جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

موائمة التشريعات الوطنية للنصوص الدولية في مكافحة جريمة الكسب غير المشروع

أطروحة دكتوراة مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا،

كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون العام

تقدم بها

عدي صبيح ثامر

بإشراف

د. عبد الرسول أبو صبيح

أستاذ القانون الدولي

١٤٤٣هـ ٢٠٢٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما(29)

صَدق اللهُ العَظيم

سورة النساء: الآية (٢٩)

الإهداء

إلى وطني العراق العظيم ... أتمنى أن أراك بالأمان متنعماً، بخيراتك مزدهراً، وأن تعود قبلةً للأحلام كما كنت دائماً.

إلى شهداء الوطن ... يامن إرتوى بدمكم ترابه وأنتم تضحون بالروح لنعيش أحلامكم بوطنٍ آمن مستقر، يقوده من يحبه، لأرواحكم الجنة ولكم منا عظيم الوفاء

إلى رفاق الخطوة الأولى ... والخطوة ماقبل الأخيرة

إلى من كانوا خلال السنين العجاف سحاباً ممطراً

وفي طريق النجاح سراجاً منيراً

سندي وقرة عيني

عائلتي

أُهديكم جهدي هذا ...

الباحث

الشكر والتقدير

أولاً ودائماً ... أشكر الله وأحمده كثيراً على توفيقه لي في إنجاز أطروحتي هذه...

ومن لا يشكر الناس لايشكر الله ...

أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان الجميل إلى الدكتور "عبد الرسول أبو صبيع" لتفضله بالإشراف على هذه الأطروحة، ولما قدمه من عون وإرشاد على مدار الدراسة لتظهر بالصورة التي عليها الآن، فجزاه الله خيراً وتوفيقاً.

كما لا أنسى أن أشكر إعتزازاً عمادة معهد العلمين للدراسات العليا، هذا الصرح العظيم الذي بدأت فيه مشوار الدراسات العليا مكتملاً الآن بالدكتوراه، بوركت جهودكم في إدارة هذا الصرح العظيم.

وأخيراً الشكر موصول لمن كانوا عوناً لي في هذه الدراسة، من زرعوا التفاؤل في طريقي وقدموا لي المساعدة والمعلومة وأخص بالذكر الصديقة الغالية الدكتورة (سُرى الجبوري) وفقها الله

الباحث

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية القرآنية	-
الإهداء	أ
الشكر والتقدير	ب
قائمة المحتويات	ج
المستخلص	ح
المقدمة	١-٥
الباب الأول **جريمة الكسب غير المشروع**	٦-١٣٦
الفصل الأول: **ماهية الكسب غير المشروع**	٦-٧١
المبحث الأول : ذاتية الكسب غير المشروع	٧-٤٤
المطلب الأول : تعريف الكسب غير المشروع	٨-٣٨
الفرع الأول :- تعريف الكسب غير المشروع وطنياً	٨-٢٨
الفرع الثاني :- تعريف الكسب غير المشروع دولياً	٢٩-٣٨
المطلب الثاني : تمييز الكسب غير المشروع عن غيره من المفاهيم	٣٨-٤٤
الفرع الأول :- تمييز جريمة الكسب غير المشروع عن جريمة استغلال النفوذ	٣٩-٤٢
الفرع الثاني :- تمييز جريمة الكسب غير المشروع عن جريمة إقرار الذمة المالية	٤٢-٤٤
المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للكسب غير المشروع وخصائصه وآثاره	٤٤-٧١
المطلب الأول : الطبيعة القانونية للكسب غير المشروع	٤٥-٥٦
الفرع الأول :- جريمة مستقلة	٤٦-٥١
الفرع الثاني :- جريمة مرتبطة بجرائم فساد	٥٢-٥٢

قائمة المحتويات

الفرع الثالث:- قرينة على وجود جريمة فساد	٥٣-٥٦
المطلب الثاني : خصائص جريمة الكسب غير المشروع	٥٦-٥٩
المطلب الثالث : آثار الكسب غير المشروع	٦٠-٧١
الفرع الأول :- آثار جريمة الكسب غير المشروع على الواقع الاجتماعي	٦٠-٦٥
الفرع الثاني :- آثار جريمة الكسب غير المشروع على الواقع الإقتصادي	٦٥-٦٩
الفرع الثالث :- آثار جريمة الكسب غير المشروع على الواقع السياسي	٧٠-٧١
الفصل الثاني **الأساس القانوني لجريمة الكسب غير المشروع**	٧٢-١٣٦
المبحث الأول : الأساس القانوني لتجريم الكسب غير المشروع وطنياً	٧٣-٨٦
المطلب الأول : أحكام الكسب غير المشروع في الدول التي لم تجرم الكسب غير المشروع	٧٤-٧٨
الفرع الأول :- الولايات المتحدة الأمريكية	٧٤-٧٥
الفرع الثاني :- المملكة المتحدة	٧٦-٧٧
الفرع الثالث :- كندا	٧٧-٧٨
المطلب الثاني : أحكام الكسب غير المشروع في الدول التي تجرم الكسب غير المشروع	٧٨-٨٦
الفرع الأول :- الدول التي جرمت الكسب غير المشروع في التشريعات الجنائية	٧٨-٨١
الفرع الثاني :- الدول التي جرمت الكسب غير المشروع في تشريعات خاصة	٨١-٨٦
المبحث الثاني : الأساس القانوني لتجريم الكسب غير المشروع دولياً	٨٧-١٣٦
المطلب الأول : دور الإتفاقيات الدولية في تجريم الكسب غير المشروع	٨٧-١٢٢
الفرع الأول :- تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للإتفاقيات الإقليمية	٨٨-٩٣
الفرع الثاني :- تجريم الكسب غير المشروع وفقاً للإتفاقيات الدولية المتخصصة في مكافحة الفساد	٩٣-١٢٢
المطلب الثاني : دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الكسب غير المشروع	١٢٢-١٣٦
الفرع الأول :- دور صندوق النقد الدولي وأثره في مكافحة جريمة الكسب غير المشروع	١٢٣-١٢٧
الفرع الثاني :- البنك الدولي للإنشاء والتعمير وأثره في مكافحة جريمة الكسب غير المشروع	١٢٧-١٣٤

قائمة المحتويات

الفرع الثالث :- منظمة الشفافية العالمية ودورها في مكافحة جريمة الكسب غير المشروع	١٣٤-١٣٦
الباب الثاني **الإستجابة الوطنية للنصوص الدولية وتحدياتها**	١٣٧-٢٦٧
الفصل الثالث **الإستجابة الوطنية للنصوص الدولية**	١٣٧ -٢٢٦
المبحث الأول : الإستجابة التشريعية للنصوص الدولية المتعلقة بالكسب غير المشروع	١٣٩-١٦٩
المطلب الأول : الاستجابة الدستورية لنصوص الاتفاقية لمكافحة الكسب غير المشروع	١٤٠-١٤٤
المطلب الثاني : الاستجابة القانونية لنصوص الاتفاقية لمكافحة جريمة الكسب غير المشروع	١٤٤-١٦٩
المبحث الثاني : الاستجابة الاجرائية للنصوص الدولية المتعلقة بالكسب غير المشروع	١٧٠-٢٢٦
المطلب الاول :- الاستجابة الاجرائية للنصوص ذات التنفيذ الفردي	١٧١-١٩٣
الفرع الأول :- حماية الشهود وفق اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد	١٧١-١٧٦
الفرع الثاني :- استمارة كشف الذمة المالية	١٧٧-١٩٣
المطلب الثاني :- الاستجابة الاجرائية للنصوص ذات التنفيذ المشترك	١٩٤-٢٢٦
الفرع الأول :- إسترداد الأموال المتأتية من جرائم الفساد	١٩٤-٢١٨
الفرع الثاني:- التعاون الدولي	٢١٨-٢٢٦
الفصل الرابع **تحديات الإستجابة الوطنية وعدم الإمتثال**	٢٢٧-٢٦٧
المبحث الأول : التحديات المتعلقة بالإتفاقية	٢٢٨-٢٥٥
المطلب الأول : التحديات المتعلقة بقابلية الإتفاقية للنفاذ ذاتياً	٢٢٨-٢٣٥
الفرع الأول :- التنفيذ المباشر للإتفاقية	٢٢٩-٢٣١
الفرع الثاني :- مدى قابلية الإتفاقية للتطبيق داخلياً	٢٣٢-٢٣٥
المطلب الثاني : التحديات المتعلقة بعدم إكتمال إجراءات نفاذ الإتفاقية داخليا	٢٣٦-٢٥٥

قائمة المحتويات

الفرع الأول :- التوقيع على الإتفاقية	٢٣٦-٢٤١
الفرع الثاني :- المصادقة على الإتفاقية	٤٤١-٢٥٢
الفرع الثالث :- نشر الإتفاقية	٢٥٣-٢٥٥
المبحث الثاني : الأسباب المتعلقة بالدولة الطرف	٢٥٦-٢٦٧
المطلب الأول : التحديات المتعلقة بالنظام القانوني للدولة الطرف	٢٥٦-٢٦٢
الفرع الأول :- نقص القوانين	٢٥٧-٢٥٩
الفرع الثاني :- إختلاف النصوص التشريعية بين الدول	٢٥٩-٢٦٢
المطلب الثاني : ضعف التدابير المتعلقة بمكافحة الفساد	٢٦٢-٢٦٥
الفرع الأول :- غياب الطرق الفعالة للبحث والتدقيق	٢٦٢-٢٦٣
الفرع الثاني :- التحديات المتعلقة بالنقص في الموارد البشرية والمالية	٢٦٤-٢٦٥
الفرع الثالث:- الإرادة السياسية	٢٦٥-٢٦٧
الخاتمة	٢٦٨-٢٧١
المصادر	٢٧٢-٢٨٥

المقدمة

المقدمة

تعتبر جريمة الكسب غير المشروع من اهم واخطر جرائم الفساد وذلك لانها يمكن ان تظم اي من جرائم الفساد تحت لوائها فالمرتكب لها يمكن ان يستخدم اي من جرائم الفساد لتحقيق نتيجة تلك الجريمة وبالتالي فأن ثبوت تلك الجريمة يستتبع بالضرورة ارتكاب احدى جرائم الفساد كما ان ثبوت تلك الجريمة قد يستتبع بالضرورة ايضاً ارتكاب جرائم اخرى لإضفاء الشرعية على الاموال المتاتية منها وبالتالي سنكون أمام جريمة غسيل اموال وبهذا فقد اصبح جلياً لنا أن اثار هذه الجريمة لا تقف عند حدود الدولة التي ارتكبت فيها وانما قد تطال دول اخرى مما جعل المجتمع الدولي بصورة عامة يسعى لوضع اليات دولية في نصوص اتفاقية لمكافحة تلك الجريمة فقد عالجت كثير من الاتفاقيات الدولية المختصة الاقليمية منها او العالمية جريمة الكسب غير المشروع فقد اشارت لها اتفاقية البلدان الامريكية ١٩٩٦ في المادة التاسعة كما اشارت لها اتفاقية الامم الافريقية عام ٢٠٠٠ واتفاقية الاتحاد الاوربي واتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد ٢٠١٠ بالاضافة لاتفاقية بوليريمو ولكن النص الدولي الذي يعد النص الاكثر شمولا وتخصصاً هو النص الوارد في اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٣ وهو نص المادة (٢٠) الذي جرم افعال الاثراء غير المشروع ولكن بصورة غير الزامية وذلك لأسباب عديدة اهمها ان تجريم تلك الافعال بالرغم من خطورتها ولكن لا يوجد اتفاق دولي على تجريمها وذلك يرجع لطريقة اثباتها ونقل عبيء الاثبات على المتهم وما يستتبع ذلك من مساس بقيم دستورية وبالرغم من ذلك سعت كثير من الدول لتجريم ذلك الفعل لتوائم نصوص الاتفاقيات الدولية لشعورها بأهمية تجريمه و بالرغم من ذلك فأن الاستجابة غير الكاملة بالنسبة للدول الاطراف لن تحقق النتيجة المرجوة في مكافحة تلك الجريمة فأستجابة بعض الدول وعدم إستجابة الاخرى سيجعل من غير الممكن تحقيق الاهداف التي ترجوها تلك الاتفاقيات لذا سعت الدول لتوسيع قاعدة الاستجابة عن طريق وضع اليات لمتابعة امتثال الدول لبنود الاتفاقية فقد وضعت اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٣ اليات تقييم ذاتي وقطري ومرجعي وتقييم

اقران بالاضافة الى تشجيع الدول للدخول في اتفاقات ثنائية ومشتركة في استرداد اموال الفساد وتسليم المجرمين والتعاون الدولي في مجالات المساعدة القانونية والامنية لغرض تذليل العقبات امام تجريم موحد للكسب غير المشروع والقضاء على الملاذات الأمنة للاموال المتحصلة من تلك الجريمة ومع جميع ما تقدم من جهود دولية لا يمكن تحقيق تلك الاهداف من دون ارادة داخلية للاستجابة سواء على الصعيد التشريعي بسن تشريعات جديدة تنسجم مع نصوص الاتفاقية او تعديل ما موجود منها اوعلى الصعيد الاجرائي بأتباع الاجراءات التي اشارت اليها الاتفاقية وسنسلط الضوء في هذا الجهد المتواضع على جريمة الكسب غير المشروع ومدى موائمة التشريعات الوطنية لنصوص الاتفاقيات الدولية من اجل مكافحتها

فرضية الدراسة:

تقوم الدراسة من أجل بلوغ أهدافها على فرضية أساسية مفادها "تشريع النصوص الدولية لابد أن يحقق أهدافه ليس على صعيد الإنضمام والتصديق على تلك الإتفاقيات من قبل عدد كبير من الدول وإنما عن طريق تحقيق أهدافها وذلك بصيرورة تلك النصوص نصوصاً قابلة للتطبيق داخل المنظومات التشريعية للدول الأطراف.

أهمية الدراسة:

لما لجريمة الكسب غير المشروع من خطورة تجعل أن من الجهود الوطنية وحدها غير كافية لمحاربتها كما أن النصوص الدولية التي لم يكتب لها أن تنفذ من قبل الدول الأطراف في تعاملاتهم من أجل القضاء على هذه الجريمة أيضاً غير كافية أضحى لزاماً أن توجد آليات فعالة لتطبيق الإلتزامات الدولية المتمثلة بالنصوص الموجودة بالإتفاقيات الخاصة بالكسب غير المشروع على الأفعال الواجب تجريمها داخلياً والمتمثلة بالإثراء غير المشروع من أجل سد الثغرات والمكامن الأمينة للمجرمين الذين يبحثون عن مأوى آمن لهم وللاموال غير المشروعة التي إكتسبوها في بلادهم، فتبرز أهمية هذه الدراسة بالآتي:-

أولاً: تسليط الضوء على جريمة تعد من أهم وأخطر الجرائم على المستوى المالي والإقتصادي للدول داخلياً وخارجياً.

ثانياً:وضع آليات فعالة لإشراك جميع الدول سواء المنضمة للإتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد، أو الدول المتعاملة مع تلك الدول أو تلمحاددة لها أو المرتبطة معها في إتفاقيات ثنائية للتعاون والمساعدة القانونية أو بناءً على أعراف دولية (مبدأ المعاملة بالمثل) من أجل مكافحة ظاهرة الكسب غير المشروع.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على جريمة الكسب غير المشروع داخلياً ودولياً عن طريقالآتي:-

أولاً:إيراد تشريعات تجرم أفعال الكسب غير المشروع في الدول المنضمة تحت لواء الإتفاقية تتوائم وخطورة هذا الفعل.

ثانياً:تعزيز دور الإتفاقية وأهميتها فيما يتعلق بالنصوص التي تجرم الإثراء غير المشروع.

ثالثاً:حث المجتمع الدولي على وضع الإتفاقيات من هذا النوع موضع التنفيذ والخروج من الإتفاقات النمطية البروتوكولية التي تبقى حبراً على ورق.

مشكلة الدارسة:

تتمحور مشكلة الدراسة حول النصوص الدولية التي تكلف المجتمع الدولي جهوداً مضنية من أجل الوصول إلى حلول للمشاكل الدولية مثل مشكلة الإثراء بطرق غير مشروعة من قبل الموظفين العموميين والتي تبقى حبيسة أدراج المنظمات الدولية بسبب عدم إمتثال الدول بتلك النصوص حتى بعد المصادقة عليها، مما يثير التساؤلهل أن تلك الإتفاقات نابعة من إرادات الدول ذاتها أم إنها لاتعدو أن تكون مجاملات دولية، فإذا كانت إرادات دولية فلماذا لاتلتزم الدول بالنصوص التي ألزمت بها نفسها؟

تساؤلات الدراسة:

إن موضوع الدراسة "موائمة التشريعات الوطنية للنصوص الدولية لمكافحة جريمة الكسب غير المشروع" من المواضيع المهمة لإرتباطه بالواقع القانوني والسياسي لعملية مكافحة الفساد وطنياً ودولياً، وتنطلق هذه الدراسة بمجموعة من التساؤلات والمتمثلة بالآتي :-

أولاً: ماهي القوانين التي تشكل الإطار القانوني لتجريم أفعال الكسب غير المشروع؟ وهل أن الكسب غير المشروع مُنظمَ بقانون واحد، أم أن هناك مجموعة قوانين مكملة له؟

ثانياً: ماهو حجم تأثير النصوص الدولية الواردة في الإتفاقيات على الحقيبة التشريعية للدول أثناء تشريعها لقوانين الكسب غير المشروع؟

ثالثاً: هل يستوي الإمتثال لنصو تجريم الكسب غير المشروع بين الدول المختلفة إقتصادياً وعلمياً وهل لذلك الإختلاف دور في عدم الوصول إلى الإمتثال الكامل لتلك النصوص؟

منهج الدراسة:

من خلال دراستنا لموضوع موائمة التشريعات الوطنية للنصوص الدولية لمكافحة الكسب غير المشروع، إعتمدنا على جملة من المناهج التي تتلائم وتتوائم مع طبيعة موضوع الدراسة، من خلال المنهج الإستقرائي بطريق الوصف والتحليل للنصوص التشريعية (الإتفاقات الدولية و النصوص الدستورية والقانونية) التي عالجت جريمة الكسب غير المشروع، معززة بآراء الفقهاء، والمنهج المقارن في بعض الجوانب المتفرقة من الدراسة حيثما دعت الضرورة لذلك، وكذلك المقارنة بين القوانين المقارنة.

خطة الدراسة:

لقد تم تقسيم خطة البحث لموضوع الأطروحة "موائمة التشريعات الوطنية للنصوص الدولية في مكافحة الكسب غير المشروع" إلى أربعة فصول، في بابين مستقلين، على النحو الآتي:-

سيكون الباب الأول بعنوان، جريمة الكسب غير المشروع، تم تقسيمه إلى فصلين **سيكون الفصل ألاول** لبيانماهية الكسب غير المشروع، وهو ماسيتم تناوله في مبحثين: ففي المبحث الأول نبيّن فيه التعريف بالكسب غير المشروع، والتمييز بينه وبين مايتشابه معه من مفردات، فيما خصصنا المبحث الثاني لبيان الطبيعة القانونية للكسب غير المشروع وخصائصه وآثاره.

أما الفصل الثاني،سيكون محوراً للبحث في الأساس القانوني للكسب غير المشروع، وتم تقسيمه إلى مبحثين: ليتضمن المبحث الأول، الأساس القانوني للكسب غير المشروع في التشريعات الوطنية، أما المبحث الثاني سنخصصهللبحث في الأساس القانوني للكسب غير المشروع دولياً،

أما الباب الثاني سيكون بعنوان، الإستجابة الوطنية للنصوص الدولية وتحدياتها، فقد خصصنا الفصل الثالثلبيان الإستجابة الوطنية للنصوص الدولية والذي تم تقسيمه إلى مبحثين، سيكون المبحث الأول للإستجابة التشريعية للنصوص الدولية أما المبحث الثاني سنخصصه لبيان الإستجابة الإجرائية للنصوص الدولية.

فيما يكون الفصل الرابع،مخصص للبحث في تحديات الإستجابة الوطنية وعدم الإمتثال، وقد قسمناه إلى مبحثين، إذ سنتناول في المبحث الأول، التحديات المتعلقة بالإتفاقية، أما المبحث الثاني فنخصصه للتحديات المتعلقة في القانون الداخلي.

وإتساقاً مع منهج البحث العلمي سوفنختم الدراسة ببيان أهم النتائج التي توصلت لها، ونعرج من بعدها الى إيراد المقترحات.