 2- وتكون عقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس إذا حصل الطلب أو القبول أو الأخذ بعد أداء العمل أو الامتناع عنه أو بعد الاخلال بواجبات الوظيفة بقصد المكافأة على ما وقع من ذلك".

ث- تعريف الرشوة قضاءً

قضت محكمة النقض الفلسطينية¹ "... إن مفهوم الرشوة هو اتجار الموظف العام بوظيفته وذلك بتقاضيه أو قبوله أو طلبه مقابلاً نظير قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه" وعرفت محكمة النقض المصرية الرشوة بأنها "إن جريمة الرشوة تتحقق متى قبل المرششي الرشوة مقابل الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته ولو ظهر أنه غير حق، ويكفي في القانون لإدانة الموظف بالرشوة أن يكون له نصيب من العمل المطلوب وأن يكون قد اتجر مع الراشي في هذا النصيب".²

ج- تعريف جريمة الرشوة في الاتفاقيات الدولية والعربية

وسعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، من تعريف جريمة الرشوة عندما حضت الدول الأعضاء على تجريم فعل الارشءاء عندما يقترفه الموظفون العموميون وأشخاص آخرون غير الموظفين العموميين، مثل الموظفين العموميين الأجانب والعاملين في المؤسسات الدولية، بل زادت على ذلك بأن حضت الدول الأعضاء على تجريم العاملين في القطاع الخاص الذين يتلقون منافع دون وجه حق لقاء قيامهم بعملهم.

¹ محكمة النقض الفلسطينية، الحكم رقم 212/271، والحكم رقم 2012/282، 2013، منشور على موقع muqtafi.birzeit.edu.

² أحكام محكمة النقض المصرية في جريمة الرشوة، الطعن رقم 146 لسنة 21ق، جلسة 1951/5/7، والطعن رقم 291 سنة 23 ق، جلسة 1953/6/16.

فلقد نصت المادة(15) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن" تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية عندما ترتكب عمداً:

أ- وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية.

ب-التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية.

وقد أوردت المادة(16) من ذات الاتفاقية نفس الأفعال وأنماط السلوك التي وردت في المادة(15) في تعريفها لجريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية، كما تناولت المادة(21) من الاتفاقية الرشوة في القطاع الخاص، حين نصت على أن" تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمداً أثناء مزاوله أنشطة اقتصادية أو مالية أو تجارية"

كذلك حضرت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد كل دولة طرف أن تعتمد وفقاً لنظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب قصداً أو عمداً:

1. الرشوة في الوظائف العمومية.
2. الرشوة في شركات القطاع العام والشركات المساهمة والجمعيات والمؤسسات المعتبرة قانوناً ذات نفع عام.
3. الرشوة في القطاع الخاص.
4. رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات العمومية فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية داخل الدولة الطرف.

ثانياً: الطبيعة القانونية لجريمة الرشوة وتكييفها القانوني

تعد جريمة الرشوة جريمة فاعلين متعددين، إذ تقضي وجود طرفين أساسيين: الأول: المرشحي وهو الموظف العام، أو من في حكمه، الذي يقبل أو يطلب منفعة خاصة أو يقبل الوعد بها له أو لغيره نظير قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الاخلال بأدائه، والثاني: الراشي وهو صاحب المصلحة

الذي يعرض المنفعة الخاصة على الموظف العام، أو من في حكمه، أو يعد بها، أو يقبل طلب الموظف العام، أو من في حكمه، أداءها، وتقع الجريمة بحق الراشي حتى لو لم يلاق عرضه أو وعده بالمنفعة الخاصة قبولاً من قبل الموظف العام، كما تقع الجريمة بحق الموظف العام أو من في حكمه، إذا طلب منفعة خاصة من صاحب المصلحة ولو لم يلاق طلبه قبولاً من قبل الأخير¹.

ولجريمة الرشوة في صورتها الأصلية مظهران، المظهر الأول: مظهر سلبي يتمثل في قبول المنفعة الخاصة أو قبول الوعد بها أو طلبها من قبل الموظف العام، أو من في حكمه (المرتشى)، أما المظهر الثاني: فهو المظهر الإيجابي ويكون بعرض المنفعة أو الوعد بها من قبل صاحب المصلحة (الراشي) وسواء كانت جريمة الرشوة في صورتها الإيجابية أو السلبية فإن أركانها وعقوبتها واحدة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "تقديم مبلغ لموظف لعمل ما من أعمال وظيفته هو رشوة، ولا يؤثر في ذلك أن يكون تقديمه بناءً على طلب الموظف أو أن يكون قد تم الاتفاق على ذلك في تاريخ سابق، أو أن يكون الراشي غير جاد في عرضه ما دام المرتشى كان جاداً في قبوله"².

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "إذا تم ترتيب بين صاحب العمل ومكتب مكافحة الفساد بناءً على إخبار صاحب العمل لهم بأن المتهم طلب منه مبلغ خمسة آلاف دينار رشوة لتمشية العمل دون أن تتأكد دائرة مكافحة الفساد من صحة هذه المعلومات وترتبت كميناً للإيقاع بالمتهم، حيث جرى استدراجه من قبل صاحب العمل إلى سيارة صاحب العمل، حيث قام صاحب العمل بوضع مبلغ ثلاثة آلاف دينار في جيب المتهم ولما سأله المتهم عن ذلك قال له هذا "حلوان" وفي تلك اللحظة ألقى القبض عليه من أفراد مكافحة الفساد دون اتاحة الفرصة له بالقبول أو الرفض مع الأخذ بعين الاعتبار أن المتهم ذكر في أقواله لدى المدعي العام انه كان ينوي إبلاغ رئيس الوحدة والإشراف في وزارة الصحة، وعليه وفي ضوء كل ما سبق ليس هناك دليل جازم بأن المتهم قد طلب أو قبل لنفسه ليقوم بعمل حق أو غير حق، والثابت أنه كان يرفض الموافقة على ما تم إنجازه من عمل لمخالفته لشروط العطاء"³.

¹ مصطفى عبد الباقي، جريمة الرشوة وفقاً للقوانين السارية في الضفة الغربية، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 1، العدد التسلسلي، 25، رجب 1440هـ، مارس 2019، ص 335.

² أحكام محكمة النقض المصرية بتاريخ 1967/12/14، س18، ق41، ص209.

³ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائرية رقم 2007/573 (هيئة خماسية) بتاريخ 2007/7/24.

يذهب الفقه في تكيفه للرشوة مذاهب مختلفة، فالبعض يعتقد بوحدة الرشوة، فيما يقول البعض الآخر بثناية الرشوة، فيما يلي نوضح تلك المذاهب:

أ- مذهب وحدة الرشوة

يعتبر أصحاب هذا الرأي أن الرشوة جريمة واحدة، وهي جريمة الموظف العام الذي يتاجر في وظيفته وهو الذي يعد فاعلاً لها¹، أما الراشي فهو شريك يخضع للقواعد العامة في المساهمة الجنائية.² ويؤخذ على هذا المذهب أنه قد يؤدي إلى افلات الراشي من العقاب في حال رفض الموظف العام قبول ما عرض عليه أو ما تم وعده به رغم ما فعله من استهتار بالقانون واعتداء على الوظيفة العامة، كما لا يتصور فيه الشروع فلا يعتبر شروعاً قيام الشخص بعرض الرشوة دون تلقي رد بالرفض أو القبول من الموظف كون الجريمة جريمة الموظف وبالتالي هو من يقوم بالبداء في التنفيذ لأن صفته ركن مفترض للجريمة لا تقوم بدونه.³

كما يرى منتقدو هذا المذهب عدم استقامته والمنطق القانوني عند التطبيق في صورتين:

الأولى: طالما أن المرثشي صاحب صفة فإن المتدخلين الآخرين في الجريمة سوف يأخذون صفة الشركاء وهو ما يستوجب أن يكون هناك اتفاق مسبق أو توافق على ارتكاب الجريمة، غير أن حالة قيام الموظف بطلب الرشوة يكتمل معها بنيان الجريمة القانوني فكيف يمكن اعتبار المتدخلين فيها بعد اكتمالها شركاء.⁴

الثانية: أن الجريمة الواحدة تتطلب ركناً معنوياً متماثلاً، ومن المسلم به أن المرثشي يتطلب قصداً عاماً، أما الراشي فيجب أن تتجه نيته إلى قصد خاص هو أن يحمل الموظف العام على إتيان العمل أو الامتناع عنه.⁵

ب- مذهب ثنائية الرشوة

¹ فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص 22.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص 16.

³ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، ص 111-112.

⁴ المرجع السابق، 112.

⁵ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 1989، ص 34.

يميز هذا المذهب بين جريمتين من الرشوة، الرشوة السلبية التي يرتكبها الموظف سواء عير الطلب أو القبول بالمقابل، والرشوة الإيجابية التي يرتكبها صاحب الحاجة حين يعطي الموظف المقابل أو يعده به أو يعرضه عليه¹.

ولا يلزم وفقاً لنظام ثنائية الرشوة قيام اتفاق بين الراشي والموظف، إذ تقع الجريمة بمجرد الطلب أو العرض أو القبول من أي طرف دون النظر إلى موقف الطرف الآخر، ويترتب على ذلك أن الجريمة تقع تامة بمجرد اتخاذ أي سلوك يعتبر بدءاً في تنفيذها، أي بمجرد طلب الموظف تقع الرشوة السلبية، وبمجرد عرض صاحب المصلحة تقع الرشوة الإيجابية، كما يمكن أن يكون لكل منهما شركاء غير شركاء الطرف الآخر².

ويؤخذ على هذا المذهب أنه يجافي المنطق القانوني حيث يقسم الواقعة إلى جريمتين مستقلتين رغم أن كلاً منهما لازمة للأخرى³، فالرشوة تتطلب وجود الراشي والمرتشي وليس من المنطق التمييز بينهما⁴، كما أن التمييز بين جريمة الموظف العام واعتبارها جريمة سلبية، وجريمة الراشي واعتبارها إيجابية يتناقض مع اعتبار جل التشريعات أن من صور إجرام المرتشي الطلب والذي يفهم منه اتخاذ المبادرة والسلوك الإيجابي، وقد يقابله مجرد قبول من الراشي، وهو في هذه الحالة السلوك السلبي، فاصطلاح الرشوة الإيجابية والسلبية غير دقيق⁵.

ت-موقف المشرع الفلسطيني من طبيعة جريمة الرشوة

أخذ القانون الفلسطيني سواء في مواد قانون العقوبات ذات الأصل الانتدابي(المعدل خلال حقبة الإدارة المصرية لقطاع غزة) والمطبق في قطاع غزة، أو قانون العقوبات الأردني رقم(16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية بمبدأ وحدة الرشوة، واعتبار أن الرشوة هي جريمة الموظف العام، وفي سبيل الخروج من سلبات هذا النظام وخصوصاً إفلات الراشي من العقاب حال رفض الموظف العام الرشوة، فإن

¹ فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 22.

² سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، ص 112-113.

³ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق، ص 7.

⁴ حاتم الشحات، القانون العقابي، دار النهضة العربية، 2011، ص 15.

⁵ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، ص 113.

كلا القانونين قد نصا على عقاب عرض الرشوة الخائب في المادة(109) مكرر المطبقة في قطاع غزة،
والمادة(173) من قانون العقوبات رقم(16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية¹.

الفرع الثاني: أركان جريمة الرشوة

تعتبر الرشوة من جرائم ذوي الصفة، فهي تتطلب صفة خاصة في القائم بها إلى جانب الركنين
العامين للجرائم، الركن المادي والركن المعنوي.

أولاً: الركن المفترض (الخاص)

تتطلب جريمة الرشوة ركناً مفترضاً يتمثل في صفة الموظف المختص بالقيام بالعمل المطلوب
سواء بشكل كلي أو جزئي، فالرشوة تعد من جرائم ذوي الصفة، فلا يتصور فاعلها إلا إذا حمل صفة معينة،
وهي صفة الموظف العام أو من في حكمه بحسب الفئات التي يشملها القانون². ولا يكفي توافر صفة
الموظف على النحو السابق، بل يلزم أن يكون مكلف بعمل، ويجب أن يكون هذا العمل حقيقياً وليس
مزعوماً وليس بالاعتقاد الخاطئ. وليس من الضروري أن يكون قائماً بالعمل بشكل كلي، ويكفي أن يقوم
بجزء من العمل حتى تقام بحقه جريمة الرشوة، وهذا بحسب قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق
في الضفة الغربية³. ومع ذلك فإن قانون العقوبات المصري في جريمة الرشوة بالإضافة إلى الاختصاص
المزعوم يُجرم أحوال الاختصاص المزعوم والاعتقاد الخاطئ بالاختصاص، أي سواء أكان الاختصاص
حقيقياً أم مزعوماً أم يعتقد الموظف خطأ باختصاصه بالعمل⁴.

أ- الركن المفترض في التشريع الفلسطيني

ذكرنا أن الركن المفترض لجريمة الرشوة هي صفة الموظف العام، إلا أن هذه الصفة قد جرى
التوسع فيها كثيراً في القانون الفلسطيني، وهو ما يظهر من المادة (2) من قانون مكافحة الفساد رقم (1)

¹ محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم الخاص، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 25
² عبد اللطيف حسن ربابعة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية
للعلوم الأمنية، 2014، ص 232.

³ كامل السعيد شرح قانون العقوبات الأردني " الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، ص 433، مشاراً إليه عمر توفيق حبيب،
المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة" رسالة ماجستير، البرنامج المشترك بين جامعة الأقصى
وأكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، غزة، 2017، ص 88.

⁴ إبراهيم حامد طنطاوي، جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة والمال العام، القاهرة، المكتبة القانونية، 2000، ص 61.

لسنة 2005، التي حددت الأشخاص الخاضعين لأحكام القانون وفقاً للنص التالي يخضع لأحكام هذا القانون:

1. رئيس السلطة الوطنية ومستشاروه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة.
2. رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم.
3. رئيس وأعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني.
4. أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة وموظفوها.
5. رؤساء هيئات وأجهزة السلطة الوطنية.
6. المحافظون ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية والعاملون فيها.
7. الموظفون.
8. رؤساء وأعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة العامة والعاملون فيها التي تكون السلطة الوطنية أو أي من مؤسساتها مساهما فيها.
9. مأمورو التحصيل ومندوبوهم والأمناء على الودائع والمصارف.
10. المحكمون والخبراء والحراس القضائيين ووكلاء الدائنين والمصفيين.
11. رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الهيئات والمؤسسات العامة والجمعيات والخيرية والهيئات الأهلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وبالاستقلال المالي والإداري والأحزاب والنقابات ومن في حكمهم والعاملين في أي منها حتى لو لم تكن تتلقى دعماً من الموازنة العامة.
12. الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم فيه.
13. أي شخص غير فلسطيني يشغل منصباً في أي من مؤسسات السلطة الوطنية، التشريعية، التنفيذية والقضائية وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح أي جهاز عمومي أو منشأة عمومية أو منظمة أهلية تابعة لبلد أجنبي أو مؤسسة دولية عمومية.
14. أي شخص آخر أو جهة أخرى يقرر مجلس الوزراء إخضاعهم لأحكام القانون.

ورغم أننا نجد في مواد تجريم الرشوة المحال إليها بمقتضى المادة (1) من قانون مكافحة الفساد تحديداً آخر للركن المفترض في جريمة الرشوة، إلا أن تحديد الخاضعين لأحكام قانون مكافحة الفساد تعني أن كافة الأفعال المجرمة بمقتضى هذا القانون سيخضع لها هؤلاء الأشخاص. رغم ذلك، لا بد من الإقرار أن أسلوب الإحالة الذي اتبعه المشرع الفلسطيني يحمل في طياته الكثير من المخاطر لعل من أبرزها عدم

الوضوح، فإن كانت الإحالة من سمات القوانين الجزائية الخاصة¹، كما هو حال قانون مكافحة الفساد، إلا أن هذا لا يعفيها من الالتزام بمبدأ شرعية التجريم والعقاب الذي يستلزم وضوح نصوص التجريم والعقاب، وهو الأمر الذي لا يتوفر في هذه الحالة خاصة أن المواد المحال عليها سواء في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية، أو قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة تحمل في طياتها مفاهيم متميزة للموظف العام تختلف عما هو وارد في قانون مكافحة الفساد.

ب- اختصاص الموظف بالعمل

في الحقيقة أن المشرع الجزائي في تجريمه أي فعل يراعي غاية معينة يهدف إليها من وراء التجريم. كما أنه قد يتدخل في كل مرة من أجل تعديل أحكام هذه الجريمة، فتارة يشدد العقوبة وتارة أخرى يخففها أو يعفى الفاعل منها، وفقاً لضوابط معينة، يهدف من خلالها إلى تحقيق مصلحة قانونية معينة، من أجل تقدم وتطور المجتمع.

والمصلحة القانونية من تجريم الرشوة هي الحفاظ على المصلحة العامة من خطر الاعتداء عليها، والحفاظ على نزاهة الوظيفة العامة وحسن أدائها ونزاهتها والثقة فيها، والقضاء على الفساد الإداري والمالي من خلال مواجهة الإثراء غير المشروع للموظف أو المكلف بخدمة عامة، وعدم الاتجار بها من قبلهم.

ولكن لكي يستطيع الموظف الاتجار بأعمال وظيفته وتلقي الرشوة من أجلها يجب أن يكون مختصاً بها، وبالتالي لا يكفي لقيام هذه الجريمة أن يكون المرشحي موظفاً عاماً فقط، بل لابد من توافر العنصر الآخر ألا وهو عنصر الاختصاص، فعنصر الاختصاص هنا عنصر مكمل لعنصر صفة المرشحي كونه موظفاً عاماً. ونتناول فيما يلي أنواع وصور الاختصاص:

1. **الاختصاص الحقيقي:** يقصد بالاختصاص سلطة مباشرة العمل أو الصلاحية للقيام به، أو هو تمتع الموظف بالسلطة التي تعطيه القدرة على التعبير عن إرادته جهة الإدارة². وقد عبرت محكمة النقض الفلسطينية صراحة عن لزوم الاختصاص لقيام الرشوة إذ قضت "... المشرع لا يكفي بتحديد مجرد لصفة الموظف العام إنما يتطلب أن يكون المرشحي موظفاً بالنسبة للعمل أو الامتناع

¹ أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة "النظرية العامة"، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص 106.

² محمد شبير، القضاء الإداري الفلسطيني، جامعة الأزهر، 2015، ص 425.

الذي تلقى المقابل من أجله، أي أن يكون مختصاً به، وعليه فإن الاختصاص عنصراً في صفة الموظف العام كما تتطلبها جريمة الرشوة.

والموظف يكون مختصاً بالعمل في حالتين رئيسيتين:

- إذا ألزمه القانون القيام به.

- إذا خوله القانون سلطة تقديرية للالتزام به أو الامتناع عنه.

وبذلك تفترض الرشوة أن المرثشي موظف في خصوص العمل الوظيفي الذي تلقى المقابل نظيره ويعني ذلك أنه مختص به".¹

وتحديد إذا ما كان الموظف مختصاً أو غير مختص يرجع بحسب الأصل إلى القوانين واللوائح المنظمة لهذه الوظيفة.² ومع ذلك يجوز أن يثبت الاختصاص بواسطة أوامر مكتوبة أو شفوية متى كانت من جهة تملك منحه هذا الاختصاص، ذلك أن الموظف ملزم باتباع أوامر رئيسه متى كانت مشروعة ومتفقة مع القانون.³

2. الاختصاص الجزئي: لا يشترط لقيام الموظف بجريمة الرشوة أن يكون مختصاً كلياً بالقيام بالعمل،

بل يكفي أن يدخل جزء من هذا العمل في اختصاص ذلك الموظف، وإلا فإننا سنفتح الباب على مصراعيه لإفلات الجناة من العقاب، ذلك أن مقتضيات الإدارة الحديثة تقضي بتوزيع العمل على الأشخاص بحسب تخصصهم، فلا يجب أن يختص موظف واحد بعمل متكامل.⁴ وقد جاء في قضاء محكمة النقض المصرية أنه "... يكفي في القانون لإدانة الموظف بارتكاب الرشوة أن يكون له نصيباً من العمل المطلوب..."⁵ وفي حكم آخر عبرت محكمة النقض المصرية بشكل أكثر وضوحاً عن هذه الفكرة حيث قضت "... القول بوجود قيام الموظف بالعمل كله وهم يجانب الصواب، فضلاً عن مخالفته لنص القانون الصريح. إن كل ما اشترطه القانون هو أن يكون العمل

¹ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/271 صادر بتاريخ 2013/3/4 حكم منشور على موقع <http://muqtafi.birzeit.edu> تم التصفح بتاريخ 2023/6/3 الساعة التاسعة صباحاً.

² عمر الحسيني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 10.

³ محمد شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، جامعة الأزهر، 2015، ص 439.

⁴ فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 49.

⁵ أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 141 لصادر بتاريخ 1952/11/10.

من أعمال الوظيفة، وما دامت كلمة العمل جاءت مطلقة فهي لا تنقيد بقدر من العمل ولا بقدر خاص منه".

3. ادعاء الاختصاص: وهو ما أطلق عليه المشرع في المادة (103) مكرر من القانون المطبق في قطاع غزة الزعم بالاختصاص، والحال هنا زعم الموظف باختصاصه في القيام بالعمل بينما هو غير مختص بذلك العمل، والحقيقة أننا لا نجد نصاً مقابلاً لهذا النص لعلاج هذه الحالة في قانون العقوبات الأردني المطبق في الضفة الغربية، فلا عقاب في الضفة الغربية إذا ما ادعى الموظف أنه مختص بالقيام بالعمل، وذلك لأن الاتجار بالوظيفة لا يتحقق في هذه الحالة رغم ما أبرزه الموظف من استعداد للقيام بالجريمة وهو ما يوضح مقدار خطره على الثقة التي يجب أن تتميز بها الوظيفة العامة.

أما في قانون العقوبات الفلسطيني المعدل خلال حقبة الإدارة المصرية لقطاع غزة فقد تنبه لهذا الأمر ونص على حكم خاص جاء في المادة 103 مكرر ليعاقب الموظف الذي يزعم اختصاصه بالعمل أو الامتناع.

ولا يشترط في الزعم المعاقب عليه في هذه الحالة أن يحدث تأثيراً لدى الشخص المقابل، وبغض النظر ما إذا كان يعتقد صحة زعم الموظف أو أنه قد اكتشف كذبه ورفض منحه ما يطلب، وتبقى الجريمة قائمة في حق الموظف. كما لا يشترط أن يعزز الموظف مزاعمه بمظاهر خارجية فتقوم الجريمة على مجرد الادعاء¹، أما إذا عزز الموظف ادعائه بمظاهر خارجية في سبيل إقناع الضحية فيمكن أن نكون أمام جريمة احتيال²، وهو ما تتساوى قوانين عقوبات السارية في الضفة الغربية وقطاع غزة في العقاب عليه، ولكن ما هو الحال إذا كان الموظف يعتقد خطأً أن الأمر أو الامتناع من اختصاصه؟

إن قانون العقوبات الفلسطيني المعدل خلال حقبة الإدارة المصرية لقطاع غزة في المادة (103) مكرر جرم حالة الاعتقاد الخاطئ والذي يفترض أن الموظف قد وقع في غلط بشأنه سواء من تلقاء نفسه أو بسبب عوامل ساهمت في وقوع هذا الغلط، وعلّة ذلك أن الموظف الذي يعتقد خطأً اختصاصه ويتجر في العمل الذي اعتقد أنه مختص به يشكل خطراً على نزاهة الوظيفة العامة.³

¹ محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص 38.

² حاتم الشحات، القانون العقابي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص 34.

³ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 120.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " جريمة الرشوة تتحقق في جانب الموظف ولو خرج العمل عن دائرة وظيفته، بشرط أن يعتقد خطأ أنه من أعمال وظيفته، سواء يعتقد أو يزعم ذلك كذباً وبصرف النظر عن اعتقاد المجني عليه فيما اعتقد أو زعم، إذ هو حينئذ يجمع بين اثنين من الرذائل الاحتيال والارتشاء"¹. وبالتالي، فإنه يستوي أن يكون الموظف العام المرشحي مختصاً بالعمل أو الامتناع الذي ارتشى من أجله، أو لم يكن مختصاً به إذا كان يعتقد خطأ أنه من اختصاصه أو زعم هذا الاختصاص.

4. **الاختصاص الاستشاري:** والفرض في هذه الحالة أن الموظف غير مختص مباشرة في القيام بالعمل أو اتخاذ القرار بشأنه، إنما ينحصر دوره في تقديم المشورة إلى جهة اتخاذ القرار، ويذهب الفقه المصري إلى اعتبار أن العمل الاستشاري يعتبر من قبيل الاختصاص القابل لتلقي الموظف من أجله الرشوة². والحقيقة أن الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية والتي يعتمد عليها الفقه المصري في تقرير قيام الرشوة حال تقديم الرأي الاستشاري لم تكن واضحة الدلالة على ذلك³، إلا أن محكمة النقض الفلسطينية في النقض رقم (2012/271) كانت أكثر وضوحاً إذ قضت "... ولا يشترط أن يتخذ نصيب الموظف في الاختصاص صورة اتخاذ القرار، بل يكفي أن يكون دوره مجرد المشاركة في تحضير هذا القرار ولو كان ذلك في صورة إبداء رأي استشاري أو توصية..."

ثانياً: الركن المادي

لقيام أية جريمة لابد من توافر القاسم المشترك في جميع الجرائم، وهو الركن المادي بعناصره الثلاثة المتمثلة في السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية والعلاقة السببية. وفي جريمة الرشوة يتمثل السلوك الإجرامي في الطلب أو الأخذ أو القبول.

وهذا ما أكدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2005 في المادة (15) الفقرة (أ)، وبحسب قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 يتمثل الركن المادي لجريمة الرشوة في الطلب أو الأخذ أو القبول كما تم ذكره في المادة (101)، وفي قانون العقوبات المصري يتمثل صور النشاط الإجرامي

¹ نقض مصري رقم 1 بتاريخ 1994/1/2 السنة 45 قضائية، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، <http://www.cc.gov.eg> ، تم التصفح بتاريخ 2023/6/3 الساعة 11 صباحاً.

² محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 86.

³ انظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم 424 بتاريخ 1936/1/6، وحكم نقض صادر 1958/10/7، المرجع السابق، ص 86.

المكون للركن المادي لجريمة الرشوة حسب ما نصت عليه المادة (103) بأنه "كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشياً¹، وفي قانون العقوبات الأردني المطبق في الضفة الغربية تتمثل صور الركن المادي لجريمة الرشوة بنفس الصور السابقة التي تم ذكرها في القوانين، وبالتالي فإن عناصر الركن المادي هي:

أ- السلوك الإجرامي

إن السلوك الإجرامي الذي يقترفه الموظف العام ويتخذ هذا السلوك ثلاث صور هي على النحو التالي:

1. **الطلب:** تتفق القوانين محل الدراسة أن مجرد الطلب من قبل الموظف العام لمقابل قيامه أو امتناعه عن عمل يُشكل جريمة تامة، وهو ما أخذ به المشرع الفلسطيني في المادة (170) من قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية، وجاء نفس الحكم في المادة (103) من قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة، والطلب هو تعبير عن إرادة منفردة من قبل الموظف و متجهة إلى الحصول على مقابل نظير أداء العمل الوظيفي²، ولا يشترط لطلب الموظف شكل خاص، فيمكن أن يكون شفاهة أو كتابة صراحة أو ضمناً طالما يفهم منه طلب المقابل³.

2. **القبول:** تأخذ الصورة الثانية للسلوك الإجرامي شكل قبول الموظف العام بما يعرض عليه من مزية نظير قيامه بالعمل أو الامتناع، ويتطلب القبول أن يكون هناك إيجاب سابق من صاحب المصلحة. وسيان أن يكون ذلك الإيجاب ناتج عن طلب الموظف أو من تلقاء نفس صاحب الحاجة. ولا يجب أن يتخذ القبول صورة معينة إنما يمكن أن يكون بالقول أو الإشارة أو الكتابة، كما قد يكون القبول ضمناً يستنتج من ظروف الواقعة. وإثبات وقوع القبول جائز بكل طرق الإثبات⁴. وعلى القاضي أن يتوخى الحذر في هذا الإثبات، خاصة إن كان القبول غير صريح، فقد يكون بالسكوت أو القيام بعمل إلا أن ذلك يجب أن يقترن بأحوال ووقائع تعضد الاعتقاد بالقبول،

¹ انظر: المادة (103) من قانون العقوبات المصري رقم 95 لسنة 2003.

² سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 121.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2 الجزائر، دار هومة، الطبعة الخامسة، 2014، ص 74.

⁴ فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص66، مشاراً إليه سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 122.

فالسكوت قد يكون مرده عدم الاهتمام أو التردد أو الخوف، كما أن القيام بالعمل قد يكون مجرد قيام الموظف بواجبه¹.

3. **الأخذ:** وهي أكثر صور الرشوة انتشاراً، إذ أن الموظف لا يأمن أن يُغرر به فيما بعد من صاحب الحاجة إذا ما تحصل على طلبه، فيرغب أن يأخذ مقابل عمله مقدماً، ويقصد بالأخذ الدفع المعجل أو التناول الفوري للفائدة أو العطية، وهو سلوك بطبيعة الحال من الموظف المرتشي، وهذه الصورة من السلوك للرشوة قد جرى النص عليها صراحة في القانون المطبق في قطاع غزة وتحديداً المادة (103) مكرر، أما القانون رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية فقد اكتفى بصورتي الطلب والقبول دون ذكر الأخذ، ولا يمكن استبعاد المشرع لهذه الصورة، وحجة ذلك أن المشرع قد نص على مجرد القبول، واعتبر ذلك كافياً لقيام الركن المادي². ولا يرى الباحث في عدم النص على الأخذ في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 ما يدعو للانتقاد وذلك لأن في القبول ما يستغرق صورة الأخذ، فالشخص لا يأخذ إلا ما قبل به وهو عالم بسببه، إما إذ لم يكن الموظف يعلم أن الأخذ قد تحقق كأن يكون الدفع قد تم بدون علمه فإن الجريمة لا تقوم إلا بناءً على علمه وطريقة تصرفه بالعطية، ولا يشترط أن يتسلم الموظف العطية بيده وإنما يمكن أن يتسلمها حكماً، كما لو تم إرسالها إليه بواسطة البريد بعلمه، وقد يكون التسليم رمزياً كتسليم مفتاح سيارة أو أوراق ملكية، أو تسليمها لشخص ثالث بناء على طلبه³.

ب- موضوع السلوك الإجرامي (النتيجة الجرمية)

ويقصد بها ما يقع عليه نشاط المرتشي، وهو الفائدة المحققة من ذلك أو الوعد الذي تم⁴، وهو ما أسماه قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية "هدية أو منفعة"، في حين أسماه قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة "عطية". ولا يشترط في الهدية أو العطية أن تكون بصورة معينة، فقد تكون مادية أو معنوية، مشروعة أو غير مشروعة⁵.

¹ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 66.

² كامل السعيد، شرح قانون العقوبات-الجرائم المضرة بالمصلحة العامة-، مرجع سابق، ص 448.

³ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 123.

⁴ عمر توفيق حبيب، المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة"، مرجع سابق، ص 91.

⁵ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 124.

فعندما يتجرأ الموظف العام أو من في حكمه على القيام بالفعل ويقوم بالاتجار بأعمال وظيفته مقابل الفائدة فإنها تنهار دونها كل القيم وأهمها نزاهة الوظيفة العامة.¹ والمشرع الفلسطيني جعل صور العمل المطلوب عملاً من أعمال وظيفته أو امتناعاً أو مخالفة لأعمال وظيفته.²

وبالتالي لا تقوم الجريمة بمجرد تلقي الموظف العطية أو الهدية وإن كان غير مستحق لها، وإنما يجب أن ترتبط تلك العطية بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يدخل في اختصاص الموظف. والحقيقة أن تحقق هذا العنصر ليس من ضمن الركن المادي فلا يجب القيام بالعمل لوقوع الجريمة، فيكفي مجرد الطلب أو القبول أو الأخذ لمقابل حتى ولو لم يكن الموظف ينوي القيام به، كما يكفي لقيام الرشوة تحقق الفائدة مقابل عمل محدد يدخل في اختصاص المتهم حتى ولو كان لا يمثل مخالفة للقانون، إلا أنه يشترط فيه أن يكون ممكناً من الناحية الواقعية، فإذا كان مستحيلاً استحالة مطلقة لم تقم به الجريمة، أما لو كان مستحيلاً استحالة نسبية قامت به الجريمة طبقاً للقواعد العامة.³

ت- علاقة السببية

هي العلاقة التي تربط بين الفعل أو السلوك للموظف العام المتمثل بإحدى صورته الثلاث سالفه الذكر والنتيجة المؤدية لهذا السلوك أي ما يقع عليه نشاط المرتشي فيجب أن يثبت أن قيام الموظف بما طلب منه قد جاء نتيجة للرجاء أو التوصية، لذلك يجب أن ترتبط تلك العطية بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يدخل في اختصاص الموظف.

ثالثاً: الركن المعنوي

الرشوة من الجرائم المقصودة لا مجال لقيامها بطريق الخطأ، ذلك أن كل صور الركن المادي المكون للجريمة سواء الطلب أو الوعد أو القبول والأخذ-الذي انفرد به قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة- لا يتصور قيامها دون علم وإرادة، وهما مكونا الركن المعنوي في صورته القصدية.

ويثور السؤال حول نوع القصد المطلوب لجريمة الرشوة، هل هو قصد عام أم قصد خاص؟

أ- نوع القصد في جريمة الرشوة

¹ محمد منصور الصايدي، الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العامة في التشريع اليمني دراسة مقارنة بين التشريع المصري والفرنسي، دار الكتب اليمنية، ص 63.

² انظر: المادة (106) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة.

³ سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، ص 184.

يجمع الفقه أن الرشوة من الجرائم المقصودة، إلا أن نوع القصد المطلوب لها لم يجد ذات الإجماع، فهناك من يكتفي لقيام الجريمة بتوافر القصد العام في حين يتطلب آخرون القصد الخاص¹.

1. **الاكتفاء بالقصد العام:** يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن القصد المطلوب في جريمة الرشوة هو القصد العام²، والذي يتطلب اتجاه إرادة الجاني إلى القيام بالفعل سواء طلب المنفعة أو قبولها أو أخذها وهو عالم بأن المقصود من ذلك السلوك القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يختص به هو أو يزعم أنه يختص به.

2. **جريمة الرشوة تتطلب قصد خاص:** ويرى أصحاب هذا الرأي أن الرشوة لا تقوم على القصد العام وحده بل يتطلب قيامها توافر القصد الخاص، ويتمثل القصد الخاص لجريمة الرشوة في اتجاه نية الموظف العام المرتشي إلى الاتجار بأعمال الوظيفة³.
ويسوق أصحاب هذا الرأي العديد من الأدلة الوجيهة لتأييد رأيهم:

- القانون لا يعاقب على مجرد الفائدة أو العطية، وإنما على ربط هذا التلقي بالقيام بالعمل وهو ما يوضح نية الاتجار.
- تدخل المشرع المصري لتجريم فعل تلقي الفائدة أو طلبها حال نية الموظف عدم القيام بالفعل المادة (104) مكرر عقوبات مصري، لا يمكن فهمه إلا إذا سلمنا بأن الرشوة في تقدير القانون من جرائم القصد الخاص التي يلزم لقيامها توافر نية الاتجار بأعمال الوظيفة، وأن الموظف الذي لا تتوفر لديه نية تنفيذ العمل الوظيفي الذي تلقى الرشوة من أجله، وهي الحالة الموجودة في القانون الفلسطيني⁴، لا تتوفر لديه نية الاتجار ويفلت بالتالي من العقاب.
- موقف محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها يفهم منها أن الرشوة تتطلب قصد خاص يتمثل في نية الاتجار، فقد ورد عنها "من المقرر أن القصد الجنائي في الرشوة يتوافر بمجرد

¹ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 131.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 83.

³ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 132.

⁴ رغم أن القانون المصري هو المطبق في قطاع غزة، إلا أن المادة (104) مكرر المذكورة تم إضافتها بالقانون رقم 120 لسنة 1662 التي لم نجد سندا تشريعياً لتطبيقها في قطاع غزة على غرار قرار رقم 272 لسنة 1953.

علم المرتشي عند طلب أو قبول الوعد أو العطية أو الفائدة أنه يفعل هذا لقاء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو الاخلال بواجباتها وأنه ثمن لإتجاره بوظيفته"¹.

ب- عناصر القصد الجنائي في جريمة الرشوة

القصد الجنائي في جريمة الرشوة شأن باقي الجرائم يتكون من حيث الأساس من عنصري العلم والإرادة، ونظراً لتبني المشرع الفلسطيني مبدأ وحدة الرشوة وبالتالي فإن الرشوة جريمة الموظف العام والباقي ما هم إلا شركاء، سواء كان الراشي أو الوسيط أو من ساعد الراشي وقوى عزمه أو أعطاه المال وهو عالم بمآله فكل هؤلاء يكفي أن تتوفر لديهم نية الاشتراك مع علمهم بأركان الجريمة وإرادتهم القيام بأفعالهم المساهمة فيها².

فعنصر العلم يقصد بهذا العنصر إحاطة الموظف المرتشي أو في حكمه علماً بكافة العناصر المكونة للنموذج القانوني للجريمة، أما عن عنصر الإرادة فلكي يقوم القصد الجنائي في جريمة الرشوة يجب أن يتوافر لدى الموظف العام المرتشي إرادة القيام بالسلوك المكون للركن المادي للجريمة، فيجب أن يكون لديه إرادة الطلب أو القبول أو الأخذ المرتبط بالمقابل لهم وهو القيام بالعمل أو الامتناع عنه، فإذا لم تكن الإرادة متجهة لذلك فلا قيام للجريمة³.

الفرع الثالث: تمييز جريمة الرشوة عما يشتهب بها من جرائم.

نتناول فيما يلي التفرقة بين جريمة الرشوة وكل من جريمة استغلال النفوذ وجريمة الاختلاس وجريمة الوساطة والمحسوبية:

أولاً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة استغلال النفوذ

يعرف استغلال النفوذ اصطلاحاً بأنه "الاستفادة من السلطة أو القدرة على التأثير بصورة غير مشروعة"⁴، فاستغلال النفوذ يعبر عن كل إمكانية لها تأثير لدى السلطة العامة، يجعلها تستجيب لما هو

¹ الطعن رقم 6202 سنة 79 جلسة 2010/2/2، وفي نفس المعنى الطعن رقم 27435 جلسة 2007/1/14، عن موقع محكمة النقض المصرية تم زيارة الموقع الإلكتروني يوم 2023/6/5 الساعة 9:15 صباحاً.

² سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 133.

³ المرجع السابق، ص 134.

⁴ سامي جبارين، حول استغلال النفوذ الوظيفي، سلسلة تقارير قانونية رقم 67، صادرة عن الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 2006، ص 7.

مطلوب، وبالتالي يعبر عن متاجرة ولكن بنفوذ يتمثل في سلطة حقيقية أو وهمية للجاني على المختص بالعمل الوظيفي للحصول على مزية من أي نوع¹.

أو "استخدام النفوذ أياً كان مصدره لدى جهة عامة أو خاصة للحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة لمصلحة الفاعل أو لغيره، ويستوي أن يكون مصدر النفوذ سياسياً أو وظيفياً أو اجتماعياً أو اقتصادياً"².

ومن خلال التعريف السابق يتضح التشابه الكبير بين جريمتي الرشوة واستغلال النفوذ، بل إن بعض القوانين عالجت استغلال النفوذ ضمن نصوص الرشوة، كما هو الحال في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية، فنتشابه جريمتا الرشوة واستغلال النفوذ في أن كلا الجريمتين تقومان على المتاجرة بالميزة التي هي النفوذ أو السلطة العامة للموظف، كلاهما مقصودتان وتحققان نفس الأثر من الإضرار بالوظيفة العامة ونزاهتها³، إلا أن الجريمتين تتميزان من حيث:

أ- **صفة الجاني:** تعتبر جريمة الرشوة من جرائم ذوي الصفة، حيث يشترط القانون صفة معينة في المرثي وهي الموظف العام سواء أكان وطنياً أو دولياً أو صاحب صفة في القطاع الخاص والذي استحدثت الرشوة فيه، إلا أن هذه الصفة غير مشروطة في جريمة استغلال النفوذ⁴.

ب- **السلوك:** وهي ما يتم تقديمه في مقابل الفائدة من عمل أو امتناع عن عمل، ففي الرشوة يكون على الموظف بذاته القيام بالعمل أو الامتناع عنه سواء أكان العمل مشروعاً أو غير مشروع، أما في استغلال النفوذ فإن المقابل يكون بدفع الغير للقيام بعمل أو عدم القيام به⁵، والحصول على مزية الغير لدى سلطة عامة استناداً إلى نفوذ حقيقي أو مزعوم في هذه الحالة لا يستغل وظيفته ولكن ماله من نفوذ حقيقي أو مزعوم⁶.

¹ بوزيد شباح، جريمة استغلال النفوذ " آليات الوقاية والمكافحة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 34.

² سليمان محمد الجريش، الفساد الإداري وجرائم إساءة استعمال الوظيفة، الرياض، مطابع الشرق الأوسط، 2003، ص 52

³ بوزيد شباح، جريمة استغلال النفوذ " آليات الوقاية والمكافحة"، مرجع سابق، ص 41.

⁴ محمد علي عزيز الريكاني، جريمة استغلال النفوذ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص 38.

⁵ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني "دراسة تحليلية" مرجع سابق، ص 111.

⁶ عمر توفيق حبيب، المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 96

ت- نطاق الجريمة: يشترط في استغلال النفوذ أن يكون السعي في القيام بعمل أو الامتناع عنه في إطار سلطات الدولة¹، وليس في إطار سلطات أجنبية، أما الرشوة فيمكن أن تكون لدى مؤسسات الدولة أو الموظفين لدى المؤسسات الدولية²، أو حتى لدى كيانات القطاع الخاص³.

ثانياً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة الاختلاس

تعتبر جريمة الاختلاس من الجرائم التي تخل بالوظيفة العامة بحيث يقوم من خلالها الموظف العام أو من في حكمه باختلاس الأموال التي تكون تابعة للدولة وتحويلها إلى حيازته بطريق غير مشروع ويعاقب عليها القانون، حيث يقوم في هذه الحالة بتحويل الأموال من حيازته إلى التصرف فيها كأنه المالك لها⁴.

ويعرف الاختلاس أنه "تغيير نية المتهم؛ إذ تتجه نيته إلى تحويل حيازته الناقصة إلى حيازة كاملة"⁵، وعرفه آخر بأنه "تحويل الشيء عن وجهته وإضافته إلى ملك حائزه، فهو يتحقق بكل فعل يضيف به الجاني الشيء المسلم إليه إلى ملكه بتغيير حيازته من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة بنية التملك"⁶.
فجريمة اختلاس المال العام من الجرائم التي تشترط أيضاً صفة الموظف العام أو من في حكمه، حيث نصت عليها المادة (274) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936، وتندرج هذه الفئة من الجرائم ضمن إطار الجرائم التي تقترف ضد المصلحة العامة.

وتجدر الإشارة أن البعض يرى في حقيقة الأمر أن مواد قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 بشأن جرائم اختلاس المال العام لا تنطبق على وقائع اختلاس الأموال العامة والاستيلاء عليها أو تسهيل الاستيلاء عليها والأضرار بها، كونها ألغيت واستبدلت بمواد القانون رقم (69) لسنة 1953 المطبقة بالأمر رقم (272) لسنة 1953 بدلالة الأمر رقم (300) لسنة 1954 إذ نصت المادة الأولى من الأمر

¹ محمد علي عزيز الريكاني، جريمة استغلال النفوذ، مرجع سابق، ص 41.

² انظر: المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

³ انظر: المادة 21 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

⁴ عمر توفيق حبيب، المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة"، مرجع سابق، ص 96.

⁵ السيد أحمد محمد مرجان، واجب الموظف العام في حماية المال العام في ضوء النظام الإداري الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 143.

⁶ محمد نعيم فرحات، جرائم اختلاس الأموال العامة، مركز بحوث الشارقة، مجلة الفكر الشرطي، المجلد 13، العدد 49، 2004، ص 182.

رقم (272) لسنة 1953 على أنه: "تطبق أحكام القانون المصري رقم (69) لسنة 1953 الخاص بجريمة الرشوة في المناطق الخاضعة لرقابة القوات المصرية بفلسطين" قطاع غزة" ونصت المادة الثانية منه على أنه: "تلغى مواد القوانين الفلسطيني التي تتعارض مع أحكام هذا القانون؛ الأمر الذي يبين معه بأن مواد قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 الخاصة بجرائم اختلاس الأموال العامة والاستيلاء عليها والأضرار بها قد أُلغيت بموجب الأمر السابق، وبتاريخ 1954/4/29 صدر الأمر رقم (300) لسنة 1954 والذي بموجبه عدلت المادة الأولى من الأمر رقم (272) لسنة 1953، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه "تعديل المادة الأولى من الأمر رقم (272) وتقرأ كالاتي: تطبق أحكام القانون المصري رقم (69) لسنة 1953 الخاص بجريمة الرشوة واختلاس الأموال الأميرية والغدر في المناطق الخاضعة لرقابة القوات المصرية بفلسطين. وبتاريخ 1967/8/7 أصدر قائد قوات جيش الاحتلال الأمر العسكري رقم (44) لسنة 1967 والذي بموجبه ألغى العمل بالأمر رقم (272) لسنة 1953، والأمر رقم (300) لسنة 1954، وأعيد العمل بقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936، ومن ثم أصدر رئيس السلطة الوطنية الفلسطيني ياسر عرفات بتاريخ 1998/5/20 القرار رقم (20) لسنة 1988 والتي نصت المادة الأولى منه على أنه "تلغى المنشورات والقرارات والتعليمات العسكرية في الجدول المرفق بهذا القرار والصادرة خلال فترة الاحتلال الإسرائيلي لقطاع غزة ومن ضمنها الأمر رقم (44) لسنة 1967، الأمر الذي يتضح معه جلياً بأن الأمر رقم (272) لسنة 1953، والأمر رقم (300) لسنة 1954 واللذين أوجبا تطبيق مواد القانون رقم (69) لسنة 1953 الخاصة باختلاس الأموال العامة، وما زال ساري المفعول في قطاع غزة وواجب التطبيق على جرائم اختلاس الأموال العامة والاستيلاء عليها، وبذلك فإنه لا مجال لتطبيق المادة (274) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 كونها أُلغيت بموجب الأمر رقم (272) لسنة 1953، والأمر رقم (300) لسنة 1954 والقرار رقم (20) لسنة 1998 الذي ألغى الأمر العسكري رقم (44) لسنة 1967 الملغى بالأمرين المذكورين¹، إلا أننا نرى عدم صواب هذا الرأي لأن القانون رقم (69) لسنة 1953 الخاص بجرائم اختلاس المال العام اشترط تطبيقه في المناطق الخاضعة للرقابة المصرية، وكما نعلم انتهت الرقابة المصرية على قطاع غزة من أمد بعيد، وبالتالي يجب العمل فقط بقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936.

¹ كامل مطر، قانون العقوبات القسم الخاص (1) الجرائم الواقعة على المصلحة العامة جريمة السرقة وجريمة الاحتيال، كتاب مقرر للتدريس في جامعة فلسطين، قطاع غزة، 2017، ص 36-38.

وقد نص قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية في المادة (174) والتي تنص على التالي: أ- كل موظف عمومي أدخل في نتمته ما وكل إليه بحكم وظيفته أو بموجب تكليف من رئيسه أمر إدارته أو جبايته أو حفظه من نقود وأشياء أخرى للدولة أو لأحد الناس عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة، وبغرامة تعادل قيمة ما اختلس.

ب- كل من اختلس أموالاً تعود لخزائن أو صناديق البنوك أو مؤسسات الإقراض المتخصصة أو الشركات المساهمة العامة وكان من الأشخاص العاملين فيها (كل منهم في المؤسسة التي يعمل بها) عوقب بالغرامة المقررة في الفقرة السابقة.

وقد نص قانون العقوبات المصري على هذه الجريمة في المادة (112) منه والتي تنص على: كل موظف عام اختلس أموالاً أو أوراقاً أو غيرها وجدت في حيازته بسبب وظيفته يعاقب بالسجن المشدد¹ وتكون العقوبة السجن المؤبد في الأحوال التالية...

وبالتالي نرى بأن وجه التشابه بين جريمة الرشوة وجريمة الاختلاس في ركنها المفترض وهو عبارة عن الصفة التي تكون في شخص مرتكب الجريمة (الجاني)، بحيث إن سلوك هذه الجريمة يتطلب أن يكون هذا الشخص هو موظف عام أو من في حكمه، إلا أن موضوع جريمة الاختلاس يجب أن يكون أموالاً أو أشياء أخرى مما وضعت تحت إدارة وإشراف الموظف العام. فالمتطلب في موضوع الجريمة أن يكون المال أو الأشياء المعتدى عليها ملكاً للدولة أو لأحد أفراد المجتمع، طالما كان ذلك بحكم أعمال الوظيفة.²

ثالثاً: تمييز الرشوة عن جريمة قبول الوساطة والمحسوبية

عرفت المادة (2) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني والمحسوبية والوساطة بأنها "اتخاذ الموظف قراراً أو تدخلاً لصالح شخص أو جهة غير مستحقة أو تفضيلها على غيرها لاعتبارات غير مهنية".

يضح من خلال التعريف أن الوساطة والمحسوبية تكون في حال اتخاذ الموظف قراراً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهي في هذه الحالة تتفق مع جريمة الرشوة، إلا أن العمل أو الامتناع لا يكون بمقابل

¹ ينظر: المادة (112) من قانون العقوبات المصري رقم 95 لسنة 2003 المعدل من القانون رقم (58) لسنة 1937.

² عمر توفيق حبيب، المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة"، مرجع سابق، ص 98.

مادي معين، وإنما نظراً لحظوة المستفيدين لدى الموظف العام، فقد يتعلق الأمر بالانتماء الحزبي أو القبلي أو العائلي أو الديني أو العلاقة الشخصية بينهما¹.

الفرع الرابع: عقوبة جريمة الرشوة وتقادمها.

نتناول فيما يلي عقوبة جريمة الرشوة في كل من قانوني العقوبات المطبقين في شطري الوطن، بالإضافة الى تقادم هذه العقوبة:

أولاً: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة

تختلف العقوبات المقررة لجريمة الرشوة بين قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في المحافظات الشمالية (الضفة الغربية) عن تلك المطبقة في المحافظات الجنوبية (قطاع غزة).

أ- العقوبة في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية.

جرم قانون العقوبات الساري في الضفة الغربية الرشوة باعتبارها جنحة وعاقب عليها بالحبس والغرامة، حيث نص القانون على أن تكون عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن سنتين والغرامة التي تعادل قيمة ما طلب أو قبل، قد جاء النص عليها في المادة (170) حيث يقوم الموظف بعمل مشروع هو من صميم اختصاصه إلا أنه يتقاضى مقابل له.

كما ونص في المادة (171) وتكون عقوبته جنائية إذا كان العمل الذي قام به الموظف المرشحي غير مشروع، أو إذا امتنع عن القيام بعمل تمليه عليه التزامات وظيفته، ففي هذه الحالة يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة والغرامة بما يعادل قيمة ما قبل أو طلب من نقد أو عين. وبالرجوع إلى المادة (14) من ذات القانون فقد حددت العقوبات الجنائية بخمس عقوبات، منها عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة.

ب- قانون مكافحة الفساد الفلسطيني

إن قانون مكافحة الفساد اعتبر الرشوة، كغيرها من جرائم الفساد، جنائية وعاقب عليها بالسجن والغرامة، إضافة إلى عقوبات تبعية، ومن القواعد الثابتة في القوانين الجزائية أن النص الخاص يُقدم على النص العام ويقيده، وعليه فإن الرشوة تُعد الآن في فلسطين جنائية وفقاً لقانون مكافحة الفساد، وحبذا لو ورد نص في قانون مكافحة الفساد يعدل المواد (170-173) من قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية².

¹ سامي محمد غنيم، جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني "دراسة تحليلية" مرجع سابق، ص111.

² ينظر: نصت المادة(35) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني على أن: "يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون".

وقد قرر المشرع في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني عقوبة السجن من ثلاث إلى خمس عشرة سنة لجريمة الرشوة، كما لجرائم الفساد الأخرى، إضافة إلى عقوبة الغرامة المالية التي قد تصل إلى قيمة الأموال محل الجريمة، إلا أن المشرع لم يلزم المحكمة بالحكم بالعقوبتين معاً، إنما خيرها بالحكم بهما معاً، أو بأي منهما¹.

من ناحية أخرى، قرر المشرع الإعفاء من العقوبة إذا بادر المرشحي أو الراشي أو الشريك إلى إبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل كشفها وعن المال المتحصل منها، كما قرر التخفيف من عقوبة السجن والإعفاء من عقوبة الغرامة إذا أعان مرتكب الجريمة أو الشريك فيها، بعد كشف الجريمة من خلال التحقيق فيها، على الكشف عن ملابسات الجريمة ومرتكبيها².

كما قرر المشرع فرض عقوبة تبعية لمرتكب جريمة الرشوة، وهي الحرمان من تولي الوظائف العامة³، ويلاحظ أن المشرع الفلسطيني لم يفرض عقوبة الحرمان من الحقوق السياسية أو المدنية الأخرى، إنما اكتفى بالحرمان من الوظائف العامة، ومن ناحية أخرى لم يقرر المشرع الفلسطيني عقوبات خاصة بالشخص الاعتباري في حال ارتكابه للجريمة.

ت- قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة

حيث نصت المادة (106) منه على أنه كل من "أ- كان موظفاً في الخدمة العامة ومعهوداً إليه القيام بأي واجب بحكم وظيفته وطلب أو أخذ أو قبل مالاً أو منفعة مهما كان نوعها على سبيل الرشوة لنفسه أو لغيره لقاء فعل اداه أو امتنع عن ادائه أو لقاء فعل سيؤديه أو سيمتنع عن ادائه في المستقبل أثناء ممارسته لمهام وظيفته أو وافق على أخذ أو قبول مال أو منفعة لأية غاية من الغايات الأنفة الذكر أو حاول ذلك، أو (ب) أعطى أو منح موظفاً في الخدمة العامة أو أي شخص آخر، أو دبر له أو وعده أو عرض عليه بأن يعطيه أو يمنحه أو يدبر له أو حاول بأن يدبر له مالاً أو منفعة مهما كان نوعها على سبيل الرشوة، لقاء ادائه الفعل السابق ذكره أو الامتناع عن أدائه: يعتبر أنه ارتكب جنحة.

ووفقاً للمادة (47) من نفس القانون عقوبة الجرح هي الحبس لمدة ثلاث سنوات أو غرامة مالية 100 جنيه أو كلتا هاتين العقوبتين.

¹ ينظر: المادة (25) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني.

² ينظر: المادة (27) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني.

³ ينظر: المادة (31) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني.

نرى أن عقوبة الرشوة وفقاً للمادة (106) لا تتناسب وحجم الجريمة بحيث أن الثقة والأمانة التي يمنحها القانون والمجتمع للموظفين العموميين تتطلب إنزال أشد العقوبات ضدهم في حال خيانتهم لهذه الأمانة واستغلال وظيفتهم وصلاحياتهم من أجل الحصول على منافع مادية وغيرها، ولا يخفى على أحد منا مدى خطورة الأفعال التي تتصل بجريمة الرشوة وتنفيذها من الموظفين أو من في حكمهم الذين يحتلون أعلى درجات السلطة في الدولة، وبالتالي نعتقد أن العقوبة الواجب إنزالها في الموظفين المرتشين يجب أن تكون قاسية وشديدة، كما يتوجب فرض عقوبة السجن بالإضافة إلى العقوبة المالية في بعض الحالات التي يقدرها القضاء، كذلك يتوجب حرمان الموظف من ممارسة حقوقه السياسية والوظيفية كعقوبة تبعية يتحتم فرضها مع العقوبة الأصلية السالبة للحرية.

ثانياً: أحكام تقادم جريمة الرشوة

على الرغم من توحيد قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001 لأحكام تقادم الدعوى والعقوبة فقرر في المادة (12) تقادم دعاوى الجنايات بمضي عشر سنوات، وتقادم دعاوى الجرح بمضي ثلاث سنوات، مع النص على حكم خاص بتقادم الجرائم المرتكبة من قبل الموظفين حيث قرر عدم سريان المدة المسقطه للدعوى إلا من تاريخ اكتشاف الجريمة أو انتهاء الخدمة أو زوال الصفة، في حين حددت المادة (427) مدة تقادم العقوبة فيما دون الإعدام والمؤبد بمضي ضعف المدة المحكوم بها على ألا تزيد على (15) سنة، إلا أن المشرع قدر أن جرائم الفساد - والتي منها الرشوة- أكثر خطورة على المجتمع وعلى كيان الدولة وهيبتها من باقي الجرائم فقرر عدم إخضاعها لنظام التقادم، حيث بينت ذلك المادة (33) من قانون مكافحة الفساد التي جاء نصها "لا تخضع للتقادم قضايا الفساد وكل ما يتعلق بها من إجراءات"، والمدقق في نص المادة 33 يجد أن المشرع قد استثنى الدعاوى والإجراءات دون العقوبات وهو ما يفهم من ذكر القضايا والإجراءات وأغفال الأحكام وهذا ما يدعونا إلى الاعتقاد أن المشرع قد اعتبر أن دعاوى الفساد لا تسقط بالتقادم في حين تخضع الأحكام الصادرة بالعقوبات إلى القواعد الواردة في المادة (427) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

المطلب الثاني:

أثر الصفة الوظيفية في البنيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع

تمهيد:

تعتبر جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم الحديثة نسبياً، ليس فقط على مستوى النظام الجزائي الفلسطيني والأردني والعراقي وإنما على المستوى الدولي. إلا أن الشريعة الإسلامية سبقت الاتفاقيات والمواثيق الدولية والأنظمة المحلية في محاربة جرائم الكسب غير المشروع، فحُرمت أكل السحت، كما وسدت الذرائع الموصلة إلى جريمة الكسب غير المشروع، فحُرمت تقديم الهدايا والعطايا والهبات للمسؤولين كالولاية والقضاة والعمال على ولايات الدولة.

وفي العام 1936 جرم الكسب غير المشروع في التشريعات الوضعية، عندما قام البرلمان الأرجنتيني "رودولفو سيغويرا" بطرح مشروع قانون لتجريم ومعاينة الموظف العمومي الذي يملك ثروة لا يستطيع تبرير مصدر مشروع لها، كرد فعل لاستعراض قام به أحد موظفي الحكومة لممتلكاته التي حصل عليها بعد توليه منصبه، ورغم عدم إقرار هذا المقترح من قبله في ذلك العام إلا أنه ساهم بالتعريف بالجريمة على مستوى عالمي، وساعد على بدء حركة تجريم فعل الكسب غير المشروع¹. وفي العام 1964 جُرمت كل من الأرجنتين والهند الكسب غير المشروع في تشريعات أقرت لهذا الغرض، ثم وفي الفترة ما بين 1970 و1980 تقدم مشرعون من عدة دول بمقترحات قوانين لتجريم الكسب غير المشروع، وفي العام 1990 كانت هناك عشر دول على الأقل قد أقرت تشريعات جزائية لتجريمه، ومن ثم تسارعت وتيرة إقرار هذه التشريعات، فبحلول العام 2000 تخطت الدول التي أقرت هذه القوانين عشرين دولة، وفي العام 2010 بلغ عدد الدول التي جُرمت هذا الفعل أكثر من أربعين دولة².

Jeffrey R. Boles, "Criminalizing the problem of unexplained wealth: Illicit enrichment offenses and Human Rights Violations", New York University Journal of Legislation and Public Policy, Vol. 17, No. 4, 2014, pages: 849-851, online published study at //http://www.nyuylpp.org/wp-content/uploads/2015/03/Boles-Criminalizing-the-Problem-of-Unexplained-Wealth-17nyuylpp836.

Muzila, Lindy; Morales, Michelle; Mathias, Marianne; Berger, Tammar. "On the Take : Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption", (Washington, DC: World Bank.2012), Page8

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/13090>

إن المفهوم السليم لجريمة الكسب غير المشروع، بتعريفها وصورها وأركانها لا يمكن أن يكون دون تحليل للنصوص القانونية النازمة لهذه الجريمة في التشريعات المقارنة، لذا سوف يقدم الباحث في هذا المطلب شرحاً تفصيلياً لجريمة الكسب غير المشروع، فقد قسم هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم جريمة الكسب غير المشروع.

الفرع الثاني: أركان جريمة الكسب غير المشروع.

الفرع الأول: مفهوم جريمة الكسب غير المشروع

سوف نتناول في هذا الفرع تعريف جريمة الكسب غير المشروع في التشريعات الجزائية الفلسطينية والأردنية، ومن ثم التطرق لتعريف جريمة الكسب غير المشروع في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2005.

أولاً: تعريف جريمة الكسب غير المشروع في التشريعات الفلسطينية والمقارنة

ورد التعريف الأول في التشريعات الفلسطينية لجريمة الكسب غير المشروع في المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005، التي عرفته بأنه "كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني أو للآداب العامة أو بأية طريقة غير مشروعة وإن لم تُشكل جرماً، ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ويدخل في حكم الكسب غير المشروع كل مال حصل عليه أي شخص طبيعي واعتباري عن طريق تواطؤ مع أي شخص من الخاضعين لهذا القانون على استغلال وظيفته أو صفته".

إلا أن التعديل الذي طرأ على قانون الكسب غير المشروع بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005، والذي عدل المادة الأولى منه (مادة التعاريف)¹، لم يحتو تعريفاً للكسب غير المشروع، رغم إيراد جريمة الكسب غير المشروع كأحدى جرائم الفساد، الأمر الذي أفرغ التشريع من محتوائه على نصوص تعمل على بيان الأحكام الموضوعية

¹ ينظر: نص المادة(4) من القرار بقانون رقم 7 لسنة 2010

لهذه الجريمة من عناصر وأركان وصور، ما يمكن اعتباره نسفاً لجريمة الكسب غير المشروع، وبشكل خاص بعد إدخال التعديل على المادة (20) من القانون الأصلي التي كانت تنص قبل تعديلها على أنه "إذا تبين للهيئة جدية الشكوى تطلب من الشخص المطعون في ثرائه بيان مصدر هذا الثراء" لتصبح بعد تعديلها "إذا تبين للهيئة جدية الشكوى المقدمة لها تطلب من الشخص المطعون في ثرائه بيان مصدر هذا الثراء، وفي حال لم تقتنع الهيئة بشرعية مصدر هذا الثراء عليها أن تثبت بالتحقيقات التي تجريها عدم شرعية هذا الثراء" وبذلك يكون التعديل الذي أدخل على نص المادة (20)، يتناقض مع التعريف الأول الذي تناولته القانون الأصلي للكسب غير المشروع.¹

وقد بقي التساؤل الذي أثاره تعديل مادة التعاريف، هل تعريف الكسب غير المشروع ألغى أم أن التعريف الوارد في القانون ما زال قائماً ويرجع له للتعرف على الأحكام الموضوعية لجريمة الكسب غير المشروع؟

هذا التساؤل بقي رسم الإجابة إلى أن أصدرت المحكمة العليا بصفتها الدستورية حكمها في الطعن رقم (2014/3) بتاريخ 2015/10/21، والذي أكد على أن القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 أبقى على تجريم الكسب غير المشروع واعتبره أحد جرائم الفساد، وأن التعريف الوارد في قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005، لم يتم إلغاؤه، ولم تلغ ضوابطه التشريعية الجزائية، وإنما تضمن تعديل المادة رقم (1) من قانون الكسب غير المشروع بأن أضاف إليها أنواع الأفعال محظورة جنائياً التي تُشكل كل منها جريمة من جرائم الفساد ومن ضمنها الكسب غير المشروع باعتباره جريمة محددة العناصر وفقاً لتعريفه في المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع، وبذلك فلا يتعارض التجريم الوارد في الفقرة (6) من المادة (1) من القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 مع مبدأ الشرعية الوارد في المادة (15) من القانون الأساسي الفلسطيني.²

إلا أنه ورغم ذلك بقي التعارض ما بين التعريف الوارد في المادة (1) وما ورد في المادة (20) بعد تعديلها بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، حيث تتطلب المادة (1) في تعريفها لجريمة الكسب

¹ رشا توفيق عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والإدارة في جامعة بيرزيت، فلسطين، 2019، ص 4.

² للمزيد انظر: في الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 2014/3 الصادر في مدينة رام الله بتاريخ 2015/10/21.

غير المشروع من الشخص الخاضع للقانون إثبات مصدر مشروع للزيادة في الثروة التي تطراً بعد توليه منصبه أو زوجه أو أبنائه القصر متى كانت هذه الزيادة لا تتناسب مع مواردهم، وإلا اعتبر كسباً غير مشروع، جاءت المادة (20) من القانون لتطلب من الهيئة في حال لم تقتنع بشرعية مصدر هذه الزيادة أن تثبت بالتحقيقات التي تجريها عدم شرعية هذا الثراء. إن تطبيق ما جاء في هذه المادة يؤدي لتحديد النص عن الهدف من تجريم فعل الكسب غير المشروع، حيث تثبت الهيئة المصدر غير المشروع وبالتالي تثبت ضده جريمة أخرى يمكن اتهامه بارتكابها، وفي حال عدم إثباتها للمصدر غير المشروع فلا مجال لاتهامه بالكسب غير المشروع.¹

وفي التشريع الأردني اعتبرت الفقرة (أ) ثالثاً من المادة (16) من قانون النزاهة ومكافحة الفساد لعام 2016 الكسب غير المشروع فساداً لغايات هذا القانون، أما بالنسبة لقانون اشهار الذمة المالية فقد عرفت المادة (6) الفقرة ثالثاً من قانون إشهار الذمة المالية الأردني رقم 54 لسنة 2006 الكسب غير المشروع بأنه " كل مال، منقول أو غير منقول، منفعة أو حق منفعة يحصل عليه أي شخص تسري عليه أحكام هذا القانون، لنفسه أو لغيره، بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة، وإذا طرأت زيادة على ماله أو على مال أولاده القصر بعد توليه الوظيفة أو قيام الصفة وكانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز هذا الشخص عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة فتعتبر ناجمة من استغلال الوظيفة أو الصفة".

وما تجدر الإشارة إليه في تعريف المشرع الأردني للإثراء غير المشروع هو توسعه في محل وموضوع هذا الإثراء إذ يمكن ملاحظة شموله للمنفعة بالإضافة إلى المال المنقول وغير المنقول، والذي يمكن أن يوسع كثيراً من حالات توافر جريمة الكسب غير المشروع، ويمكن أيضاً أن يجعل القانون يصطدم ببعض المعضلات أثناء التطبيق، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (8) من القانون نفسه على أنه " وإذا تبين للهيئة وجود دليل كاف على إثراء غير مشروع فعليها أن تحيل الأوراق ونتائج فحصها وتدقيقها إلى الجهات المختصة بالتحقيق والمحاكمة"، وفي نص هذه المادة ما يزيل اللبس الذي قد تتركه تسمية هذا التشريع بإشهار الذمة المالية، إذ توضح مع المواد التي تنص على العقوبات أن قانون إشهار الذمة المالية ينتمي إلى حظيرة القانون الجنائي.²

¹ رشا توفيق عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 4.

² ينظر: قانون اشهار الذمة المالية الأردني رقم 54 لعام 2006.

وقد أخذ المشرع الأردني بنظر الاعتبار ما شاب تعريف الكسب غير المشروع في التشريعات المصرية المتعاقبة، حيث استثنى الأمور التي احتواها التعريف المصري والتي أثارت الملاحظات، سواء المتعلقة بالسلوك المخالف لقانون العقاب أو للآداب العامة، حيث نجد أن المشرع الأردني قد عرف الكسب غير المشروع في المادة (4) من قانون الكسب غير المشروع رقم (21) لسنة 2014 بأنه "يعتبر كسباً غير مشروع كل مال منقول أو غير منقول حصل أو يحصل عليه أي شخص تسري عليه أحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال منصبه أو وظيفته أو المركز الذي يشغله أو بحكم صفة أي منها، وكل زيادة تطراً على المال المنقول أو غير المنقول وفق إقرار الذمة المالية المقدم منه بمقتضى أحكام هذا القانون أو قانون إشهار الذمة المالية رقم 54 لسنة 2006، 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." قال الكسب غير المشروع وفق التشريع الأردني يكون في شقين، **الشق الأول:** تكون باستغلال المنصب أو الوظيفة أو الصفة، **والثاني:** تتمثل بالزيادة غير المبررة في المال المنقول وغير المنقول للخاضع أو لزوجه أو ابنائه القصر وفق إقرار الذمة المالية المقدم من الخاضع، أثناء إشغاله للمنصب أو للوظيفة أو بسببها. ويؤخذ على التعريف الوارد في التشريع الأردني قصر التجريم في صورته الثانية على الفئة المكلفة بتقديم الإقرارات دون غيرها، أما بالنسبة للنظام الداخلي المتمثل بالدستور لم ينص الدستور الأردني على مواد تجرم الكسب غير المشروع بشكل صريح ولكنه أورد بعض المواد المجرمة للكسب غير المشروع ضمناً.¹

أما بالنسبة لقانون العقوبات الأردني لم يتضمن قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 نص صريح يجرم الكسب غير المشروع لكنه أورد بعض النصوص التي تجرم الكسب غير المشروع ضمناً ففي نص الفقرة الأولى من المادة (174) الواقعة ضمن الباب الثالث (في الجرائم التي تقع على الإدارة العامة) الفصل الأول (الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة) ذكر المشرع أنه يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة أقلها عشرة دنانير كل شخص:

¹ إيثار باسم الرشدي، جريمة الكسب غير المشروع في التشريع العراقي والأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط، 2022، ص 25-26.

1. كل موظف عمومي أدخل في ذمته ما وكل إليه بحكم الوظيفة أو بموجب تكليف من رئيسه أمر إدارته أو جبايته أو حفظه من نقود وأشياء أخرى للدولة أو لأحد الناس عوقب بالأشغال المؤقتة وبغرامة تعادل قيمة ما اختلس.

2. وكذلك استثمار الوظيفة بالحصول على منفعة شخصية فقد نصت الفقرة الأولى من المادة(176) الباب الثالث (في الجرائم التي تقع على الإدارة العامة) الفصل الأول (الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة): يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة أقلها عشرة دنانير: كل موظف حصل على منفعة شخصية من إحدى معاملات الإدارة التي ينتمي إليها سواء أفعّل ذلك مباشرة أو على يد شخص مستعار أو باللجوء إلى صكوك سورية.

من التعريفات المتقدمة للكسب غير المشروع نجد أن كل مرحلة لها رؤيتها الخاصة بها مع اتفاق في الهدف وهو ملاحقة الأفراد الذين تنمو ثروتهم بغير جهد وبسبب غير مشروع، والتي تقرر في مجملها مفهوماً عاماً، يتمثل في أنه إذا عجز الموظف العام، أو من في حكمه عن إثبات مصدر مشروع للزيادة الكبيرة في أمواله أو أموال أشخاص قريبي الصلة به وبما لا يتناسب مع ثروته فإنه يلاحق قانوناً عن جريمة كسب غير مشروع.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا النهج أيضاً، التشريع في هونج كونج وبوتسوانا والهند وزامبيا والعديد من دول أمريكا الجنوبية كشيلى وكولومبيا وكوستاريكا وبنما والأرجنتين¹ وهناك الكثير من التشريعات العربية التي أخذت بهذا الاتجاه بجانب التشريعين المصري والعراقي².

¹ Craig Fagan, Illicit Enrichment Regulations, Transparency .International, 2012, P.6
² ومن الدول التي اعتمدت الاسلوب المباشر في اصدار قوانين الكسب غير المشروع للموظفين، بجانب قانون الكسب غير المشروع على حساب الشعب العراقي رقم(15) لسنة 1958 وتعديلاته، وحالياً صدر قانون باسم قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011، تكلم في الفصل الرابع منه عن الكسب غير المشروع، وفي مصر قانون الكسب غير المشروع رقم 62 لسنة 1975، كما يوجد مشروع قانون الكسب غير المشروع أيضا وهو قيد المناقشة حالياً، فذلك الحال، سوريا.

ثانياً: تعريف جريمة الكسب غير المشروع في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2005

تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عام 2003¹، والتي دخلت حيز التنفيذ في العام 2005، من أهم الصكوك الدولية التي وضعت واعتمدت لمكافحة الفساد²، باعتباره آفة عالمية ذات آثار خطيرة تهدد استقرار المجتمعات وأمنها، وتقوض الديمقراطية والقيم الأخلاقية والعدالة، اقتناعاً من المجتمع الدولي بأن الفساد لم يعد شأنًا محلياً بل هو ظاهرة عبر وطنية تمس كل المجتمعات والاقتصادات، مما يجعل التعاون الدولي على منعه ومكافحته أمراً ضرورياً، وبينت الاتفاقية في المادة الأولى أن أغراضها هي:

أ- ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع الفساد بصور أكفأ وأنجع.

ب- ترويج وتيسير ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية في مجال منع ومكافحة الفساد، بما في ذلك في مجال استرداد الموجودات.

ت- تعزيز الشفافية والمساءلة والإدارة السليمة للشؤون العمومية والممتلكات العمومية.

وقد جاءت الاتفاقية في ثمانية فصول، الأول منها تناول الأحكام العامة، والثاني التدابير الوقائية، والثالث التجريم وإنفاذ القانون، والرابع التعاون الدولي، والخامس استرداد الموجودات، والسادس المساعدة التقنية وتبادل المعلومات، والسابع آليات التنفيذ، والثامن أحكام ختامية، يطلب الفصل الثالث المتعلق بالتجريم وإنفاذ القانون من الدول الأطراف تجريم مجموعة من الأفعال التي اعتبرها جرائم فساد، أو النظر في تجريمها رهنا بدستورها والمبادئ الأساسية في نظامها القانوني، وهي رشو الموظفين العموميين الوطنيين بصورتيه (الرشوة والارتشاء)³، رشو الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية، اختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها من قبل موظف عمومي، المتاجرة بالنفوذ، إساءة استغلال

¹ اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة 58/4، المؤرخ 31 تشرين الأول 2003، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2005/12/14 بعد مرور تسعين يوماً على إيداع صك التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام الثلاثين، وفق أحكام المادة (68) من الاتفاقية في فقرتها الأولى.

² حيث سبق هذه الاتفاقية مجموعة من الصكوك متعددة الأطراف على النحو التالي:

- اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل منظمة الدول الأمريكية في العام 1996.
- اتفاقية القانون المدني بشأن الفساد المعتمدة من قبل اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا 1999.
- اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومحاربهه عام 2003.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام 2003.

³ ينظر: المادة (15) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد 2003.

الوظائف، الإثراء غير المشروع، الرشوة في القطاع الخاص، اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، غسل العائدات الإجرامية، الإخفاء، وإعاقة سير العدالة.¹

وقد حددت الاتفاقية درجة إلزامية كل مادة من المواد سالفة الذكر، فبعض الجرائم الواردة في الفصل الثالث منها ملزمة لكافة الدول الأطراف، بمعنى أن على كل دولة طرف أن تعتمد ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريمها في قوانينها الوطنية وفق العناصر المتضمنة في الاتفاقية، وبعضها يعتبر من قبيل المقننات الاختيارية، بحيث تلزم الدولة بالنظر في إمكانية اعتماد تدابير تشريعية لتجريمها رهناً بدساتيرها وأنظمتها القانونية، وقد اعتبرت الاتفاقية تجريم الإثراء غير المشروع من المقننات الاختيارية.²

طلبت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة (20) من كل دولة طرف رهناً بدستورها وبالمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، أن تنظر في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم تعمد موظف عمومي إثراء غير مشروع، أي زيادة موجوداته زيادة كبيرة لا يستطيع تعليلها بصورة معقولة قياساً إلى دخله المشروع، وبذلك يمكن تعريف جريمة الإثراء غير المشروع في الاتفاقية بأنها (زيادة كبيرة في موجودات موظف عمومي، لا يستطيع تعليلها بصورة معقولة، قياساً إلى دخله المشروع).

ويلاحظ على هذا النص، أنه، وللمرة الأولى، على المستوى الدولي يتم التصدي إلى بيان المقصود بالكسب أو الإثراء غير المشروع، إذ خلت المحاولات الدولية السابقة من التطرق لذلك، وحسناً فعلت الاتفاقية بإيرادها للتعريف؛ لأنه من غير المستساغ إزاء الاهتمام الدولي المتزايد بمنع ومكافحة الفساد، ترك مسألة في غاية الأهمية كمسألة الكسب غير المشروع دون تهديد، من خلال إيراد تعريف لها على نحو واضح وصريح ومع ذلك فهناك انتقادات يمكن إيرادها بشأن هذا التعريف فمن جهة أولى، أن نص المادة المذكورة جاء قاصراً في نطاقه على الموظف العمومي، دون الإشارة إلى ما يمكن أن تكون الزيادة في الموجودات قد تحققت في الذمة المالية لشخص آخر غير هذا الموظف، ولكن قريب الصلة به كزوجه أو أولاده أو غيرهم وهذا مما يؤدي إلى إفلات حالات كثيرة من العقاب، ومن جهة ثانية، أن نص المادة أعلاه لم يشر إلى حالة امتناع المكلف عن الكشف عن ذمته المالية ضمن المدة المحددة، ناهيك عن إغفال النص بشأن تحديد مقدار الزيادة التي تعد كسباً غير مشروع ومن الجدير بالإشارة أن المادة (8) الفقرة (5)

¹ رشا توفيق عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 7.

² إيثار باسم الرشدي، جريمة الكسب غير المشروع في التشريع العراقي والأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 30.

من الاتفاقية حثت الدول الأطراف على السعي عند الاقتضاء، ووفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يفصحوا للسلطات المعنية عن أشياء تعود لهم، منها على سبيل المثال، أية أنشطة خارجية، أو استثمارات، أو موجودات، أو هبات، أو منافع أخرى، مما قد يؤدي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين وحسناً فعلت الاتفاقية بإيرادها لهذا النص؛ لأنه من غير الممكن إثارة المسؤولية الجزائية عن الكسب غير المشروع، دون أن يكون هناك نظام متكامل لكشف الذمة المالية يلزم المكلف بتقديمه سواء في بداية وظيفته أو منصبه، أو بصورة دورية، أو عند نهاية خدمته¹.

وبتتبع المناقشات التي تم تداولها في الأعمال التحضيرية للمفاوضات الرامية إلى وضع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، نجد أن تعريف هذه الجريمة خضع لمناقشات متعددة تعددت معها التعريفات المقترحة، ومن ضمنها ما يأتي:

"إثراء العمومي بطريقة غير مشروعة أو ازدياد موجوداته بشكل يتجاوز بدرجة كبيرة مقدار دخله المشروع أثناء القيام بوظائفه، ولا يمكن تبريره على نحو معقول"، هذا التعريف كان المقترح الأول الذي تم تداوله أثناء التحضيرات لجريمة الإثراء غير المشروع وقد اقترح من قبل المكسيك في الاجتماع التحضيري الرسمي للجنة المختصة بالتفاوض بشأن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في العام 2001، ويلاحظ أنه يحتوي فيما تظهره الصياغة على صورتين للإثراء غير المشروع، الأولى: تتمثل في إثراء الموظف بطريقة غير مشروعة، والثانية: تتمثل في الزيادة الكبيرة غير المبررة في موجودات الموظف العمومي أثناء الوظيفة، والتي يعجز عن تبريرها بشكل معقول

وطرح إلى جانبه التعريف الأول السالف الذكر في الدورة الأولى للمفاوضات ثلاثة خيارات، منها تعريف تقدمت به كولومبيا حيث اقترحت أن تكون المادة المجرمة للإثراء غير المشروع "تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم قيام موظف عمومي عمداً بزيادة ثروته بصورة غير مبررة أثناء خدمته لدى الدولة، أو في غفون سنتين من تركه تلك الخدمة" ويلاحظ على هذا التعريف مد الفترة التي تعتبر فيها أي زيادة غير مبررة في ثروة الموظف العمومي إثراء غير مشروع، لتتعدى فترة

¹ إيثار باسم الرشدي، جريمة الكسب غير المشروع في التشريع العراقي والأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 31-32.

خدمته، وتمتد لسنتين بعدها، وفي الدورة الثالثة للمفاوضات المنعقدة في فيينا في العام 2002، تم إدخال موضوع دساتير الدول الأطراف ونظامها القانوني في التعريف واقترح أن يكون تجريم الاثراء غير المشروع اختيارياً، ذلك أن بعض الدول اعتبرت أن هذه الجريمة من شأنها أن تتعارض مع مبدأ افتراض البراءة فيما تتضمنه من نقل لعبء الإثبات، وفي الدورة الخامسة في العام 2003، تم حذف كلمة (أو) الواردة في تعريف الاثراء غير المشروع ذلك أن استخدامها أوحى خطأ أن الاثراء غير المشروع والزيادة الكبيرة هما جرمان مختلفان، بينما هي تعريف لتعبير الإثراء غير المشروع، لتعتمد في الدورة السادسة التعريف الوارد حالياً في نص المادة (20) من الاتفاقية والذي يعتبر إثراءً غير مشروع الزيادة الكبيرة في موجودات موظف عمومي، التي لا يستطيع تعليلها بصورة معقولة، قياساً إلى دخله المشروع.

الفرع الثاني: أركان جريمة الكسب غير المشروع

تتطلب جريمة الكسب غير المشروع، كغيرها من الجرائم، توافر الأركان الأساسية لوجودها، والتي تتمثل في الركن المادي والركن المعنوي، مع ضرورة توافر الركن المفترض، وهي الصفة الخاصة والمتطلبية في شخص الجاني، باعتبارها لا تقع إلا من الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة، ولكي تقوم هذه الجريمة يجب أن يكون من الأشخاص الخاضعين لقانون مكافحة الفساد.

أولاً: الركن المفترض في جريمة الكسب غير المشروع

لاكتمال البنين القانوني لجريمة الكسب غير المشروع ينبغي توافر صفة معينة في الجاني عند مباشرة السلوك الجرمي، وهو ما يسمى بالركن أو الشرط المفترض للجريمة، بحيث تقع جريمة الكسب غير المشروع وفق أحكام المادة (1) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته من الفئات الخاضعة لأحكام ذلك القانون دون غيرهم، والتي تم تحديدها على سبيل الحصر، فلا يقاس على من ورد ذكرهم فيها، حيث يتمتع القياس في مسائل التجريم¹. وتجدر الإشارة أن القانون سالف الذكر قبل تعديله بالقرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، نص على انطباق أحكامه على فئات تختلف اختلافاً كبيراً عن تلك التي أخضعها للقرار بقانون المعدل لقانون الكسب غير المشروع، ففي حين استهدف الأول فئات تجتمع في علاقتها بالمال العام، توسع الأخير باستهدافه فئات وإن لم تتعلق أعمالها بالمال العام، وإنما تشترك في أن أعمالها لها علاقة بالشأن العام.

¹ حسن المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983، ص 17.

وفيما يلي عرض للفئات المستهدفة بقانون مكافحة الفساد المعدل رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته، والتي تقع منها جرائم الفساد وفق التعريف الموسع لها بما يشمل جريمة الكسب غير المشروع مقارنة مع كل من التشريعين الأردني والمصري.

أ- رئيس السلطة الوطنية ومستشاروه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة.

يسري قانون مكافحة الفساد، وبالتالي تنطبق جريمة الكسب غير المشروع كأحد جرائم الفساد إذا ما اركبت من قبل رئيس السلطة الوطنية باعتباره رأس السلطة التنفيذية، ومستشاريه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة¹، علماً بأن النص السابق الورد في قانون الكسب غير المشروع قبل تعديله، نص على انطباقه على رئيس السلطة ونوابه ومستشاريه، والتعديل أسقط كلمة نوابه، لعدم وجود هذا المنصب وفق القانون الأساسي الفلسطيني، كما أضاف عبارة رؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة، والتي وإن تناقضت مع المادة (69) من القانون الأساسي التي تتبع المؤسسات لمجلس الوزراء، إلا أنه في الواقع الحالي أتبع بعض المؤسسات إلى الرئاسة وأخرج بعضها من إطار الخدمة المدنية، لذا فكان من الصواب إخضاعها لقانون مكافحة الفساد، وبالتالي يُجرم شاغلوها في حال ارتكابهم جرم الكسب غير المشروع. وإن لم يأت القانون المصري رقم (62) لسنة 1975 بنص شبيه يخضع رئيس الجمهورية صراحة لأحكامه إلا أن نص الفقرة الأولى من المادة الأولى منه والتي أخضعت لأحكامه القائمين بأعباء السلطة العامة وسائر العاملين في الجهاز الإداري عدا فئات المستوى الثالث.

أما قانون الكسب غير المشروع الأردني رقم (21) لسنة 2014، فلم يحو نصاً شبيهاً يخضع الملك لأحكام هذا القانون، حيث النظام في الأردن ملكي، وهذا يعني عدم إمكانية ملاحقة الملك بجرم الكسب غير المشروع في الأردن، حيث حصنت المادة (30) من الدستور الأردني الملك من أي مساءلة على النحو الآتي: "الملك هو رأس الدولة وهو مصون من كل تبعة ومسؤولية"².

ب-رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم

أخضع قانون مكافحة الفساد لأحكامه رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم، وبذلك فإذا ما ارتكب أي منهم جريمة الكسب غير المشروع يجرم وفق أحكام هذا القانون. وبالوقوف على هذه الفئة نجد أنها تمثل السلطة التنفيذية ممثلة برئيس وأعضاء الحكومة من الوزراء، وفي عبارة ومن في حكمهم

¹ مثل هيئة الشؤون المدنية وهيئة المنظمات الأهلية وهيئة الإذاعة والتلفزيون.

² الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته، نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم 1093 تاريخ 1952/1/8.

امتداد لتصل غيرها من المناصب التي شهدنا مؤخراً تعيينها بدرجة وزير وإن لم يكن شاغلوها من أعضاء الحكومة.¹ ورغم أن البعض يرى أن صفة الموظف العام تنطبق على هذه الفئة، وبالتالي إخضاع الموظف العام يعني تلقائياً إخضاع هذه الفئة، إلا أن المتمعن بتعريف الموظف العام في المادة الأولى من قانون مكافحة الفساد، يجد أن رئيس وأعضاء الحكومة يخرجون منه كون أنهم يكلفون تكليفاً لا تعييناً، وإن انطبق التعريف على من في حكم الوزراء باعتبار أنهم يعينون كموظفين عامين وفق التعريف الوارد في القانون. في حين يخلو القانون المصري من الإشارة صراحة إلى خضوع رئيس وأعضاء الحكومة إلا أنهم مشمولون في الفقرة الأولى من المادة الأولى باعتبارهم من القائمين بأعباء السلطة العامة.²

ونجد أن القانون الأردني يخضع في الفقرة (أ) من المادة (3) قانون الكسب غير المشروع لأحكامه صراحة رئيس الوزراء والوزراء، كما يندرج رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم ضمن تعريف الموظف العمومي وفق أحكام المادة (2) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد باعتبارهم يشغلون مناصب في السلطة التنفيذية.

ت- رئيس وأعضاء المجلس التشريعي

أخضع قانون مكافحة الفساد لأحكامه رئيس وأعضاء المجلس التشريعي، وبذلك يلاحقون بجرم الكسب غير المشروع إذا ما ارتكب من قبل أي منهم. ويتفق في إخضاع هذه الفئة كل من التشريعين الأردني³ والمصري⁴، وتعتبرهم اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد موظفين عموميين يرتكب من قبلهم جرم الكسب غير المشروع، كونهم ممن يشغلون مناصب تشريعية بالانتخاب.

ث- أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة

ويقصد بأعضاء السلطة القضائية قضاة المحاكم بكافة أنواعها وفق ما ورد في الباب السادس من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل في المواد من (97) وحتى (109). وحسناً فعل المشرع الفلسطيني بالنص صراحةً على انطباق القانون على أعضاء النيابة، فعلى الرغم من شمول القانون

¹ مثل رئيس سلطة الأراضي، رئيس سلطة المياه، رئيس سلطة الطاقة، رئيس هيئة الجدار، رئيس هيئة الشؤون المدنية ورئيس هيئة التقاعد ورئيس ديوان الموظفين العام، ورئيس ديوان الرقابة المالية والإدارية، وغيرها من الهيئات.

² محمد كامل نوفل، شرح قانون الكسب غير المشروع- من أين لك هذا- دراسة تطبيقية مقارنة، القاهرة، مكتبة الانجلو المصرية، ط1، 1969، ص 304.

³ انظر: الفقرتين (ب، ج) من المادة (3) من قانون الكسب غير المشروع رقم (21) لسنة 2014.

⁴ انظر: الفقرة (3) من المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (62) لسنة 1975.

الأساسي الفلسطيني في بابه السادس لأحكام ناظمة للنيابة العامة في المواد (107-108)، إلا أن جدلية تبعية النيابة العامة للسلطة القضائية، اقتضت النص صراحة على خضوع أعضاء النيابة للقانون وعدم الاكتفاء بإخضاع القضاة. أما موظفو السلطة القضائية والنيابة الإداريون فهم يندرجون في تعريف الموظف العام، وبالتالي تم شطب كلمة (وموظفوها) التي وردت في نهاية هذه الفقرة ضمن التعديل الذي أدخل عليها بموجب القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018¹.

وفي التشريع المصري تشمل الفقرة الأولى من المادة الأولى التي تنص على انطباق القانون على القائمين بأعباء السلطة العامة أعضاء السلطة القضائية والنيابة²، أما التشريع الأردني فقد نص في الفقرتين (د، هـ) من المادة 3 منه على انطباقه على رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية والقضاة، دون أن يحتوي على فقرة خاصة تنص على انطباقه على أعضاء النيابة، وذلك لأن أعضاء النيابة العامة في الأردن يعتبرون قضاة³، كما ويندرج أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة ضمن التعريف الواسع للموظف العمومي الذي تبنته المادة (2) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عندما شملت من يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو قضائياً سواء مُعين أو منتخب.

ج- رؤساء المؤسسات والهيئات والأجهزة المدنية والعسكرية وأعضاء مجال إدارتها إن وجدت

أخضع قانون مكافحة الفساد المعدل لأحكامه رؤساء المؤسسات والهيئات والأجهزة، وتثير هذه الفقرة عدداً من الملاحظات، حيث أن رؤساء المؤسسات والهيئات يخضعون للقانون بموجب الفقرة (2) من هذه المادة التي تخضع الوزراء ومن في حكمهم، إذا ما كان رئيس المؤسسة أو الهيئة عُين بدرجة وزير، وإلا فإنه يندرج ضمن الفقرة (7) منها التي تخضع الموظفين لأحكام هذا القانون باعتبارهم موظفين عامين وفق التعريف الوارد في المادة (1) منه. وقد أثارت هذه الفقرة ملاحظات أخرى قبل أن يتم تعديلها بموجب الفقرة (5) من المادة (4) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018، حيث كانت الفقرة على النحو الآتي: "رؤساء هيئات وأجهزة السلطة الوطنية" حيث أثار مصطلح أجهزة السلطة الوطنية اللبس حول المقصود بالأجهزة، حيث وإن درج استخدام هذا المصطلح على المؤسسات الأمنية،

¹ انظر: الفقرة (4) من المادة (4) من القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018.

² حسن المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص 21. محمد كامل نوفل، شرح قانون الكسب غير المشروع-من أين لك هذا-دراسة تطبيقية مقارنة، مرجع سابق، ص 304.

³ انظر: المادة (11/1) من قانون أول المحاكمات الجزائية الأردني لسنة 1961 تنص على أن "1- يتولى النيابة العامة قضاة يمارسون الصلاحيات الممنوحة لهم قانوناً وهم مرتبطون بقاعدة تسلسل السلطة وتابعون إدارياً لوزير العدلية"

ألا أن القوانين الناظمة لهذه المؤسسات لا تستخدم هذا المصطلح، ونجد هذا المسمى يطلق على بعض المؤسسات المدنية كجهاز الإحصاء المركزي.

وقد احتوى التشريعين الأردني والمصري على فقرات تخضع ذات الفئة لأحكام قوانينهما المتعلقة بالكسب غير المشروع، فقد نص المشرع الأردني في الفقرتين (ج-ي) من المادة (3) من قانون الكسب غير المشروع رقم (21) لسنة 2014، على إخضاع رؤساء الهيئات المستقلة والسلطات وأعضاء مجالسها، ورؤساء المؤسسات الرسمية العامة، والمؤسسات العامة المدنية والعسكرية والأمنية ومديريها وأعضاء مجالس إدارتها إن وجدت.

كما وقد نص المشرع المصري في الفقرة (4) من المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (62) لسنة 1975 على إخضاع رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة وسائر العاملين بالهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها عدا شاغلي فئات المستوى الثالث.

وتتدرج هذه الفئة ضمن تعريف الموظف العمومي الوارد في المادة (2) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ضمن شاغلي المناصب التنفيذية في الدولة.

ح- المحافظون ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية والعالمون فيها.

أخضع قانون مكافحة الفساد لأحكامه المحافظين. ويعتبر المحافظ أعلى سلطة تنفيذية ورئيس الإدارة العامة في محافظته وممثلاً لرئيس السلطة فيها. ولا يشملهم تعريف الموظف كما ورد في المادة (1) من قانون مكافحة الفساد المعدل. أما رؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية، فهم الشريحة الأولى من خارج نطاق الوظيفة العامة بمفهومها الضيق إلا أنها تعتبر جزء من الجهاز الإداري، وتعتبر الأعمال التي يقومون بها من قبيل الخدمات العامة والأموال التي يديرونها لها صفة المال العام، حيث تهدف لتقديم الخدمات للمواطنين. كما وأخضع القانون لأحكامه كافة العاملين في مجالس الهيئات المحلية، وبالتالي تنطبق عليهم جريمة الكسب غير المشروع إذا ما ارتكبت من قبل أي منهم.

لم ينص المشرع الأردني صراحة على إخضاع المحافظين، أما الهيئات المحلية فقد تناولتها الفقرتين (م-ن) من المادة (3) من قانون الكسب غير المشروع رقم (21) لسنة 2014، حيث أخضعت أمين عمان وأعضاء مجلس أمانة عمان، ورؤساء وأعضاء المجالس البلدية في البلديات من الفئة الأولى والثانية وفق قانون البلديات، أما العاملين في البلديات فلم تخضع منهم لأحكام القانون إلا رؤساء لجان العطاءات والمشتريات في البلديات.

كما لم يتناول المشرع المصري صراحة إخضاع المحافظين لأحكام قانون الكسب غير المشروع إلا أن هذه الفئة يمكن إدراجها ضمن الفقرة (1) من المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع رقم (62) لسنة 1975، باعتبار أنهم من القائمين بأعباء السلطة العامة، أما أعضاء الهيئات المحلية فقد تناولها المشرع المصري في الفقرة (3) من المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع، إلا أن المشرع المصري لم يخضع العاملين في الهيئات المحلية.

خ- رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الشركات والعاملون فيها تكون السلطة الوطنية أو أي من مؤسساتها مساهماً فيها

لم يشترط المشرع الفلسطيني لإخضاع هذه الفئة نسبة معينة لمساهمة السلطة أو أحد مؤسساتها، ويتفق في ذلك مع المشرع المصري وفق ما ورد في الفقرة (5) من المادة الأولى من قانون الكسب غير المشروع المصري، أما المشرع الأردني فيخضع للقانون هيئات المديرين في الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو مؤسسة الضمان الاجتماعي، دون تحديد لنسبة المساهمة.

د- المحكمون والخبراء والحراس القضائيون ووكلاء الدائنين والمصفون

انفرد قانون مكافحة الفساد المعدل دون سابقه ودون التشريعين الأردني والمصري في النص على هذه الفئة، ويذكر في هذا المجال أن قوانين العقوبات في الأردن ومصر تحتوي نصوصاً تعتبر بعض المسميات الواردة في هذه الفقرة بأنه لها صفة الموظف العام.

ذ- المساهمون في الشركات غير الربحية والعاملون فيها.

أخضعت الشركات غير الربحية لقانون مكافحة الفساد ابتداءً بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (7) لسنة 2015، وفق أحكام الفقرة (14) من المادة (2) من قانون مكافحة الفساد المعدل، حيث منحت هذه الفقرة صلاحية لمجلس الوزراء بإضافة أي جهة أو فئة يرى أن طبيعة أعمالها تدخل إطار الشأن العام أو العمل العام، ويمكن أن تؤثر في المصلحة العامة. ولكن تجدر الإشارة أنه كان للمجلس بموجب هذه الفقرة صلاحية الإضافة فقط دون أن يكون له صلاحية الحذف سواء من الفئات التي نص عليها القانون ابتداءً أو التي يمكن أن تكون قد أضيفت بقرار منه. وأخذ على هذا القرار عدم تحديده للفئة المشمولة ضمن الشركات، فهل الإخضاع للشخص الاعتباري للشركة، أم لمؤسسيها ومالكيها أم للعاملين فيها؟ وحسناً فعل المشرع في القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بان نص ضمن القانون على إخضاع الشركات الربحية، وحدد الخاضعين بما يشمل المساهمين والعاملين فيها.

ر - الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم به.

ويشمل ذلك أي من الأشخاص خارج الوظيفة العامة الذين يكلفون بالقيام بخدمة عامة أثناء تأديتها وفي حدودها. وينسجم المشرع الفلسطيني في ذلك مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي اعتبرت في الفقرة (أ/2) من المادة (2) منها موظفاً عاماً "أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية".

ثانياً: الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع

يقوم الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع بتوافر ثلاثة عناصر، أولها نشاط يتمثل في استغلال للوظيفة أو للصفة، والثاني هو تحقيق النتيجة بالحصول على المال، والعنصر الثالث يتمثل في توافر العلاقة السببية ما بين النشاط الإجرامي والنتيجة.

أ - النشاط الإجرامي

يتمثل النشاط الإجرامي في جريمة الكسب غير المشروع كأحد عناصر ركنها المادي في صورتين الأولى: الاستغلال الفعلي للوظيفة أو للصفة، والثانية: الاستغلال الحكمي أو المفترض حيث يتمثل النشاط الذي يأتيه الجاني في هذه الحالة باستغلال الوظيفة التي يشغلها أو الصفة التي يتصف بها، أي قيام الخاضع لأحكام قانون مكافحة الفساد بالحصول على المال بالاستناد إلى الأعمال أو السلطات التي تخولها لو وظيفته أو صفته¹.

ولفظ الاستغلال يتضمن بالضرورة تصرف إيجابي من قبل الشخص، فلا يكفي فيه مجرد الموقف السلبي، حيث تعتبر جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم الإيجابية التي يتعين أن يبذل الجاني فيها نشاطاً يكون له أثره في المحيط الخارجي، ويستوي أن يكون نشاطه قيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل².

ويمكن القول بأن استغلال الوظيفة أو الصفة يكون على نوعين وفق ما نص عليه تعريف الكسب غير المشروع في التشريع الفلسطيني وكذا في التشريعين الأردني والمصري.

¹ رشا توفيق عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 25.

² حسن المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص 53.

1- الاستغلال الفعلي

ويتمثل فيما يثبت من تصرفات قام بها الخاضع للقانون فعلاً مستغلاً بذلك وظيفته أو صفته للحصول على المال لنفسه أو لغيره، ويمكن القول بأن هذه الصورة من صور الكسب غير المشروع تغطي جانباً من التجريم عندما يقوم أحد الخاضعين لأحكام القانون بارتكاب أفعال تُشكل جرائم عندما تعجز السلطات عن إثبات الأركان القانونية للجرائم التي ارتكبها الموظف والتي تعتبر في ذات الوقت استغلالاً للوظيفة أو الصفة فتكون ملاحقته عن الكسب غير المشروع هي الضمان لمواجهة هذا الاستغلال الذي لم تتوفر فيه أركان الجرائم الأخرى¹.

2- الاستغلال الحكمي أو المفترض

وهي حالة افتراض قانوني لقيام الاستغلال وذلك دون إثبات أن الموظف قد استغل بالفعل سلطات وظيفته أو صفته لتحقيق الكسب غير المشروع. فقد أوجد المشرع هذا الافتراض القانوني لما يستفاد من الزيادة غير المبررة في ثروة المكلف أو زوجه أو أولاده القصر مع عجزه عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة، وهو ما عبر عنه المشرع الفلسطيني في قانون الكسب غير المشروع بالقول "ويعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو على أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها".

ويتطلب لتحقيق الاستغلال الحكمي أو المفترض ثلاثة شروط²:

- زيادة ثروة الخاضع للقانون أو زوجه أو أولاده القصر بعد تولي الوظيفة أو الصفة.
- عدم وجود تناسب بين الزيادة التي طرأت مع موارد الخاضع للقانون وزوجه وأبنائه القصر.
- عجز الخاضع للقانون عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة في الثروة.

ب- النتيجة الإجرامية

تتمثل النتيجة الجرمية في جريمة الكسب غير المشروع في حصول الخاضع لأحكام قانون مكافحة الفساد على المال كنتيجة للنشاط الجرمي المتمثل بالاستغلال الفعلي أو الحكمي للوظيفة أو الصفة.

¹ إسماعيل الخلفي، شرح قانون الكسب غير المشروع، القاهرة، مكتبة كوميث، 1997، ص 54.

² المرجع السابق، ص 54، وقد أشار إلى حكم النقض رقم 760 لسنة 1970/2/1، جلسة 21، السنة 21، ص 200.

حيث عبر النص عن هذه النتيجة بعبارتين، الأولى عند تعريفه للكسب غير المشروع بأنه كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره، والثانية عندما اعتبر كسباً غير مشروع كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون.

وكلتا العبارتين تتضمنان الحصول على المال نتيجة للفعل الجرمي في جريمة الكسب غير المشروع، والكسب هو كل ما يعود على الانسان بفائدة، أي كان نوعها أو مقدارها، ويستوي فيها أن تعود عليه شخصياً أو تعود على غيره ما دام هو ابتغى ذلك¹.

ت-العلاقة السببية ما بين النشاط الجرمي والنتيجة الجرمية.

هي رابطة السبب بالمسبب، أو هي صلة العلة بالمعلول، فعند البحث عن علاقة السببية يكون في الجرائم التي يتطلب لتحقيقها نتيجة وبالتالي لا مجال لبحث علاقة السببية في الجرائم التي لا يتطلب فيها حدوث نتيجة معينة. فبعد إثبات النشاط الجرمي والنتيجة الجرمية، لا بد من إثبات أن النتيجة تأتت أو حدثت بسبب هذا النشاط. وقد نصت المادة (1) من قانون الكسب غير المشروع الفلسطيني رقم (1) لسنة 2005 صراحة على ضرورة توافر هذه العلاقة عند استخدامها عبارتي (بسبب أو نتيجة) في الصورتين المتمثلتين في الحصول على المال بسبب استغلال الوظيفة أو الصفة. أما في صورة الاستغلال المفترض أو الحكمي المتمثلة في اعتبار الزيادة غير المبررة في ثروة الخاضع للقانون أو زوجه أو أبنائه القصر، والتي لا تتناسب مع مواردهم، كسباً غير مشروع متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لهذه الزيادة، فإن العلاقة السببية تم افتراضها حكماً إلى أن يُثبت المكلف مصدراً مشروعاً للزيادة في ثروته أو ثروة زوجه أو أبنائه القصر².

يؤيد الباحث ما جاء بالنصوص الجزائية التي حددت توافر العناصر الثلاثة لتحقيق الركن المادي لجريمه الكسب غير المشروع والتي تقييد الزامية الشروط الثلاثة لتحقيق وقيام الركن المادي لثبوت جريمة المكلف، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً على حد سواء، وبالتالي أغلق باب الاجتهاد والتحليل التي يلجأ اليها عند عدم النص عليها في صلب النصوص والأحكام.

¹ حسن المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص80.

² رشا توفيق عمارنة، جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص28.

ثالثاً: الركن المعنوي في جريمة الكسب غير المشروع

وهو الركن الثالث من أركان الجريمة، ويتمثل بالقصد الجنائي. والأصل أنه لا توجد جريمة بغير ركن معنوي، إذ لا يسأل شخص عن جريمة ما لم تقم علاقة بين مادياتها ونفسيته. وللركن المعنوي أهمية كبيرة في البنيان القانوني للجريمة، حيث يترابط مع الركن المادي وينتج عنها قيام جريمة الكسب غير المشروع. وللركن المعنوي مظهرين هما القصد والخطأ، وإن جريمة الكسب غير المشروع لا تكون إلا قصداً¹، وبالتالي فإن جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم المقصودة. والقصد الجنائي بوجه عام يعني توجيه الجاني لإرادته نحو الفعل الموصل إلى النتيجة التي يعاقب عليها القانون، وهو يعلم بأن من شأن فعله أن يوصل إليها. فالركن المعنوي للجريمة المقصودة يتطلب توافر عنصرين، أولهما الإرادة، ويقصد بها توجيه النية نحو الفعل المكون للجريمة مع إدراك حقيقته، والآخر العلم بعناصر الجريمة².

وبذلك يتوافر القصد الجنائي في جريمة الكسب غير المشروع إذا وجه الخاضع لأحكام قانون مكافحة الفساد نشاطه نحو استغلال الوظيفة أو الصفة، وهو يعلم أن من شأن هذا النشاط أن يؤدي إلى حصوله على المال. وتتطلب جريمة الكسب غير المشروع قصداً جنائياً عاماً، ولا يشترط توافر القصد الجنائي الخاص، ذلك أنه يكفي لتوافره عنصري الإرادة والعلم ولا يتطلب وجود باعث خاص لدى الجاني أو غاية يرغب في تحقيقها بالإضافة لهما³. كما أن جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم الوقتية وليست من الجرائم المستمرة وذلك بغض النظر عن الوقت الذي قد يستغرقه تحقق النتيجة.

¹ إيثار باسم الرشدي، جريمة الكسب غير المشروع في التشريعين العراقي والأردني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 49.

² حسن المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص 113.

³ إسماعيل الخلفي، شرح قانون الكسب غير المشروع، مرجع سابق، ص 69.

الفصل الثاني:

دور القرابة في البنيان القانوني للجريمة

الفصل الثاني:

دور القرابة في البنيان القانوني للجريمة

تمهيد وتقسيم:

يعتبر التجريم إضفاء للصبغة الجنائية على بعض السلوكيات عن طريق قواعد قانونية جنائية موضوعية¹، وذلك في إطار احترام مبدأ الشرعية الذي يقضي ضرورة تحديد النص التجريمي والعقابي، موضحاً أركان الجريمة المتمثلة في الركن المادي والمعنوي، كما قد يشترط في بعض الجرائم ركناً مفترضاً، حيث يعرف على أنه عنصر يلزم توفره في مرحلة سابقة أو معاصرة للواقعة المادية المرتكبة حتى يتوفر لهذه الواقعة وصف الجريمة²، مثل اشتراط وجود صلة بين الجاني والمجني عليه في إطار علاقة زوجية أو علاقة قرابة والتي هي موضوع دراستنا³، حيث عمل المشرع الفلسطيني على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة التي تجمع بينهم صلة الزوجية أو صلة القرابة، والعمل على سن قوانين من شأنها حماية أفرادها من أي شكل من أشكال التعدي، وهذا يستدعي بحسب رأي الباحث تدخل المشرع بشكل مستمر للحفاظ على هذه الرابطة وفي سبيل إقرار العقوبة الملائمة لذلك النوع من الجرائم، وللحديث أكثر حول دور القرابة في البنيان القانوني للجريمة.

لذا عمّد الباحث لتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية صفة القرابة كشرط مفترض في البنيان القانوني للجريمة.

المبحث الثاني: أثر القرابة على تقدير العقوبة في الجرائم الشخصية.

¹ خميسي عثمانية، عولمة التجريم والعقاب، ص 143-150

² مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، ص 111.

³ عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ص 34.

المبحث الأول:

ماهية صفة القرابة كشرط مفترض في البنيان القانوني للجريمة

تمهيد وتقسيم:

يُعتبر القانون في كل دولة عن ثقافة وقيم المجتمع الذي ينظمه، لذا نجد المشرع يتأثر بتلك القيم والعادات والتقاليد عندما يصدر القوانين المختلفة، آخذاً بعين الاعتبار روابط وصلات القرابة. لذا فإن المشرع الجنائي تحت تأثير هذه الصلات قد يغير في تقدير العقوبة لأشخاص معينين يحملون صفات أو صلات قرابة معينة وذلك بتخفيف أو تشديد العقوبات المقررة لبعض الجرائم، وإباحة بعض الأفعال المجرمة أو الإعفاء عن مرتكبيها في حينٍ آخر.

قد تؤدي صفة القرابة في بعض الجرائم إلى سن النص الجنائي ابتداءً لكي يحمي أصحاب هذه الصفة من الاعتداء، وعندما لا تكون هذه الصفة قد ساهمت في تقدير عقوبة الجاني وإنما أدت إلى خلق النص الجنائي-أي ادراج فعل معين في قائمة الجرائم-وبالتالي العقاب عليه جنائياً، وسوف نتناول في هذا المبحث الدور الذي يمكن أن تلعبه صفة القرابة كشرط مفترض في الجريمة، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية القرابة وأنواعها.

المطلب الثاني: القرابة كركن مفترض في البنيان القانوني للجريمة.

المطلب الأول:

ماهية القرابة وأنواعها

تمهيد وتقسيم:

إن أساس تشكل النسيج الاجتماعي هو علاقة القرابة التي تربط الأشخاص ببعضهم البعض. وتختلف هذه الروابط التي تجمعهم وتندرج بحسب منشأ هذه الرابطة، فقد تكون وليدة واقعة قانونية كالولادة والمتمثلة في علاقة المولود بوالديه وبين أقارب كلا الوالدين، أو تكون ناشئة عن عقد زواج (مصاهرة)، بحيث يخلق لنا قرابة بين كل من الزوجين وأقاربهما، وإما عن تصرف قانوني يكون الغرض منه إنشاء صلة قرابة كالتبني. فالحقيقة التي لا يمكن تجاهلها أن القرابة أساس في نماء العلاقات وديمومتها سواء كان ذلك على صعيد أحكام الفقه الإسلامي أو حتى على صعيد التنظيم القانوني الفلسطيني. كما أن القرابة يختلف مفهومها باختلاف جهة تعريفها، فمثلاً في لغة أهل الاجتماع يختلف عنه في لغة أهل القانون، كما أن الشريعة الإسلامية لها خصوصية في تحديد مفهوم القرابة. وتتعدد درجات القرابة أو أنواعها فمنها ما يؤثر بشكل مباشر على السياسات التجريبية ومنها ما لا يعتد به، كما أن بعض أنواع القرابة لها علاقة بإباحة الأفعال التي هي بالأساس محرمة والبعض الآخر يثبت صفة التجريم بشكل أشد في تلك الأفعال.

لكل ذلك قسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم القرابة.

الفرع الثاني: أنواع القرابة ودرجات احتسابها.

الفرع الأول: مفهوم القرابة.

تعتبر رابطة القرابة جامعة للأشخاص في مختلف المجتمعات، سواء القديمة منها أو المعاصرة، فتعددت تعاريفها ومصطلحاتها وكذا اختلفت درجاتها، وتأسيساً عما سبق، نتناول في هذا الفرع (أولاً) تعريف القرابة لغةً (ثانياً) مفهوم القرابة اصطلاحاً.

أولاً: تعريف القرابة لغةً

القرابة مأخوذة من مادة القرب، والقرب نقيض البعد، يقرب قرباً، وقرباناً أي دنا فهو قريب، وقرب الشيء منه أدناه، والتقارب ضد التباعد، وقرب الشيء وقربه وقربته ما قارب قدره، واقترب لوعد قرب¹. والقرابة والقربى، الدنو في النسب، والقربى في الرحم وهي في الأصل مصدر وفي التنزيل العزيز "وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى"².

والقريب والقريبة ذو القرابة والجمع من النساء قرائب، وأما من الرجال أقارب ولو قيل قربي لجاز أيضاً، وأقارب الرجل عشيرته الأذنون، في محكم التنزيل "وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ"³ ويأتي لفظ ذو القربى بمعنى الأهل الذين بينهم صلة الرحم ويقول بينه وبينه قرابة، وقرب وقربى ومقربة، وقربة وقربه، وهو قربي وذو قرابتي، وهم أقربائي والعامية تقول: هو قرابتي وهم قراباتي. والتقرب التدني إلى شيء والتوصل إلى انسان بقرب أو حق⁴.

وإلى جانب ارتباط لفظ القرابة بمفهوم الدنو والقرب، يرتبط أيضاً بمعانٍ أخرى أخص من ذلك المعنى يشير إليها كتب اللغة بألفاظ توضح المعنى، واختلطت هذه الألفاظ في المعنى اللغوي بالمعنى الشرعي أو الاصطلاحي ومن بين هذه الألفاظ نذكر⁵:

أولاً: النسب

بافتح القرابة ويقال للرجل استنسب لنا أي اذكر أقربائك الذين تنتمي إليهم، وقال الله تعالى في محكم التنزيل "فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنْسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ وَلَا يَنْسَاءُ لَوْ"⁶ أي لا قرابات بينهم في ذلك اليوم لزوال التراحم والتعاطف بينهم يومئذ⁷.

¹ جمال ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص 325.

² سورة النساء: الآية 36.

³ سورة الشعراء: الآية 214.

⁴ عبد العزيز سليمان الحوشان، القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة، ص15.

⁵ خيرة قدار، القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم-، الجزائر، 2016-2017، ص6.

⁶ سورة المؤمنون: آية 101.

⁷ خيرة قدار، القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، مرجع سابق، ص6.

ثانياً: العصبية

العصبية قرابة الرجل من جهة أبيه، والجمع عصابات، والمقصود بهم هنا الذين يصرف لهم الباقي بعد أن يأخذ أصحاب الفروض أنصبتهم المقدرة لهم، فإذا لم يفضل شيء منهم لهم لم يأخذوا شيئاً، إلا إذا كان العاصب ابناً فإنه لا يُحرم¹.

والعصبية كذلك هم الذين يستحقون التركة كلها إذ لم يوجد من أصحاب الفروض أحداً كما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صل الله عليه وسلم قال: "أحلقتوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"².

ثالثاً: الرحم

قال الجوهري: الرحم القرابة، والمراد بالرحم الأقرباء في طرفي الرجل والمرأة، ويذكر هذا اللفظ مرادفاً للقرابة³ لقوله تعالى " وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"⁴.

رابعاً: المصاهرة

وهي مأخوذة من الصهر ولها معنيان: القرابة: ونقول أصهر الرجل بقوم فلان أي قرب منهم. الحرمة: والأصهار أهل البيت المرأة والصهر أبو الزوجة وأخوها⁵.

خامساً: العاقلة

وهي القرابة أو العصبية أو أقارب الرجل من جهة أبيه، أي عصابته الذين يتحملون العقل أي الدية⁶.

¹ خيرة قدار، القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، مرجع سابق، ص6.

² صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"، المجلد2، ص265.

³ خيرة قدار، القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، مرجع سابق، ص6.

⁴ سورة الأنفال: آية 75.

⁵ خيرة قدار، القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، مرجع سابق، ص7.

⁶ حسن السيد حامد خطاب، القرابة وأثرها على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ص21.

ثانياً: تعريف القرابة اصطلاحاً

أ- تعريف القرابة في الفقه القانوني

يتجنب المشرع في العادة وضع التعريفات تاركاً الأمر إلى اجتهادات شراح القانون، لذا فالمشرع المدني الفلسطيني لم يضع تعريفاً واضحاً للقرابة وإنما اكتفى بذكر أنواعها، ومن هذا المنطلق فقد عرف البعض القرابة¹ بأنها: "التي تتحقق بين أناس ينول أحدهما من صلب الآخر مباشرة أو أنهم ينحدرون جميعاً من أصل واحد" وآخرون² بأنها: "انتماء شخصين أو أكثر إلى جدد واحد واعتقادهم أن لهم جداً واحداً انحدروا منه".

كما عرف نفر من الفقهاء القرابة بأنها "الرابطة التي تربط بين شخص وآخر سواء كانت هذه الرابطة رابطة نسب أو رابطة مصاهرة"³، وعرفها آخرون بأنها "صلة الشخص بأسرة معينة"⁴.

في حين يعرفها آخرون بأنها "تحديد مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة مصاهرة"⁵. وشراح القانون المدني يطلقون على القرابة مصطلح الحالة العائلية أو الحالة المدنية للشخص الطبيعي، وهي واحدة من مميزات الشخصية الطبيعية،⁶ قاصدين فيها تحديد مركز الشخص في أسرة معينة وأسرته الشخص هي مجموعة الأشخاص الذين تربطه بهم رابطة.

ب- تعريف القرابة في التشريع

على صعيد التشريعي العقابي الفلسطيني فلم يدخل نفسه في متاهة التعريفات وهذا مذهب حسن، غير أن المشرع المدني الفلسطيني في المادة (43) من قانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 (النافذ في قطاع غزة) تطرق لمصطلح القرابة فقال، "تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوي قرياه ويعد من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك". وبين في المادة (44) أن هذه القرابة قد تكون مباشرة وهي الرابطة

¹ عباس الصراف، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، بدون دار نشر، 1985، ص 163.

² وسيلة بويعلي، زواج الأقارب في المجتمع الحضري وانعكاساته على الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر: باتنة، 2005، ص 59.

³ أحمد سلامة، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق في القانون المدني، ص 186.

⁴ محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ص 427.

⁵ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق القسم الثاني في نظرية الحق، ص 425.

⁶ المرجع السابق، ص 424.

ما بين الأصول والفروع، وقد تكون قرابة غير المباشرة وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر¹.

وقد عرف المشرع العراقي في المادة (38) من القانون المدني العراقي فقال: "أسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك". والأسرة هنا يراد بها معناها الواسع فهي تشمل الزوجين والاولاد والآباء والأخوة والأعمام والأخوال وأبنائهم، حيث يرتبط الجميع بأصل واحد مشترك هو الأب أو الأم وإن علا، لذلك نصت المادة (38) مدني على أن (... ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك)².

أما القانون المدني السوري فقد عرف القرابة بأنها "صلة الشخص بأسرته عن طريق القرابة وتسمى قانوناً بالحالة المدنية ولها تأثير على حقوقه وواجباته"³.

وعليه فقد جاء في المادة (36) من القانون المدني السوري "يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك"⁴.

أما القانون المدني الجزائري فقد تطرق هو الآخر لهذه الرابطة الإنسانية، حيث جاء في المادة (32) منه ما يلي: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك"⁵.

الفرع الثاني: أنواع القرابة ودرجات احتسابها

تقسم القرابة لعدة تقسيمات حسب المعيار الذي يقوم عليه التصنيف وما يهمننا في هذا المقام أنواع القرابة المقسمة طبقاً للقوانين المدنية المقارنة والتي سنبينها تباعاً كالاتي:

¹ جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق"، ص172.

² ينظر: المادة (38) من القانون المدني العراقي.

³ خيرة قدار، القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، مرجع سابق، ص10.

⁴ ينظر: المادة (36) من القانون المدني السوري.

⁵ ينظر: المادة(32) من قانون المدني الجزائري المؤرخ في 13 مايو عام 2007.

أولاً: أنواع القرابة

تتعدد أنواع القرابة وتقسيماتها وفقاً لمجموعة معايير، وتوضيح ذلك كما يأتي:

أ- قرابة النسب

هي قرابة الشخص التي يجمعها أصل مشترك ذكر كان أو انثى¹، أو القرابة التي تنشأ عن طريق التوالد بين الأحياء، وهي أصول وفروع، وما اشتق من الأصول والفروع، فيدخل فيما اشتق من الأصول الأخوة والأخوات، والأعمام والعمات، والأخوال والخالات، ولو علت الدرجات، ويدخل فيما اشتق من الفروع الأحفاد والحفيدات².

كما أن قرابة النسب تنقسم إلى قسمين هما: القرابة الحقيقية والقرابة الحكمية³. وما يهمننا في هذا الإطار هو بيان أنواع القرابة الحقيقية التي تدخل في مجال دراستنا، دونما القرابة الحكمية. وبالتالي تقسم قرابة النسب إلى قسمين: قرابة مباشرة وتسمى بقرابة الخط المستقيم، وقرابة غير مباشرة أو قرابة الحواشي وتسمى أيضاً بقرابة الخط المنحرف⁴.

1- القرابة المباشرة

هي الصلة بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والأب والابن، فالجد هو الأصل والأب هو الفرع للجد... وهكذا.

ويستوي في ذلك أن يكون الفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الاناث، فالقرابة تقوم بين الجد وفروعه الذين ينحدرون عنه، وبين الجدة وفروعها الذين ينحدرون عنها⁵.

¹ ديوان الفتوى والتشريع، مذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2003، ص49.

² مها محمد سكيك، ذوو القربى والأرحام في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2010، ص91.

³ **القرابة الحقيقية:** هي القرابة الطبيعية التي تقوم على صلة الدم بين الأشخاص الذين يربط بينهم كقرابة الأب والابن أو الأخ لأخيه أو الأخت لأخيها. **والقرابة الحكمية:** هي القرابة التي تقوم على فكرة التبني التي يلحق بمقتضاها شخص بشخص ويعطي لقبه دون وجود رابطة دم بينهما، علماً بأن نظام التبني طبق في الجاهلية إلا أن الإسلام لم يقر هذا النظام فأصبح هذا النظام غير مشروع في معظم الدول الإسلامية ولكنه ما زال قائماً ومتبعاً في كثير من الدول غير الإسلامية، **للمزيد انظر:** موسى سلمان أبو ملح، المدخل لدراسة القانون، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، 2009، ص19.

⁴ سليمان أسامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العام الثالث، العدد 22، فبراير 2018، ص32.

⁵ محمد إسماعيل إبراهيم، القرابة وأثرها في اباحة الفعل المجرم أو تجريم الفعل المباح، بحث منشور، دون سنة نشر، ص98.

2- قرابة الحواشي

هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر،¹ أي لا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر وإن كانا يشتركان في أصل واحد، ومثال على ذلك قرابة الأخ لأخيه، فهي قرابة غير مباشرة، إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر وإنما يجمعهما أصل مشترك وهو الأب. ومن ذلك أيضاً قرابة الأعمام والعمات وفروعهم وأصلهم المشترك هو الجد أو الجدة، وكذلك قرابة الأخوال والخالات وفروعهم فأصلهم المشترك هو الجد للأم.²

ب- قرابة المصاهرة

وهي ذلك النوع من القرابة الذي ينشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.³ فالمصاهرة هي علاقة قانونية شخصية بحيث لا تتجاوز الحدود التي رسمها القانون.⁴ ومعيار حساب درجة قرابة الزوجين بأقارب الزوج الآخر، قد حددت بنص المادة (46)⁵ من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 واعتبر قريب أحد الزوجين قرابة مباشرة أو غير مباشرة يعتبر قريباً بالمصاهرة للزوج الآخر وبنفس الدرجة.

ثانياً: حساب درجة القرابة

إن لحساب درجة القرابة بين الأفراد أهمية كبيرة في دراستنا الحالية لاسيما أننا نستعرض مجموعة من النصوص الجزائرية التي تعالج أحكام القرابة في التشريع العقابي الفلسطيني، ولهذا فإن حساب درجة القرابة يقتضي التفرقة بين حساب درجة القرابة المباشرة وغير المباشرة وينبغي علينا قبل التفرقة بين القرابة المباشرة وغير المباشرة، أن نوضح تعريف درجة القرابة وما يرتبط بها من مفاهيم.⁶

¹ ينظر: المادة 44 الفقرة 2 من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

² سعيد بن علي الفحطاني، صلة الأرحام في ضوء الكتاب والسنة، بدون دار نشر، 2005، ص 25.

³ ظاهرة زواج الأقارب وعلاقته في الأمراض الوراثية، نجاه ناصر، (ص 46)، مشاراً إليه سليمان سامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، ص 33.

⁴ عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 165.

⁵ ينظر: المادة (46) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 "يعد أقارب أحد الزوجين في ذات القرابة والقرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر ما لم يخالف ذلك الشريعة الإسلامية"

⁶ سليمان سامة أبو سلامة، علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 34.

أ- تعريف درجة القرابة وما يرتبط بها من مفاهيم.

1- تعريف درجة القرابة

درجة القرابة ما هي إلا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه، أي المسافة الفاصلة بين الشخص المراد معرفة درجة قرابته العائلية وبين أصله وفرعه.

2- تعريف شجرة العائلة

هو الرسم البياني الذي يمثل العلاقات العائلية في هيكل تقليدي على شكل شجرة بحيث يمكن بناؤها بعدة أشكال، فيمكن أن تشمل المنحدرين مباشرة من الجد الأول أو جميع الأجداد المعرفين لشخص حي.

أو يمكن أن تشمل بشكل آخر على جميع أعضاء لقب معين مثلاً (خط المنحدرين الذكور)، وهي تساعد في حساب درجة القرابة وذلك بتمثيل الأفراد عليها من الأصل إلى الفرع¹.

ب- كيفية حساب درجة القرابة

1- حساب درجة القرابة المباشرة

رجوعاً لنص المادة (45) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012، نجد أنها بينت كيفية حساب درجة القرابة المباشرة، حيث يحسب كل فرع درجة عند الصعود لأصل بخروج هذا الأصل، أي أن الابن قريب من الدرجة الأولى للأب، وقريب من الدرجة الثانية للجد... وهكذا، وتتبلور أهمية معرفة درجات القرابة تبعاً للآثار القانونية المترتبة عليها².

2- حساب درجة القرابة غير المباشرة (الحواشي)

تشكل هذه القرابة الرابط ما بين أشخاص يشتركون في أصل مشترك من دون أن يكون هناك أصل أو فرع يجمعهم، وبغض النظر عن كونهم من المحارم كالقرابة بين الإخوة والأعمام والأخوال وغيرهم³.

¹ جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون نظرية الحق، مرجع سابق، ص 172.

² سليمان سامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 34.

³ عبد العزيز دهام الرشيد، رد القاضي " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والكويتي " رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 22.

وتحسب الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة¹، وتوضيحاً لذلك فالأخ قريب من الدرجة الثانية، والعم قريب من الدرجة الثالثة، وابن العم قريب من الدرجة الرابعة ... وهكذا².

المطلب الثاني:

القربة كركن مفترض في البنيان القانوني للجريمة

تمهيد:

إن المشرع الجنائي قد تأثر بالروابط الأسرية أو العائلية عند تقريره الجزاء المترتب عن الجريمة إن قامت بحد ذاتها، حتى أننا نجد يخرج عن القواعد العامة في بعض أحكامه، ليقدر أحكاماً استثنائية مراعاة منه لصلات القربة، فنجد تارةً يبيح فعلاً معين هو في الأصل يخضع لنص يجرمه القانون عندما يصدر من شخص يحمل صفة معينة، كأن يكون زوجاً أو أباً لمن وقع عليه الفعل، وتارةً نجد يُجرم فعلاً هو في الحقيقة غير مجرم، كونه زوجاً لشخص آخر في وقت صدور الفعل، وتارةً أخرى نجد يرتب جزاءً مخففاً في حق من صدرت العقوبة ضده نظراً لرابطة الزوجية، وتارةً ذهب إلى تشديد العقاب أو الإعفاء منه، وذلك نظراً للمكانة المرموقة والأهمية البالغة لعلاقات القربة³.

وبالتالي قد تؤدي صفة القربة في بعض الجرائم إلى سن النص الجنائي ابتداءً لكي يحمي أصحاب هذه الصفة من الاعتداء، وعندما لا تكون هذه الصفة قد ساهمت فحسب في تقدير عقوبة الجاني، وإنما أدت إلى خلق النص الجنائي، وبالتالي العقاب عليه جنائياً، لذا سوف نتناول في هذا المطلب الدور الذي يمكن أن تلعبه صفة القربة كشرطاً أو ركناً مفترضاً في البنيان القانوني لبعض الجرائم، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع، وذلك على النحو التالي:

¹ ينظر: المادة (45) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

² سليمان سامة أبو سلامة، أثر علاقة القربة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 34.

³ خيرة قدار، القربة وأثرها على المسائل الجزائية، مرجع سابق، ص 37.

الفرع الأول: جرائم الاعتداء على الأسرة

تتعدد الجرائم التي تمثل اعتداء على الأسرة بشكل مباشر وغير مباشر، وكون الأسرة تمثل النواة الأساسية في المجتمع التي تقع ضمنها أهم علاقات القرابة، وهي مدار اهتمامنا وبحثنا فلذا سوف نستعرض أهم الجرائم التي فيها اعتداء على الأسرة.

أولاً: جريمة قتل الفروع للأصول

من المعروف أن بعض الجرائم لا تكتفي بالأركان العامة للجريمة للقول بتحققها (الركن المادي، والركن المعنوي، والركن الشرعي) بل تتعدى ذلك لاحتياجها ركن أو عنصر مفترض سابق على ارتكاب الجريمة ولازم لتحقيقها بمعنى أنه إذا انتفى هذا العنصر انتفى تحقق الجريمة وإن كان يمكن تكييف الجريمة إلى صورة أخرى غير تلك المرتبطة بصلات القرابة ومثال ذلك: لو كان الفعل يتعلق بفاحشة بين ذوي القربى ولم يتم التحقق من الركن المفترض فيمكن تكييف الجريمة على أنها فعل فاحشة مع الغير¹.

يفهم مما سبق أن صلة القرابة هي الركن المفترض لتحقيق وقيام الجريمة، ومثال ذلك جريمة قتل الفروع للأصول، فالقتل هو الفعل المؤدي إلى إزهاق الروح²، لما كان حق الإنسان في الحياة هو الأمن أهم الحقوق اللصيقة بشخصه، فإن القتل يعد من أشد جرائم النفس وأخطرها على الإطلاق، فحق الإنسان في الحياة حق مقدس يحرص المجتمع على صيانتها ورعايته لأنه أساس بقائه على الوجود³.

ولكي نقر بتحقق الركن المفترض في جريمة قتل الفروع للأصول، فيجب أن تكون علاقة القرابة القائمة بين بنوة القاتل وأبوة المقتول علاقة شرعية ثابتة، بحيث يكون نسب القاتل ممتداً إلى المقتول ومرتبباً بنسبه وفقاً لقواعد إثبات النسب المعروفة شرعاً وقانوناً.

ونظراً لخطورة هذه الجريمة لما تشكله من تهديد لحق الإنسان في الحياة فقد حرص المشرع الفلسطيني على فرض عقوبة رادعة بحق مرتكبي هذه الجريمة، وفي حالة القرابة نجد أن الجاني قد تعدى بجرمه على أقوى الأوصال البشرية وأقدس القيم الانسانية وتتكرب بعمله للروابط الأسرية التي جاءت الشريعة

¹ مبدوعة الأخضر، أثر صلة القرابة على نطاق التجريم والعقاب في قانون العقوبات الجزائري، ص 8.

² سلوى علي أبو ججوج، القتل في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2009، ص 4.

³ حسن بن أنصر بن حسن الأسلمي، العنف ضد الأطفال، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 2009، ص 88.

الإسلامية والأنظمة القانونية لحمايتها¹، والركن المفترض في هذه الجريمة هو وجود صلة قرابة بين الجاني والمجني عليه، لذا نجد قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية نص بموجب المادة (328) في فقرتها الثالثة على: "يعاقب بالإعدام على القتل قصداً:.. إذا ارتكبه المجرم على أحد أصوله".

في حين نجد أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 نص في الفقرة (أ) من المادة (214) منه على كل من: "تسبب قصداً في موت أبيه أو أمه أو جده أو جدته بفعل أو ترك غير مشروع... يعتبر أنه ارتكب جنائية وتعرف هذه الجنائية بالقتل قصداً). وقد بينت المادة (215) عقوبة هذه الجريمة حيث نصت على: "كل من أدين بارتكاب جنائية القتل قصداً يعاقب بالإعدام".

إن جوهر هذه الجريمة هو أن يكون المجني عليه أحد أصول الجاني كالأب والأم والجد، فصلة القرابة هي الرابط المباشر التي تربط الجاني بالمجني عليه، وتكمن العلة من تشديد المشرع العقاب على هذه الجريمة هو كون الجاني من فروع المجني عليه كالابن الذي يقتل والده طمعاً في ثروته، كذلك حماية للأسرة من تفككها، بالإضافة إلى أن الجاني والمجني عليه يشتركان في المسكن وغالباً يسكنان في ذات المنزل وتربطهما علاقة ثقة واطمئنان كل منهما للآخر، ونرى بأن العلة من تشديد العقاب على هذه الجريمة هو طبيعة العلاقة والصلة التي تربط الجاني بالمجني عليه².

نستنتج من ذلك أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936، قد جعل جريمة قتل الفروع للأصول في مرتبة جنائية، وحدد في المادة (215) بأن "كل من أدين بارتكاب جنائية القتل قصداً يعاقب بالإعدام" كما أفسح المجال للقاضي في تحديد العقوبة للجاني بين حدها الأدنى والأعلى، كما خطى المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 الذي شدد العقوبة إلى حد الإعدام. فلقد أحسن كلاً من المشرعين في قطاع غزة والضفة الغربية حيث نصا على عقوبة الإعدام لمركبي مثل هذه الجرائم لما يترتب عليها من عواقب وخيمة للأسرة والمجتمع ككل³.

¹ وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص26.

² المرجع السابق، ص26.

³ سليمان سامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص36.

إلا أن الأفضل أن يتم توحيد المنظومة التشريعية من خلال إقرار قانون عقابي واحد يطبق على كافة الأراضي الفلسطينية.

الفرع الثاني: جرائم إهمال الأسرة

أولاً: جريمة ترك وإهمال الأطفال وتعريض حياتهم للخطر

لا يكفي أن يتمثل أثر صلة القرابة على التجريم تحقق الركن المفترض وحده، بل لابد من أن يكون رابط القرابة هو محل أو عنصر مادي في هذا النوع من الجرائم، ولعل الأمثلة التي تكون القرابة فيها عنصر هام في تكوين الركن المادي متعددة ومن صور ذلك: جرائم ترك وإهمال الأطفال وتعريض حياتهم للخطر. تعد جرائم ترك أو إهمال الأطفال وتعريضهم للخطر من أخطر الجرائم التي تهدد الأسرة والمجتمع¹، كونها تحرم الأطفال من أهم حقوقهم الأساسية التي كفلتها لهم القوانين الدولية والمحلية² على حد سواء، وكل من ينتكر لتلك الحقوق يقع في دائرة المسؤولية ويوجب له العقاب.

فهذا النوع من الجرائم يهدد كيان الأسرة ويحرم الأطفال من حقوقهم الأساسية التي أقرها لهم القانون³، ونشير هنا إلى جريمة عدم المحافظة على الأولاد والعناية بهم والتي نص عليها قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 حيث جاء في الفقرة الأولى منها يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من كان والداً أو ولياً أو وصياً لولد صغير لا يستطيع إعالة نفسه أو كان معهوداً إليه شرعاً أمر المحافظة عليه والعناية به، ورفض أو أهمل تزويده بالطعام والكساء والفرش والضروريات الأخرى مع استطاعته القيام بذلك، مسبباً بعمله هذا الإضرار بصحته، بينما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يعاقب بنفس العقوبة المقررة في الفقرة الأولى كل من كان والداً أو ولياً أو وصياً لولد لم يتم الثانية عشرة من عمره، أو كان معهوداً إليه شرعاً المحافظة عليه والعناية به وتخلي عنه قصداً أو دون سبب مشروع أو معقول "مع أنه قادر على إعالته " وتركه دون وسيلة لإعالته.

¹ وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، مرجع سابق، ص 10

² ورد ذلك في قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004، بموجب المادة (7) التي تنص: "للطفل في جميع الظروف أولوية التمتع بالحماية والرعاية والإغاثة، وكذلك في المادة (11) من نفس القانون تنص على: "لكل طفل الحق في الحياة والأمان على نفسه"

³ ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " نظرية الجزاء الجنائي"، ج2، بدون دار نشر، ط2، 2011، ص160.

ويقابل هذا النص المواد (185 و 186) من قانون العقوبات رقم(74) لسنة 1936 حيث نصت المادة (185) والتي جاءت في الفصل الثامن عشر الذي عالج الجرائم المتعلقة بجرمة الزوجية والالتزامات العائلية تحت عنوان الامتناع عن إعالة الأولاد حيث نصت على: كل من كان والداً أو وصياً أو ولياً لولد صغير لا يستطيع إعالة نفسه أو كان معهوداً إليه شرعاً أمر المحافظة على ذلك الولد والعناية به ، ورفض أو أهمل تزويد ذلك الولد بالطعام والكساء والفرش والضروريات الأخرى " مع استطاعته القيام بذلك" مسبباً بعمله هذا الإضرار بصحة الولد، يعتبر أنه ارتكب جنحة.

بينما نصت المادة (186) على: كل من كان والداً أو وصياً أو ولياً لولد لم يتم السنة الثانية عشر من عمره أو كان معهوداً إليه شرعاً المحافظة على ذلك الولد والعناية به وتخلي عنه قصداً دون سبب مشروع أو معقول مع أنه قادر على إعالته، وتركه دون وسيلة لإعالته، يعتبر أنه ارتكب جنحة".

يلاحظ من خلال النصوص أعلاه أن المشرع الفلسطيني اشترط عدم قدرة الطفل على إعالة نفسه، وهذا يعني أن الطفل الذي له القدرة على إعالة نفسه لا تجب على والده أو وليه أو وصيه إعالته.

كما نجد أن المشرع اشترط قدرة الأب أو الولي أو الوصي على الإعالة لتكون واجبه في حقه، وكان حري بالمشرع اشتراط الإعالة بكل الأحوال حماية لحقوق الطفل وتكريساً لقيم نبيله يحملها الآباء تجاه أبنائهم.

كما ويلاحظ الباحث أن كلا التشريعين جعلاً هذه الجريمة جنحة غير أن قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية بين الحد الأدنى والحد الأعلى للعقوبة بنصه من شهر إلى سنة، في حين قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة أخضع العقوبة للأحكام العامة المطبقة على الجرح وبالتالي فالعقوبة من أسبوع إلى ثلاث سنوات. ويتفق الباحث وإن كان تشديد العقوبة في كلا التشريعين محمود إلا أن الأفضل أن يتم توحيد المنظومة التشريعية من خلال إقرار قانون عقابي واحد يطبق على كافة الأراضي الفلسطينية.

هذا ويوصي الباحث المشرع الفلسطيني بأن يفرض عقوبة تبعية أو تكميلية لهذه الصورة من الجرائم تتمثل في إسقاط حضانة الحاضن لعدم صلاحيته للإعالة.

وعلى صعيد أحكام الشريعة الإسلامية فقد اتفق العلماء على أن الوالد تجب عليه نفقة أولاده الصغار الذين لا مال لهم حتى يبلغوا الحلم. ودليلهم في ذلك من الكتاب والسنة والإجماع، أما من الكتاب قوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"¹.

فالنصوص تدل دلالة قطعية على وجوب الإعالة في حق الآباء تجاه أبنائهم.

وأما دليلهم من السنة فقوله-صل الله عليه وسلم-لهند " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"². كما أجمع علماء الأمة على وجوب النفقة في حق الوالد.

وتجدر الإشارة إلى أن علماء الأمة اتفقوا على أن الوالد لا تلزمه نفقة ولده الذي له مال يستغني به ولو كان هذا الولد صغيراً.

ثانياً: جريمة إيداع الطفل في مأوى اللقطاء

حرص المشرع الفلسطيني على البناء القويم للأسرة وحماية لأبسط حقوق الطفل وهو نسبه لوالديه الشرعيين، فقد أفرد المشرع نصوصاً عقابية لكل من يقوم بالمساس بذلك الحق، حيث نصت المادة 288 من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية على أنه " من أودع ولداً مأوى اللقطاء، وكتم هويته حال كونه مقيداً في سجلات النفوس ولداً غير شرعي معترف فيه أو ولداً شرعياً عوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين".

في حين أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم(74) لسنة 1936 جاء خالياً من النصوص الجزائية المتعلقة بهذا الخصوص، وكان حرياً به أن يتضمن تجريم لمثل هذا الفعل.

ثالثاً: جريمة تعريض الرضيع للخطر

تعتبر هذه الجريمة من أخطر الجرائم التي تهدد حياة الطفل بشكل خاص، وتهدد الأسرة والعائلة بشكل عام، وهذه الجريمة تستهدف الأطفال حديثي الولادة حيث أن المجني عليه لم يتجاوز السنتين من عمره، فتعتبر من أشد الجرائم خطورة على الأسرة³، فهي تهدد حياة الطفل أولاً، وكذلك تهدد الأسرة بالتفكك

¹ سورة البقرة: الآية 233.

² الدرر السنية، الموسوعة الحديثة، أخرجه البخاري، صحيح البخاري، الحديث رقم 3825 متاح عبر الرابط الإلكتروني التالي: <https://www.dorar.net/hadith/sharh/5295> تاريخ زيارة الموقع 2023/6/29، الساعة العاشرة صباحاً.

³ حسن بن أنصر بن حسن الأسلمي، العنف ضد الأطفال، مرجع سابق، ص 210.

وتخلي الأسر عن أطفالهم الموكلين برعايتهم والاعتناء بهم والمحافظة عليهم من أي مكروه، فقد أوجبت الشريعة الإسلامية وكافة القوانين الاعتناء بالأطفال وحمايتهم ورعايتهم¹.

فنصت المادة (289) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية على أنه: "كل من ترك ولداً دون السنتين من عمره دون سبب مشروع أو معقول تؤدي إلى تعريض حياته للخطر، أو على وجه يحتمل أن يسبب ضرراً مستديماً لصحته يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات".

وكذلك نصت المادة (184) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة على أنه: "كل من هجر أو نبذ ولداً دون السنتين من عمره هجراً أو نبذاً غير مشروع بصورة تؤدي إلى تعريض حياته للخطر أو على وجه يحتمل أن يسبب ضرراً مستديماً لصحته، يعتبر أنه ارتكب جناية ويعاقب بالحبس مدة خمس سنوات".

وبالتالي نجد أن المشرع يعاقب على تعريض الطفل للخطر أي التخلي عنه باعتباره عملاً ينافي التزام التربية والتنشئة الواقع على عاتق الوالدين، من منطلق أن المحافظة على أدنى الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل².

على الرغم من تجريم المشرع الفلسطيني في المادتين السابقتين لتعريض الطفل للخطر إلا أننا نلاحظ أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 قد شدد في العقوبة وجعلها في مرتبة الجناية وحدد العقوبة دون وضع حد أدنى وأقصى لها، على عكس قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 الذي عاقبه على جريمة ترك الطفل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات أي أنه لم يجعلها في مستوى الجناية.

ويتفق الباحث مع ما جاء به قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 في تشديد العقوبة لما تمثل هذه الجريمة من خطورة كبيرة تؤثر على المجتمع وعلى الطفل بشكل أساسي.

¹ وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، مرجع سابق، ص 15.

² بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010، ص 44.

الفرع الثالث: زنا الزوجية

المعروف لدى كافة المختصين أن لكل جريمة ركنين أساسيين وهما الركن المادي والركن المعنوي وهناك ركن آخر محل خلاف وهو الركن الشرعي، وفيما يتعلق بالركن المادي فهو يتكون من عناصر ثلاثة السلوك وعلاقة السببية والنتيجة الإجرامية، بينما يتكون الركن المعنوي أو ما يعرف بالقصد الجنائي من عنصري العلم والإرادة¹.

والحقيقة أن نوع خاص من الجرائم لا يكفي للقول بوقوع الجريمة تحقق الركنين أعلاه بل أن مقتضيات تحقق الجريمة تستوجب وجود وتوافر ركن ثالث وهو الركن المفترض وهو الركن الواجب والسابق لوقوع الجريمة، والحقيقة أن التشريعات الجنائية المقارنة بما فيها التشريع الفلسطيني المطبق في الضفة الغربية وقطاع غزة يشترط هذا الركن وتحديداً في الجرائم التي ترتبط بالأزواج أي تلك الجرائم التي يتصور أن يرتكبها أحد الزوجين، والحقيقة أن أثر العلاقة الزوجية على سياسة التجريم لدى المشرعين الوضعيين تختلف بحسب معتقدات وعادات وثقافات الدول، كما أنها تختلف مع ما قرره أحكام الشريعة الإسلامية. وفي هذا السياق، فالتشريعات العقابية السارية في فلسطين مثلاً لم تتعرض لمسألة العلاقة الزوجية بشكل مباشر في السياسة التجريبية وإنما أوردتها بشكل فرعي في تعداد الجرائم وعقوباتها².

فمن مقاصد الزواج في الشريعة والقانون تكوين أسرة قائمة على أسس من المودة والرحمة والتعارف، والمحافظة على الأنساب، بالإضافة للمحافظة على النسل من خلال العلاقات الجنسية التي تحصل بين الزوجين، غير أن قلة أو انعدام الوازع الديني لدى كثير من المسلمين بالإضافة لتداخل العوامل الخارجية المؤثرة أدت إلى بروز ظاهرة الجرائم الجنسية³، وقد نصت الشريعة الإسلامية على تجريم وتحريم هذه الأفعال، كما نص التشريع العقابي في فلسطين على تجريمها أيضاً نظراً لخطورة هذا النوع من الجرائم وما لها من آثار تطل المجتمع ككل.

وهذا الأساس الذي قرره الشريعة الإسلامية إذ حرمت أي علاقة جنسية تقوم على غير أساس الزواج المقر شرعاً. وللتأكيد على هذا الأساس أقرت الشريعة عقوبات مشددة على كل من يثبت ارتكابه فعل الزنا وغلظت العقوبة عندما يكون واقع من محصن. والحقيقة أن القوانين الوضعية خالفت الشريعة

¹ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، ص 18.

² عبد العظيم مرسي الوزير، الشروط المفترضة في الجريمة، ص 236.

³ محمد شنته، جرائم العنف الأسري وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ص 148.

الإسلامية في تبني هذا الأساس ويظهر ذلك في جملة من الأحكام المتعلقة بجريمة الزنا التي أقرتها تلك التشريعات¹.

نظراً لخطورة جريمة الزنا نرى أن الشريعة وضعت لها الأحكام المشددة التي تتوافق مع نتائجها وآثارها على المجتمعات الإسلامية، ولا شك أن التشريعات العقابية أخذت بعين الاعتبار خطورة هذه الجريمة فنصت معظم القوانين العربية والإسلامية العقابية على إنزال العقاب على من يأتي هذا السلوك.

أولاً: جريمة الزنا في التشريعات العقابية.

لم يتطرق قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1963 المطبق في قطاع غزة لجريمة الزنا واكتفى بالنص على جريمة السفاح، والتي هي أخطر صور جرائم الزنا حيث نص في المادة (155) منه على: " كل من واقع بنتاً غير متزوجة تجاوزت السادسة عشرة من عمرها ولم تتم الحادية والعشرين واقعة غير مشروعة أو ساعد أو عاون غيره على مواقعها واقعة غير مشروعة وكانت البنت من فروع أو من فروع زوجته أو كان وليها أو موكلاً بتربيتها أو ملاحظتها، يعتبر أنه ارتكب جنابة ويعاقب بالحبس مدة خمس سنوات".

بينما نجد أن المشرع في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 قد أورد جريمة الزنا في موطنين، الموطن الأول: نص عليها بمعنى السفاح فقال في المادة (285): " السفاح بين الأصول والفروع شرعيين كانوا أو غير شرعيين أو بين الأشقاء والشقيقات والأخوة والأخوات لأب أو لأم أو من هم بمنزلة هؤلاء جميعاً من الأصهرة أو إذا كان لأحد المجرمين على الآخر سلطة قانونية أو فعلية يعاقب عليه بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات".

في حين خصص الموطن الآخر لزنى الزوجية بشكل حصري فنص في المادة (282) على تجريم زنا الزوجة حيث نص على: تعاقب المرأة الزانية برضاها بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، بينما نصت المادة (283) على تجريم زنا الزوج وإنزال عقوبة بفاعله حيث جاء فيها: " يعاقب الزوج بالحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب الزنا في منزل الزوجية أو اتخذ له خليفة جهاراً في أي مكان كان".

¹ عبد العزيز سعد وعمر عماري، عذر الاستفزاز في جريمة الخيانة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإحياء، الجزائر، العدد 20 جامعة باتنة، كلية العلوم الإسلامية، 2017، ص 93.

ونرى بأن العقوبات التي نص عليها المشرع العقابي في فلسطين على الرغم من كفايتها إلا أنها لا تحقق الغاية التي يصبو إليها المشرع والتي تتمثل في ردع من تسول له نفسه إتيان مثل هذا السلوك. في حين أن قانون العقوبات المصري لا يعاقب على ارتكاب الزنا برضاء طرفيه بصفة عامة، واستثناءً من ذلك واعترافاً بأثر صفة الزوجية القائمة بين أي زوجين وصيانة لها من أن تمس، يُجرم ارتكاب أحد طرفيها واقعة الزنا مع آخر ويعاقب المشرع عليه بنصوص المواد من (273 وحتى 277)، حيث يُعاقب قانون العقوبات المصري على الزنا الذي يرتكبه أحد الزوجين حال قيام الزوجية على الشروط والأوضاع المتطلبية في هذه المواد¹.

ثانياً: جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية

وفي الشرع يعرف الزنا وفقاً لآراء الفقهاء بعدة تعريفات، أبرزها:

1. عرفه الشافعية بأنه: "إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى"².
2. عرفه الحنفية بأنه: "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك"³.
3. وعرفه المالكية بأنه: "كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين"⁴.
4. وعرفه الحنابلة بأنه: "إتيان الفاحشة في قبل أو دبر"⁵.

نخلص من تعريفات الفقهاء الذين اختلفوا في الاعتداد بالشبهة من عدمه إلى أن الزنا هو: "وطء المكلف فرج محرم بشهوة، بنية ثابتة".

¹ المعمري، عبد الله بن حمد بن عبد الله، (2021م): "صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، مج. 2021، ع. 78، ص ص. 1-49، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ص 6.

² أحمد القيلوبي وأحمد عميرة، حشايا القيلوبي وعميرة، ص 174.

³ محمد أمين بن عمر ابن عابدين، رد المختار، ص 705.

⁴ خليل بن اسحاق بن موسى، وضياء الدين الجندي، التوضيح في شرح المتخصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق أحمد عبد الكريم نجيب، ص 231.

⁵ موسى بن أحمد بن موسى المقدسي، الاقناع في فقه الإمام أحمد، تحقيق عبد اللطيف السبكي، ص 25.

وبعد استعراض نصوص التشريعات العقابية السارية في فلسطين نجد أنها لم تضع تعريفاً لجريمة الزنا، ويمكن في هذا الموطن الاستئناس بتعريفات الفقهاء لجريمة زنا الزوجية حيث عرفت بأنها "الوطء الذي يحصل من شخص متزوج حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً".¹

وعرفها آخرون بأنها: "اتصال شخص متزوج رجلاً كان أو امرأة اتصالاً جنسياً بغير زوجه".²

ويمكن القول بأن جريمة زنا الزوجية تعنى: "ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع الغير برضاها، حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً مع توفر القصد الجنائي".

وتجدر الإشارة أن ما قام به المشرعون في التشريعات الوضعية في شأن زنا الزوجية يعد مثلاً واضحاً لأثر صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه على عقاب الجاني، لأن الزنا كما أوضحنا غير معاقب عليه إلا إذا ارتكبه أحدهما أثناء قيام هذه العلاقة، ولهذا؛ فإن صفة الزوجية تظل شرطاً مفترضاً لازماً في هذه الجرائم التي لا تقوم إلا بها.³

وللتعمق أكثر حول أثر العلاقة الزوجية في تجريم الزنا، كان لا بد من استعراض أركان هذا الجريمة، حيث سيقوم الباحث بالحديث في ثلاثة نقاط رئيسة تناول في الأول منها الركن المادي لجريمة الزنا، وفي الثانية تعرض الباحث للركن المفترض في جريمة الزنا، وفي الأخير تحدث الباحث حول القصد الجنائي لجريمة الزنا، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الركن المادي لجريمة الزنا

يتمثل الركن المادي في جريمة زنا بشكل عام في السلوك الجرمي أو ما يعرف بالفعل المادي المتمثل في العلاقة الجنسية الكاملة دون مشروعية، وهذا يعني أن هذا الركن لا يتحقق إلا بحصول الوطء فعلاً بالطريق الطبيعي من خلال إيلاج العضو الذكري للرجل في فرج الأنثى برضاها المطلق، ويستوي في ذلك أن يكون الإيلاج كلي أو جزئي، وهذا يعني أن الأعمال الأخرى أثناء ممارسة الجنس كخلع

¹ علي عدنان الفيل، نوفل علي الصفو، جريمة الزنا في القوانين الوضعية دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 12، 2008، ص 171.

² عماد عبد الرحيم مقاط، أثر الظروف الطارئة على حد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، فلسطين، غزة، 2007، ص 4.

³ المرجع السابق، ص 6.

الملابس و التقبيل ونحوه تشكل شروع وليست الفعل المنشود لهذه الجريمة وإن كانت تنطبق عليها مسميات جرائم أخرى إذ الشرط الأساسي في هذه الحالة هو الإيلاج أو الوطء بالصورة المتمثلة في إدخال العضو الذكري في فرج أو قبل المرأة¹.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أنه لا يشترط للقول بتحقيق وقوع الجريمة الإيماء أو الوصول إلى الذروة الكبرى فمجرد الإيلاج في القبل كافي وهذا يعني أيضاً أن الإيلاج في الدبر لا يعد زنا².

لم يعالج قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 جريمة زنا الأزواج بشكل كافي، كما أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 لم يعالجها مطلقاً واكتفى بالإشارة لجريمة "السفاح". ويرى الباحث أن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 تحدث بشكل ضمني حول الركن المادي لهذه الجريمة، حيث بينت المادة (155) منه أن السفاح والذي هو الصورة الأخطر من صور الزنا كونه يتم بين الأصول والفروع يتمثل في سلوك واقعة البنت أي وطأها بشكل غير مشروع، وقد حدد المشرع أن هذا السلوك ينطبق فقط على فروعه وفروع زوجته أو من يكون وكيلها أو وليها.

ويرى الباحث أن هناك قصور تشريعي واضح في معالجة أحكام جريمة الزنا، وهذا ما يستدعي أخذها بعين الاعتبار في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

وعلى صعيد الشريعة الإسلامية يتمثل الركن المادي لجريمة الزنا في الوطء المحرم والمتمثل في اتصال جنسي تام يتحقق بإيلاج عضو التنكير في فرج امرأة، وكما يقول فقهاء الشريعة لا يتحقق الزنا إلا بإدخال المرود في المكحلة، أو أرشاء الحبل في البئر³.

كما لا يعتد شرعاً القول بوقوع جريمة الزنا بكافة الأفعال التي هي دون الاتصال الحقيقي، فشرعاً تقوم بتلك الأفعال جرائم أخرى كهتك العرض أو الفعل الفاضح، كما لا يتحقق وقوع الزنا بالوطء غير

¹ المعموري، محمد إسماعيل إبراهيم، (2010): القرابة وأثرها في إباحة الفعل المحرم أو تجريم الفعل المباح، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 1، كلية القانون، جامعة بابل، ص 149.

² محمد شنته، جرائم العنف الأسري وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ص 148.

³ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 611.

الطبيعي أي الوطء في الدبر، أو الأفعال الشاذة التي تقع بين أنثى وأنثى والتي تعرف بالسحاق، أو بين رجل ورجل والتي تعرف باللوط¹.

وفيما يتعلق بالنتيجة الإجرامية لهذه الجريمة فتتحقق لمجرد ممارسة العلاقة بالإيلاج وهذا يعني أنه ليس شرطاً أن يتم الحمل وليس شرطاً أن يفض غشاء البكارة، وذلك لأن علة التجريم هي صيانة حرمة العلاقة الزوجية، وهذا يعني أن الجريمة تقع مع المرأة التي بلغت سن اليأس، والمرأة العقيم أو الزوج العقيم. ورجوعاً إلى قانون العقوبات المصري نرى بأنه قسم زنا الزوجية إلى قسمين: زنا الزوجة وزنا الزوج، فأما عن زنا الزوجة فقد بينت المادة (273) من القانون عدم جواز محاكمة الزانية إلا بناء على شكوى زوجها، كما تنص المادة (274) من ذات القانون على أن المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها، كما تنص المادة (275) على عقاب الزاني بتلك المرأة بالعقوبة نفسها².

حيث تقوم جريمة زنا الزوجية على أركان ثلاثة: هي ارتكاب واقعة الزنا وقيام الزوجية والقصد الجنائي³.

فيجب أن يحدث الزنا بالمعني الذي قصده المشرع وأجمع عليه الفقهاء وهو فعل الوطء، فلا تكفي الأقوال والأفعال الفاضحة مهما بلغت طالما أنها لا تصل إلى حد الوطء، وطالما حدث الوطء بالمعنى المقصود قانوناً فلا عبرة بكون فعل الوقاع منعدم الأثر من ناحية حمل الزوجة الزانية من جرائه، إذ أن القانون يعاقب على مجرد ارتكاب الزوجة وشريكها لفعل الزنا وليس على اختلاط الأنساب⁴.

وعلى هذا فيقع الزنا المجرم حتى ولو كانت الزوجة قد وصلت إلى سن اليأس أو عقيماً أو كان شريكها طفلاً لم يبلغ الحلم أو من رجل ليست لديه قوة التناسل، ويجوز اثبات زنا الزوجة بكافة طرق

¹ علي عدنان الفيل، نوفل علي الصفو، جريمة الزنا في القوانين الوضعية دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، الفيل، مرجع سابق، ص 174

² المعمري، عبد الله بن حمد بن عبد الله، صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب، مرجع سابق، ص 7.

³ جميل عبد الباقي الصغير، جرائم العرض والاعتبار، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص 71.

⁴ عبد المهيم بكر سالم، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الكويت، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 1982، ص 724.

الإثبات¹. أما في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية لا تثبت جريمة الزنا إلا بتوافر أحد البيئات الآتية: التلبس، أو الاعتراف القضائي، أو الرسائل المتبادلة بين الزانية وشريكها. أما عن زنا الزوج فقد نصت المادة (277) من قانون العقوبات المصري على عقاب الزوج الذي يزني في منزل الزوجية بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وذلك شريطة أن تدعي الزوجة عليه بذلك. ومن ذلك يتضح لنا ضرورة توافر عدة شروط حتى تتوافر الجريمة، وهذه الشروط هي:

- 1- أن يكون الزاني زوجاً، ويعني هذا أن تكون زوجته قائمة حقيقة أو حكماً.
- 2- أن يتم الزنا في منزل الزوجية، -وفقاً للقانون المصري- فزنا الزوج في أي منزل آخر غير منزل الزوجية لا يجرمه المشرع.
- 3- وأن تتقدم الزوجة بشكوى ضد الزوج تتهمه فيها بالزنا.

ثانياً: الركن المفترض في جريمة الزنا (قيام الزوجية)

تمثل جريمة زنا الأزواج في نظر الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية التي تستمد نصوصها من أحكام الشريعة الإسلامية انتهاكاً لحرمة وقدسية الرابطة الزوجية. لذا فإن الركن المفترض لهذه الجريمة يتمثل في قيام الزوجية وقت ارتكاب الفعل، لاسيما أن بعض التشريعات وتحديداً الغربية ترى بأن ممارسة العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة خارج إطار الزواج لا تشكل جريمة². حيث أُلغيت جريمة الزنا من قوانين معظم الدول الغربية.

لذا كانت صلة القرابة والمتمثلة بالعلاقة الزوجية سبباً رئيساً لقيام هذه الجريمة ومعنى تحقق العلاقة الزوجية وقت ارتكاب الفعل أي أن يرتكب الفعل من أحد الزوجين حال قيام الزوجية الصحيحة والمؤسسة على عقد صحيح فعلاً وحكماً³.

¹ نقض جنائي، جلسة 1995/11/6، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 62، ق 173، ص 1156.

² عبد السلام مقلد، الجرائم المعلقة على شكوى والقواعد الإجرائية الخاصة بها، ص 74.

³ علي عدنان الفيل ونوفل علي الصفو، جريمة الزنى في القوانين الوضعية دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 175.

والحقيقة أن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم يتطرق لهذا الركن إذ لم يتعرض لمسألة زنى الزوجين أصلاً، بينما تعرض قانون العقوبات المطبق في الضفة رقم (16) لسنة 1960 لهذا الركن بشكل ضمني بموجب المواد (282-283).

ويرى الباحث أن مدلول جريمة الزنا في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية ينطوي على محاباة للذكور ولعل ذلك يتضح أن المشرع بدأ التجريم في المادة (282) بالمرأة وأيضاً أنها تلاحق المرأة على جريمة الزنا في كل الحالات سواء أكانت متزوجة أم غير متزوجة وفي أي مكان أو محل قبض عليها فيه أو بناء على إقرار من شريكها في الجريمة، في حين نصت المادة (283) من نفس القانون على أن شروط إيقاع عقوبة الزنا على الرجل تستوجب أن يرتكب الجريمة في منزل الزوجية أو اتخذ له خلية جهاراً في أي مكان كان. فالنص يوجب علم الزوجة بارتكاب زوجها فعل الزنا وهذا في الغالب من المستحيل لاسيما أن تلك العلاقات تقوم على السرية التامة، وهذا ما يستدعي معالجة تشريعية من خلال مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

لقد تطرق قانون العقوبات المصري لهذا الركن، بحيث أوضح بأنه لا بد في أن تكون الزوجية قائمة فعلاً أو حكماً، كأن تكون الزوجة مطلقة رجعيّاً أثناء فترة العدة، ويرجع في تحديد ما إذا كانت الزوجية صحيحة وقائمة إلى قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين والديانة المسيحية بالنسبة للمسيحيين¹.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلم يعتدوا بالركن المفترض للقول بوقوع جريمة الزنا حيث أجمعوا على أن كل نكاح لمتزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر هي أنكحه باطلة وتعد صورة من صور الزنا الموجب للحد إذا حدث فيه وطء ولا عبرة بوجود العقد من عدمه².

ثالثاً: القصد الجنائي في جريمة الزنا

جريمة الزنا في الشريعة والقانون من الجرائم المقصودة التي لا يتصور وقوعها بالخطأ، ومن المعروف أنه لا يكفي لترتب المسؤولية الجزائية أن يقدم الجاني على ارتكاب فعل أو اتيان سلوك جرمي

¹ نور الدين هنداوي، شرح الاحكام الخاصة لقانون العقوبات، الكتاب الثاني، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص84.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص363.

معاقب عليه قانوناً بل لا بد من توافر الركن المعنوي الذي ينم عن اتجاه إرادة الجاني لارتكاب الجريمة رغبة في تحقيق النتيجة¹.

ويعرف القصد الجنائي بأنه: "انصراف إرادة الجاني واتجاهها إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بماديات الجريمة وأركانها التي يتطلبها القانون"².

وتعتبر جريمة الزنا من الجرائم المقصودة، وهذا يعني أنه يجب لتحقق وقوعها توافر القصد الجنائي لدى الزاني أو الزانية³.

ويتألف القصد الجرمي من عنصرين أساسيين هما العلم والإرادة، وبيان ذلك كما يلي:

أ- العلم: ويعني إدراك الأمور على نحو صحيح ومطابق للواقع، وفي جريمة زنا الزوجية ينبغي أن يعلم الجاني بكل الوقائع الداخلة في الأركان القانونية للجريمة، ومقتضى ذلك أن يكون عالماً بأنه يظاً انثى غير زوجته، أو أن تعاشر رجل غير زوجها قاصداً أو قاصدة بذلك المساس بالحق الذي يحميه القانون وهو في هذه الحالة حرمة وقسية الزواج⁴.

ب- الإرادة: ويقصد بها اتجاه إرادة الجاني حرة مختارة إلى ارتكاب هذا السلوك الإجرامي⁵، وفي جريمة الزنا يقصد بعنصر الإرادة انصراف إرادة الجاني إلى إتيان الفعل الجنسي غير المشروع وانتهاك حرمة الزواج بحرية مطلقة وإدراك كامل.

ونشير في هذا السياق أن تحقق أركان جريمة الزنا في ظل وجود علاقة الزوجية أثر بشكل واضح على إقرار العقوبة في الشريعة الإسلامية فنجد أن الشريعة شددت العقوبة على الزاني والزانية المحصنين وجعلت عقوبتهما الرجم حتى الموت.

¹ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بيروت، مكتبة النهضة، 1924، ص64.

² الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني "الجريمة والمسئولية الجزائية"، ساهر إبراهيم الوليد، مرجع سابق، (ص140).

³ دواس يمينة، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين العقابية للبلدان العربية والاتفاقيات الدولية، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 4، الجزائر، سبتمبر 2019، ص128.

⁴ ريمة حسونات، أثر القرابة على الجريمة والعقوبة في القانون الجنائي الجزائري، ص8.

⁵ دلال وردة، أثر القرابة في تطبيق القانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2020، ص22.

حيث نص قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 على عقوبة الزانية حيث قرر لها عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، في حين قصر عقوبة الزوج الزاني بالحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب الزنا في منزل الزوجية أو اتخذ له خلية جهاراً في أي مكان كان¹.

وقرر المشرع العقابي بموجب القانون رقم 16 لسنة 1960 عقوبة السفاح بحيث تتراوح من سنتين إلى ثلاثة سنوات².

ويتفق الباحث مع جملة من الباحثين في أن العقوبات التي أقرتها التشريعات الفلسطينية غير كافية، وكان حري بالمشرع إيقاع أقسى العقوبات حفاظاً على النسيج المجتمعي، ويأمل الباحث أن يتم تدارك ذلك في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

¹ راجع المواد (183/182) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960.

² نصت المادة (285) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 على: السفاح بين الأصول والفروع شرعيين كانوا أو غير شرعيين أو بين الأشقاء والشقيقات والأخوة والأخوات لأب أو لأم أو من هم بمنزلة هؤلاء جميعاً من الأصهرة أو إذا كان لأحد المجرمين على الآخر سلطة قانونية أو فعلية يعاقب عليه بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات.

المبحث الثاني:

أثر القرابة على تقدير العقوبة في الجرائم الشخصية

تمهيد وتقسيم:

تؤثر علاقة القرابة على المنظومة التشريعية العقابية إما بتشديد العقوبة وإما بتخفيفها أو الإعفاء منها طبقاً لما تستدعيه كل جريمة، والدور الذي تمارسه روابط القرابة في تكوين النموذج القانوني للجريمة وما ترتبه من الآثار التي تحدد مقدار العقوبة. فتأتي الصفة المشتركة أحياناً-كشروط مفترض في بعض الجرائم-وكظرف مشدد للعقاب أو مخفف في جرائم أخرى، فأثر توافر الصفة المشتركة لا يخلق النص الجنائي، وإنما يشدد أو يخفف لعقاب في نص موجود وقائم سلفاً.

لذا سوف يبين الباحث في هذا المبحث الجرائم التي تطرقت لعقوبات مشددة أو مخففة في حق مرتكبها من الأقارب، من ثم بيان مدى اعتبار صلة القرابة سبباً للإباحة، أو مانعاً للعقاب.

حيث قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: القرابة كظرف مشدد ومخفف للعقوبة.

المطلب الثاني: القرابة كسبب لإباحة الفعل أو الإعفاء من العقوبة.

المطلب الأول:

القراءة كظرف مشدد ومخفف للعقوبة

تمهيد وتقسيم:

تُشكل القراءة معياراً متغيراً بالنسبة للعقوبة، إذ تكون في بعض الأحيان مشددة لها، وفي البعض الآخر تكون مخففة لها، وذلك طبقاً لما تفرضه ظروف الحال والعلاقات الأسرية على كيان الجريمة فتحدث ذلك الأثر:

ولكل ذلك قسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: صفة القراءة كظرف مشدد للعقاب.

الفرع الثاني: صفة القراءة كعذر مخفف للعقاب.

الفرع الأول: صفة القراءة كظرف مشدد للعقاب.

إن الباحث في نصوص قانون العقوبات المصري يجد أن المشرع قد اعتد بصفة القراءة بين الجاني والمجني عليه كظرف مشدد للعقاب في العديد من الجرائم، فقد عاقب على اغتصاب الإناث بالسجن المؤبد إذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو من لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم، وذلك في المادة (267) من قانون العقوبات المصري.

كما اعتد المشرع العماني بصفة القراءة بين الجاني والمجني عليه كظرف في تشديد العقاب في جريمة موقعة ذكراً أو انثى بغير رضا، بحيث تكون العقوبة المقررة لتلك الجريمة هي السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات، ولا تزيد عن خمس عشرة سنة، وتكون العقوبة السجن المطلق إذا كان المجني عليه دون الخامسة عشر من عمره أو كان مصاباً بعاهة بدنية أو عقلية تجعله عاجزاً عن المقاومة، أو أدى الفعل إلى مرض تناسلي مزمن بالمجني عليه أو أدى ذلك الفعل إلى موته، أو كان الجاني من المتولين تربيته أو ملاحظته أو رعايته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان عاملاً لديه بالأجرة أو لدى أحد ممن تقدم ذكرهم، أو كان اقتراف الجريمة من شخصين أو أكثر¹.

¹ ينظر: نص المادة (257) من قانون الجزاء العماني

كما إن المشرع الفلسطيني نص على العديد من الجرائم التي تمس بالعرض والتي تقع من قبل أفراد الأسرة الواحدة الذين هم ممن تشعر لهم بالأمان والطمأنينة، وهذه الجرائم هي جريمة الاغتصاب وجريمة هتك العرض وجريمة السفاح أو الفعل المنافي للحياء، لذا سنوضح كل منها على حدا:

أولاً: جريمة الاغتصاب

تعتبر جريمة الاغتصاب واحدة من أبشع الجرائم التي عرفتها البشرية، فمن خلالها تضيع كرامة الأدمي، وتترك هذه الجريمة ألم نفسي لا محدود، ولعل اللافت للنظر أن الوقت الراهن شهد انفجاراً بصورة غير مسبوقة في هذه الجريمة فهي وإن كانت معروفة منذ القدم إلا أنها في الوقت الحالي تعددت طرقها وأساليبها، ولا شك أن وقوع الجريمة داخل الأسرة الواحدة هي الصورة الأكثر انحطاطاً، فهي تهدم كينونة الأسرة، وتعدم الثقة بين أفرادها.

وتعرف جريمة الاغتصاب بأنها: "اتصال جنسي بامرأة رغماً عنها أو دون رضاها"¹.

والحقيقة أن التشريعات العقابية المطبقة في فلسطين لم تعرف جريمة الاغتصاب، بل أن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم ينص على جريمة الاغتصاب التي قد تقع بين الأصول والفروع، واكتفى بالنص عليها مقترنة بإحدى ظروف التشديد الغير مرتبطة بالقرابة وذلك في نصوص المواد (152-153)².

في حين نص قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1936 على جريمة الاغتصاب بصورتها البسيطة وذلك في المادة (292)³ وذلك في إطار معالجته للجريمة بشكل كامل ضمن المواد (292-295 و300).

¹ عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة وجرائم هتك العرض، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1985، ص325.

² نصت المادة (152) في فقرتها الأولى من قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 على: كل من (أ) واقع أنثى موقعة غير مشروعة دون رضاها وباستعمال القوة أو بتهديدها بالقتل أو بإيقاع أذى جسماني بليغ أو واقعها وهي فاقدة الشعور أو في حالة أخرى تجعلها عاجزة عن المقاومة، أو (ب) لاط بشخص دون رضاه وباستعمال القوة أو بتهديده بالقتل أو بإيقاع أذى جسماني بليغ أو لاط به وهو فاقد الشعور أو في حالة أخرى تجعله عاجزاً عن المقاومة، أو (ج) واقع ولداً دون الست عشر سنة من العمر موقعة غير مشروعة أو لاط به. يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة أربع عشر سنة. وإذا ارتكبت هذه الجنابة حسب ما ورد في الفقرة (أ) أعلاه فإنها تدعى (الاغتصاب).

³ نصت المادة (292) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 على: من واقع بالإكراه أنثى (غير زوجه) يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة خمس سنوات على الأقل. 2. ولا تنقص العقوبة عن سبع سنوات إذا كان المعتدى عليها لم تتم الخامسة عشرة

وكسبب للتشديد حيث نص في المادة (300) منه على: "تشدد عقوبة الجنايات المنصوص عليها في المواد (292 و 293 و 294 و 296 و 298) بحيث يضاف إليها من ثلثها إلى نصفها إذا كان المتهم أحد الأشخاص المشار إليهم في المادة (295)، وقد أشارت المادة (295) إلى حالة ارتكاب الجرم من قبل أحد أصولها شرعياً كان أو غير شرعي أو زوج أمها أو زوج جدتها لأبيها وكل من كان موكلاً بتربيتها أو ملاحظتها عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة.

كما شدد المشرع في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 العقوبة في حالات أخرى بينها المادة (301) حيث بينت ظروف أخرى للتشديد تتمثل في وقوع جريمة الاغتصاب بالاشتراك كأن يشترك الأب والأخ في اغتصاب الأخت، ووقوع الجريمة بتتابع على المجني عليها، وحالة كون المغتصبة بكرًا فيؤدي الاعتداء إلى فض غشاء البكارة، أو أن يؤدي هذا الفعل لإصابة المجني عليها بمرض، وفي تلك الحالات تضاف عقوبة مشددة تتراوح ما بين ثلث إلى نصف المدة، أو وفاتها بحيث تكون العقوبة في حالة الوفاة لا تقل عن عشر سنوات أشغالاً شاقة.

يلاحظ الباحث أن المشرع العقابي في القانون رقم (74) لسنة 1936 لم يعتد بالقرابة كسبب لتجريم الاغتصاب ولعل الإغفال في هذا الموطن غير محمود إذا كان حري بالمشرع أن يجعل إتيان هذا السلوك أو الفعل من أحد الأقارب سبباً من أسباب التشديد.

ونرى هنا بوجوب معالجة قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 هذه الحالة وأن ينص على تشديد العقوبة في حال وقعت جريمة الاغتصاب من قبل أحد أصولها أو زوج أمها أو زوج جدتها لأبيها، وعلّة ذلك هي أن هذه الحالة تقع ممن تشعر لهم المجني عليها بالأمان، فشيوع هذه الجريمة يؤدي إلى ضرر فادح ونتائج وخيمة على الأسرة والفتاة¹.

ويرى الباحث أن ما قرره المشرع العقابي بموجب قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 من اعتداد بأواصر القرابة التي تربط الجاني والمجني عليها مسلك حسن، ويأمل الباحث أخذه بعين الاعتبار في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني، إذا أن صلة القرابة يجب أن تكون محل اعتبار وظرف تشديد للعقوبة في تلك الأفعال التي تهدم كيان الأسرة وتفتت روابطها.

من عمرها. وفي المادة (293) نص القانون على يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من واقع أنثى (غير زوجه) لا تستطيع المقاومة بسبب عجز جسدي أو نقص نفسي أو بسبب ما استعمل نحوها من ضروب الخداع.

¹ سليمان أسامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 50.

ومما تجدر الإشارة إليه أن لجريمة الاغتصاب مجموعة أركان تتمثل في الركن المادي وهو الوقاع ويكون بالوطء أو الاتصال الجنسي غير المشروع والمعروف بإيلاج العضو الذكي في فرج الأنثى وشرطه أن يكون بين ذكر وأنثى، أما اللواط والسحاق فلا يدخل ضمن الاغتصاب. ولا يشترط أن يكون الإيلاج كلياً ولا يشترط كذلك تحقيق الرغبة الجنسية للرجل، كما يشترط أن يكون الجاني قادر على الوطء وأن تكون المجني عليها سالحة لذلك¹.

أما الركن الثاني فيتمثل في علاقة القرابة، وهو مرتبط بانعدام الرضى في حالة الاغتصاب، فإذا تحقق الرضى كان سفاحاً، وفي حالة الاغتصاب يتحقق انعدام الرضا بالإكراه المادي والمعنوي².

والركن الثالث وهو القصد الجنائي أو ما يعرف بالركن المعنوي ويتألف من عنصري العلم والإرادة ومقتضى ذلك أن يعلم الجاني أنه يواقع أنثى محرمة عليه أو ليست زوجته، وأن تتجه إرادته إلى موقعة تلك الأنثى دون رضاها³.

ثانياً: جريمة هتك العرض

تعرف جريمة هتك العرض بأنها: " كل فعل مناف للآداب يقع مباشرة على جسم شخص آخر"⁴.

وعرفها البعض بأنها: "الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه ويمس في الغالب عورة فيه"⁵.

وعرفه البعض الآخر بأنه " كل فعل يمارس على جسم آخر ويكون من شأنه أن يشكل إخلالاً بالآداب سواء كان ذلك في علنية أو خفاء".

وتختلف جريمة هتك العرض عن جريمة الاغتصاب في أن هتك العرض قد يقع على الأنثى وقد يقع على الذكر، وقد يكون الجاني أنثى وقد يكون ذكراً، كما تختلف أن الاغتصاب يقع معه إيلاج وإن لم يكن كاملاً، بينما هتك العرض فيكفي المداعبة والتحسيس للقول بتحقيق وقوع الجريمة، ومن صور هذه

¹ نهى القاطوجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات، ط1، 2003، ص178.

² عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض، مرجع سابق، ص 327.

³ وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، مرجع سابق، ص40.

⁴ مجدي محب حافظ، جرائم العرض، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2006، ص49.

⁵ محمد الجبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، ص 294.

الجريمة المفاداة والاحتكاك الذي يجريه الرجل بعضوه التناسلي على عضو المرأة التناسلي، أو فتحة شرح طفل، كما يعتبر من صور جرائم هتك العرض إزالة غشاء بكارة أنثى بالإصبع¹.

ويثار أيضاً الفارق بين جريمة الاغتصاب وجريمة هتك العرض في مسألة دقيقة قد تنبه لها المشرع الفلسطيني، ويتضح الفارق الدقيق في أن جريمة الاغتصاب تتطلب تمام الواقعة وذلك بحدوث إيلاج للعضو الذكري للجاني في فرج الفتاة المجني عليها، أما في حال عدم حصول الاتصال الجنسي بالشكل المذكور سالفاً نكون أمام جريمة هتك عرض، فضلاً عن أن جريمة هتك العرض تتكون في أي فعل شهواني يرتكبه شخص على شخص آخر دون رضاه إذا كان فيه خدش للحياء العرضي².

والحقيقة أن التشريعات العقابية في فلسطين قانون رقم (74) لسنة 1936 وقانون رقم (16) لسنة 1960 لم تعرف جريمة هتك العرض، بل أن قانون رقم (74) لسنة 1936 لم يأتي على ذكر مصطلح جريمة هتك العرض من خلال نصوصه، إنما تناول في نصوصه جريمة ارتكاب فعل منافي للحياء³. وهناك فرق كبير بين تلك الجريمتين.

وعلى صعيد قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 فقد نص المشرع في المادة (296) في الفقرة الأولى منها على: "كل من هتك بالعنف أو التهديد عرض إنسان عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تنقص عن أربع سنوات"، ونص في الفقرة الثانية من نفس المادة على: "ويكون الحد الأدنى للعقوبة سبع سنوات إذا كان المعتدى عليه لم يتم الخامسة من عمره".

¹ وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، المرجع السابق، ص48.

² قضت في ذلك محكمة الاستئناف برام الله بأن: "جريمة هتك العرض ليس فعلاً مخصوصاً في مكان مخصوص في جسم الإنسان بل تتكون في أي فعل شهواني يرتكبه شخص على شخص آخر دون رضاه إذا كان فيه خدش للحياء العرضي" ينظر: حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 617 لسنة 1998، في جلسة 1998/5/26.

³ نص قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 بشكل مستقل على جريمة الفعل المخل بالحياء بموجب المادة (305) المداعبة المنافية للحياء: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، كل من دأب بصور منافية للحياء:

1- شخصاً لم يتم الخامسة عشرة من عمره ذكراً كان أو أنثى، أو

2- امرأة أو فتاة لها من العمر خمس عشرة سنة أو أكثر دون رضاهما".

وكذلك المادة (306) عرض الاعمال او توجيه الكلام المنافي للحياء: "من عرض على صبي دون الخامسة عشرة من عمره أو على أنثى عملاً منافياً للحياء أو وجه إليهما كلاماً منافياً للحياء عوقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين ديناراً".

وتشدد المشرع في عقوبة من هتك عرض إنسان لا يستطيع المقاومة، حيث نصت المادة (297) على: "يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من هتك عرض إنسان لا يستطيع المقاومة بسبب عجز جسدي أو نقص نفسي أو بسبب ما استعمل نحوه من ضروب الخداع أو حمله على ارتكابه".

وفي المادة (298) بين المشرع عقوبة من هتك عرض شخص آخر بدون عنف أو تهديد حيث جاء فيها: "كل من هتك بغير عنف أو تهديد عرض ولد -ذكراً كان أو أنثى -لم يتم الخامسة عشرة من عمره أو حمله على ارتكاب فعل هتك العرض يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة"، وشدد العقوبة في هذه الحالة عندما لا يكون المجني عليه قد بلغ الثانية عشر من عمره حيث جعل العقوبة بحد أدنى خمس سنوات.

وفيما يتعلق بهتك العرض الواقع على الأصول والفروع فقد عالج المشرع في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 هذه الجريمة بموجب المادة (299) حيث نص فيها: "كل شخص من الموصوفين في المادة (295) يهتك عرض شخص -ذكراً كان أم أنثى -أتم الخامسة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة من عمره أو يحمله على ارتكاب فعل هتك العرض يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة". وبالرجوع إلى نص المادة (295) نجد أنها تتحدث عن ارتكاب الفعل من الأصول الشرعيين أو غير الشرعيين، أو زوج الأم أو زوج الجدة لأب، والموكل بالتربية.

وأعاد المشرع التأكيد على تشديد العقوبة إذا كان الجاني أحد الأصول أو زوج الأم أو زوج الجدة لأب أو الولي بموجب المادة (300) حيث اعتبر أن ارتكاب شخص من الوارد ذكرهم في المادة (295) جريمة هتك العرض سبباً لتشدد العقوبة بحيث يضاف إليها من ثلثها إلى نصفها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن لجريمة هتك العرض ركنين أساسيين الأول: وهو الركن المادي ويتمثل بكل فعل يمس عورة ومواطن عفة شخص ما، يؤدي إلى الإخلال بحيائه، بينما الركن الآخر هو الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي والمكون من عنصري العلم والإرادة بحيث يكون الجاني على علم بما يفعله وتتجه إرادته إلى إحداث النتيجة¹.

¹ وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، مرجع سابق، ص 40.

ثالثاً: جريمة الفعل المنافى للحياء أو الفعل الفاضح العلني

بالرجوع لنصوص قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 لاحظ الباحث أن المشرع نص في المادة (157) على: "كل من ارتكب فعلاً منافياً للحياء أو حاول ارتكاب مثل هذا الفعل مع شخص آخر بغير رضاه وباستعمال القوة أو التهديد أو فعل ذلك والمجني عليه فاقد الشعور أو في حالة أخرى تجعله عاجزاً عن المقاومة، وكذلك كل من أكره شخصاً آخر بالقوة أو التهديد على أن يرتكب فعلاً منافياً للحياء أو على أن يستسلم لمثل هذا الفعل، يعتبر أنه ارتكب جناية ويعاقب بالحبس مدة خمس سنوات".

وفي المادة (158) منه نص على: "كل من ارتكب فعلاً منافياً للحياء أو حاول ارتكاب مثل هذا الفعل مع شخص آخر بغير رضاه ولكن بدون استعمال القوة أو التهديد أو برضاء منه حصل عليه بخداعه في ماهية الفعل أو في شخصية الفاعل، أو أغرى أو حاول إغراء أي شخص يعلم بأنه مجنون أو معتوه على أن يرتكب فعلاً منافياً للحياء أو أن يستسلم لمثل هذا الفعل، يعتبر أنه ارتكب جنحة ويعاقب بالحبس مدة سنتين أو بغرامة قدرها مائة جنيه".

وأقر المشرع في عقوبة الفعل المنافى للحياء مع الأولاد حيث جاء في المادة (159) على أن كل من ارتكب فعلاً منافياً للحياء مع شخص دون الست عشرة سنة من العمر، يعتبر أنه ارتكب جنحة ويعاقب بالحبس مدة ثلاث سنوات.

وفي المادة (160) من القانون بين المشرع عقوبة جريمة الأفعال المنافية للحياء علناً حيث نصت على: "كل من أتى فعلاً منافياً للحياء أو أبدى إشارة منافية للحياء في مكان عام أو في مجتمع عام أو بصورة يمكن معها لمن كان في مكان عام أن يراه، يعتبر أنه ارتكب جنحة ويعاقب بالحبس مدة ستة أشهر أو بغرامة قدرها خمسون جنيهاً أو بكلتا هاتين العقوبتين".

من خلال النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم يعتد بالقرابة في تجريم الفعل المنافى للحياء، بل وتعدى لك لوضع عقوبات مخففة عندما يمارس هذا الفعل دون استخدام العنف أو التهديد ومع الأولاد أو في مكان عام.

رابعاً: الفرق بين جريمة هتك العرض وجريمة الفعل المنافي للحياء

كان للقضاء الفلسطيني والأردني رأي مشابه له، حيث قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية بأن: "الشارع فرق بين جريمة هتك العرض والفعل المنافي للحياء، وجعل الإخلال الجسيم بالحياء هو المعيار الحقيقي للفرقة بين هتك العرض والأفعال المنافية للحياء والتي لا تبلغ جسامة فعل هتك العرض".¹

وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "جرى الفقه والقضاء على أن الفارق بين جريمة هتك العرض المنصوص عليها في المواد (296-299) من قانون العقوبات الأردني وجريمة الفعل المنافي للحياء المنصوص عليها في المادة (305) من القانون ذاته يكمن في جسامة الفعل المادي الذي يقع على المعتدى عليه فإن استتال إلى مواضع يعتبرها المجتمع من العورات التي يحرص سائر الناس على سترها فالجريمة هتك عرض وإن بقي العمل بدرجة اللبس والمداعبة من غير المساس بالعورات فالجريمة فعل منافي للحياء".²

ويتفق الباحث في هذا السياق أنه كان حري بالمشروع العقابي في قانون رقم (74) لسنة 1936 أن ينص بشكل مستقل على جرائم هتك العرض، على اعتبار أنها تختلف عن جرائم الفعل المخل بالحياء، وهذا ما قرره جانب من الفقه والقضاء حيث فرق بين الجريمتين بحيث نكون أمام جريمة هتك عرض في حال استتالت أفعال الجاني إلى مواضع تعتبر من العورات التي يحرص الشخص على سترها، أما إذا اقتصر الفعل على اللبس أو المداعبة دون المس بالعورات نكون أمام جريمة فعل منافي للحياء، فالجسامة هي المعيار في التفريق بين الجريمتين.³

ولقد أحسن المشروع العقابي في قانون رقم (16) لسنة 1960 عندما راعى العلاقات الأسرية والقرابة عند إقرار الجرائم وعقوباتها، حيث نجده شدد من العقوبة في حال كان الجاني من أحد الأصول أو المحارم وعلّة ذلك أن الجاني عندما أقدم على ارتكاب هذا الجرم قد أهدر الثقة بين مكونات الأسرة الواحدة، ودمر القيم العائلية.

لكل ما سبق فإن الباحث يأمل من المشروع الفلسطيني أن يحدو حدو قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 من خلال إقرار جريمة هتك العرض بشكل مستقل وتشديد عقوبتها عندما يكون الجاني أحد

¹ حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، وفي الدعوى الجزائية، رقم 493 لسنة 1998، في جلسة 1998/5/12

² قرار محكمة التمييز الأردنية (جزاء) رقم 2011/2176 (هيئة خماسية) تاريخ 2012/1/24

³ محمد موسى البخيت، المشكلات القانونية والعملية في جرائم العرض، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص15.

أصول أو محارم المجني عليه، لكون العلل والأسباب التي تستوجب التشديد في جريمة هتك العرض في حال وقعت من قبل أصول وفروع المجني عليه تتوافر ذاتها في جريمة الفعل المنافي للحياة.

الفرع الثاني: صفة القرابة كعذر مخفف للعقاب.

الأعذار القانونية المخففة هي حالات حددها المشرع على سبيل الحصر يلتزم فيها القاضي بأن يهبط بالعقوبة المقررة للجريمة وفقاً لقواعد معينة في القانون¹.

تطرق المشرع الفلسطيني في العديد من الجرائم للنص على أعذار مخففة، لكن ما يهم في هذا الصدد، الأعذار التي يكون لعلاقة القرابة أثر ومحل اعتبار فيها، وبالتالي سنتناول فيها أهم صورتين يطبق فيها العذر المخفف، أولاهما: هي صور قتل الأم لوليدها حديث الولادة والثانية صورة قتل الأم وليدها اتقاء للعار.

أولاً: قتل الأم لوليدها حديث الولادة

في هذه الصورة نجد أن المشرع الفلسطيني قد منح الأم التي تقتل وليدها حديث الولادة عذراً مخففاً لما تُمنى به الأم أحياناً بعد الولادة من حالة عقلية غير متزنة وتأثيرات نفسية سلبية، فمن هذا المنطلق أوجد المشرع عذراً مخففاً في نص المادة (226) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936، والمادتين (331-332) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960، ونص على عقوبة مخففة في حق الأم التي تقوم بقتل ابنها حديث الولادة².

حيث نصت المادة (226) من قانون العقوبات الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على "1. إذا تسببت امرأة بفعل أو ترك مقصود، في موت طفلها المولود حديثاً، وكانت حين وقوع ذلك الفعل أو الترك لم تبرأ بعد برءاً تاماً من تأثير وضعها لذلك الطفل بحيث كانت من جراء ذلك في حالة عقلية غير متزنة، فتعتبر أنها ارتكبت جريمة "قتل الطفل" ولو كانت الظروف التي وقع فيها الجرم تجعله من قبيل القتل قصداً لولا وجود أحكام هذه المادة. وتجاوز محاكمتها ومعاقبتها على ذلك الجرم كما لو كانت قد ارتكبت جرم القتل عن غير قصد في ذلك الطفل. 2. ليس في هذه المادة ما يؤثر في صلاحية المحكمة عند النظر بناء

¹ ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني "نظرية الجزء الجنائي" ج2، بدون دار نشر، ط2، 2011، ص 150.

² سليمان أسامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 54-55.

على اتهام بقتل طفل مولود حديثاً قسداً، في إصدار قرار بإدانة المتهمة بالقتل عن غير قصد أو بإدانتها مع اعتبارها مجنونة، أو بإدانتها بإخفاء الولادة.

ويقابلها نص المادتين (331-332) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية حيث نصت المادة (331) على: "إذا تسببت امرأة بفعل أو ترك مقصود في قتل وليدها الذي لم يتجاوز السنة من عمره على صورة تستلزم الحكم عليها بالإعدام، ولكن المحكمة اقتنعت بأنها حينما تسببت في الوفاة لم تكن قد استعادت وعيها تماماً من تأثير ولادة الولد أو بسبب الرضاعة الناجم عن ولادته، تبدل عقوبة الإعدام بالاعتقال مدة لا تتقص عن خمس سنوات".

في حين نصت المادة (332) من نفس القانون على: "تعاقد بالاعتقال مدة لا تتقص عن خمس سنوات، الوالدة التي تسببت -اتقاء العار- بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته". من خلال النصوص أعلاه نلاحظ أن التشريعات العقابية منحت الأم التي تقتل وليدها الذي لم يبلغ السنة عذراً قانونياً مخففاً للعقوبة، كما نلاحظ أن قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 منح الأم التي تحمل سفاحاً أو من علاقة غير مشروعة عذراً مخففاً عند قتلها وليدها الناتج عن هذه العلاقة.

والحقيقة أن قانون رقم (74) لسنة 1936 وسع في مجال منح الأم العذر المخفف إذا لم يشترط تحقق العذر الخاص والمتمثل في الحمل من السفاح بحسب ما بينه قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960، ويشاطر الباحث رأي بعض الباحثين أن المشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 أحسن الصياغة إذا أن العلاقة غير المشروعة لا تقف عند السفاح بل تطال الاغتصاب والزنا كذلك، وعليه يأمل الباحث من المشرع الفلسطيني الاقتداء بصياغة قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 عند نصه على هذه الجريمة في مشروع قانون العقوبات.

ثانياً: جريمة إجهاض الأم لجنينها اتقاء للعار

حدد المشرع الفلسطيني صور مختلفة للإجهاض دون التطرق لبيان مفهومه، ويمكن تعريف الإجهاض بأنه: "إنهاء حالة الحمل عمداً وبلا ضرورة قبل الأوان، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم، أو بإخراجه منه - ولو حياً - قبل الموعد الطبيعي لولادته"¹.

¹ مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 25(5)، 2011، فلسطين، نابلس، ص1403.

لقد عالج المشرع الفلسطيني هذه الجريمة بموجب المواد (175-176-177) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936¹، ويقابل النصوص السابقة المواد (321-322-323-324-325) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960².

إن الناظر لفحوى نصوص قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 ينتهي إلى أن المشرع لم يتناول بشكل صريح النص على جريمة الإجهاض التامة، وإنما تعرض لمحاولة الإسقاط للجنين سواء قامت به الحامل بنفسها أو ساعدها الغير، ويلاحظ أن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 اعتبر هذا الفعل

¹ نصت المادة (175) من قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 على: "كل من ناول امرأة، حاملاً كانت أو غير حامل، سماً أو مادة مؤذية أخرى أو استعمل الشدة معها على أي وجه كان أو استعمل أية وسيلة أخرى مهما كان نوعها بقصد اجهاضها، أو تسبب في تناولها السم أو المادة المؤذية أو في استعمال الشدة أو الوسيلة الأخرى معها لأجل هذا الغرض، يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة أربع عشرة سنة". في حين نصت المادة (176) من نفس القانون على: "كل امرأة، حاملاً كانت أو غير حامل، تناولت على وجه غير مشروع سماً أو مادة مؤذية أخرى أو استعملت القوة بأي وجه كان أو أية وسيلة مهما كان نوعها، أو سمحت لغيرها بأن يناولها مثل هذه المادة أو باستعمال مثل هذه القوة أو الوسيلة معها بقصد اجهاضها، تعتبر أنها ارتكبت جنائية وتعاقب بالحبس مدة سبع سنوات". وفي المادة (177) نص المشرع على: "كل من أعطى شخصاً آخر أو هياً له بوجه غير مشروع أي شيء من الأشياء مهما كان نوعه مع علمه بأن ذلك الشيء سيستعمل على وجه غير مشروع في اجهاض امرأة، سواء كانت حاملاً أو غير حامل، يعتبر أنه ارتكب جنحة".

² نصت المادة (321) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 على: "كل امرأة أجهضت بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات". كما ونصت المادة (321) من نفس القانون: "كل امرأة أجهضت بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات". هذا وجاءت المادة (322) لتتص على عقوبة اجهاض امرأة برضاها بقولها: "1. من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، 2. وإذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات. هذا ونصت المادة (323) من نفس القانون على عقوبة اجهاض امرأة دون رضاها: "1. من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها، عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد على عشر سنوات. 2. ولا تنقص العقوبة عن عشر سنوات إذا اقتضى الاجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة".

كما نصت المادة (324) من نفس القانون على الاجهاض محافظة على الشرف حيث جاء فيها: "تستفيد من عذر مخفف، المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (322 و 323) للمحافظة على شرف إحدى فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة". وختم المشرع العقابي أحكام الإجهاض بموجب المادة (325) بنصه على ظرف مشدد للإجهاض: "إذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، يزداد على العقوبة المعينة مقدار ثلثها".

جناية يعاقب عليها بموجب نص المادة (175) بالحبس أربعة عشر سنة، وبموجب المادة (176) بالحبس سبع سنوات.

كما يلاحظ الباحث أن المشرع العقابي في قانون رقم (74) لسنة 1936 لم يفرق بين الإجهاض الرضائي والإجهاض غير الرضائي، كما أن المشرع العقابي في قانون (74) لسنة 1936 لم ينص على عذر مخفف تستفيد منه المرأة عندما يكون الإجهاض بدافع الشرف.

في حين أن الناظر لأحكام قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 يجد أن المشرع فرق بين الإجهاض الرضائي والذي اعتبره جنحة تصل عقوبته إلى الحبس ثلاث سنوات كحد أقصى، والإجهاض غير الرضائي الذي اعتبره المشرع جناية تصل عقوبته إلى الأشغال الشاقة لمدة لا تزيد عن عشر سنوات. ويلاحظ من النصوص السابقة أيضاً أن المشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 منح عذر مخفف للعقوبة للمرأة التي تجهض نفسها اتقاء للعار، كما منح من يرتكب هذه الجريمة العذر المخفف للمحافظة على شرف أحد فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة.

المطلب الثاني:

القربة كسبب لإباحة الفعل أو الإغفاء من العقوبة

تمهيد:

يتأثر القانون في كل دولة بثقافة وقيم المجتمع الذي ينظمه، فنجد المشرع عندما يصدر التشريعات المختلفة، فإنه يؤخذ بعين الاعتبار بروابط وصلات القرابة، فإن المشرع الجنائي تحت تأثير هذه الصلات قد يغير في تقدير العقوبة لأشخاص معينين يحملون صفات أو صلات قرابة معينة ذلك بتخفيف أو تشديد العقوبات المقررة لبعض الجرائم، كما سبق وأن ذكرنا، وكذلك بإباحة بعض الأفعال المجرمة والإغفاء منها في حين آخر¹.

وبالتالي تؤثر علاقة القرابة على الجريمة والعقوبة وذلك إما بإباحة الفعل وإما بالإغفاء من العقوبة، وهذا ما سوف نوضحه في الفرعين التاليين:

¹ المعمري، عبد الله بن حمد بن عبد الله، صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب، مرجع سابق، ص 39.

الفرع الأول: صفة القرابة كسبب لإباحة الفعل

تعرف أسباب الإباحة بأنها حالات انتفاء الركن الشرعي بناءً على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال¹، وبذلك تعتبر أسباب الإباحة حالات يترتب على توافرها انتفاء الركن الشرعي للجريمة؛ ومن ثم يترتب على انتفاء هذا الركن انتفاء الجريمة، وذلك لأن فقدان الجريمة لأحد أركانها يترتب عليه عدم قيامها حيث تعد هي والعدم سواء².

وسبب الإباحة هو السبب الذي يجعل الفعل المجرم مباحاً بموجب أحد نصوص قانون العقوبات، حيث أتيح لظروف استثنائية قدرها المشرع، لذلك توصف مشروعيتها بأنها استثنائية وهي تختلف عن المشروعية العادية حيث لا ينطبق النص التجريمي على الفعل من الأصل³.

وأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، لأنها تتعلق بالواقعة ذاتها فترفع عندها صفة عدم المشروعية، ما يترتب عليه أن من تتوافر في حقه فلا يجوز الرجوع عليه بالمسؤولية الجنائية أو المدنية⁴. وتؤدي الصفة المشتركة أحياناً إلى ترتيب حق معين لصالح أحد طرفيها استيفاءً لمصلحة مقرررة قانوناً، وطالما رتب المشرع حقاً معيناً فإنه يلزم عليه ألا يجرم وسيلة استعمال هذا الحق حتى وإن كانت بحسب الأصل مجرمة، وبالتالي؛ فإن توافر الصفة المشتركة، وترتيبها لحق معين تجاه أحد طرفيها يؤدي بداهة إلى إباحة الأفعال التي يرتكبها صاحب هذا الحق وصولاً إلى حقه المقرر شرعاً⁵.

ولقد تناول المشرع الفلسطيني بعض النصوص الجزائية التي تضمنت سبب للإباحة وكانت علاقة القرابة محل اعتبار فيها، وفي هذا الإطار سننترق لبيان أهم هذه النصوص التي عالجت ذلك، وفي هذا الإطار نرى أن قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 قد أورد سبب للإباحة في نص المادة (62) حيث نصت على أنه: "2-يجوز القانون: أ- ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم على نحو ما يبيحه العرف العام" ويرى الباحث أن النص أعلاه يتعارض مع المادة(29) من القانون الأساسي الفلسطيني

¹ محمد نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1998، ص153.

² سامح السيد جاد، الأعدار القانونية المعفية من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة، دار الهدى للطباعة، طبعة 1984، ص 51.

³ ساهر إبراهيم الوليد، الاحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " الجريمة والمسؤولية الجزائية" ج1، بدون دار نشر، ط1، 2010، ص 136.

⁴ محمد نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 153.

⁵ جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 112.

2003 المعدل حيث نصت المادة على أن " رعاية الأمومة والطفولة واجب وطني، ولللأطفال الحق في: 1- الحماية والرعاية الشاملة. 2- أن لا يستغلوا لأي غرض كان ولا يسمح لهم بالقيام بعمل يلحق ضرراً بسلامتهم أو بصحتهم أو بتعليمهم. 3- الحماية من الإيذاء والمعاملة القاسية. 4- يحرم القانون تعريض الأطفال للضرب والمعاملة القاسيتين من قبل ذويهم" فالناظر لكلا النصين يجد أن القانون الأساسي حظر بشكل واضح وصريح تعريض الأطفال للضرب والمعاملة القاسية من ذويهم في حين جاءت المادة (62) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 تجيز للآباء تأديب أبنائهم بما يبيحه العرف والتي يقع من ضمنه وسيلة الضرب¹.

وبالتالي يفهم من نص المادة أن المشرع أباح للأب أن يقوم بتأديب الأبناء بشرط توافر بعض الشروط وهي:

1- **الصفة:** يثبت حق التأديب لمن يعهد إليه شرعاً أو قانوناً أو اتفاقاً بتربية الطفل ويستحق التأديب الطفل الذي لا يتجاوز سن السادس عشر، وهو حق يتعلق بالولادية على النفس في حالة تأديب الأب لابنه².

2- **وقوع ما يوجب التأديب:** حق التأديب مقيد بالغاية التي شرع من أجلها وهو إصلاح الصغير وتعليمه وتهذيبه، فإن تجاوز مستعمل الحق هذه الغاية يخرج من دائرة الإباحة ويدخل دائرة التجريم³.

3- **حدود التأديب:** يباح لمن له حق التأديب أن يؤدب الصغير بالضرب البسيط الذي لا يحدث كسراً أو جرحاً، ولا يترك أثراً، أي أن لا يكون الضرب فاحشاً الذي كسر العظم أو يحرق الجلد، فإذا زاد هذا التأديب على هذا القدر اللازم يصبح محاسباً جنائياً ويُسأل عن جريمة الإيذاء العمد ضد قاصر⁴.

¹ سليمان أسامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 57.

² محمد صبحي نجم، قانون العقوبات-القسم العام- " النظرية العامة للجريمة" بدون دار نشر، 2000، ص 185.

³ أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2006، ص 451.

⁴ فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات " القسم العام" دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 239-240.

4- حسن النية: يلتزم المستفيد من حق التأديب أن تكون النية سليمة وأن يبتغي منها التأديب، لا الانتقام أو التعذيب أو حمل الطفل على إتيان فعل غير مشروع كالتسول أو السرقة، وإلا سيخرج من دائرة الإباحة¹.

بناءً على ما سبق، يتبين أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم ينص صراحة على حق تأديب الصغار في ثنايا نصوصه، لذا نوصي بوجود أن يتناول القانون هذا الحق في مواده الجزائية.

كما نص المشرع المصري في المواد (7 و60) من قانون العقوبات على إباحة بعض الأفعال، إذ تنص المادة (7) على أنه: "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء". كما تنص المادة (60) من ذات القانون على أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة".

ولاستعمال الحق عند توافر الصفة المشتركة تطبيقات يضربها الفقهاء عادة للتدليل على أثر هذا الحق على محو الصفة الإجرامية عن الفعل، وهذه التطبيقات تتمحور حول حق التأديب المقرر شرعاً كحق تأديب الزوج وزوجته وتأديب الصغار².

ويشترط لاستعمال الزوج حقه في تأديب زوجته الشروط الآتية:

1- نشأة الحق في التأديب: ينشأ للزوج الحق في تأديب زوجته إذا أتت بمعصية ليس لها حد مقرر، فإن كان لمعصية الزوجة حد مقرر شرعاً فإن الإمام أي ولي الأمر أو السلطات العامة بالمفهوم الحديث، هو الذي يتولى إقامة الحد. ويشترط لنشوء الحق في التأديب أن يستنفذ الزوج كافة الوسائل عليها أي أن يعظ زوجته بالقول الحسن، فإن لم تستجب له أن يهجرها في المضاجع فإن لم تستجب نشأ حقه في تأديبها³.

¹ حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادية لدولة الامارات العربية المتحدة، ج1، بدون دار نشر، 2004، ص 480.

² المعمرى، عبد الله بن حمد بن عبد الله، صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب، مرجع سابق، ص 41.

³ علي عبد القادر الفهوجي، قانون العقوبات "القسم العام" لبنان، بيروت، الدار الجامعية، 1988، ص 240-241.

2- التزام حدود الحق: يعني أن حق الزوج في تأديب زوجته مشروط بالتزام الحدود بألا يكون الضرب مبرحاً وأن لا يلجأ إليه إذا غلب على ظن الزوج عدم جدواه.

3- حسن نية الزوج: بأن يكون مبعثه الحقيقي ليس إيلاام زوجته وإنما تأديبها حرصاً على استمرار العلاقة الزوجية فيما بينهما أما إذا كان الزوج سيء النية في ضربه لزوجته فإنه لا يستفيد من هذا الحق بل يعدو فعله مجرماً بمقتضى المادة (242) من قانون العقوبات المصري، وهي التي تعاقب على الضرب الخفيف، وكذلك المادة (9/377) من ذات القانون وهي التي تعاقب على أفعال التعدي والإيذاء الخفيف.

الفرع الثاني: صفة القرابة كعذر معفي من العقاب

يهدف قانون العقوبات إلى حماية المجتمع على نحو يضمن ممارسة المواطنين لحقوقهم وحررياتهم بطريقة سليمة، ووسيلته في ذلك هي إحداث التوازن بين المصلحة العامة والخاصة من خلال تحديد نطاق التجريم والعقاب بوضوح تام، وفي هذا الصدد-نالت نظرية العقاب اهتماماً كبيراً من جانب الفقه الجنائي في جميع العصور رغبة من النظام في الحفاظ على الأمن العام وعدم تفشي الأعمال الإجرامية داخل المجتمع¹.

وقد جاء بالموسوعة الجديدة للقانون الجنائي في فرنسا بأن الأعدار المعفية عبارة عن "مجموعة من الأسباب القانونية التي يمنح الجاني بموجبها نوع من التسامح أو العفو يطلق عليه الإعفاء، حيث يترتب على توافر أي سبب منها وجوب استبعاد تطبيق العقوبة الأصلية وكل عقوبة تبعية أو تكميلية بما في ذلك الحرمان من الحقوق والمزايا الوطنية والمدنية والعائلية المنصوص عليها في المادة (42) من قانون العقوبات، وذلك ما عدا الحكم بتحديد الإقامة الذي يجوز النطق به في مواجهة الجاني رغم إعفائه بحسب الأحوال"².

¹ ضاري خالد صالح السعيد، حالات الإعفاء من العقاب" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2013، ص 13.

² المعمرى، عبد الله بن حمد بن عبد الله، صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب، مرجع سابق، ص 43.

وتعرف الأعدار المعفية أو ما تسمى بموانع العقاب عند الفقه المصري بأنها "أسباب للإعفاء من العقاب على الرغم من بقاء الجريمة وكافة شروط المسؤولية عنها متوافرة"¹.

وتسمى الأعدار المعفية بموانع العقاب² لأنها "تحول دون الحكم بالعقوبة على الرغم من بقاء أركان الجريمة كافة وشروط المسؤولية عنها متوافرة"³.

ويقرر قانون العقوبات الفلسطيني إعفاء الجاني من العقوبات المقررة للجريمة بالنظر إلى صلة القرابة في عدة جرائم أهمها:

أولاً: جريمة إخفاء مجرم عن وجه العدالة

عاقب المشرع الفلسطيني على جريمة إخفاء مجرم على وجه العدالة في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 واعتبر من أوى مجرماً في مرتبة الشريك وأفرد له عقوبة وفقاً لنص المادة (26) من ذات القانون، كما أن قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 تناول في المادة (84) جريمة إخفاء المجرم من وجه العدالة وأفرد عقوبة لها.⁴

¹ أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات-القسم العام-، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة 2003، ص 726.

² يمكن التفريق بين موانع العقاب وأسباب الإباحة، حيث إن أسباب الإباحة تشير إلى الأسباب أو العوامل التي تدفع الشخص إلى ارتكاب سلوك محظور أو غير مقبول من الناحية القانونية أو الأخلاقية، وأيضاً هي أسباب تجعل السلوك الذي يُشكل جريمة مباحاً فترفع عنه الصفة الجرمية وتقلبه إلى عمل مشروع مباح مثل: القيام بواجب كقيام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض.

بينما موانع العقاب تشير إلى الحواجز أو العوامل التي تعيق تطبيق العقاب أو تقلل من فعاليته، ويمكن أن تشمل موانع العقاب على العوامل القانونية والإجرائية والاجتماعية والثقافية، وتتفاوت موانع العقاب من بلد إلى آخر ومن نظام قانوني إلى آخر، وقد تتأثر بمسائل مثل حقوق الإنسان ومبادئ العدالة وضرورة توفير إجراءات قانونية عادلة ومنصفة، كما أن موانع العقاب هي أعدار معفية من العقاب مثل: الصلح والعفو، ولا تنفي الصفة الجرمية عن الفعل ويبقى تجع الفاعل مسئول جنائياً، لكنها تعفيه من العقوبة المقررة لها.

وتجدر الإشارة أن أسباب الإباحة وموانع العقاب ترتبطان بسياق قانوني وأخلاقي واجتماعي معقد، ويمكن تناولهما من منظورات متعددة وباختلاف الثقافات والقيم المجتمعية.

³ حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات المصري-القسم العام-، الكتاب الأول، المبادئ العامة للجريمة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996، ص 610-611.

⁴ سليمان أسامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 59.

وما يهمننا في دراستنا الحالية هو العذر المعفي لجريمة إخفاء المجرم عن وجه العدالة، حيث أن المشرع الفلسطيني قد أقام اعتباراً لعلاقة القرابة في هذه الجريمة، فلو نظرنا لنصوص المواد السابقة نجد أنها أعفت من العقوبة كل من "والد ذلك الشخص الآخر أو أمه أو ابنه أو ابنته أو زوجه" في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936، و"أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقاؤهم وشقيقاتهم" في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960، وذلك انطلاقاً من الحفاظ على العلاقات الأسرية والعائلية وحرصاً على وحدة المجتمع استناداً لقاعدة فقهية تقول "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"¹.

لكن يؤخذ على المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 أن اقتصر العذر المعفي على بعض أصول وفروع المجرم، في حين أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 قد وسع من هذه الدائرة لتشمل أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقاؤهم وشقيقاتهم، فنرى أن القانون الأخير قد أحسن صنعاً في توسيع دائرة إعفاء الأقارب لكون ذات العلة موجود في كل الأشخاص الذي ذكرهم قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960.

علاوة على أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 قد نص على بعض الأعدار القانونية المعفية من العقوبة علماً بأن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم يتناولها ومنها الإعفاء من عقوبة كتم بعض الجنايات بالجنح²، والجرائم التي تقع على الأموال إذا وقعت أضراراً بين المجني عليه وأصوله أو فروع³.

¹ حسن بن إبراهيم الهنداوي، درء المفسدة مقدمة على جلب المصلحة" دراسة أصولية فقهية"، بحث منشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد(17)، 2011، مشاراً إليه سليمان أسامة أبو سلامة، أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 59

² ينظر: المادة(206) من قانون العقوبات رقم(16) لسنة 1960، حيث نصت على أنه "1-يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من علم باتفاق جنائي لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد (135 و136 و137 و138 و142 و143 و145 و148) من هذا القانون ولم يخبر السلطة العامة بوجه السرعة المعقولة.2-لا يسري حكم هذه المادة على زوج أي شخص له يد في تلك المؤامرة ولا على أي من أصوله أو فروع".

³ ينظر: المادة(425) من قانون العقوبات رقم(16) لسنة 1960، حيث نصت على أنه "1-يعفي من العقاب مرتكبو الجرائم المنصوص عليها في الفصول الثلاثة السابقة إذا وقعت أضرار بالمجني عليه بين الأصول والفروع أو الزوجين غير المقتربين قانوناً، أو بين الأربة والريبات من جهة وبين الأب والأم من جهة ثانية.2-إذا عاود هذا الفاعل جرمه في خلال ثلاث سنوات عوقب-بناء على شكوى المتضرر-بالعقوبة المنصوص عليها في القانون مخفضاً منها الثلثين".

يفهم من النص السابق أن المشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 جعل القرابة سبباً للإعفاء من عقوبة الاعتداء على مال الأقارب في شكل السرقة فقط، وتوسع ليشمل كذلك الأربة والريبيات، كما يلاحظ أن المشرع رغم عقابه على مسألة العود في تلك الجريمة إلا أنه أقر لها عقوبة مخففة، واشترط فيها أن يتم تحريكها بناء على شكوى.

ثانياً: السرقة بين الأزواج والأصول والفروع والأربة والريبيات¹

نظم المشرع العقابي بموجب قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 أحكام جريمة السرقة بشكل عام²، وعلى غرار نهج المشرع العقابي في قانون رقم (16) لسنة 1960، والحقيقة أن المشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم يعتد بصفة القرابة في تجريم السرقة، علماً أنه نص بموجب المادة (10) منه على حالة الإعفاء من المسؤولية الجزائية، إذ أعفت المادة كل من ارتكب جرماً يتعلق بمال إذا كان الفعل أو الترك الذي ارتكبه بشأن ذلك المال قد جرى أثناء ممارسته حقاً صحيحاً يدعي به ولم يكن يقصد الاحتيال أو الإضرار.

يفهم من نص المادة أنه يمكن إعمال هذه الحالة بشكل محدود عندما يأخذ الفرع من الأصل مقدار إعالته الواجبة عليه، أو مقدار نفقته المقدرة قضاءً.

في حين جعل المشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 القرابة سبباً للإعفاء من العقوبة في الجرائم المالية فنص في المادة (425) على: 1. يعفى من العقاب مرتكبو الجرائم المنصوص عليها في الفصول الثلاثة السابقة إذا وقعت أضرار بالمجني عليه بين الأصول والفروع أو الزوجين غير المفترقين قانوناً، أو بين الأربة والريبيات من جهة وبين الأب والأم من جهة ثانية. 2. إذا عاود هذا الفاعل جرمه في خلال ثلاث سنوات عوقب -بناء على شكوى المتضرر- بالعقوبة المنصوص عليها في القانون مخفضاً منها الثلثان³.

¹ الأربة: ابن امرأة الزوج من غيره، الريبيات: بنتُ الزوجة من زواج سابقٍ، ابنة زوجة الرجل التي دخل بها يحرم نكاحها بسبب حصول القرابة الناشئة من الزواج. قال تعالى: " وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم " النساء: 23"

² جاء النص على أحكام السرقة في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 بموجب المواد من 263 إلى 278.

³ تضمنت الفصول الثلاثة التي يعينها المشرع المواد من 399 وحتى 424 جريمة السرقة بصورها وحالاتها، وظروف التشديد.

يفهم من النص السابق أن المشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 جعل القرابة سبباً للإعفاء من عقوبة الاعتداء على مال الأقارب في شكل السرقة وجميع جرائم الأموال بين الأزواج والأصول والفروع وتوسع ليشمل كذلك الأربة والزبيبات متى كانت السرقة مرتكبة بينهم وبين الأم أو الأب، كما يلاحظ أن المشرع لم يعفي في مسألة العود من العقوبة ولكن أقر لها عقوبة مخففة لظرف ثلاث سنوات، واشترط فيها أن يتم تحريكها بناء على شكوى، وفي جميع الأحوال لا بد من إزالة الضرر الناتج حتى يتم الاستفادة من الإعفاء أو التخفيف.

وفي هذا الصدد يرى الباحث أنه كان حري بالمشرع العقابي في قانون رقم (74) لسنة 1936 أن ينظم أحكام الاعتداء على مال الأقارب بشكل واضح وأن لا يجعلها مرتبطة بممارسة حق حتى لا يتدع الأقراب بممارسة هذا الحق لاحقاً.

كما ويرى الباحث أنه كان الأجدر بالمشرع العقابي في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 ألا يتوسع في الإعفاء إذ لا بد من وجود ضوابط، بالإضافة إلى ضرورة تشديد العقوبة في مسألة العود وعدم منح الفاعل عذر مخفف.

هذا ويعتقد الباحث أن جرائم الأموال واسعة النطاق وكان الأجدر تنظيمها بشكل واسع لاسيما جريمة النصب والاحتيال بين الأقارب، وجريمة خيانة الأمانة بين الأقارب، وجريمة الاستيلاء على التركة، وجريمة إخفاء الأموال.

ويأمل الباحث من المشرع الفلسطيني إقرار هذه الأحكام وضبطها بموجب مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

الخاتمة:

ختاماً، الحمد لله المعروف من غير رؤية، رب العالمين، سبحانه أنزل القرآن، خلق الإنسان، علمه البيان بما ميزه على الكثير من الخلق بنعمة العقل ليهتدي إلى الطريق المستقيم، فله سبحانه الحمد والشكر كله لأن وفقنا لإنجاز هذه الدراسة، الحمد لله رب السماوات والأرض وما بينهما، القائل في محكم التنزيل (وَتُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ عَلَى الَّذِينَ اسْتُضِعُوا فِي الْأَرْضِ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ الْوَارِثِينَ)¹، والصلاة والسلام على رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم، إن وفقنا فمن عند الله، وإلا فيكفينا شرف المحاولة.

لهذا فإنه يجدر بي بعد هذه الرحلة أن أحط الرحال، لأدون أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها في دراستي.

أولاً: النتائج

1- الأصل في الجرائم أنها تقوم من غير النظر إلى شخصية الفاعل أو جنسيته أو صفته أو وظيفته، إنما ينظر إلى السلوك الصادر عنه وإلى العناصر الثابتة في الجريمة فحسب، إلا أن المشرع في بعض الجرائم يتطلب أن تتوافر في الجاني صفة قانونية أو فعلية معينة، أي وصف معين أو وضع خاص، وفي هذه الحالة يلزم أن يعلم الجاني هذه الصفة أو ذلك الوصف ليقوم القصد الجرمي لديه.

2- إن الصفة قد تكون ناتجة عن شهادة علمية أو وظيفية أو مولد أو قرابة فهي عناصر قانونية أو طبيعية تدخل في تكوين النموذج القانوني للجريمة، وهي إما يتوقف عليها قيام الجريمة وتكون ركناً أو تكون ظرفاً يغير من الوصف القانوني لها أو يغير من العقوبة فقط.

3- يتضح لنا صفة الفاعل الخاص بوصفها ركناً أو ظرفاً مشدداً أو مخففاً التي تكون داخلة في التكوين القانوني لنموذج الجريمة يشترط فيها أن يكون صاحب الصفة هو المنفذ المادي للجريمة المعتبرة جزءاً من ملابسات السلوك الإجرامي الموصوف في هذا النموذج، أي تلك التي يتوقف عليها الكيان المادي ويتألف بها الوجه الخارجي للجريمة ذاتها.

¹ سورة القصص: الآية 5.

4- فيما يخص الصفة فهي إما أن تكون موضحة في الفقه الجنائي بشكل موسع عن تحديدها في الفرع الذي ينظمها، وإما عند توافرها في النص القانوني وغير موضحة في القانون الجنائي تحال في تحديد مفهومها إلى الفروع الأخرى للقانون إذ يتولى تحديد المقصود منها في مجاله الخاص.

5- الصفة الوظيفية كركن في الجريمة، تدخل في تكوين الجريمة وبنائها القانوني، ويتوقف عليها وجود أو انتفاء الجريمة بحسب الوصف المقرر في نص التجريم، بحيث يترتب على تخلفها عدم تحقق النموذج القانوني للجريمة، والجريمة تخضع إلى نص تجريمي آخر، أي تؤثر في وصفها القانوني ويغيرها.

6- لقد نظم المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 الساري في قطاع غزة جريمة الرشوة في نص المادة (106) كما و نظم قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 والمطبق في الضفة الغربية جريمة الرشوة في الفصل الأول تحت عنوان في الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة من الباب الثالث في الجرائم التي تقع على الإدارة العامة حيث عرفها في المادة (170) " كل موظف عممي وكل شخص نذب إلى خدمة عامة سواء بالانتخاب أو بالتعيين وكل امرئ كُلف بمهمة رسمية كالمحكم والخبير والسنديك طلب أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو أية منفعة أخرى ليقوم بعمل حق بحكم وظيفته عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار.

7- وسعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، من تعريف جريمة الرشوة عندما حضت الدول الأعضاء على تجريم فعل الارتشاء عندما يقترفه الموظفون العموميون وأشخاص آخرون غير الموظفين العموميين، مثل الموظفين العموميين الأجانب والعاملين في المؤسسات الدولية، بل زادت على ذلك بأن حضت الدول الأعضاء على تجريم العاملين في القطاع الخاص الذين يتلقون منافع دون وجه حق لقاء قيامهم بعملهم.

8- أخذ القانون الفلسطيني سواء في مواد قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة، أو قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية بمبدأ وحدة الرشوة، واعتبار أن الرشوة هي جريمة الموظف العام، وفي سبيل الخروج من سلبيات هذا النظام وخصوصاً إفلات الراشي من العقاب حال رفض الموظف العام الرشوة، فإن كلا القانونين قد نصا على عقاب عرض الرشوة

الخائب في المادة (109) مكرر المطبقة في قطاع غزة، والمادة (173) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبقة في الضفة الغربية.

9- تتطلب جريمة الرشوة ركناً مفترضاً يتمثل في صفة الموظف المختص بالقيام بالعمل المطلوب سواء بشكل كلي أو جزئي، فالرشوة تعد من جرائم ذوي الصفة، فلا يتصور فاعلها إلا إذا حمل صفة معينة، وهي صفة الموظف العام أو من في حكمه بحسب الفئات التي يشملها القانون، ولا يكفي توافر صفة الموظف على النحو السابق، بل يلزم أن يكون مكلف بعمل، ويجب أن يكون هذا العمل حقيقياً وليس مزعوماً وليس بالاعتقاد الخاطئ، وليس من الضروري أن يكون قائماً بالعمل بشكل كلي، ويكفي أن يقوم بجزء من العمل حتى تقام بحقه جريمة الرشوة، وهذا بحسب قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية.

10- جرم قانون العقوبات المصري في جريمة الرشوة بالإضافة إلى الاختصاص المزعوم أحوال الاختصاص المزعوم والاعتقاد الخاطئ بالاختصاص، أي سواء أكان الاختصاص حقيقياً أم مزعوماً أم يعتقد الموظف خطأ باختصاصه بالعمل.

11- يجمع الفقه أن الرشوة من الجرائم المقصودة، إلا أن نوع القصد المطلوب لها لم يجد ذات الإجماع، فهناك من يكتفي لقيام الجريمة بتوافر القصد العام في حين يتطلب آخرون القصد الخاص.

12- تعتبر جريمة الرشوة من جرائم ذوي الصفة، حيث يشترط القانون صفة معينة في المرتشي وهي الموظف العام سواء أكان وطنياً أو دولياً أو صاحب صفة في القطاع الخاص والذي استحدثت الرشوة فيه، إلا أن هذه الصفة غير مشروطة في جريمة استغلال النفوذ.

13- وجه التشابه بين جريمة الرشوة وجريمة الاختلاس في ركنها المفترض وهو عبارة عن الصفة التي تكون في شخص مرتكب الجريمة (الجاني)، بحيث إن سلوك هذه الجريمة يتطلب أن يكون هذا الشخص هو موظف عام أو من في حكمه، إلا أن موضوع جريمة الاختلاس يجب أن يكون أموالاً أو أشياء أخرى مما أستمأن عليه الموظف العام أو وُضع في عهده، فالمتطلب في موضوع الجريمة أن يكون المال أو الأشياء المعتمدى عليها ملكاً للدولة أو لأحد أفراد المجتمع، طالما كان ذلك بحكم أعمال الوظيفة.

14- التعريف الذي أورده قانون الكسب غير المشروع الفلسطيني رقم (1) لسنة 2005 يجد أصوله في قانون الكسب غير المشروع المصري لسنة 1951، الذي عدل أكثر من مرة، وكانت

التعديلات المتتالية عليه تورد في مذكراتها الإيضاحية من ضمن أسباب التعديل، ما اعترى التعريف من انتقادات وملاحظات أدت بالنتيجة إلى تعديله، إلا أن المشرع الفلسطيني لم يأخذ بالاعتبار هذه المآخذ والملاحظات إلا حديثاً في التعديل الذي أدخل في العام 2018 ونفذ في آذار من العام 2019.

15- تقع جريمة الكسب غير المشروع في فلسطين في صورتين، تتمثل الأولى في حصول الخاضع لأحكام القانون لنفسه أو لغيره على المال بسبب الاستغلال الفعلي للوظيفة أو الصفة، والصورة الثانية تتمثل في الزيادة التي تطرأ على ثروة الخاضع للقانون أو زوجه أو أبنائه القصر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها، حيث تم إلغاء الصور التي تتمثل بالحصول على المال نتيجة سلوك مخالف للقانون أو الآداب العامة التي اعتبرت محل انتقاد لابتعادها عن جوهر تجريم فعل الكسب غير المشروع.

16- توسع المشرع الفلسطيني مقارنة مع الأنظمة القانونية المصرية والأردنية في تحديد الفئات الخاضعة لقانون مكافحة الفساد، وبالتالي الجهات التي تلاحق بجريمة الكسب غير المشروع، ليشمل فئات متعددة لا تقتصر على الموظفين العموميين.

17- إخضاع غير الفلسطينيين الذين يشغلون منصباً في أي من مؤسسات السلطة لأحكام قانون مكافحة الفساد سد ثغرة في قانون العقوبات الذي لا يلاحق هذه الفئة على جرائم الوظيفة العامة، حيث لا يخضعون لتعريف ذلك القانون للموظف العام، حيث يمكن ملاحقتهم بتهمة الكسب غير المشروع.

18- تأثر المشرع الجنائي بالروابط الأسرية أو العائلية عند تقريره الجزاء المترتب عن الجريمة إن قامت بحد ذاتها، حتى أننا نجد يخرج عن القواعد العامة في بعض أحكامه، ليقرر أحكاماً استثنائية مراعاة منه لصلات القرابة، فنجد تارةً يبيح فعلاً معيناً هو في الأصل يخضع لنص يجرمه القانون عندما يصدر من شخص يحمل صفة معينة، كأن يكون زوجاً أو أباً لمن وقع عليه الفعل، وتارةً نجد يُجرم فعلاً هو في الحقيقة غير مجرم، كونه زوجاً لشخص آخر في وقت صدور الفعل، وتارةً أخرى نجد يرتب جزاءً مخففاً في حق من صدرت العقوبة ضده نظراً لرابطة الزوجية، وتارةً ذهب إلى تشديد العقاب أو الإعفاء منه، وذلك نظراً للمكانة المرموقة والأهمية البالغة لعلاقات القرابة.

- 19- لم يضع المشرع الفلسطيني-في القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 النافذ في قطاع غزة -تعريفًا واضحاً للقرابة واكتفى بذكر أنواعها ودرجاتها وكيفية حسابها.
- 20- لقد وصف قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة جريمة قتل الفروع للأصول بوصف الجنائية، ولم يحدد العقوبة على سبيل التحديد، أي أنه أفسح المجال للقاضي في تحديد العقوبة للجاني بين حديها الأدنى العام والأعلى العام، ولم يحذو بذلك على خطى المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية الذي شدد العقوبة إلى حد الإعدام.
- 21- لا يكفي أن يتمثل أثر صلة القرابة على التجريم تحقق الركن المفترض وحده، بل لا بد من أن يكون رابط القرابة هو محل أو عنصر مادي في هذا النوع من الجرائم، ولعل الأمثلة التي تكون القرابة فيها عنصر هام في تكوين الركن المادي متعددة ومن صور ذلك: جرائم ترك وإهمال الأطفال وتعرض حياتهم للخطر.
- 22- لم يتطرق قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1963 المطبق في قطاع غزة لجريمة الزنا واكتفى بالنص على جريمة السفاح والذي هو أخطر صور جرائم الزنا، حيث نص على ذلك في المادة (155) منه، بينما نجد أن المشرع في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 أورد جريمة الزنا في موطنين، الموطن الأول: نص عليها بمعنى السفاح في المادة (285)، في حين خصص الموطن الآخر لزنى الأزواج فنص في المادة (282) على تجريم زنا الأزواج، في حين أن قانون العقوبات المصري لا يعاقب على ارتكاب الزنا برضاء طرفيه بصفة عامة واستثناءً من ذلك واعترافاً بأثر صفة الزوجية القائمة بين أي زوجين وصيانة لها من أن تمس ارتكاب أحد طرفيهما واقعة الزنا مع آخر عاقب المشرع بنصوص المواد من (273 وحتى 277) من قانون العقوبات المصري على الزنا الذي يرتكبه أحد الزوجين حال قيام الزوجية على الشروط والأوضاع المتطلبية في هذه المواد.
- 23- الحقيقة أن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لم يتطرق لهذا للركن المفترض في جريمة الزنا إذ لم يتعرض لمسألة زنى الزوجين أصلاً، بينما تعرض قانون العقوبات المطبق في الضفة رقم (16) لسنة 1960 لهذا الركن بشكل ضمني بموجب المواد (182/183).

- 24- المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 شدد عقوبة جريمة هتك العرض في حال كان الجاني أحد أصول أو المحارم المجني عليها، وهذه الحالة التي توجب التشديد لم يتطرق لها قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 في طيات نصوصه.
- 25- لقد أورد قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 سبباً للإباحة يتمثل في حق تأديب الأطفال في المادة (62) منه، خلافاً أن قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 الذي لم ينص صراحة على حق تأديب الصغار في ثنايا نصوصه.

ثانياً: التوصيات

- 1- ضرورة العمل على سن قانون عقوبات فلسطيني يوحد الحالة القانونية العقابية في فلسطين ويعزز مساواة المواطنين أمام القانون.
- 2- لم يعالج المشرع الفلسطيني في قانوني العقوبات بعض الصور المستحدثة لجريمة الرشوة، لأن هناك صوراً أخرى من الرشوة لم يتطرق إليها المشرع الفلسطيني، مثل جريمة الرشوة في القطاع الخاص لأن الركن المفترض ليس موجوداً في الجاني، وهو ليس موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة، لذا نوصي المشرع الفلسطيني أن ينظم جريمة الرشوة في القطاع الخاص من أجل حماية القطاع الخاص من جرائم الفساد، كما يوصي الباحث المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني الساري في قطاع غزة بتجريم رشوة الموظفين الأجانب وموظفي المنظمات الداخلية والدولية مثلما جرمها قانون مكافحة الفساد الفلسطيني وذلك من أجل حماية الوظيفة العامة والخاصة وحماية نزاهتها وثقتها.
- 3- تقتضي حداثة تجريم فعل الكسب غير المشروع في فلسطين العمل على رفع الوعي بها وبأركانها وصورها، ورفع قدرات العاملين في جهات إنفاذ القانون من مأموري الضبط القضائي الخاص والعام، وأعضاء نيابة جرائم الفساد وقضاة محكمة جرائم الفساد عبر تدريبات متخصصة بشأن هذه الجريمة وكيفية اكتشافها والتحقيق فيها، والعمل على تعريف جهات إنفاذ القانون بإمكانية ملاحقة غير الفلسطينيين من العاملين في مؤسسات السلطة في جرائم الوظيفة العامة عبر ملاحظتهم بجرم الكسب غير المشروع.
- 4- العمل على تقوية نظام إقرارات الذمة المالية في فلسطين عبر مجموعة من الإجراءات تتمثل فيما يأتي:

• إدخال تعديلات في مسودة دستور دولة فلسطين على نظام إقرارات الذمة المالية الخاصة بفئات أعضاء السلطة التشريعية ورئيس أعضاء مجلس الوزراء ورئيس الدولة تعمل على توحيد جهة حفظ الإقرار، وتنص على دورية سنوية لتقديمها، وعلنية إقرارات هذه الفئات ونشرها، وإزالة السرية عنه لتمكين العامة من الاطلاع عليها بما يزيد ثقة الشعب بنوابه وحكومته.

• إنشاء نظام محوسب لحفظ وفحص إقرارات الذمة المالية.

• إصدار أنظمة وتعليمات تنظم آلية فحص إقرارات الذمة المالية من قبل هيئة مكافحة الفساد.

5- نوصي المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 بأن يجعل عقوبة الإعدام لقتل الفروع للأصول، حيث تكمن العلة في ذلك ما تمثله هذه الجريمة من عواقب وخيمة على المجتمع وخاصة أنها تعبر عن شخصية إجرامية منافية للطباع البشرية في التكرار للقيم الإنسانية والعلاقات الأسرية وروابط الدم.

6- نوصي بأن يتم إلغاء نص المادة (324) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 التي تعطي للأب أو إحدى أصولها أو أقربائها حتى الدرجة الثالثة عذراً مخففاً في حال أجهضت نفسها أو تم اجهاضها بدافع المحافظة على الشرف لكون هذه المادة تتنافى مع أهم الحقوق البشرية وهو حق الجنين في الحياة.

7- نرى بوجوب معالجة قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 للحالة التي تقع فيه جريمة الاغتصاب من قبل أحد أصول المجني عليها، وأن ينص على تشديد العقوبة فيها، وعلّة ذلك هي أن هذه الحالة تقع ممن تشعر لهم المجني عليها بالأمان وتعيش معهم بطمأنينة.

8- نقترح على المشرع الفلسطيني أن يشدد العقوبة المقررة في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لجريمة هناك العرض في حال كان الجاني أحد أصول أو محارم المجني عليها.

9- نوصي المشرع الفلسطيني بوجوب أن ينص في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 على سبب الإباحة المتمثل في الحق للوالد في تأديب الأبناء، كما فعل قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 في نص المادة (62).

10- كما نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل نص المادة (26) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 بحيث يقوم بتوسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من المعذر المعفي في جريمة إخفاء المجرم من وجه العدالة ليشمل أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقائهم

وشقيقاتهم، لا أن يكون مقتصر على والد ذلك الشخص المجرم أو أمه أو ابنه أو ابنته أو زوجه بإخفائه؛ استناداً لتوافر ذات العلة في حال تم الإخفاء من جميع الأشخاص المذكورين أعلاه.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ- التشريعات

1. قانون العقوبات الفلسطيني رقم(74) لسنة 1936 النافذ في قطاع غزة.
2. قانون العقوبات الفلسطيني رقم(16) لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية.
3. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة 2001.
4. قانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998.
5. دستور العراق الحالي لعام 2005.
6. دستور الإمارات العربية المتحدة لعام 1971.
7. دستور البحرين لسنة 2002.
8. دستور مصر لعام 1971.
9. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
10. قانون عقوبات البحرين لسنة 1955.
11. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
12. من قانون العقوبات الجزائري لسنة 1966.
13. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في العام 2003.
14. قانون مكافحة الفساد الفلسطيني رقم(1) لسنة 2005.
15. الأمر رقم(300) لسنة 1954.
16. الأمر رقم (272) لسنة 1953.
17. القانون المصري رقم (69) لسنة 1953.
18. قانون العقوبات المصري رقم 95 لسنة 2003.
19. القرار رقم (20) لسنة 1988.
20. القانون رقم (69) لسنة 1953 الخاص بجرائم اختلاس المال العام.
21. قانون الكسب غير المشروع رقم(1) لسنة 2005.
22. القرار بقانون رقم(7) لسنة 2010.
23. القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 والمعدل لعام 2005.
24. قانون اشهار الذمة المالية الأردني رقم 54 لعام 2006.
25. الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته.
26. قانون الكسب غير المشروع رقم(21) لسنة 2014.
27. القرار بقانون رقم(37) لسنة 2018.
28. قانون المحاكمات الجزائية الأردني لسنة 1961.

29. قانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 (النافذ في قطاع غزة)

30. من قانون المدني الجزائري المؤرخ في 13 مايو عام 2007.

31. قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004.

ب- الأحكام القضائية

1. طعن رقم 114 لسنة 42 ق.ع، جلسة 1997/5/3، المكتب الفني، الجزء الثاني، ص 951، القاعدة رقم (103).

2. محكمة النقض الفلسطينية، الحكم رقم 212/271، والحكم رقم 2012/282، 2013، منشور على موقع المقتفي. muqtafi.birzeit.edu

3. الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 2014/3 الصادر في مدينة رام الله بتاريخ 2015/10/21.

4. أحكام محكمة النقض المصرية في جريمة الرشوة، الطعن رقم 146 لسنة 21 ق، جلسة 1951/5/7، والطعن رقم 291 سنة 23 ق، جلسة 1953/6/16.

5. أحكام محكمة النقض المصرية بتاريخ 1967/12/14، س18، ق41،

6. قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 2007/573 (هيئة خماسية) بتاريخ 2007/7/24.

7. حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/271 صادر بتاريخ 2013/3/4 حكم منشور على موقع <http://muqtafi.birzeit.edu>

8. أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 141 لصادر بتاريخ 1952/11/10.

9. نقض مصري رقم 1 بتاريخ 1994/1/2 السنة 45 قضائية، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، <http://www.cc.gov.eg>

10. الطعن رقم 6202 سنة 79 جلسة 2010/2/2، وفي نفس المعنى الطعن رقم 27435 جلسة 2007/1/14، عن موقع محكمة النقض المصرية

11. حكم النقض رقم 760 لسنة 39 ق، جلسة 1970/2/1، السنة 21،

12. نقض جنائي، جلسة 1995/11/6، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 62، ق173،

13. حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، وفي الدعوى الجزائية، رقم 493 لسنة 1998، في جلسة 1998/5/12

14. قرار محكمة التمييز الأردنية (جزاء) رقم 2011/2176 (هيئة خماسية) تاريخ 2012/1/24

15. حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 617 لسنة 1998، في جلسة 1998/5/26.

القرآن الكريم.

ثانياً: المراجع العربية

أ- الكتب

1. ابن منظور، لسان العرب، ج6، بيروت، دار صادر، 1999.
2. أبو الفيض، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، (1984م): الملقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، ج24، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، بيروت، لبنان.
3. أبو خطوة، أحمد شوقي، (2006م): شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية.
4. أبو عامر، محمد زكي، (1986م): قانون العقوبات/القسم العام، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر.
5. أبو عامر، محمد زكي، (1989م): قانون العقوبات القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
6. أبو علم، أيمن محمد، (2008م): جريمة التريح في التشريع المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
7. بوسقيعة، أحسن، (2014م): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2 الجزائر، دار هومة، الطبعة الخامسة.
8. الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، القاهرة، مكتبة الخاتجي، ص 396، تحقيق وتقديم: عبد السلام محمد هارون ومحمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
9. إسماعيل الخفي، (1997م): شرح قانون الكسب غير المشروع، القاهرة، مكتبة كوميث،
10. أمين، أحمد، (1924م): شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان.
11. البغدادي، عبد القادر، (1998م): خزنة الأدب لسان العرب، ج5، تحقيق: محمد نبيل طريفي وأمير بديع اليعقوب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
12. بهنام، رمسيس، (1971م): النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مصر.
13. جاد، سامح السيد، (1984م): الأعدار القانونية المعفية من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر.
14. جبارين، سامي، (2006م): حول استغلال النفوذ الوظيفي، سلسلة تقارير قانونية رقم 67، صادرة عن الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن.

15. جرادة، عبد القادر صابر، (2013م): مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، فلسطين، مكتبة آفاق، عدد (كفا كنا)، غزة، فلسطين.
16. الجريش، سليمان محمد، (2003م): الفساد الإداري وجرائم إساءة استعمال الوظيفة، الرياض، مطابع الشرق الأوسط.
17. حافظ، مجدي محب، (2006م): جرائم العرض، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
18. الحديثي، فخري عبد الرزاق، (1996م): شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، مطبعة الزمان، بغداد، العراق.
19. الحديثي، فخري عبد الرزاق. الزعبي، خالد حميدي، (2010م): شرح قانون العقوبات "القسم العام" دار الثقافة للنشر والتوزيع.
20. حسن، نبيل محمود، (2009م): شرح جريمة الكسب غير المشروع والجرائم الملحقة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر.
21. حسني، محمد نجيب، (1998م): شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر.
22. حسني، محمود نجيب، (1982م): شرح قانون العقوبات، "القسم العام"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط5، القاهرة، مصر.
23. حسني، محمود نجيب، (1988م): شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
24. الحسيني، عمر، (2009م): شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
25. الدرة، ماهر عبد الشويش، (2007م): شرح قانون العقوبات القسم الخاص، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر.
26. الدرة، ماهر عبد شويش، (1990م): الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، العراق.
27. ربيع، حسن محمد، (2004م): شرح قانون العقوبات الاتحادية لدولة الامارات العربية المتحدة، ج1، بدون دار نشر.
28. ربيع، حسن محمد، (1996م): شرح قانون العقوبات المصري-القسم العام-، الكتاب الأول، المبادئ العامة للجريمة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر.
29. رضا، عفية محمد، (2009م): المواجهة الجنائية لاعتداء الموظف على المال العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

30. الريكاني، محمد علي عزيز، (2014م): جريمة استغلال النفوذ، منشورات الحلبي الحقوقية.
31. الزمخشري، بو القاسم محمد بن عمر، (1979م): أساس البلاغة، دار صادر، بيروت، لبنان.
32. سالم، عبد المهيم بكر، (1982م): الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الكويت، جامعة الكويت، الطبعة الثانية،
33. سلام، رفيق محمد، (2016م): الجديد في جرائم المال العام: فقهاً وقضاءً، المركز المصري للبحوث والمراجع.
34. سلامة، مأمون محمد، (1983م): جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
35. سلامة، مأمون محمد، (1991م): قانون العقوبات القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة. مصر.
36. الشاذلي، فتوح، (1996م): قانون العقوبات القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر.
37. الشاذلي، فتوح، (2012م): شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
38. شبير محمد، (2015م): القضاء الإداري الفلسطيني، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين.
39. شبير، محمد، (2015م): مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين.
40. الشحات، حاتم، (2011م): القانون العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
41. الشيشاني، عبد الوهاب، (1991م): الرشوة وخطورتها على المجتمع، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب.
42. الصايدي، محمد منصور، الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العامة في التشريع اليمني دراسة مقارنة بين التشريع المصري والفرنسي، دار الكتب اليمنية.
43. الصراف، عباس، (1985م): جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، بدون دار نشر.
44. الصغير، جميل عبد الباقي، (1993م): جرائم العرض والاعتبار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
45. طنطاوي، إبراهيم حامد، (2000م): جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة والمال العام، القاهرة، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر.

46. عبد الظاهر، أحمد، (2010م): القوانين الجنائية الخاصة "النظرية العامة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
47. عبد الله، سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر.
48. عبد الملك، جندي، (2010م): الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، دار المؤلفات القانونية، بيروت، لبنان.
49. عبد المنعم، سليمان، (2002م): القسم الخاص من قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
50. عبيد، حسنين إبراهيم صالح، (1980م): موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية-القسم الثاني/الجريمة الدولية-الجزء/61، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، مصر.
51. عبيد، حسين إبراهيم، (1970م): النظرية العامة للظروف المخففة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
52. عثمان، آمال، (2001م): شرح قانون العقوبات القسم الخاص-الجرائم المخلة بالإدارة العامة والثقة العامة والجرائم الجمركية، دار النهضة العربية، القاهرة.
53. غانم، هاني عبد الرحمن، (2016م): الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، غزة، فلسطين.
54. القاضي، تامر حماد، (2020م): شرح قانون الإجراءات الجزائية معلقاً عليه بالفقهاء وأحكام محكمة النقض، الجزء الثاني، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، غزة، فلسطين.
55. القاطوجي، نهى، (2003م): جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المؤسسة الجامعية للدراسات، ط1، بيروت، لبنان.
56. القهوجي، علي عبد القادر، (1988م): قانون العقوبات "القسم العام"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان.
57. محمود، محمد زكي، (1967م): آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية-دار الفكر العربي للطباعة والنشر.
58. مرجان، السيد أحمد محمد، (2005م): واجب الموظف العام في حماية المال العام في ضوء النظام الإداري الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
59. المرصفاوي، حسن، (1983م): المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

60. مطر، كامل، (2017م): قانون العقوبات القسم الخاص (1) الجرائم الواقعة على المصلحة العامة جريمة السرقة وجريمة الاحتيال، كتاب مقرر للتدريس في جامعة فلسطين، غزة، فلسطين.
61. معوض، عبد التواب، (1985م): الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة وجرائم هتك العرض، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
62. نجم، محمد صبحي، (2014م): قانون العقوبات القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
63. نصر، محمود، (2004م): الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
64. نوفل، محمد كامل، (1969م): شرح قانون الكسب غير المشروع-من أين لك هذا-دراسة تطبيقية مقارنة، مكتبة الانجلو المصرية، ط1، القاهرة، مصر.
65. هنان، مليكة، (2010م): جرائم الفساد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
66. هنداوي، نور الدين، (1992م): شرح الاحكام الخاصة لقانون العقوبات، الكتاب الثاني، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
67. وردة، دلال، (2020م): أثر القرابة في تطبيق القانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر.
68. الوليد، ساهر إبراهيم، (2011م): الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " نظرية الجزاء الجنائي"، ج2، ط2، غزة، فلسطين.
69. الوليد، ساهر إبراهيم، (2010م): الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " الجريمة والمسئولية الجزائية" ج1، ط1، غزة، فلسطين.

ب- الرسائل العلمية

- 1- أبو ججوح، سلوى علي، (2009م): القتل في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.
- 2- الأسلمي، حسن بن أنصر بن حسن، (2009م): العنف ضد الأطفال، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية.
- 3- البخيت، محمد موسى، (2011م): المشكلات القانونية والعملية في جرائم العرض، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

- 4- البسيوني، عبد الرحمن إسماعيل، (2019م): جريمة اختلاس المال العام في القانون الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.
- 5- بوزيان، عبد الباقي، (2010م): الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.
- 6- بويعلي، وسيلة، (2005م): زواج الأقارب في المجتمع الحضري وانعكاساته على الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر: باتنة.
- 7- جنابي، قاسم تركي عواد، (2018م): " الصفة الوظيفية في القانون الجنائي دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية، بغداد، العراق.
- 8- حبيب، عمر توفيق، (2017م): المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة" رسالة ماجستير، البرنامج المشترك بين جامعة الأقصى وأكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، غزة، فلسطين.
- 9- حسين، علاء ياسر، (2021م): أحكام الصفة في القاعدة الجنائية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة كربلاء، العراق.
- 10- الحمداني، منى محمد بلو حسين، (2005م): الصفة في قانون العقوبات، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.
- 11- خيرة، قدار، (2017م): القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم-.
- 12- دراغمة، محمد عبد المنعم عطية، (2005م): أثر الظروف في تخفيف العقوبة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
- 13- دراغمة، وسيم ماجد، (2011م): الجرائم الماسة بالأسرة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
- 14- دقة، أريج كمال محمد، (2016م): الركن المفترض في جريمة الرشوة في القانون الأردني مقارنة بالمعايير الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، الأردن.
- 15- ربايعه، عبد اللطيف حسن، (2014م): جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائي الفلسطيني، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية.
- 16- الرشدي، إيثار باسم، (2022م): جريمة الكسب غير المشروع في التشريع العراقي والأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

- 17- الرشيدى، عبد العزيز دهام، (2011م): رد القاضي " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والكويتي " رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.
- 18- السعيد، ضاري خالد صالح، (2013): حالات الإغفاء من العقاب " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.
- 19- سكيك، مها محمد، (2010م): ذوو القربى والأرحام في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، فلسطين.
- 20- شباح، بوزيد، (2013م): جريمة استغلال النفوذ " آليات الوقاية والمكافحة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.
- 21- شريم، محمد محمود محمد، (2013م): أثر القرابة في تشديد العقوبة وتخفيفها، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين.
- 22- عازر، عادل، (1969): النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة.
- 23- علة، كريمة، (2013م): جرائم الفساد في مجال الصفات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.
- 24- عمارنة، رشا توفيق، (2019م): جريمة الكسب غير المشروع في النظام الجزائري الفلسطيني ومدى انسجامها مع الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، كلية الحقوق والإدارة العامة، فلسطين.
- 25- قدار، خيرة، (2016م-2017م): القرابة وأثرها على المسائل الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم-، الجزائر.
- 26- مقاط، عماد عبد الرحيم، (2007م): أثر الظروف الطارئة على حد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.
- 27- المهندي، حسن محمد سعد، (2011م): الحماية الجنائية لذوي الصفة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، مصر.
- 28- يوسف، مجدي عز الدين، (1988م): الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.

ت- الأبحاث المحكمة

1. إبراهيم، محمد إسماعيل، (2010م): "القرابة وأثرها في اباحة الفعل المجرم أو تجريم الفعل المباح"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل.

2. أبو سلامة، سليمان أسامة، (2018م): "أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني دراسة مقارنة بين قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 22، جامعة الإسراء، فلسطين.
3. الحمداني، محمد حسين. هادي، إسراء يونس، (2019م): "أثر الصفة في الإجراءات الجنائية"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(18)، العدد(56)، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.
4. خضر، ثوميد سعيد، (2020م): "دور الصفة الوظيفية كركن في الجريمة دراسة تحليلية مقارنة"، بحث مستل من رسالة الدكتوراه بعنوان "دور الصفة الوظيفية في البنيان القانوني للجريمة"، المجلد(5)، العدد(4)، الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، كوردستان، العراق.
5. دواس، يمينة، (2019م): "جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين العقابية للبلدان العربية والاتفاقيات الدولية"، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 4، الجزائر.
6. الرفاعي، مأمون، (2011م): "جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 25(5)، نابلس، فلسطين.
7. شاوش، رفيق، (2020م): "المصلحة المحمية في الجرائم المضرة بالإدارة العامة في التشريع الجنائي المقارن"، مجلة المفكر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة.
8. عبد الباقي، مصطفى، (2019م): "جريمة الرشوة وفقاً للقوانين السارية في الضفة الغربية"، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، المجلد 7، العدد 1 (31 مارس/آذار 2019)، ص ص. 329-356، 28ص، كلية القانون المويتية العالمية، الكويت.
9. عماري، عبد العزيز سعد وعمر، (2017م): "عذر الاستفزاز في جريمة الخيانة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر.
10. غنيم، سامي محمد، (2017م): "جريمة الرشوة في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية"، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد(19)، العدد(2)، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين.
11. فرحات، محمد نعيم، (2004م): "جرائم اختلاس الأموال العامة"، مركز بحوث الشارقة، مجلة الفكر الشرطي، المجلد 13، العدد49، الامارات.
12. الفيل، علي عدنان، الصفو، نوفل علي، (2008م): "جريمة الزنا في القوانين الوضعية دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 12، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين.
13. مزهر، وليد عبد الرحمن، (2009م): "الحقوق التقاعدية للموظف العام"، بحث أصدره مركز الديمقراطية وحقوق العاملين في فلسطين، فلسطين.

14. المعمري، عبد الله بن حمد بن عبد الله، (2021م): "صفة القرابة بين الجاني والمجني عليه وأثرها على التجريم والعقاب"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، مج. 2021، ع. 78، ص ص. 1-49، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر.
15. المعموري، محمد إسماعيل إبراهيم(2010م): "القرابة وأثرها في إباحة الفعل المحرم أو تجريم الفعل المباح"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مج. 2، ع.1، ص ص. 95-151، كلية القانون، جامعة بابل.
16. الهنداوي، حسن بن إبراهيم، (2011م): "درء المفسدة مقدمة على جلب المصلحة" دراسة أصولية فقهية"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد(17).
17. يوسف، عصام محمود عبد الحليم، (2019م): "المصلحة العامة وطبيعة الحماية القانونية المقررة لها في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في التشريعات الجنائية"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "حماية المصلحة العامة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، كلية الشريعة، جامعة طنطا، مصر.

ثالثاً: المراجع الأجنبية

- 1- Jeffrey R. Boles, "Criminalizing the problem of unexplained wealth: Illicit enrichment offenses and Human Rights Violations", New York University Journal of Legislation and Public Policy, . Vol. 17, No. 4, 2014, pages: 849-851, online published study at <http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2015/03/Boles-Criminalizing-the-Problem-of-Unexplained-Wealth-17nyujlpp836>.
- 3-Muzila, Lindy; Morales, Michelle; Mathias, Marianne; Berger, Tammar. "On the Take : Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption", (Washington, DC: World Bank.2012), Page8
- 4-Craig Fagan, Illicit Enrichment Regulations, Transparency .International, 2012, P.6

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/13090>