جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ميسان

كلية القانون

قسم القانون العام

النقص التشريعي في معالجة ظاهرة التخنث في القانون الجنائي العراقي

-دراسة مقارنة-

رسالة تقدمت بها الطالبة

شذى كرم حسين

إلى مجلس كلية القانون – جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

أ. م. د. ميثم فالح حسين

١٤٤٥هـ **٢٠٢٣م**

﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾

﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾

صَدَقَ اللهُ العَلِيُّ العظيمُ

سورة النساء: الآيه ٣٤

سوره الاعراف الايه ٥٦

الإهـداء

إلى منقذ الناس من الحيره والضلاله

وباسط الأمن والعداله على وجه الارض

الإمام المهدي (عجل الله فرجه الشريف)

إلى نور عيني وضوء دربي ومهجه حياتي

إلى من وضعتني على طريق الحياه وكانت دعوتها وكلماتها رفيق الالق والتفوق

أمي الغاليه . . .

إلى السند والعضد والساعد من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب

اخوتي واخواتي . . .

إلى كل من كانفني وأنا أشق الطريق نحو النجاح في مسيرتي العلميه وكان له

الأثر الكبير في تقديم الدعم النفسي لي . . .

إلى كل من علمني حرفآ وساندني وساعدني ولو بأبتسامه من قريب او بعيد

في إتمام هذه الرساله

أزف لكم الآهداء حبآ ورفعه وكرامه . .

واهديكم ثمره جهدي المتواضع . .

شكر وعرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله تتنزل الخيرات، وبتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات، والصلاة والسلام على اشرف خلقة محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين.

حق علي بعد الانتهاء من هذا العمل أن أسجل بامتنان شكري وتقديري إلى استاذي الفاضل (أ. م. د. ميثم فالح حسين) لإشرافه على رسالتي والذي منحني الكثير من الوقت والجهد والتوجيه والتشجيع ولم يبخل علي في معلومه أو نصيحه ساعدت على اثراء البحث وكان لرحابه صدره وسمو خلقه وأسلوبه المميز في متابعه رسالتي بالغ الأثر في إتمام هذه الرساله وأسأل الله العلي القدير أن يجازيه خير الجزاء وأن يكتب صنيعه في موازين أعماله.

واتقدم بالشكر إلى عمادة الكلية والى رئيس فرع القانون العام في كلية القانون جامعه ميسان، وإلى أساتذتي الأجلاء في السنة التحضيرية؛ لما بذلوه من جهود علمية.

وتحيه إحترام وتقدير الى لجنة المناقشه رئيساً واعضآء... لما ستضيف من معلومه واثراء علمي الى هذه الدراسه لتضهرها بحله جديده.

والشكر والامتنان إلى زملائي الاعزاء في مرحلة الدراسة التحضيريه لما أبدو من روح التعاون.

والشكر لجميع الاخوة والاصدقاء في محكمه استئناف ميسان لما أبدو من مساعده وتيسير مهمتي في الاطلاع على المعلومات التي افادتني في هذه الدراسه.

وشكر خاص إلى الاستاذ المحامي (خالد وحيد الغزي) لما قدم لي من دعم وتسهيلات ومساعده في سبيل انجاز مهامي خلال فترة الدراسة.

الملخص

على الرغم من وجود ظاهرة التخنث منذ القدم الا ان خطورتها اصبحت تزداد في الوقت الحالي؛ لا سيما مع وجود قوانين في بعض الدول تحمي هذه الظاهرة وتعدها ضمن الحريات الشخصية الممنوحة للأفراد بموجب القانون، وعلى الرغم من رفض الاديان لها بوصفها خروجا عن القيم الدينية الراسخة عبر تاريخ الاديان.

وإن التخنث لا يرتبط بمجتمع أو دين معين، بل أنها ظاهرة مرتبطة بكل الثقافات، وذلك منذ القدم، فظاهرة التخنث عرفت عند الشعوب القديمة وكذلك في عصرنا الحالي، اذ كانت هذه الظاهرة مقتصرة على المجتمعات الغربية، الا انها عرفت انتشارا واسعا في المجتمعات العربية والاسلامية.

ويعد التنظيم القانوني أحد اهم الادوت لمعالجة هذه الظاهرة ومن الممكن ان يكون سبب في التقليل من خطورتها وليس القضاء عليها فالقوانين التي تمنح الأفراد حقوقاً وحريات تتضمن في الوقت ذاته واجبات والتزامات في مواجهتهم وان الغرض من تلك الالتزامات هو تقويم سلوك الأفراد وجعلهم مواطنين صالحين ونواة لبناء اوطانهم؛ ولا يستقيم ذلك مع انتشار صور الشذوذ الجنسي في المجتمع وبضمنها التخنث الذي يهوي بصاحبه إلى تصرفات لا تتصل بالرجولة مطلقاً

جاءت الدراسه ببيان اهم الاسباب التي تؤدي الى هذه الضاهره والسبل القانونيه الكافيه لردعها وبيان ال النفص الذي يكتنف النصوص التشريعيه حيث ان هناك دول جرمت هذه الضاهره ودول لم تجرمها ولم تتطرق لها في ثنايا النصوص

وخلصت الدراسه الى ضروره تجريم هذه الضاهره ووضع نص تشريعي يجرم هذه الضاهره ويحد منها خاصه بعد استفحالها في الاونه الاخيره وضروره ايضآ وضع عقوبه تتلائم مع خطوره هذه الظاهره

عليه فإن هذه الدراسة تهتم باظهار أوجه القصور التشريعي في مواجهة التخنث ونتائج ذلك القصور والسبل الكفيلة بمعالجته.

المُحْتَـويـات

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
الشكر والعرفان	ت
الملخص	ث
المحتويات	ج–خ
المقدمة	١–٦
الفصــل الأول: الاطار المفاهيمي للنقص التشريعي وظاهرة التخنث	٧–٥٢
المبحث الأول: ماهيه النقص التشريعي	٩–٢٨
المطلب الأول: مفهوم النقص التشريعي	١٠–١٨
الفرع الأول:التعريف اللغوي والاصطلاحي للنقص التشريعي	١٠–١٣
الفرع الثاني: المعنى القانوني للنقص التشريعي	١٤–١٨
المطلب الثاني: أنواع النقص التشريعي	١٨–٢٨
الفرع الأول: النقص في التشريع	١٩–٢٢
الفرع الثاني: النقص في صياغة التشريع	٢٢–٢٨
المبحث الثاني: مفهوم ظاهرة التخنث	٢٩–٥٢
المطلب الأول: المعنى اللغوى والاصطلاحي للتخنث في الشريعة والقانون	٣٠–٣٩
الفرع الأول: معنى التخنث في الشريعة الاسلامية	٣٠–٣٦
الفرع الثاني: التعريف القانوني للتخنث	٣٦–٣٩

المطلب الثاني: ذاتية التخنث وتمييزه عن ما يشتبه به	٣٩-٥٢
الفرع الأول: تمييز التخنث عن الشذوذ الجنسي والمثلية الجنسية	٤٠-٤٨
الفرع الثاني: تمييز التخنث عن التغيير الجنسي	٤٨-٥٢
الفصل الثاني: أسباب ظاهرة التخنث وسبل مواجهته	٥٣-١٠٣
المبحث الأول: أسباب ظاهرة التخنث	٥٤-٧٥
المطلب الأول: الأسباب العامة لظاهرة التخنث	٥٥-٦٦
الفرع الأول: الأسباب الاجتماعية	٥٦-٦٢
الفرع الثاني: الأسباب العلمية والطبية	٦٢-٦٦
المطلب الثاني: عوامل انتشار التخنث	٦٦-٧٥
الفرع الأول: العوامل الدولية	٦٧-٦٩
الفرع الثاني: العوامل المحلية	٧٠-٧٥
المبحث الثاني: ضرورات التجريم والعقاب لظاهرة التخنث	٧٦-١٠٣
المطلب الأول: الفلسفة العامة لسياسة التجريم	٧٧-٩٤
الفرع الأول: اساس التجريم في الشريعة الاسلامية	٧٨-٨٨
الفرع الثاني: أثر المدلول الاخلاقي والنفعي في سياسة التجريم	٨٨-٩٤
المطلب الثاني: السياسة العقابية في تقدير العقوبة	٩٤-١٠٣
الفرع الأول: السياسة العقابية للتشريعات المقارنة	٩٥-٩٩
الفرع الثاني: السياسه العقابيه في التشريعي العراقي في مواجهة ظاهرة التخنث (اساس النقص التشريعي)	٩٩-١٠٣
الفصل الثالث: المواجهة الدينية والقانونية لظاهرة التخنث	١٠٤-١٤٧
المبحث الأول: المعيار القانوني في تجريم ظاهرة التخنث	١٠٥-١٢٥
المطلب الأول: المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث	١٠٦-١١٥
الفرع الأول: المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث في المنظور الإسلامي	١٠٧-١١٠

الفرع الثاني: المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث في المنظور القانوني	١١٠-١١٥
المطلب الثاني: التناسب بين الحقوق والحريات وتجريم ظاهرة التخنث	١١٦-١٢٥
الفرع الأول: المعيار الشرعي والقانوني لمعرفة المصلحة والمفسدة في تجريم ظاهرة التخنث	١١٦-١٢١
الفرع الثاني: الضرورات الاجتماعية والواقعية لتجريم ظاهرة التخنث في الشريعة الإسلامية والقانون	١٢١-١٢٥
المبحث الثاني: المبررات التي قيلت بصدد ظاهرة التخنث والآثار المترتبة عليها	١٢٦-١٤٧
المطلب الأول: ضرورات الإباحة لظاهرة التخنث	١٢٧-١٣٦
الفرع الأول: المبررات البايلوجية	١٢٧-١٣٢
الفرع الثاني: المبررات النفسية	١٣٢-١٣٦
المطلب الثاني: ضرورات التجريم لظاهرة التخنث	١٣٧-١٤٧
الفرع الأول: ضرورات التجريم الاخلاقية	١٣٧-١٤٢
الفرع الثاني: ضرورات التجريم الاجتماعية	١٤٢-١٤٧
الخاتمة	١٤٨-١٥٢
قائمة المراجع	١٥٣-١٧٤
الملخص باللغة الإنكليزية	A

المُقَدِّمــة

المُقَـدِّمة

أولاً- موضوع الدراسة:

إن النظـــام القـــانوني بوصـــفه مجموعـــة القواعـــد التـــي تـــنظم ســـلوك الافـــراد يقـــوم بتنظـــيم العلاقـــة بـــين الفـــرد والمجتمـــع الـــذي يعـــيش فيـــه باعتبـــاره أحـــد مكوناتـــه؛ وبـــذلك عليـــه ان يلتـــزم بالقواعـــد الاساســـية للمجتمـــع والا يخالفهـــا؛ لـــذلك تقـــوم الـــدول عنـــد الاقتضـــاء عـــن بتوقيـــع الجـــزاءات علـــى مـــن يخـــالف القواعـــد الخاصـــة بحمايـــة النظـــام العـــام بجميـــع عناصـــره ولا ســـيما الأخـــلاق العامـــة؛ اذ تهـــدف مـــن خـــلال ذلـــك الـــى تحقيـــق غـــايتين تتمثـــل الاولـــى فـــي حفـــظ كيـــان الفـــرد والمجتمـــع بـــاقرار الاخـــلاق العامـــة وكفالـــة المصـــلحة العامـــة. وتتجســـد الثانيـــة فـــي صـــون وحمايـــة الحريـــات الفرديـــة ومنـــع تعارضها مع حريات الاخرين.

وبـــذلك يكـــون تجـــريم التخنـــث بمـــا تثيـــره هـــذه الظـــاهرة عنـــد جميـــع النـــاس فضـــولاً وتهكمـــا واشـــمئزازا، وهـــذه الظـــاهرة مـــا فئـــت تلقفهـــا وســـائل الاعـــلام بشـــغف واثـــارة، فالمخنـــث روح انثـــى حلـــت بجســـم رجـــل وهـــذه الحالـــة يرفضـــها المخنـــث ذاتـــه. لـــذا تبقـــى تلك الظاهرة لغزا واشكالا عويص الحل.

التخنـــث هـــو شـــذوذ جنســـي مصـــنف فـــي خانـــة اضـــطراب الهويـــة الجنســـية، أمـــا مـــن الناحيـــة الطبيـــة المخنـــث لـــه مكونـــات جســـمية ســـليمة ولا يعـــاني مـــن اي اضـــطراب الهوية الجنسية.

إن تحديـــد جـــنس الفـــرد مـــن البشـــر ســـوي الخلقـــة يعـــد مـــن المســـلمات التـــي لا يمكـــن يقـــع فيهـــا جـــدال، لكـــن حـــدث فـــي عصـــرنا هـــذا حـــالات ذكـــور وانـــاث يشـــكو كـــل مـــنهم ان جنسه مخالف لخلقه حتى اصبحت عند الاطباء تسمى (اضطراب الهوية الجنسية).

ولكن أغلب الدول لم تنظم القواعد الخاصة بتجريم سلوك التخنث بصورة واضحة ودقيقة مما يثير العديد من الاشكالات التي تتعلق بغموض النصوص المجرمة لهذا السلوك وظهور ثغرات عديدة فيما يخص مواجهة هذه الظاهرة ومعالجتها.

أن مـــا يحـــدث اليـــوم يُحيـــل بشـــكل مـــؤلم علـــى أســـوأ آثـــار الهزيمـــة النفســـية، ممـــثلا فـــي الإذعـــان لحتميـــات زائفـــة رســـخها الإعـــلام الغربـــي فـــي عقـــول الـــنشء مفادهـــا: أن لا ســـبيل لـــردم الفجـــوة الحضـــارية إلا باعتمـــاده مرجعـــا علـــى مســـتوى القـــيم والتصـــورات والســـلوك، حتـــى فـــي أشـــدها انحـــلالا وتفســـخا. لـــذا لا نســـتغرب حـــرص ترســـانته الإعلاميـــة والدعائيـــة علـــى التســـويق لصـــورة الإنســـان "الحـــداثي" كمـــا يرتضـــيها: إنســـان يُســـخر حريتـــه التـــي هـــي أعظـــم القـــيم، لخدمـــة أغـــراض ســـفلية كـــالعري والتخنث وتحطيم الأطر المنظمة للوجود الإنساني.

فـــي ســـياق جـــرده لآليـــات علمنـــة الإنســـان مـــن الـــداخل، وكمـــا يســـمى عولمـــة التخنـــث. ولعـــل أخطرهـــا هـــو إعـــادة تعريـــف الإنســـان فـــي ضـــوء رغباتـــه الاقتصـــادية والجســـدية. فهـــو كـــائن متحـــد بالســـلعة، باحـــث أزلـــي عـــن المتعـــة والمنفعـــة، لا يكتســـب هويتـــه مـــن انتمائـــه الـــوطني أو مواقفـــه الأخلاقيـــة وإنمـــا مـــن نمطـــه الاســـتهلاكي. وهـــو إنســـان صـــيغت لـــه أحـــلام ورغبـــات لا تمـــت بصـــلة لعالمـــه الـــداخلي، فاســـتبطنها دون أية مقاومة تُذكر، ليصبح شخصية نمطية يسهل التنبؤ بسلوكها.

بـــل إن التعبيـــر عـــن العلمنـــة ســـيبلغ مـــداه علـــى مســـتوى اللبـــاس مـــن خـــلال مـــا يُســـمى بـــ "أزيـــاء الجـــنس الواحـــد"، والتـــي تقـــوم علـــى مبـــدأ تحييـــد الجـــنس تمامـــا بحيـــث يرتدي النساء والرجال زيا واحدا.

إن مـــا تصـــبو إليـــه عولمـــة التخنـــث هـــو التطبيـــع مـــع الفوضـــى الجنســـية، واســـتبعاد مـــا هـــو أخلاقـــي مـــن دائـــرة العلاقـــات الإنســـانية. ولعـــل المتتبـــع لنوعيـــة القضـــايا والملفـــات التـــي تتبناهـــا موجـــة الحقـــوق والحريـــات الجديـــدة، يـــدرك البعـــد التـــدميري الـــذي اكتســـبه مفهـــوم الحريـــة الشخصـــية، وكيـــف أن هـــذه الأخيـــرة باتـــت أكثـــر التصـــاقا بـــالتمرد على الإطار الديني والقيمي الموجه للسلوك الإنساني.

وإذا كـــان التـــاريخ يشـــهد بوثـــوق الصـــلة بـــين تفتيـــت العلاقـــات الإنســـانية وأفـــول الأمـــم، فـــإن الواجـــب يقتضـــي اســـتنهاض الهمـــم، وصـــيانة مقومـــات الرجولـــة فـــي أمـــة البعث والشهود الحضاري.

ثانيًا- أهميّة الدراسة:

يكتسب البحث في ظاهرة التخنث اهميته مما يتنطوي عليه هذه الظاهرة من خطورة وآثار سلبية على المجتمع إذ تؤدي الى انحراف سلوك الأفراد وتعارضها مع حقوق وحريات الآخرين في الفكر والعقيدة لأنها تمس هوية وعقيدة المجتمع؛ خصوصا في الدول الاسلامية؛ لذا تاتي هذه الدراسة لبيان اوجه معالجة هذه الظاهرة جنائيا وطرق القضاء عليها.

تبرز اهمية الدراسة بتسليط الضوء على شريحة موجودة في هذا المجتمع من حيث بيان احكام المعاملات؛ لما فيه من مصلحة على المجتمع.

ثالثاً- مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة فيما يكتنف النصوص المنظمة لظاهرة التخنث من غموض وقصور تشريعي، حيث لم ينظها المشرع بصورة واضحة في اغلب الدول، ومنها المشرع العراقي الذي لم يتطرق له ولأسبابه التي ماتزال مجهولة وان ظاهره التخنث هي ظاهرة معقدة طبية وقانونية واخلاقية واجتماعيه، وفي ظل غياب حل مرضي الذي يجب على الاقل إن يتفهم وضع المجتمع ويساعد، ولن تكون المساعدة الا في إطار البعد الثقافي الذي لم يحظى بالاهتمام حتى الان؛ لان لا يمكن تجاهل العوامل الثقافية كالتربية والتعلم في سياق محيط ثقافي اجتماعي خاص يؤثر على تكوين الشخصية، وحيث ان هذة الظاهرة أصبحت منتشره في المجتمعات بكثره ومنها المجتمع العراقي وفي ضل أنتشار التكنلوجيا الحديثه ومواقع التواصل الاجتماعي التي سارعت من تفشي هذه الظاهرة والتي انعكست سلبا على المجتمع في ضل غياب النصوص التجريميه التي تحد من هذه الضاهرة وخاصة وانها تتعارض مع ثوابت الدين اللاسلامي لذلك تطرح هذا الدراسة بعض التساؤلات في ضوء هذهِ المشكلة أهمها:

- ما التوصيف الشرعي والقانوني للمخنث؟
- هل التخنث مرض أم انحراف؟

– مدى معالجه المشرع العراقي لظاهره التخنث في القانون العراقي؟

– مـدى وجـود نقـص فـي التشـريع لمواجهتـة وهـل هنالـك مبـررات دوليـة للتخنـث وهل يوجد هنالك دول جرمت الفعل؟

– كيف حدد الطب بمعطياته الحديثة نوع الخنثى وبين اشكالاته؟

– ماهي المصلحة المعتبره من التجريم والاباحة؟

– ماهي مبررات تجريم واباحه هذه الضاهره وما اثار التخنث على المجتمع؟

رابعاً– منهج الدراسة:

سـنتناول هـذا الموضـوع مـن الناحيـة الجنائيـة وبالاسـتعانة بالجانـب الشـرعي ومـا تناولـه الفقهـاء، ومـا تضـمنته الشـريعة الاسـلامية مـن احكـام خاصـة تتعلـق بغييـر الخلقة والتعدي على حق السلامة الجسدية.

تتطلـب مراعـاة المعلومـة الطبيـة الحديثـة عنـد دراسـة احكـام الشـريعة الخاصـة بظـاهر مـن الظـواهر المنشـرة فـي المجتمـع ان يتبـع الباحـث المـنهج الوصـفي توافقـا مـع طبيعـة الدراسـة، ولغـرض الإجابـة عـن تسـاؤلات الدراسـة كافـة، وبغيـة الإحاطـة بجميـع جوانبـه القانونيـة فسـوف نعتمـد علـى المـنهج التحليلـي؛ لفهـم نصـوص التشـريع العراقـي المتعلقـة بتجـريم ظـاهرة التخنـث، مـع مقارنـة النصـوص القانونيـة المتعلقـة بموضـوع الدراسـة فـي القـانون العراقـي والقـوانين الأخـرى كلمـا اقتضـت الدراسـة ذلـك، معززين ذلك بآراء الفقاء والتطبيقات القضائية المتاحة.

خامساً– الدراسات السابقة:

إن قلـة الدراسـات والابحـاث التـي تناولـت موضـوع التخنـث بشـكل شـامل؛ فـلا توجـد دراسـات سـابقة تناولـت موضـوع الدراسـة بشـكلٍ شـامل ومفصـل وموضـوعي فكان لابد من جمع شتاته وتسليط الضوء عليه وإخراجة في صورة دراسة كاملة.

لكن هنالك بعض الدراسات التي تقترب من موضوع الدراسة نوعاً ما أهمها:

١– عبـد الحكـيم بـن محمـد، جـرائم الشـذوذ الجنسـي وعقوبتهـا فـي الشـريعة الإسـلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الآمنية، الرياض، ٢٠٠٣.

اختصـــت الدراســـة الســـابقة بـــالتعريف بجـــرائم الشـــذوذ الجنســـي التـــي تناولهـــا فقهـــاء الشـــريعة الاســـلامية والقـــوانين وتحديـــد عقوبـــة كـــل منهـــا؛ بينمـــا تهـــدف دراســـتنا للتعـــرف علـــى التخنـــث واحكامـــه وطريقـــة معالجتـــه فـــي القـــانون العراقـــي والمقـــارن، وهـــذا يعنـــي ان دراســـتنا تقتصـــر علـــى التخنـــث وكـــل مـــا يخـــص بـــه مـــن قواعـــد واحكـــام دون التطـــرق الى اي صورة اخرى للشذوذ.

٢-عبـــد الملـــك عبـــدارحمن الســـعدي، العلاقـــات الجنســـية غيـــر الشـــرعية وعقوبتهـــا فـــي الشريعة والقانون، ط٢، دار البيان العربي، جدة، ١٩٨٥.

وتتميـــز الدراســـة الســـابقة عـــن دراســـتنا فـــي انهـــا تقتصـــر علـــى العلاقـــات الجنســـية غيـــر المشـــروعة واحكامهـــا ســـواء أكانـــت علاقـــة شـــاذة أم لا؛ بينمـــا تخـــتص دراســـتنا بالتخنـــث الذي قد لا يصاحبه ميول جنسي شاذ.

٣- حســـن فـــالح حســـن، دور قواعـــد الاخـــلاق فـــي القـــانون الجنـــائي، أطروحـــة دكتـــوراه، جامعة كربلاء، ٢٠٢٠.

تناولـــت الدراســـة الســـابقة دراســـة وتحليـــل مضـــامين التشـــريعات الجنائيـــة فـــي العـــراق والـــدول المقارنـــة، ومـــا تضـــمنته تلـــك التشـــريعات مـــن قواعـــد واحكـــام لمعالجـــة الجـــرائم الاخلاقيـــة؛ لـــذا تتشـــابه دراســـتنا مـــع هـــذه الدراســـة فـــي كـــون التخنـــث واحـــدا مـــن جـــرائم الاخلاق، غير ان دراستنا تقتصر على التخنث وكل ما يتعلق به من احكام.

سادساً-نطاق الدراسة

ســـيكون نطـــاق دراســـتنا هـــو القـــانون الجنـــاآي العراقـــي كـــذلك المقارنـــه مـــع الـــدول محـــل المقارنـــه كـــل مـــن الكويـــت وكـــذلك الســـعوديه والبحـــرين وعمـــان والاردن والقـــوانين العقابيـــه للـــدول التـــي تجـــرم هـــذه الظـــاهره اوو التـــي لاتجلـــرم وكـــذلك أحكـــام الشريعه الاسلامية والفقه والاراء الطبيه ومرورا بلأستعانه بالتطبيقات القظائيه.

سابعا هيكلية الدراسة:

ســـيتم تقســـيم الرســـالة علـــى ثلاثـــة فصـــول نخصـــص الأول منهمـــا الاطـــار المفـــاهيمي للـــنقص التشـــريعي وظـــاهرة التخنـــث؛ وقســـم هـــذا الفصـــل علـــى مبحثـــين

سنخصص المبحث الأول لدراسة مفهوم النقص التشريعي، ومنه تفرع الى مطلبين بينا في المطلب الأول مفهوم النقص التشريعي، وفي المطلب الثاني وضحنا انواع النقص التشريعي؛ وعرجنا في المبحث الثاني مفهوم ظاهرة التخنث وقسمناه على مطلبين: خصص المطلب الاول لدراسة المعنى اللغوي والاصطلاحي للتخنث في الشريعة والقانون، وفي المطلب الثاني ذاتية التخنث وتمييزة عن ما يشتبه به.

اما الفصل الثاني جاء بعنوان اسباب ظاهرة التخنث وسبل مواجهته، وقسمناه على مبحثين: المبحث الأول الأسباب العامة لظاهرة التخنث وانقسم على مطلبين: خصص المطلب الأول لدراسة أسباب ظاهرة التخنث، اما المطلب الثاني خصص لدراسة عوامل انتشار التخنث. اما المبحث الثاني بينا فيه ضرورات التجريم والعقاب لظاهرة التخنث، وقسمناه على مطلبين درسنا في المطلب الاول الفلسفة العامة لسياسة التجريم والعقاب، وخصص الثاني لدراسة السياسة العقابية في تقدير العقوبة.

وأخيرا تناولنا في الفصل الثالث ضرورات تجريم ظاهرة التخنث والأثار المترتبة عليها، وذلك بتقسيمه على مبحثين نبيّن في المبحث الأول منه المعيار القانوني في تجريم ظاهرة التخنث وذلك من خلال تقسيمه على مطلبين نشرح في المطلب الأول المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث، وفي المطلب الثاني التناسب بين الحقوق والحريات وتجريم ظاهرة التخنث، وسنتناول في المبحث الثاني المبررات التي قيلت بصدد ظاهرة التخنث والآثار المترتبة عليه وذلك من خلال تقسيمة على مطلبين نبيّن في المطلب الأول ضرورات التجريم الاخلاقية، وفي المطلب الثاني ضرورات التجريم الاجتماعية.

واخيراً ننهي الدراسة بخاتمة تتضمن موجزاً لأهم النتائج والتوصيات التي تفضي عنها الدراسة.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للنقص التشريعي في مواجهة ظاهرة التخنث

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للنقص التشريعي وظاهرة التخنث

كانت نصوص التشريع ولا تزال محدودة في حين ان وقائع الحياة غير محدودة، وغير المحدود لا يمكن ان يحيط بالمحدود، وهذا الأمر يؤدي عادةً إلى ظهور النقص أو القصور التشريعي في معالجة بعض المسائل التي تطرأ على المجتمع، ومع فقدان النص التشريعي الذي يحكم الواقعة وهو بأشد الحاجة إلى إيجاد تكييف أو معالجة قانونية لتلك الحالات قبل استفحالها وانتشارها بكثرة(١).

ومن الحالات التي طرأت على المجتمع حالات لذكور وأناث يشكو كلاً منهم ان جنسه مخالف لخلقه، حيث يشعر هؤلاء الاشخاص بانهم من الجنس الآخر المخالف لذكورته، وهو ما اصطلح على تسميته بالتخنث، وهذهِ الحالة مع تعدد أبعادها النفسية والطبية والاجتماعية والقانونية والدينية، فانها تحتاج إلى معالجة حقيقية وتنظيم قانوني يحكمها ويحد من آثارها(٢).

وحالة التخنث تعد من المشكلات القانونية المعاصرة المتعددة الابعاد، فابعادها الدينية تكمن في وجود حالات للتخنث محرمة تناولها الفقهاء ووضعوا أحكامها في سبيل القضاء عليها. اما ابعادها الطبية فتتبع من وجود بعض حالات التخنث التي عالجها التقدم العلمي مكن خلال التدخل الطبي لتغيير الجنس وتحويله، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية(٣).

---

(١) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص٢٢.

(٢) أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧٦.

(٣) عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة – فلسطين، ٢٠٠٨، ص٧٥.

وفي ضوء ما تقدم، ومع غياب النصوص القانونية التي تحكم التخنث في أغلب الدول، وبما يدلل على وجود قصور تشريعي في معالجتها، فاننا سنعمد في هذا الفصل إلى توضيح مفهوم التخنث والنقص التشريعي على مبحثين وكما يلي:

المبحث الأول: مفهوم النقص التشريعي.

المبحث الثاني: مفهوم ظاهرة التخنث.

المبحث الأول

مَفهوم النقص التشريعي

النقص في التشريع ظاهرة حتمية حتى في ظل الظروف الطبيعية للمجتمع، لان وقائع الحياة بما تتضمنه من حركة وحيوية، واتجاهها دائماً نحو التطور ليست امرأ جامداً أو ثابتاً على حال حتى يمكن ان يحتويها نص قانوني، وهذا هو معنى القول الشائع ان دوام الحال من المحال، فضلاً عن ان تطلعات الإنسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر بما يثيره من مسائل ونزاعات قانونية وحقوق، لا يمكن ان يقفا عند حد معين، ولا يمكن للمشرع مهما كان حصيفاُ وحريصاً ان يتنبأ بها الا على سبيل الافتراض، والافتراض قاصر ومحدود ونسبي[١].

ولما كان التشريع بحكم صياغته ما هو الإ معنى يفرغ في لفظ معين، فنقصه وقصوره بالنسبة للمستقبل أمر لا مفر منه؛ لأنَّ المعنى متى حبس في اللفظ، قعد به الجمود عن ملاحقة ما يجد من الوقائع اللامتناهية، والتطور سنة دائمة لا مفر من التسليم بحكمها. فتكون محاولة البحث والتقصي عن حلول للمسائل المتجددة في التشريع القائم امراً عصياً أو حتى مستحيلاً، فتكون حلوله غير ملائمة او غير عادلة[٢].

وسنحاول في هذا المبحث الوقوف على مفهوم النقص التشريعي وأنواعه، من خلال مطلبيَّن مستقلين، وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم النقص التشريعي.

المطلب الثاني: أنواع النقص التشريعي.

---

(١) القاضي سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري في معالجة النقص في التشريع، مجلة الدراسات في القانون، بغداد، ٢٠٠٨، ص٥٣.

(٢) د. سري محمود صيام، صناعة التشريع، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٥، ص١٤٥.

المطلب الأول

مفهوم النقص التشريعي

إنَّ تحديد معنى النقص التشريعي يتطلب بيان تعريفه في اللغة والاصطلاح، وذلك من خلال الإحاطة بالاتجاهات التي سلكتها التشريعات في تعريفها لهذا المصطلح، فضلاً عن استعراض موقف الفقه القانوني في محاولة تعريفه.

ولبيان ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان المعنى اللغوي والاصطلاحي للنقص التشريعي، ومن ثم نتناول في الفرع الثاني المعنى القانوني للنقص التشريعي، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للنقص التشريعي.

الفرع الثاني: المعنى القانوني للنقص التشريعي

الفرع الأول

المعنى اللغوي والاصطلاحي للنقص التشريعي

إنّ الدخول في أبعاد وتفاصيل النقص التشريعي يحتاج أولاً توضيح المقصود به والوقوف على مضمونه؛ وذلك ببيان معناه اللغوي، ومن ثم التطرق إلى مفهومه الاصطلاحي، إذ يساعد المفهوم اللغوي في صياغة المفهوم الاصطلاحي للموضوعات التي لم يتناولها الفقه بشكل كافي، وكذلك عندما يكون معناها الاصطلاحي غير واضح المعالم. لذلك سنتناول هذا الفرع وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً- المعنى اللغوي للنقص التشريعي:

إنّ بيان المعنى اللغوي للنقص التشريعي يتطلب منّا الخوض في تعريف مصطلحاته من علماء اللغة، وذلك كما يأتي:

١- **النقص لغةً:** النقص في اللغة مأخوذ من الفعل نَقَص، يُقال نقص الشَّيْء ينقص نقصا، ونقصاناً، بمعنى قلَّ، عكس زاد، على حد مَا يَجِيء عَلَيْهِ هَذَا الضَّرْب من الْأَبْنِيَة بالأغلب(١).

والنَّقْصُ يأتي أيضاً بمعنى الخُسْرَانُ، أو هو ضعف العقل، ويأتي كذلك بمعنى الأخذ من الشيء، والنُّقْصَانُ المَصْدَرُ، ونَقَصْتُهُ فهو مَنْقُوصٌ(٢). قال تعالى: ﴿وَنَقْصٍ مِنَ الْأَمْوالِ وَالْأَنفُسِ﴾(٣)، وقال سبحانه: ﴿وَإِنَّا لَمُوَفُّوهُمْ نَصِيبَهُمْ غَيْرَ مَنْقُوصٍ﴾(٤).

وبذلك فإنَّ النقص في اللغة يعني القدر الذاهب من الشيء بعد تمامه، ومنه: نقص العقل، ونقص الوزن، ونقص القمر، فالنقص ضد التام.

١- **التشريع لغةً:** التَّشرِيعُ لُغَةً مَصدَرُ شَرَعَ، والشرع: نهج الطريق الواضح، يقال: شرعت له طريقا، ثم جُعِل الشرع اسما للطريق النّهِج: فقيل له: شِرْعٌ، وشرعٌ، وشريعةٌ(٥)، وفي التنزيل قال تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾(٦).

---

(١) أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ]، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٣٥٠.

(٢) أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (ت: ٥٠٢هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط١، دار القلم، دمشق، ١٤١٢هـ، ص٤٠٧.

(٣) قال تعالى: {وَنَقْصٍ مِنَ الْأَمْوالِ وَالْأَنْفُسِ}. [سورة البقرة: آية ١٥٥].

(٤) قال سبحانه: {وَإِنَّا لَمُوَفُّوهُمْ نَصِيبَهُمْ غَيْرَ مَنْقُوصٍ}. [سورة هود: آية ١٠٩].

(٥) الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت: ٤٢٥هـ)، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، مادة (شرع)، ط١، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ١٤١٢هـ، ص ٤٥٠.

(٦) قال تعالى: {لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا}. [سورة المائدة: آية ٤٨].

والتشريع: إيرادُ الإبل شريعةً لا يُحتاج معها إلى نزع بالعَلق، ولا سقي في الحوض[١].

وقال ابن فارس: "الشين والراء والعين أصل واحد، وهو شيء يُفتح في امتداد يكون فيه من ذلك الشريعة، وهو مورد الشَّاربةُ الماء"[٢]، ويشير الخليل إلى ان مورد الشارية هي التي يشرعها النَّاس فيشربون منها ويستقون، وربما شرعوها دوابهم لتشرب منها، ولا تسميها العرب شريعة حتى يكون الماء عِدًّا لا انقطاع له، ويكون ظاهرا معينا لاُ يسقى بالرّشا.

والتشريع يدلُّ في اللغة أيضاً على وَضَعَ قَانُونًا وَقَوَاعِدَ، فيُقال شرع لهم، أي: سن لهم[٣].

ويظهر لنا المعنى اللغوي للتشريع في: السن، والفتح، والإنفاذ، والبيان، والظهور، والوضوح.

ونستنتج مما تقدَّم ذكره أنَّ النقص التشريعي في اللغة يدلُّ على معاني متقاربة، فهو يعني خسران التشريع لبعضِ أجزائهِ، ويدلُّ أيضاً على كل قواعد تُسن بشكلٍ غير كامل، بحيث يصيبها النقص، وسنحاول في الفقرة القادمة بيان مدى مطابقة ما توصلنا إليه لغوياً مع المفهوم الاصطلاحي للنقص التشريعي.

ثانياً- النقص التشريعي في الاصطلاح:

يذهب الفقهاء إلى إنَّ اللفظ المكون للنص التشريعي متى ما حُبِس في إطار ذلك النص واستقر على معنى معين، أدى ذلك إلى جمود النص، وقصوره

---

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت: ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٧هـ، ص٩٤٦.

(٢) ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، مادة (شرع)، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٨هـ، ص٥٥٥-٥٥٦.

(٣) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص٩٤٦.

عن مُلاقاة ما استجد من أوضاع أُخرى، ويفقد النص آنذاك تناسقه مع طبيعة الزمن ومستلزماته، وبالتالي يكون الغموض في التشريع أمر حتمي لا مجال لتلافيه أو القضاء عليه(١).

إذ تقوم السياسة التشريعية عند الفقهاء على دعامتين، تتمثل الأولى منهما بمعرفة الوقائع ومقتضياتها، وهو ما يتسم بالطابع العملي فليس للصياغةِ دور فيه؛ لأنه يُمثل المظهر الخارجي للقانون، وأما الثانية فتتجلى بوضع أنسب الأساليب لاحتواء تلك المُقتضيات(٢).

فالقاعدة التشريعية هي جوهر وشكل بنفس الوقت، إذ يُمثل الجوهر المحتوى الذي تشتمل عليه هذهِ القاعدة من وقائع الحياة العملية؛ أما الشكل فيُعد الصورة التي اعطاها القانون لهذا الجوهر، حتى يُصبح صالحاً للتطبيق(٣).

وهنا نرى أن جوهر القاعدة التشريعية ومحتواها مهما بلغ من الكمال، لا بد وان يصيبها النقص والقصور، وقد عبَّر الفقهاء عن النقص التشريعي في ضوء هذا المعنى بقولهم: "ان الحوادث والوقائع في التصرفات القانونية مما لا يقبل الحصر ولا العد، ومن اليقين انه لم يرد في كل واقعةٍ نص، والنصوص إذا كانت متناهية؛ فالوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما تناهى"(٤).

---

(١) د. حسين بغدادي، النقص الفطري في أحكام الشرائع، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، ع٤، س ١٩٥٤، بغداد، ص٣٩٤.

(٢) د. علي حسن ذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص٢٤٠.

(٣) المرجع نفسه، ص٢٤٠.

(٤) محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، ط٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢١٠.

الفرع الثاني

المعنى القانوني للنقص التشريعي[١]

يُقصد بالنقص التشريعي في الاصطلاح القانوني: "عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه"[٢].

وبمعنى اخر: "عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية او جزئية في ظل تغيرات جوهرية شهدها المجتمع، ويعبر تحقق النقص في التشريع عن تطور المجتمع تطوراً جوهرياً وعدم قدرة النصوص القانونية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور"[٣].

وعرَّفهُ آخرون بأنَّهُ: "عدم كفاية التشريع الموجود فعلاً للوفاء بتغطية ومعالجة المسائل أو الموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية أو نوعها او مستواها وبالعموم من حيث الصياغة القانونية"[٤].

---

(١) يُقصد بالنقص، بشكلٍ عام، القدر الذاهب من الشيء بعد تمامه. أما القصور فيعني عدم بلوغ الشيء، وبعبارةٍ أخرى عدم الإحاطة التامة بالشيء، ومن ذلك قصور المعرفة والتي تعني ألاّ يكون عند المرء المعرفة اللازمة لإقرار شيء أو التحدّث عنه، وكذلك قصور القلب، وأيضاً قصور التشريع ويعني محدودية نصوصه عن الإحاطة بجميع وقائع الحياة غير المحدودة. إذن فالنقص يتميز عن القصور في انه يعني غياب جزء من النص بحيث يكون غير تام للإحاطة بجميع جوانب الواقعة، في حين ان في حالة القصور التشريعي قد يكون النص موجوداً لكنه لا يحيط بجميع جوانب الواقعة التي يعالجها. ينظر: د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط١، مكتبة المشرق الدولية، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٣٦، ٦٧١.

(٢) زهرة كيلاني، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، رسالة ماجستير، جامعة ابي بكر بلقايد، كلية العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٣، ص٣٠.

(٣) فارس عبد الكريم، مقالة بعنوان: (بحث في فلسفة القانون– القصور التشريعي) منشور على صفحة مركز النور في شبكة الانترنيت: https://hifati.yoo7.com/t4519-topic (وقت وتاريخ الزيارة ١٣/ ١٢/ ٢٠٢٢. ١:٠٠م).

(٤) د. سري محمود صيام، مرجع سابق، ص١٨٥.

فيما عبَّر عنه آخرون بأنَّهُ: "سلوك إيجابي من المشرِّع، يتجسد في سن قانون يُنظم مسألة معينة، ولكن بصورة منقوصة"(١).

أو هو: "الحالة التي يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة أمامه سواء أكان هذا التشريع موضوعيا أم إجرائي، وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي حالة نقص في التشريع، سواء أكان النقص في الصياغة أم في المفهوم، وقد تكون الحالة سكوت النص عن الحالة القانونية المعروضة أمامه"(٢).

كما تعرَّضت المحكمة الإتحادية العليا في العراق إلى مفهوم النقص التشريعي في حكمٍ لها جاء فيه: "ان الاغفال أو النقص التشريعي يرتبط ارتباطاً مباشراً بالسلطة التشريعية، لأن مخالفة السلطة التشريعية للدستور يمكن ان يحدث من خلال تشريع القوانين المخالفة لأحكام الدستور، أو من خلال امتناع المشرع عن ممارسة هذا الاختصاص، وقد يكون هذا الخلل (الامتناع) متعمداً من جانب المشرع لغايات وبواعث محددة، او يكون بسبب عدم امكانية التنبؤ بالمستقبل فيأتي النص قاصراً عن تلبية مستجدات الحياة"(٣).

ونلاحظ أن المحكمة خلطت في قرارها آنف الذكر بين الاغفال التشريعي الذي يشير إلى حالة انعدام النص، وبين النقص التشريعي الذي يعني قصور

---

(١) د. سناء طعمة مهدي، الاغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد٢٣، ع٢، س٢٠٢١، بغداد، ص١١٣.

(٢) د. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، المجلة الأكاديمية العراقية، المجلد ٢، ع١، ٢٠١٩، ص٦٣.

(٣) القرار حكم المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٦١/اتحادية/٢٠٢١، بتأريخ ٢٠٢٢/٢/١، الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/news.4847/ (تاريخ الزيارة: ١١/ ١٠/ ٢٠٢٢. الساعة: ١١:١٢م).

النص التشريعي الموجود[١]، أو سكوت التشريع عن معالجة حالة معينة، ومما لا شك فيه ان النقص التشريعي يسهل اخضاعه للرقابة الدستورية؛ لأنَّ الأخيرة تنصب على نص تشريعي خرج الى حيز الوجود، في حين ان الرقابة على نص غير موجود امر صعب وينصرف الى السلوك السلبي للمشرع، كما ان النقص التشريعي لا يمكن ان يحدث إلا من خلال السلوك الايجابي للمشرع بإصدار التشريع الذي يكون قاصراً في بعض جوانبه[٢].

هذا وإن مسألة النقص التشريعي أثارت جدلاً وخلافاً واسعاً بين شراح القانون، ويتجاذب هذه المسألة إتجاهين: الأول منهما يقول بعدم وجود نقص في النصوص، وهؤلاء أنصار نظرية (كمال التشريع). والإتجاه الآخر يعترف بوجود نقص في النصوص وهؤلاء هم أنصار نظرية (إنكار كمال التشريع)[٣].

والحقيقة التي لا جدال فيها أن كل نص مكتوب يجب ان يطرأ عليه النقص والقصور مهما بلغ من الدقة، لذا أضحى النقص في التشريع حقيقة مسلم

---

(١) يقصد بالإغفال التشريعي: هو السكوت التشريعي وهو حالة اغفال المشرع لجانب من جوانب الموضوع محل التنظيم ويكون غير مصحوب بالإحالة الى سلطة اخرى. اما النقص التشريعي هو عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه. وبمعنى اخر عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية او جزئية في ظل تغيرات جوهرية شهدها المجتمع، ويعبر تحقق النقص في التشريع عن تطور المجتمع تطورا جوهريا وعدم قدرة النصوص القانونية التي وضعت في زمان سابق على مواكبة هذا التطور. اورده: د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (رقابة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١٦.

(٢) د. احمد طلال عبد الحميد البدري، مقال بعنوان: (المحكمة الاتحادية العليا والرقابة على الاغفال التشريعي)، ١٨/ ٧/ ٢٠٢٢، الموقع الإلكتروني للمحكمة الإتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/news.4847/ (تاريخ الزيارة: ١١/ ١٠/ ٢٠٢٢. الساعة: ١١:١٢م).

(٣) ينضر د. عبد الرحيم صدقي، موسوعة صدقي في القانون الجنائي، ط١، مؤسسة الثقافة الجامعية، عمان، ١٩٩٨، ص٥٧؛ ود. منار عبد المحسن عبد الغني وآخرون، المواجهة الجنائية لجرائم الانترنت بين مبدأ المشروعية وقصور التشريع ودور القضاء في معالجته، مجلة الجامعة العراقية، ع٣٩، س٢، بغداد، ص٤٣٨.

بهـا ومصـداق ذلـك مـا نصـت عليـه بعـض القـوانين مـن طـرق وآليـات لسـد الـنقص الذي يعتريها[١].

والـنقص فـي القـانون[٢]، ظـاهرة قانونيـة نجـدها فـي كـل القـوانين؛ لأنَّ التشـريع عبـارة عـن عمـل بشـري يقـوم بـه المشـرع ولا يمكـن للمشـرع أن يصـل إلـى درجـة الكمـال، وذلـك راجـع إلـى عـدة عوامـل، أهمهـا؛ العلاقـات الاجتماعيـة المتطـورة باسـتمرار، والعامـل البشـري ومـا يتصـل بقـدرات الإنسـان المحـدودة، وخصـائص القاعدة القانونية ذاتها التي تتصف بالعمومية والتجريد[٣].

ونلاحـظ فـي هـذا الصـدد إن الـنقص فـي التشـريع يكـون علـى أشـده فـي القـانون الجنـائي وذلـك بسـبب وجـود مبـدأ المشـروعية (لا جريمـة ولا عقوبـة إلا بـنص)، ومـن ثـم تتجلـى مسـألة القصـور التشـريعي فـي نطـاق العمـل الجنـائي بشـكل واضـح وكبيـر جـداً؛ ولا سـيما فـي جـرائم المسـتحدثة والمعاصـرة والتـي أخـذت تفـرض نفسـها بـالقوة علـى الواقـع العملـي، هـذا وتتـدرج الجـرائم المسـتحدثة تحـت مـا أسـماه (جـارو فـالو) بـالجرائم المصـطنعة[٤]، وأطلـق عليهـا جانب آخر من الفقه بالجرائم القانونية الصرف وأدخل فيها المخالفات[٥].

---

(١) ينظـر علـى سـبيل المثـال: المـادة (١) مـن القـانون المـدني العراقـي رقـم (٤٠) السـنة ١٩٥١. والمادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

(٢) يختلـف القـانون عـن التشـريع فـي ان القـانون اشـمل مـن التشـريع، التشـريع جـزء مـن القـوانين التـي يحكـم بهـا القاضـي، اذ ان القـانون يشـمل مـا يحكـم بـه القاضـي مـن تشـريع او عـرف او قاعـدة او حكـم قضـائي سـابق، وعليـه فـان كـل تشـريع قـانون ولـيس كـل قـانون تشـريع، والقـانون يصـدر مـن عـرف او ديـن او احكـام قضـائية سـابقة علـى العكـس مـن التشـريع الـذي يصـدر عـن السـلطة التشـريعية، كمـا يجـب ان يكـون نـص التشـريع مكتوبـا فـاذا لـم يكـن مكتوبـا فهـو لـيس تشـريع، امـا القـانون قـد يكـون مكتـوب وقـد لا يكـون كـالأعراف والقواعـد العامـة، ينظـر: د. محمد حسين منصور، المدخل لدراسة القانون، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص٤٣.

(٣) جمـال دريسـي، ترسـيخ دعـائم الأمـن القـانوني، المجلـة الجزائريـة للعلـوم القانونيـة والسياسـية، مجلد٥٩،ع٢، الجزائر، ٢٠٢٢، ص١٤٩.

(٤) د. علـي راشـد، القـانون الجنـائي (المـدخل وأصـول النظريـة العامـة)، بـلا مطبعـة، بـلا دار نشر، ١٩٧٠، ص١٣.

(٥) المرجع نفسه، ص١٧.

إن القانون بوصفه مجموعة من قواعد السلوك العامة المجردة والمنظمة للعلاقات الاجتماعية بين الأشخاص والمقترنة بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها، فالغاية من التجريم هو توجيه سلوك الافراد للالتزام بالنظام العام بجميع عناصره؛ وبذلك نلاحظ ان القصور التشريعي قد يحصل بسبب ظهور أفعال تخل بالنظام العام والآداب العامة، لم تكن مجرمة من ذي قبل أما بسبب عدم وجودها، أو انها كانت افعال فردية ونادرة؛ بمعنى انها ليست شائعة ولم ترقى إلى ان تكون بمستوى ظاهرة ليتدخل المشرع ويعالجها(١).

ومن التطبيقات البارزة لذلك قصور التشريع العراقي عن معالجة ظاهرة التخنث؛ على اعتبار انها من الظواهر المستحدثة التي طرأت على المجتمع العراقي لأسباب عدة سنأتي على بيانها فيما بعد.

المطلب الثاني

أنـــــواع النـقـص الـتـشـريـعـي

يُعَـد التشريع من العلوم الحديثة التي تطورت على مراحل عدة حتى اصبحت علم له فنونه وآلياته، ويسمى بعلم الصياغة التشريعية، وظهرت نظريات عديدة بهذا الصدد وكلها تهدف إلى إعداد وإنتاج تشريع متكامل يعبر عن فكرة المشرع وفلسفته بصيغ وعبارات وجمل جزلة في اللفظ ودقيقة في المعنى، إلا ان هذا المسعى لم يكن موفقا على الدوام وإنما تظهر عيوب وهفوات في التشريع عند التطبيق ومنها النقص التشريعي الذي يكون بسبب سكوت النص عن معالجة حالة معينة، أو بسبب غموض النص أو تناقض احكامه(٢).

---

(١) د. ثروت أنيس الاسيوطي، مبادئ الحق، ج١، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٩٧، ص٩٤.

(٢) د. علي أحمد عباس، الصياغة التشريعية واثرها في تطبيق القانون، مجلة الدراسات القانونية، عدد ٢١، ٢٠٠٧، ص٧٨.

وبذلك فإنَّ النقص التشريعي ينقسم على نوعين سنتناولهما في فرعين، وكما يأتي:

الفرع الأول: النقص في التشريع.

الفرع الثاني: النقص في صياغة التشريع.

الفرع الأول

النقص في التشريع

يُقصّد بالنقص في التشريع أنَّ القاضي لا يجد أي صلة بين القاعدة القانونية والحالة المعروضة أمامه، وبعبارةٍ أخرى يتحقق النقص في التشريع عند فقدان النص القانوني، فلا يستطيع القاضي في هذهِ الحالة أن ينطلق في استدلاله من أي نقطة من النصوص؛ إذ لا تتعلق المسألة في هذهِ الحالة التي يتعذر فيها تطبيق القاعدة القانونية من غير تكملة لسد النقص فيها؛ بل الحاجة إلى وضع قاعدة قانونية كاملة يستحيل بدونها إصدار حكم بالدعوى[١].

ويتحقق هذا النوع من النقص التشريعي حتماً في حالة التغيرات السياسية الكبرى في حياة المجتمع وانتقاله من وضع سياسي معين إلى وضع سياسي مغاير تماماً، كالانتقال من نظام دكتاتوري أو بوليسي يحتقر الانسان ويهدر حقوقه الى نظام ديمقراطي يؤسس لدولة القانون ويحترم الإنسان وحقوقه وحرياته العامة في ظل دستور يضعه الشعب عبر ممثليه بإرادته الحرة[٢].

فالقانون تعبير حي ونموذجي عن حاجات المجتمع وتطلعاته فضلا

---

(١) د. عواطف عبد المجيد الطاهر ، المرجع نفسه، ص٦٧.

(٢) فارس حامد عبد الكريم، مقال بعنوان: لقصور التشريعي (بحث في فلسفة القانون الوضعي)، ٢٠٠٩، مرجع سابق؛ ود. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص١٢٠.

عن كونه تعبير عن السياسة العامة للدولة ومبادئها والقيم التي تتبناها، وعلى هذا النحو يؤرخ القانون لمسيرة العدالة والنظام والتناغم الاجتماعي في حياة أية امة من الأمم في مرحلة زمنية معينة، ويؤكد تاريخ القانون هذه الحقيقة، من ذلك إن مجموعة القوانين العراقية الرائدة التي ترجع جذورها الى الألف الثالث قبل الميلاد(١)، كانت شاهداً أمينا على روح العصور التي سادت فيها، حيث عبرت نصوصها تعبيراً صادقاً عن حياة العراقيين القدماء، وأعطتنا فكرة غاية في الوضوح عن القيم والأعراف الاجتماعية وروح العدالة التي سادت في تلك الحقبة الزمنية، بينما أعطتنا مجموعة قوانين اليونان والرومان القديمة، قبل ان تتطور لاحقاً تطوراً مذهلاً، فكرة واضحة عن مدى قسوة العلاقات الاجتماعية وتشبع تلك القوانين بروح الانتقام والظلم الاجتماعي الذي خيم على حياة اليونانيين والرومان القدماء رغم انها وضعت بعد فترات زمنية طويلة من وضع القوانين العراقية، ففي الوقت الذي نقش فيه الملك والمقنن العراقي الرائد حمورابي قوانينه على الحجر وأعلنها للكافة، كانت معرفة قوانين اليونان القديمة حكراً على رجال السلطة والكهنة، ولم يكن للعامة اية فكرة عن القانون الذي يحكمهم ليلتزموا به، ويتجنبوا المحذور والجزاء المترتب عليه، وقد رافق هذهِ القوانين نقصاً تشريعياً في بعض مفاصل الحياة الإجتماعية، مثل تلك المتعلقة بالحقوق والحريات(٢).

كما ويظهر النقص في التشريع بشكل واضح وكبير جداً في نطاق القانون الجنائي، وذلك لسببين؛ يرجع الأول لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ويتعلق

---

(١) نعني بها قانون اورنمو (٢١١١- ٢٠٠٣ ق. م) وقانون لبت عشتار (١٩٣٤- ١٩٢٤ ق. م) ووثيقة إصلاحات اوركاجينا (٢٣٥٥ ق. م) وقانون حمو رابي (١٦٩٤ ق. م).

(٢) فارس حامد عبد الكريم، مقال بعنوان: (مقدمة في ماهية القصور التشريعي)، ٢٠٠٩، شبكة النبأ المعلوماتية على الأنترنت: https://annabaa.org/nbanews/2009/03/076.htm (تاريخ الزيارة: ٢٠٢٢/١٠/١٩. الساعة ٦:٣٣م).

الثاني بالجرائم المستحدثة والمعاصرة، وقد أسس البعض على التفرقة بين الجرائم التقليدية والجرائم المستحدثة[١]، في تنظيم سياسة التجريم والعقاب تحت ما يسمى بالقانون الجنائي الإجتماعي، فقال أن الجرائم التقليدية وحدها يجب أن تختفي منها فكرة العقوبة بمعناها الجزائي سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية مما يقتضي إخفاء أفكار الظروف المخففة وعلاقة السببية؛ والعقاب على الشروع بعقوبة أقل من عقوبة الجريمة التامة، وبوجه عام تحرير القاضي من القيود التي تفرضها فكرة العدالة، وإعطاء حرية تفسير قانون العقوبات، هذا بخلاف الحال في الجرائم المستحدثة؛ فإن الأصل في العقاب فيها يكون من أجل التهديد والردع العام، مما يفسح المجال لنظرية الظروف المخففة والمشددة وعلاقة السببية، والتقيد بالتفسير الضيق لقانون العقوبات، وعدم جواز الإلتجاء إلى القياس، إذ تُعَد جرائم الشذوذ، بصورها الحالية، من الجرائم المستحدثة التي يغيب النص العقابي عن الإحاطة بجل صورها، لذلك يجب معالجة هذا النقص وفق أسس علمية وقانونية مدروسة تتماشى مع انتشار أنماط حديثة من جرائم الشذوذ، في سبيل معاقبة مرتكبيها، والحد منها[٢].

ومن البديهي إن القاضي لا يستطيع خلق قاعدة قانونية استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات؛ لأنَّ اختصاصه تطبيق القاعدة القانونية وليس وضعها، إذ

---

(١) بموجب الافعال التي يتم تجريمها كجرائم تقليدية يلاحظ الثبات في تجريم طائفة من الافعال المخلة بمصالح عامة او فردية، كل المجتمعات تعتبرها مصالح اجتماعية في كل الازمان لذلك فهي جديرة بحماية الجزاء الجنائي؛ لكونها اعتداء على القيم والاخلاق الاجتماعية الاساسية الثابتة، أما الجرائم المستحدثة يبدو التباين واضح في تجريم طائفة اخرى من الافعال، تبعا لاختلاف المجتمعات وتباين الازمان، اذا ما يجرم فعل في مجتمع خلال زمن معين قد يصبح مباحا بنفس المجمع لكن بزمن اخر وتسمى الجرائم المتباينة على هذا النحو " جرائم مستحدثة او قانونية صرف" يخلقها القانون ليضمن حماية الانظمة السياسية والاقتصادية في الدولة. ينظر: د. اكرم نشأت ابراهيم، السياسة الجنائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠١١، ص٤١-٤٢.

(٢) د. منار عبد المحسن عبد الغني وآخرون، المواجهة الجنائية لجرائم الانترنت بين مبدأ المشروعية وقصور التشريع ودور القضاء في معالجته، مرجع سابق، ص٤٣٨.

تختص السلطة التشريعية بسن القوانين دون غيرها، ولكن القاضي يستطيع الاستدلال للحكم في الوقائع المعروضة عليه عن طريق الاستنتاج، وذلك نظراً لعمومية القاعدة القانونية، فيقوم القاضي بتكييفها على الجرائم المستحدثة والتي لم تكن بحسبان المشرع عند وضع القانون(١).

نلخص من ذلك كله ان النقص التشريعي أمر لا مناص منه، مهما بلغة دقة المشرع وحرصه على كمال القانون وشموليته، فما من تشريع يخلو من النقص، ذلك ان الحياة متشعبة ومتباينة الجوانب، ومتجددة المظاهر، بينما التشريع موحد الصياغة أنموذجي القالب حبيس النصوص، لهذا وجدت صور النقص التشريعي التي تطرأ أما بسبب تغير ظروف الحياة وتطورها وتغيرها بحيث لا يستطيع النص التشريعي الإحاطة بجميع هذهِ التغيرات، فتصبح صياغة النص التشريعي لا تحيط بجميع جوانب المسألة التي تعالجها، أو ان يكون التشريع غير متكامل، ويترك مسائل معينة دون ان يعالجها.

الفرع الثاني

النقص في صياغة التشريع

ينشأ النقص في التشريع احياناً بسبب عدم صياغة النص أو الجملة بشكل جيد، مع الابقاء على التفاصيل التي يتضمنها، وفي حالات كثيرة يمكن للتنظيم الجيد لعناصر النص ازالة الكثير من غموضه، وتوضيح العلاقات بين اجزائه، ويتحقق النقص في صياغة التشريع متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة ولكنها غير عادلة، أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة(٢).

---

(١) د. عواطف عبد المجيد الطاهر مرجع سابق، ص٦٨.

(٢) د. عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص٧٣. و فارس حامد عبد الكريم، مقال بعنوان: القصور التشريعي (بحث في فلسفة القانون الوضعي)، ٢٠٠٩، مؤسسة النور للثقافة والإعلام على الأنترنت: http://www.alnoor.se/article.asp?id=42776 (تاريخ الزيارة: ١٨/ ١٠/ ٢٠٢٢. الساعة: ٧:١٤م).

وذلك عندما لا يتضمن القانون كل الاحكام التفصيلية التي تسهم في تسهيل تطبيقه مما يفقده حكمة تشريعه، وبالتالي حكمه في النفاذ، وهذا النقص يكون أما عن غفلة من المشرع او سهواً منه، إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي، سواء عن عمد أو إهمال، غير مكتمل أي تنظيماً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التشريع(١).

وتسمى هذه الظاهرة بالنقص التشريعي المزيف مقارنة بالنقص التشريعي الحقيقي (النقص في التشريع)، وتسمى أيضاً بالنقص التشريعي الإيديولوجي؛ لأنَّ تغيير الأيدولوجية يضطر القاضي إلى البحث عن حلول تتلاءم مع تطور المجتمع وحاجاته المتجددة، فهناك تطور قد حدث في الإيديولوجية (من اقتصاد حر واقتصاد اشتراكي)(٢).

ويسمى كذلك بالنقص الانتقادي لان القاضي ينتقد القانون القائم؛ لأنه غير ملائم، ويسمى ايضاً بقصور الغاية لان للقانون غاية معينة لا تنسجم القاعدة الموجودة معها لذلك يستحسن تجاهل تلك القاعدة وخلق قاعدة جديدة اخرى محلها(٣).

ويمكن حصر اسباب نقص النص بسبب صياغته في سببين رئيسيين هما: النقص بسبب اضطراب صياغة النص، والنقص بسبب صياغة النص، فقد تبدو التراكيب المستخدمة في الصياغة التشريعية غير مألوفة في سياق اللغة

---

(١) سالم روضان الموسوي، مقال بعنوان: (دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي) ٢٠١٣، الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى: https://www.hjc.iq/view.1871 (تاريخ الزيارة ١٧/ ١٠/ ٢٠٢٢).

(٢) فارس حامد عبد الكريم، مقال بعنوان: القصور التشريعي (بحث في فلسفة القانون الوضعي)، ٢٠٠٩، مرجع سابق، د. عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص٧٣.

(٣) د. عواطف عبد المجيد، مرجع سابق، ص٦٨.

العادية، فرغم أن الجملة التشريعية المكونة للنص العقابي او القاعدة الجنائية، ليست لها قواعد نحوية، أو تراكيب خاصة بها وحدها، إلا انه يشترط فيها أن تكون واضحة وبسيطة وموجزة، ومؤلفة من عبارات دالة على المعنى المقصود منها، بغية تحويل أغراض التشريع الى مجموعة متماسكة من القواعد المنسجمة والواضحة، والتي يسهل استخلاص الاحكام والقواعد القانونية منها، على الوجه الذي ينسجم مع اغراض التشريع وقصد المشرع(١).

ويجب ان يعبر المشرع عن مقاصده تعبيراً دقيقاً من ناحية الصياغة القانونية بما يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض والاضطراب في نصوص القانون، وهذا يؤدي بدوره إلى تلافي مشاكل تطبيق القانون وتفسيره(٢)، ولقد أثبتت التجربة ان اهم وأخطر مراحل التشريع، هي مرحلة الإعداد والصياغة، فكلما كان التشريع دقيقاً ومتقناً في صياغته، كلما اصبح تفسيره وتطبيقه بعد نفاذه ميسوراً ولا يثير من المشاكل إلا القليل، نظراً لإحاطته وشموليته للموضوعات التي تناولها بالتنظيم والتحديد(٣).

فيكون النص العقابي غير منظم في تركيبه، وبعيد عن المنطقية والمنهجية في صياغته، عند استخدم المشرع الجملة الخبرية، مخالفا بذلك قواعد المنطق التي تقضي بضرورة استخدام صيغة الجلة الانشائية الطلبية، أو استخدم الجملة الاسمية في بناء النص العقابي، في حين يشيع استخدام الجملة الفعلية، وكالجملة الفعلية في اللغة العربية العادية، تتكون الجملة التشريعية من فعل وفاعل، ويمكن أن تأخذ شكل جمل بسيطة أو مركبة أو معقدة(٤).

---

(١) د. محمود محمد علي صبره، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، ط١، مطبعة محمود، بلا مكان نشر، ٢٠١٩، ص ١٧٥.

(٢) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٩٧.

(٣) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات اعداد التشريع وصياغته، مجلة التشريع والقضاء، العدد ١، السنة ٥، ٢٠١٣، ص ٨٥.

(٤) د. محمود محمد علي صبره، مرجع السابق، ص١٧٥.

هذا وأن طريقة التعبير والأسلوب التشريعي اللذين يتبعهما صائغ النصوص التشريعية تمليها عليه في العادة تقاليد الصياغة التي تعكس اللغة المحلية، وقواعد النحو والصرف اللغوية، ولغة النص مهمة في كونها الأداة التي يتم بواسطتها نقل مراد المشرع إلى من قصد مخاطبتهم بأوامره ونواهيه التي يتضمنها النص، فينبغي لتحقيق ذلك ان يستعمل من الكلمات ما يدخل ضمن مفردات لغة المجتمعات الذي سوف يطبق به، وينسجم معه ويتجنب اساليب التعبير القانونية الفنية البحتة والقديمة، ويركن الى استخدام المصطلحات المناسبة والشائعة، للتعبير عن المفاهيم القانونية، متجنبا الاتيان بمفردات دخيله عليه؛ لأنَّ وجودها في النص يؤدي إلى حدوث غموض، يوجب البيان ممن صدر منه النص، في بعض الحالات التي يكون فيها النص مجملاً او مشكلاً(١).

فضلاً عن ذلك ينبغي على الصائغ ان يتجنب التزييد في الصياغة التشريعية، ويتحقق التزييد في حالة ايراد لفظ أو عبارة في النص التشريعي لا تدعو إليه الحاجة، ويعرف ذلك من خلال جلاء المعنى الذي اراده المشرع من النص، حتى في حالة رفع اللفظ أو العبارة الزائدة، كما يتحقق التزييد في الصياغة التشريعية في الحالات التي يظهر فيها ضعف الصلة بين الحكم الوارد صياغته في النص من جهة وباقي المواضيع التي ينظمها القانون من جهة اخرى، بحيث يتم ايراد نصوص ومفردات بالرغم من عدم ضرورتها، أو عدم اتساقها مع مضمون القانون، فترد في غير موضعها الملائم، لذلك فقد يطلق على التزييد احيانا اسم اخر هو الحشو او لتحشية الذي يؤدي إلى اضراراً كبيرة في احيان كثيرة، خاصة عندما تكون بعض هذه الالفاظ فاقدة للتحديد القانوني الدقيق مما يصطدم بمبدأ الشرعية(٢).

---

(١) د. خالد وزاني، مرجع سابق، ص٦٣٨.

(٢) د. هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون الليبي، ط١، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠١٥، ص٢٣.

وفي هذا النوع من النقص التشريعي يلاحظ وجود النص التشريعي؛ ولكن القاضي لا يطيق النص، وهدفه من ذلك خلق قاعدة قانونية جديدة بسبب تغير الظروف، وبسبب تغير فلسفة الحكم مما يجعله يطبق قاعدة أكثر عدالة من النص التشريعي، ويرى القاضي أن القاعدة القانونية التي تتطبق على النزاع المعروض أمامه هي قاعدة غير عادلة؛ لأنَّها لا تنسجم مع الأوضاع الجديدة في المجتمع، وكذلك لا تنسجم مع المذهب السياسي الجديد، لذا يتجاهل القاضي وجود تلك القاعدة ولا يطيقها على الواقعة التي ينظر فيها، ويحكم على الواقعة بقاعدة جديدة، وهنا يظهر أن القاضي حين يكتشف النقص في القانون فإنه يصل إلى الحل الأمثل[١].

ومن الأمثلة على النقص في الصياغة: قصور المواد المتعلقة بالعنف ضد المرأة في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ لأنها لا تشتمل على جميع أنواع العنف ضد المرأة، بل ان هنالك مواد وفقرات في القانون تسوغ وتشرع العنف ضد الأسرة بشكل عام وضد النساء على وجه، وهذا ما أكده قرار المحكمة الاتحادية لسنة ٢٠١٩ حين ردت دعوى طالبت بإلغاء المادة (٤١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، حيث أدعى المدعي أن الفقرة المطعون بعدم دستوريتها تنطوي على مفهوم الإباحة لاستعمال العنف الأسرى من الزوج لزوجته ومسوغاً لضربها تحت عنوان التأديب مما يخالف المواد (١٤،٢٩،٣٠) من الدستور وعلى هذا الأساس وجدت المحكمة أن عملية التأديب المقصودة هنا لا تعني بأي شكل من الأشكال مفهوم (العنف الأسري) وإنما هي عملية إصلاح وتقويم بما يقرره القانون والشرع والعرف، فإذا ما تجاوزت هذه الحدود فإنها تنطوي على فعل تجرمه القوانين العقابية ومنها قانون العقوبات فضلاً عن ذلك ان الدستور يهدف إلى حماية الأسرة ووضعها على الطريق القويم[٢].

---

(١) د. أكرم نشأت ابراهيم، مرجع سابق، ص٥٣.

(٢) د. سعيد علي القططي، الاتجاهات الحديثة في التجريم والعقاب، مركز دراسات العربية للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٥٤.

وفي ضوء ذلك فقد عَدَّ القضاء العراقي في الكثير من القضايا الجزائية تخلف أي شرط من شروط الشريعة الاسلامية في حق تأديب الازواج والاباء لزوجاتهم وآبنائهم القصر انتهاكاً وتجاوزاً لحدود الاباحة، معاقباً مرتكبه بالعقاب المناسب تبعاً لظروف كل قضية، وذلك بالرغم من ان قانون العقوبات العراقي منح في المادة (٤١/ ١) للأزواج والآباء الحق في تأديب الزوجة والأبناء.

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية بأنَّه: "يحق للزوج تأديب زوجته بالضرب الخفيف عند اثباتها المعصية بشأنها حداً مقرراً طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية، الا انه لا يحق له أن يضربها ضربا مبرحا يترك اثراً ولو كان ذلك بحق اثباتها المعصية، وفقاً لولايته التأديبية عليها ولما كان مصدر الحق الذي اشارت اليه المادة (١/٤١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ هو الشريعة الإسلامية، فلا بد من الالتزام بالشروط التي وضعتها"[١].

إذ يتضح لنا بأنَّ القضاء العراقي تنبه إلى أن حق التأديب ربما يستغل لارتكاب جرائم معينة قد تكون الضحية فيه الزوجة او الابناء القاصرين ويستغل الفاعل النصوص القانونية التي تبيح حق التأديب، لكن القضاء وضع حدا لذلك من خلال الأحكام التي أصدرها وعالج فيها القصور الواضح في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة١٩٦٩[٢].

إن النقص في صياغة التشريع ينتج عن التحقيق الموضوعي في القواعد القانونية الموجودة، ويضطر القاضي بسببها إلى خلق قاعدة يسد بها هذا النقص التشريعي المزيف، ويتخذ النقص المزيف صوراً مختلفة تتحد جميعها في استبعاد القاعدة القانونية الموجودة وعدم تطبيقها على الواقعة المعروضة، والسؤال هو كيف يتم هذا القصور؟

---

(١) قرار الحكم الصادر من محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية و المرقم ٣١٢/ جزائي/ ٢٠١٩، بتأريخ ١٤/ ١٠/ ٢٠١٩ غير منشور.

(٢) د. سعيد علي القططي، مرجع سابق، ص٨٧.

والجـــواب هـــو أن القاضـــي يتصـــرف وفـــق خيـــارات محـــددة، فإمـــا ان يعتبـــر القاعـــدة القانونيـــة التـــي أصـــابها الـــنقص فـــي الصـــياغة غيـــر موجـــودة لكـــي يســـتعيد حريتـــه يخلـــق قاعـــدة قانونيـــة جديـــدة، أو أن يســـكت عـــن القاعـــدة الموجـــودة ويطبـــق قاعـــدة أخـــرى علـــى الواقعـــة المعروضـــة أمامـــه، كمـــا قـــد يســـتبعد القاضـــي صـــراحة القاعـــدة الموجـــودة بحجـــة ينشـــأها لهـــذا الغـــرض أو يضـــع شـــرطًا يعيقـــه عـــن تطبيـــق القاعدة الموجودة[١].

(١) د. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، مرجع سابق، ص٦٨.

المبحث الثاني

مفهوم ظاهرة التخنث

إن لكلٍ من الذكر والأنثى خصائص وصفات تميزه عن غيره، ومن شأن تلك الصفات والخصائص تحقيق التكامل بينهما، فكان تكوين الرجل بما أمده الله تعالى به من القوة البدنية مناسباً مع سعيه للعمل وطلبه للرزق، وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة فكان تكوينها مناسبا لما ستُناط به من حمل وولادةٍ، ورعاية، ولكن في الآونة الأخيرة أصبح هناك إقبال من بعض الناس على إحداث تغييرات في خلقتهم وهيئتهم، ومنه تشبه أحد الجنسين بالآخر، أو التخنث، فهذه الظاهرة بدأت تستشري في المجتمع(١).

أن هذه الظاهرة بقدر ما أنها ذات أبعاد مرتبطة بالاختلالات الهرمونية والجينية، فإنها أيضاً، ذات أبعاد نفسية اجتماعية، ومن هنا يمكن لنا ان نطرح سؤال رئيسي عن ماهية التخنث عند الرجال، وما هي ذاتيته التي يتميز بها عن غيره من الحالات المشابه له(٢).

وللإجابة عن هذهِ التساؤلات، وتوضيحها، سنتناول هذا المبحث في مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للتخنث في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني: ذاتية التخنث وتمييزه عن مايشتبه به.

---

(١) د. علي كمال، الجنس والنفس في الحياة الانسانية، ط٣، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٩٤، ص٣٢.

(٢) د. سنيوت حليم دوس، الهرمونات بين الطب والقانون، منشأة المعارف، مصر، ١٩٨٤، ص٧٢.

المطلب الأول

المعنى اللغوي والإصطلاحي للتخنث في الشريعة والقانون

تُعَد ظاهرة التخنث في المجتمع نتيجةً حتمية للإنحراف الأخلاقي والديني داخل المجتمع، فإذا كان المجتمع خالياً من كل مفاهيم التربية الصحيحة فعندها ستكون الانحرافات الأخلاقية هي السائدة والغالبة في المجتمع.

ومن أجل الإحاطة بهذهِ الظاهرة، سنعمد إلى تعريفها وبيان مفهومها، لإزالة كل اللبس والغموض عنها، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

معنى التخنث في الشريعة الإسلامية

إن الدخول في مضمون التخنث وأبعاده يحتاج أولاً إلى بيان مفهومه في اللغة، فالتخنث لغةً: على وزن فعلى وهو من الخنث، بمعنى اللين والتكسر وجمعه خنث وخناثى، وهو مأخوذ من قولهم تخنث الطعام اذا اشتبه أمره، والخنثى الشخص الذي له فرج النساء وفرج الرجال[١].

فالخنوثة في اللغة من خنث خنثاً؛ أي كان فيه لين وتكسّر وتثن، فكان على صورة الرجال وأحوال النساء، خنثى: خناثى وخناث: شخص فيه صفات الجنسين، أي له عضو الرجال والنساء معا، وخنثوي له سمة الجنسين[٢].

---

(١) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٧، ص٧٠.

(٢) المنجد في اللغة العربية المعاصرة، باب (خمم-خنث)، دار المشرق، بيروت-لبنان، بلا سنة نشر، ص٤٢٧.

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة الأسلامية، فقد استعمل فقهاء الشريعة الاسلامية لفظ الخنثى للدلالة على هذا المصطلح(١).

عرف فقهاء الحنفية التخنث بأنه: "كل حالة يكون فيها الشخص له آلة الذكر والأنثى ولا يجتمع الوصفان في شخص واحد؛ لأنه بينهما مغايره، أذا أن الشخص أما أن يكون انثى او ذكر"(٢).

وعرف فقهاء الشافعية التخنث بقولهم: "من يكون له آلتا الذكر والأنثى، وقد يكون له كثقبة الطائر واذا كان الخنثى مشكلا فأنه يستحيل أن يكون زوجا أو زوجة أو أبا أو جدا أو أما"(٣).

في حين عرفه فقهاء المالكية على أنه: "من يكون له ذكر رجل وفرج امرأة وقد لا يكون له اي منهما، انما يكون له ثقب يبول منه، فإن كان مشكلا فلا يمكن أن يكون، زوج، أو زوجه أو جد أو جده، أو أم أو أب"(٤).

وذهب فقهاء الحنابلة إلى ان المقصود بالتخنث هو: "كل من كان له شكل ذكر الرجل وشكل فرج المرأة أو من لا يكون فرج، وأنما يكون له ثقب يخرج من البول"(٥).

وعرف فقهاء الأمامية التخنث بأنه: "من له فرج الذكر والأنثى، ولا يمكن

---

(١) د. حاتم احمد عباس، تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الاسلامية منه، بحث منشور في مجلة جامعة ديالى، العدد٥٢، العراق، ٢٠١١، ص١٧.

(٢) ذكر ذلك الفقيه الحنفي محمد بن احمد السرخسي، المبسوط ج ٣٠، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر، ص٩١.

(٣) ذكر ذلك الفقيه الشافعي شهاب الدين أحمد بن محمد الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاجة، مطبعة مصطفى محمد، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٤٦٢.

(٤) ذكر ذلك الفقيه المالكي محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ط١، ج٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص٦١.

(٥) ذكر ذلك الفقيه الحنبلي إبراهيم بن محمد بن ملح، الفروع، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٥، ص٣١٢.

أن يكون ذكر وأنثى في وقت واحد لأن الله تعالى قد قسم الانسان – بل حتى الحيوان – الى ذكر وانثى[١]، ويدل على هذا القول قوله تعالى: ﴿**إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى**﴾"[٢].

ونستنتج من التعريفات السابقة أن فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية ذهبوا الى القول بجواز أن يكون الشخص ذكرا وأنثي في وقت واحد؛ لعظيم قدره الله تعالى وانه – عز وجل – قادر على كل شيء[٣]، أما فقهاء الحنفية والامامية فقد ذهبوا إلى القول بأن الشخص لا يمكن أن يكون ذكر وأنثى في وقت واحد؛ لأن القول بذلك يؤدي الى مخالفة آيات صريحة في القرآن الكريم كقوله تعالى: {يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور}[٤]، وهذا يعني أن الله تعالى قد نفي وجود جنس ثالث غير الذكور والاناث[٥].

وقد أستقر الفقه الإسلامي على أن التخنث نوعان: التخنث الذي لا أشكال فيه والتخنث المشكل، فالتخنث الذي لا اشكال فيه (غير المشكل) هو الذي يترجح فيه جانب الذكورة على جانب الانوثة او جانب الانوثة على جانب الذكورة. الاول: كأن يبول من الموضع الذي يبول منه الرجال أو تنبت له لحية أو يصل النساء ونحوه، اما الثاني: الذي يترجح فيه الجانب الانثوي على الجانب الذكوري كأن يبول من الموضع الذي يبول منه النساء أو يظهر له ثدي أو يحيض أو يحمل ونحوه وهاتان الحالتان تسميان بالخنثى غير المشكل[٦].

أما التخنث الذي فيه اشكال (المشكل)، فهو الذي لا يعرف أذكر هو أم

---

(١) ذكر ذلك الفقيه الجعفري محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ط٧، ج٣٩، دار احياء التراث العربي، بيروت –لبنان، ١٩٨١، ص٢٧٧–٢٧٨.

(٢) [سورة الحجرات: الآية ١٣].

(٣) د. حاتم أحمد عباس، مرجع سابق، ص١٧.

(٤) [سورة الشورى: أية ٤٩١].

(٥) عبد الحميد حسن صباح، مرجع سابق، ص١١.

(٦) هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية العوامل والاثار، بحث منشور في مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، عدد٦، ٢٠١٧، الجزائر، ص١٧٦.

انثى وتظهر فيه علامات الذكورة والانوثة لكنها متعارضة كأن يبول مما يبول منه الرجال والاناث معاً او تظهر له لحية وثديان في آن معاً [١]. مما يعني ان الفقهاء يقسمون الخنثى الى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه العلامات الذكورية او الانثوية ويعلم انه رجل او امرأة فهو ليس بمشكل ويصفونه بانه رجل خلقة زائدة او امرأة فيها خلقة زائدة، وحكمه حكم ما ظهرت علاماته فيه ويعد بمباله[٢].

وقد اجمع الفقهاء على ان جنس المخنث يُحدد من حيث يبول فان بال من حيث يبول الرجل فرجل وان بال من حيث تبول المرأة فمرأة. وأوردوا عن التخنث المشكل مثاليين الاول: شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين يتغوط منه ويبول، وكان يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه أمراه. والثاني: ليس له مخرجا اصلا لا قبل ولا دبر وانما يتقيأ ما يأكله وما يشربه فهو اشبه بمعنى الخنثى وهو لا يمكن عده في مباله فأن لم يكن له علامة اخرى فهو خنثى مشكل[٣].

وذلك من الحالات النادرة جدا لذلك فان الفقهاء يشيرون اليها في معرض حديثهم عن التخنث المشكل هذا ولأغراض تحديد مآله انثى هو أم ذكر فقد حدد الفقهاء علامات تبين الذكورة او الانوثة لديه قبل البلوغ وأخرى بعده، فقبل البلوغ يعرف بالمبال فان بال من العضو المخصوص بالذكر فهو ذكر وان بال من العضو المخصوص بالأنثى فهو انثى وان بال منهما كان الحكم للأسبق. اما العلامات ما

---

(١) بدران ابو العينين بدران، الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار المعارف، مصر، ١٩٧١، ص٣٠١- ٣٠٦.

(٢) فهد سعد الرشيدي، اثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية التحول الجنسي وبيان ما اخذ به القضاء الكويتي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الازهر، العدد٢٣، الجزء الثاني، ٢٠٠٨، ص١٩٤.

(٣) ابي محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٦، مكتبة الرياض الحديثة، من مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد، السعودية ١٩٨١، ص٢٥٣، ٢٥٨.

بعد البلوغ، فان نبت له لحية او اتى النساء او احتلم فهو ذكر وان ظهر له ثدي كثدي المرأة او در له لبن او حاض او حبل فهو انثى وفي كلتا الحالتين يقال له خنثى غير مشكل(١).

وقد أختلف الفقهاء في تحديد المخنث في هذه الحالة الى ثلاثة أقوال وكالاتي:

القول الأول- ذهب فقهاء الحنفية(٢)، والشافعية في قول(٣). الى أن المخنث أذا بال من آلتي الرجال الرجال والنساء وأستويا في السبق، فلا عبرة لكثرة البول ويبقى المخنث مشكلاً، واستندوا في ذلك الى ماروي عن ابن عباس (رضي الله عنه) عن رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) ان رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) سئل عن مولود ولد، وله ذكر الرجال وفرج النساء من اين يورث، فقال رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم): "يورث من حيث يبول"(٤)، وهذا يعني أن المعتبر هو خروج البول، وليس كثرته، كذلك فأن كثره الخروج لا يدل بكل حال من الأحوال على القوة، وأنما قد يكون نتيجة ضيق في فتحة أحد المخرجين، وعرض في فتحة المخرج الآخر.

القول الثاني- ذهب فقهاء المالكية(٥) والحنابلة(٦). الى أن العبرة في تحديد جنس

---

(١) د. احمد علي الخطيب، موجز احكام الميراث، ط٢، مطبعة المعارف، ١٩٦٨، ص٢٤٤ وما بعدها.

(٢) ذكر ذلك الفقيه الحنفي علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٧، ط١، مطبعة السنة المحمدية، بلا مكان نشر، ١٩٥٦، ص٣٤١.

(٣) ذكر ذلك الفقيه الشافعي علي بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٩٩٤، ص١٦٨.

(٤) خرج هذا الحديث محمد بن ادريس الشافعي، الام، كتاب مختصر المزني، ج٨، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٣، ص١٧٨.

(٥) ذكر ذلك الفقيه المالكي أحمد بن محمد الصاوي الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، ج٤، دار المعارف، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٧٢٦؛ ومحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، دار احياء الكتب العربية، بلا مكان نشر، ص٤٩٥.

(٦) ذكر ذلك الفقيه الحنبلي ابي محمد عبد الله بن احمد المقدسي، ج٩، ص١٠٩.

المخنث هو الى كثرة البول، فأن بال بكثرة من آلة الرجال فهو ذكر، وأن بال بكثرة من آلة النساء فهو أنثى. على أساس أن البول بكثرة من أحد العضوين دليل على قوة هذا العضو، وهذا يعني انه هو العضو الأصلي[١]، كذلك فإن الأكثر حكم الكل في الشريعة الاسلامية، ومن ثم يترجح القول بالكثرة[٢].

القول الثالث- ذهب فقهاء الجعفرية[٣] والشافعية في قول[٤]، الى أن العبرة في تحديد جنس المخنث، في حالة خروج البول من التا الرجال والنساء من دون أن يعرف السابق منهما الى أي منهما أنقطع أخيراً، واستندوا في ذلك الى ما روي عن أبي عبد الله عن أبيه (ع) عن الإمام علي (ع)، في المولود الذي يولد وله ألتا الرجال والنساء، ويبول منهما معاً، قال: "من أيهما أسبق قيل: فإن خرج منهما معاً. قال: فمن أيهما أستدر، قيل: فإن استدر منهما معاً، قال فمن أبعدهما"[٥].

وذهب بعض فقهاء المذهب الجعفري المعاصرين ومنهم السيد السيستاني إلى ان تحديد جنس الخنثى يتم بمعونة الطرق العلميّة الحديثة، وفي حال عدم تحديد جنس الخنثى بهذه الطرق رجع إلى الأمارات المنصوصة، ومنها: البول من أحدهما بعينه، فإن كان يبول من فرج الذكر فهو ذكر، وإن كان يبول من فرج الأُنثى فهو أُنثى، وإن كان يبول من كليهما كان المدار على ما سبق البول منه، فإن تقارنا قيل: إنّ المدار على ما

---

(١) منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٤، مؤسسة الرسالة، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٦٢٣.

(٢) صالح بن فوزان بن عبد الله، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط٣، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٦، ص٢٠٨.

(٣) بدران ابو العينين بدران – الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار المعارف، مصر، ١٩٧١، ص٣٠٦.

(٤) محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٥١.

(٥) محمد بن الحسن العاملي، وسائل الشيعة، ط٢، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، ايران- قم، ١٤١٤هـ، ص٢٨٤.

ينقطع عنه البول أخيراً، ولا يخلو عن إشكال فلا يترك الاحتياط بالتراضي مع سائر الورثة[١].

ونحن نؤيد رأي المذهب الجعفري فيما ذهب اليه و عليه يمكن ان يفهم من ذلك انه يمكن تمييز الخنثى قبل البلوغ من مخرج البول، أما بعد البلوغ فيمكن تمييزه بظهور علامات البلوغ، والتي تختلف من الذكر الى الأنثى، كخروج المني، والحيض وظهور اللحية، ونهود الثديين وأختلاف عدد الاضلاع، وبصوره عامة يعد الخنثى مشكلاً اذا لم تظهر فيه علامات الانوثة ولا الذكورة[٢].

الفرع الثاني

التعريف القانوني للتخنث

يُعرَّف التخنث أو ثنائية الجنس (Intersexuality)، أو ما يسمى باضطراب الهوية الجنسية، في الاصطلاح القانوني على انه حالة وجود الأعضاء التناسلية الذكرية والأنثوية معا، والصفات الخاصة بكلا الجنسين في شخص واحد، بمعنى حالة الشخص الذي ولد بجنس وسط، أي بين ما يعد معيارا للذكورة والأنوثة[٣].

فالخنثى شخص شاذ التكوين، إذ لا يعرف ما إذا كان ذكرا أم أنثى؛ وبالمحصلة، يبقى أمر تحديد جنسه متردداً بين الذكورة والأنوثة، وقد يستمر هذا التردد طيلة فترة حياته[٤].

---

(١) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، كتاب الميراث، ط١، بلا دار نشر، ١٤٤٣هـ، ص٣٢٢.

(٢) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٨ ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥، ص٤٢٦.

(٣) رحمة الشبل، ظاهرة التخنث عند الرجال وأسبابها، مجلة المداد، جامعة ٢٠ اوت ١٩٥٥، العدد ١٢، الجزائر، ٢٠٢١، ص٤٠.

(٤) اسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والاجهاض من الواجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٥٩.

والتخنث نوعان، الأول يسمى الخنوثة الحقيقية (TRUE HERMAPHRODITE)، ويعني أن يكون للشخص جهازا تناسليا ذكريا كاملا وجهازا أنثويا كاملا، وهذه الحالة نادرة الوقوع على أرض الواقع، إذ تحتاج إلى تداخل طبي جراحي تحديد جنس الانسان، من خلال الإبقاء على جهاز تناسلي واحد، وسواء كان ذكرية أم انثوية وحسب رغبة الشخص، أما لنوع الثاني فهو التخنث العادي أو الكاذب (PSEUDO HERMAPHRODIT)، وهو النوع الأكثر شيوعاً من التخنث، ويتحقق عندما يولد الصغير وتبدو أعضاؤه التناسلية الخارجية شبيهة بالأعضاء التناسلية للجنس الآخر، فيسمى بأسم أنثى إذا كان ذكرا، ويلبس ملابس الاناث، ويتم التعامل معه على أنه أنثى، ويستمر هذا الوضع حتى بلوغه، إذ تظهر عليه علامات الرجولة، كخشونة الصوت وظهور الشعر على مختلف انحاء جسمه وما شاكل ذلك؛ وهذا النوع من الخنوثة لا يحتاج إلى تداخل علاجي بقدر أن يتم تصحيح وضع هذا الشاب من خلال تغيير اسمه وجنسه في بطاقة الأحوال المدنية(١).

وفيما لم يشير القانون العراقي إلى مفهوم التخنث، فقد تم التطرق إليه في المادة ٤٦ من قانون الاحوال الشخصية المصري والتي نصت على ان: "الخنثى هو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى"(٢).

ومن المفيد ان نشير هنا إلى مفهوم التخنث عند الأطباء فهو حالة خلقية شاذة، اذ يكون له أعضاء الذكورة والأنوثة مجتمعة في الوقت نفسه(٣)، ويعتمد الطبيب في تحديد نوعية الخنثى على الفحص الفسيولوجي للغده التناسلية، ولا عبرة له

(١) محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، ط٨، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة- السعودية، ١٩٩١، ص٤٩٢.

(٢) قرار الحكم الصادر من محكمة الاحوال الشخصية المصري المرقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ / قسم المواريث، أشار اليه مصطفى كامل منيب، مجموعة القوانين المصرية، قوانين الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة الفكرة الاسماعيلية، ١٩٥١، ص٢٢. وينظر: ميثم فالح حسين، القصور التشريعي في قانون العقوبات العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠١٨، ص٣٢٣ وما بعدها.

(٣) احمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠، ص٢٣٨.

بالأعضاء الظاهرة فاذا كان الفحص الفسيولوجي للغدة يشير إلى أنها خصية، والأعضاء التناسلية الخارجية أنثوية، فهو خنثى ذكر كاذب أما اذا كان الفحص الفسيولوجي للغدة يشير الى انها مبيض، والاعضاء التناسلية الخارجية ذكورية، فهو خنثى كاذب، أما التخنث الحقيقي فهو الذي تجتمع فيه الأعضاء التناسلية الذكورية والانثوية.

ومن العرض المتقدم ترى الباحثة انه يمكن تعريف التخنث بأنه كل حالة يكون فيها الشخص شاذ عن الفطرة السليمة والتكوين الطبيعي الذي خلق الله الإنسان عليه، من جانب الأعضاء التناسلية، أذ قد يكون له ذكر الرجال وفرج الاناث في وقت واحد وقد لا يكون له أحدهما.

نستخلص مما تقدم، أن التخنث هو شذوذ خلقي، أثر ازدواج في الأعضاء التناسلية الذكرية مع الأنثوية، على عكس المثلية الجنسية التي تتمثل بميل جنسي للجنس المماثل مع الاحتفاظ بوحدة الأعضاء التناسلية، وخلوها من الشذوذ الخلقي سواء الذكرية أم الأنثوية، وبالنتيجة فإن الخنوثة هي شذوذ خلقي(١).

كما يتضح بأن التخنث الذي يمكن تجريمه هو التخنث الذي يجعل الرجل شاذاً ومتشبهاً بالنساء دون وجود دواعي مرضية لتصرفاته، اما المخنث بطبيعته والذي تجتمع فيه اعضاء تناسلية ذكرية وانثوية، فيميل إلى التأنيث أكثر من الذكورة وتظهر عليه صفات الانوثة بالرغم من ان الناس قد تعامله كرجله، فالحالة الثانية هي حالة مرضية تخص مرضى اضطراب الهوية الجنسية والتي يصطلح عليها بمصطلح (Transexualism) والمقصود بها انها: "حب الانتماء للجنس الاخر والمحاولة بتغيير جنسه للجنس الاخر ولو جراحيا(٢) .

---

(١) فهد سعد الرشيدي، مرجع سابق، ص١٩٦.

(٢) حسين سليم، الموسوعة الجنسية، دار اسامة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، ٢٠٠٢، ص٢٢٥.

وبذلك فان المخنث بطبيعته، والذي يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية، لا يمكن ان يعاقب أو يعامل كمجرم؛ لأنه يعاني من حالة مرضية معترف بها ويتمثل كما اسلفنا برغبة قوية للشخص للتحول الى الجنس الاخر، اما التخنث الذي يمكن تجريمه فهو الذي لا يعدّ مرضا وانما هو رغبة في التشبه بالجنس الاخر وتكون مجردة من اية دواع طبية.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة الأحوال الشخصية في كركوك على المدعى عليه بالتفريق للضرر الذي اصاب الزوجة لان ما اسندته المدعية (زوجة المدعى عليه) من صور لزوجها يبدو فيها متبرجاً كالنساء يتعارض مع ما اوجبه الشرع والقانون من مواصفات الزوج وبالتالي يشكل ضرراً جسيماً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية(١).

المطلب الثاني

ذاتية التخنث وتمييزه عن مايشتبه به

للتخنث ذاتيته الخاصة التي تُميزه عن غيره من المصطلحات والظواهر المشابه له، مثل الشذوذ الجنسي، والتحول الجنسي، والمثلية الجنسية، فعلى الرغم من التشابه الكبير بين هذهِ الظواهر الثلاث؛ على اعتبار انها جميعاً تشترك في كونها شذوذاً عن الخلقة السليمة للإنسان، لكن ثمة فوارق دقيقة تجعل كل ظاهرة منها تختلف وتتميز عن الأخرى بخصائص محددة لا يمكن ان تنطبق على غيرها(٢).

وسنتناول هذهِ الفوارق من خلال الفروع التالية:

---

(١) حكم محكمة الاحوال الشخصية في كركوك العراق، بتاريخ ٢٠١٧/٥/٢٥، والمصدق تمييزاً بموجب قرار محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٢٤، غير منشور.

(٢) أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والأباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٧٤.

الفرع الأول

تمييز التخنث عن الشذوذ الجنسي والمثلية الجنسية

إن التخنث باعتباره من السلوكيات الشاذة عن الفطرة الجنسية السليمة للبشر، لإستناده إلى تصرفات لا تشابه ما خُلق الانسان عليه، يقوم الذكر بموجبها بالتشبه بالنساء من حيث التصرفات أو اللبس أو الشكل والمظهر أو حتى التغيير في اعضاءه، لذلك يتشابه التخنث كثيراً مع صور الشذوذ عن الفطرة الجنسية الطبيعية للإنسان، مما يتطلب منا تمييزه عن هذهِ الصور من خلال تمييز التخنث عن الشذوذ الجنسي أولاً، ثم التطرق لمواطن الشبه والاختلاف بينه وبين المثلة وكما يأتي:

اولآ- تمييز التخنث عن الشذوذ الجنسي:

أبتداءً لا بد من بيان تعريف الشذوذ الجنسي ومن خلال التعريف ستتجلى لنا نقاط الشبه والاختلاف بينه وبين التخنث، إذ يُقصَد بالشذوذ الجنسي (Sexual Pererssions) تنبه الغريزة الجنسية واطفاء الشهوة بصورة غير طبيعية، ويسميه البعض ضلال الشهوة او انحرافها، إذ إن القوى الجنسية تتنبه بغير المنبه الطبيعي أي بغير الجماع بين الرجل المرأة[١].

ويصطلح عليه ايضآ بـ(إشتهاء الجنس الأخر) ويكون الشخص ذا شذوذ جنسي وله كذلك ولع جنسي باشخاص من نفس جنسه، فهو انجذاب جنسي نحو شخص من ذات الجنس خارج السلوك الطبيعي او السوي وغالبا ما يرتكب هذا الفعل من الذكور الشاذين فيسمى الفعل باللواط[٢].

---

(١) د. وصفي محمد علي، المرجع السابق، ص٣١٥.

(٢) د. محمد يوسف النجار، وجارلس أي اوهارا وغريغوري ال اوهارا، اسس التحقيق الجنائي القسم الخاص: التحقيق بجرائم معينة، ج٢، ترجمة نشأت بهجت البكري، مطبعة التعليم العالي، ١٩٨٩، ص٢٩٣.

ويمكن ان نعرفه بصورته التقليدية، كونه جريمة ضد الطبيعة، فيتضمن الجماع الجنسي للمخلوقات البشرية بطريقة غير الطريقة الطبيعية وانه يقع بين ذكرين او انه يقع بين ذكر وانثى وهناك طرق اخرى له تقع مع الحيوانات او البهائم، لكن لسنا بصدد مناقشة ذلك إذ تكفي الاشارة إليه لأنه من قبيل انواع الشذوذ الجنسي(١).

أما اذا ارتكب الفعل الأناث الشاذات فأنه يسمى بـ السحاق، وهي من المصطلحات المستعملة في لغتنا العربية وتدل على ممارسة الاناث للعلائق الجنسية مع مثلهن أي انها الجنسية المثلية الاناثية Female Homosexuality ومصطلح الجنسية المثلية Homosexuality يشير الى العلاقة الجنسية بين شخصين من جنس واحد(٢).

وهي ببساطة سميت بالمثلية تعريفا لها وتمييزا من العلاقة الطبيعية بين جنسين مختلفين، فانها تعد انحرافآ او شذوذآ عن العلائق الطبيعية فاذا أردنا التمييز بين العلائق الطبيعية وغير الطبيعية فمن الافضل تتبع التعريف التقليدي للجنس الطبيعي حرفيا والذي يشترط في الجنس الطبيعي وجود دافع جنسي طبيعي، له هدف طبيعي يتم اشباعه بطريقة طبيعية. والهدف الطبيعي هو الحصول على اللذة الجنسية عن طريق الأتصال الجنسي المباشر بالجنس المعاكس، فالشذوذ الجنسي تغيير اتجاه الرغبة الجنسية أو ظروف تحقيقها، فعندما تكون بين الذكور (اللوطية) فتتغير اتجاه رغبتهم الجنسية نحو نفس جنسهم. أما ممارستها من قبل الاناث فهي (السحاق) وتعني ممارسة الانثى الجنس مع انثى آخرى(٣).

---

(١) د. محمد يوسف النجار، مرجع سابق، ص٢٩٣.

(٢) د. علي الأمير، الجنس بين النفس والفسلجة، ج٢ دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٠، ص١٥٢.

(٣) حسين سليم، مرجع سابق، ص٢١٩.

ويُعَـد الشـذوذ الجنسـي واحـدا مـن أخطـر ظـواهر الانحـلال الاخلاقـي علـى المجتمـع، فقـد دلـت الدراسـات الطبيـة المتخصصـة علـى ان ممارسـة الصـلات الجنسـية بغيـر تمييـز ولاسـيما الشـاذ منهـا يـؤدي الـى انتقـال اشـد الأمـراض فتكـا بـين مـن يقـوم بإتيـان هـذه الصـلات وإذا كـان اسـاس المـدلول النفعـي للعـرض يقـوم علـى اسـاس ان القـانون الجنـائي يجـب عليـه عـدم التـدخل لتجـريم افعـال الاتصـال الجنسـي بالرضـا وكـذلك افعـال الشـذوذ الجنسـي وذلـك لعـدم احـداث هـذه الافعـال ضـررا بـالغير، فـإن مثـل هـذا الاسـاس لـم يعـد كافيـا للإبقـاء علـى مثـل هـذه الصـلات بعيـدا عـن تـدخل القـانون ففكـرة عـدم الاضـرار بـالغير التـي يسـتند اليهـا المـدلول النفعـي فـي اباحة هذه الصلات لم تعد وفقا للدراسات العلمية الحديثة جديرة بالتأييد[1].

ونشـر مكتـب الصـحة الألمـاني الإتحـادي تقريـره فـي عـام ١٩٨٥ والـذي انتهـى فيـه الـى ان السـبب الاول للإصـابة بمـرض الايـدز هـو اللـواط بـين الـذكور وقـد دعـا التقريـر المجتمـع الالمـاني الـى العـدول عـن اباحـة جميـع الممارسـات الجنسـية غيـر المشـروعة وقـد تزامنـت هـذه التحـذيرات مـع الـدعوة التـي قامـت بهـا بعـض الجامعـات والأحـزاب السياسـية الالمانيـة لإلغـاء مـابقي فـي القـانون الالمـاني مـن تجـريم لـبعض صـور اللـواط بـين الـذكور ممـا ادى الـى فشـل تلـك الاتجاهـات وقـد ثـار الجـدل حـول مفهـوم فطـرة الحريـة الجنسـية علـى النحـو الـذي اخـذت بـه التشـريعات الغربيـة فأشـار الـبعض الـى ان ظهـور مـرض الايـدز ومـا ادى اليـه مـن نتـائج سـيؤدي الـى تقـويض فكـرة الحريـة الجنسـية مـن اساسـها وقـد أعلـن اتحـاد المراكـز الوطنيـة للرقابـة علـى الامـراض بالولايـات المتحـدة الأمريكيـة عـام ١٩٨٣ مـن ان اكثـر مـن ٧١% مـن المصـابين بمـرض الايـدز هـم مـن الشـاذين جنسـيآ وقـد دلـت الدراسـات العلميـة علـى ان العـدوى بهـذا المـرض لاتتوقـف علـى الاتصـال الجنسـي الشـاذ بـل تمتـد الـى الاتصـال الجنسـي الطبيعـي إذا كـان احـد طرفـي الصـلة

---

(١) كـاظم جعفـر شـريف وسـجى فـالح حسـين، بحـث أثـر المـدلول الاخلاقـي والنفعـي فـي تجـريم الأفعال الماسة بالعرض، مجلة كلية القانون، جامعة ميسان، ٢٠١٨، ص٢٠.

الجنسية ممن يحملون العدوى، وقد نادت هذه الدراسات بان يتحمل كل فرد في المجتمع بنفسه مسؤوليته الذاتية من الاحتراس من اخطار مرض الايدز بالبعد عن مسببات العدوى به(١).

وفي الولايات المتحدة الامريكية بدأ الرأي العام الامريكي يتحول الى من يمارسون الشذوذ الجنسي تحت تأثير مرض الايدز بعد ان كان ينظر الى مثل هذا السلوك بنظرة كبيرة من التسامح وانه يخص صاحبه ولا يسبب ضررا للغير وقد ساعد على هذا التحول في نظرة الرأي العام الامريكي ان سرعة انتشار المرض بمن يمارسون الاتصال الجنسي الشاذ ولا تقتصر اثار الايدز على هذه الأثار بل الى العديد من الامراض العديدة الفتاكة الاخرى(٢).

وبعد ان تبيَّن لنا مفهوم الشذوذ الجنسي وتوضحت صوره، سنعمد إلى بيان أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين التخنث، وذلك من خلال النقاط الآتية:

١- يعد الشذوذ الجنسي انحرافاً عن العلائق الطبيعية بين الجنسين فتكون تصرفاتهم خارج السلوك الانساني ومن نفس النوع، ويكاد يكون الامر كذلك في التخنث، إلا أن التخنث قد يتضمن تغيير في التركيب البايولوجي للشخص وذلك إذا كان المخنث في هيئة رجل لكن لديه آلة الأنثى(٣).

---

(١) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٤.

(٢) د. نيازي حتاته، جرائم البغاء دراسة مقارنة، رسالة مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٤، ص٧٠.

(٣) صلاح رزق عبد الغفار، جرائم الشذوذ الجنسي دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٠، ص٨٧.

٢- تغيير جنس الانسان يتم بتداخل جراحي، لكنه في الوقت نفسه يكون بدون دواع طبية او علاجية أي بناء على الرغبة المجردة لطالب التغيير. في حين ان التخنث يكون بسبب الازدواج الجنسي (ذكوري وأنثوي معا) في الاعضاء التناسلية لدى الشخص المصاب بهِ[١].

٣- تعزى تصرفات ذوي الشذوذ الجنسي إلى نوعين من الاسباب بيئية وبايولوجية، اما التخنث فيوصف بانه مرض يظهر فيه الشخص بغير حالته الطبيعية.

٤- الشذوذ الجنسي هو تغيير اتجاه الرغبة الجنسية أو ظروف تحقيقها، فهي مثلاً تتم برغبة جنسية لدى صاحبها نحو نفس الجنس وعملهم على الأغلب يكون عن طريق اللواط أو السحاق، في حين أن التخنث هو أن يكون الرجل على هيئة انثى فيقوم الاطباء بتحديد جنسه الطبيعي وتحويله إليه، فتطمس بذلك رغبته الجنسية[٢].

٥- تبقى صورة الرجال الأسوياء الذي أصبحوا شاذين جنسيا على هيئة رجال دون انتقاص من أعضائهم التناسلية، اما بالنسبة للتخنث فتختلف هيئة الشخص من هيئة رجل الى شكل أمرأة، وذلك بسبب ازدواج الأعضاء التناسلية لديه.

٦- الشاذ جنسيا يعمل عمل قوم لوط فيمارس الجنس مع مثله ويسمى مرتكب العمل لوطي والمرأة سحاقية، والشواذ تطلق على كل من الفاعل والمفعول به، اما المخنث لا يسمى بهذه التسميات[٣].

نلخص إلى ان الاختلاف واضح بين التخنث والشذوذ الجنسي، فالشذوذ الجنسي هو خروج عن القواعد الطبيعية للجنس، وانحراف عن السلوك الطبيعي

---

(١) عبد الحكيم بن محمد بن عبد اللطيف، جرائم الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الاسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٣، ص٨٢.

(٢) د. عبد الكريم فوده و د. سالم حسين الدميري، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الاشخاص، دار المطبوعات الجامعية، بلا مكان نشر، ١٩٩٦، ص٦٥.

(٣) صلاح رزق عبد الغفار، مصدر سابق، ص٨٤.

للجنس، وصورته الغالبة تتمثل في الاتصال الجنسي بين جنسين متطابيقين، وقد يستخدم الحيوان كوسيلة للجنس عند بعض الاشخاص الشاذين جنسياً، مما يعني ان الشذوذ الجنسي مفهوم واسع لعدة أفعال أو تصرفات يشترط فيها اتيان فعل جنسي شاذ وخارج عن قواعد الجنس الطبيعية، وهذا ما لا يُشترط في التخنث الذي يتصف به الانسان بمجرد ظهوره بمظهر يدل على خونثته سواءً من حيث اللبس أو الشعر أو الميوعة أو حتى الاعضاء، لكن قد يكون للمخنث تصرفا كتصرفات الشاذين جنسيا، فان ذلك لا يعد تشابها بقدر ما يكون تصرف وسلوك غير طبيعي في كلا الحالتين مع الاختلاف وفق ما تقدم(١).

ثانيا- تمييز التخنث عن المثلية الجنسيه:

يتميز التخنث عن المثلية بعدد من الخصائص، وقبل التعرف عليها سنبين مفهوم المثلية، إذ يُقصَد بها على انها انحراف جنسي يتمثل في الشعور باللذة والشبق(٢)، والانجذاب الجنسي في غير الاتجاه الطبيعي نحو شخص من نفس الجنس، عادة في شكل رغبة في السلوك الجنسي الفعلي أو القيام بهذا السلوك والاتصال الجنسي المكشوف، المستنكر اجتماعيا وقانونيا ودينيا(٣).

اما اتجاه الجمعية الامريكية للطب النفسي في كتابها DSM-IV لم تعد الوطنية اضطرابا سيكاتريا بل صنفته بتصنيف خاص تحت اسم اللوطية المحدثة لخلل في الانا Ego-dystomic homosexual وذلك في كتابها الثالث(٤).

---

(١) سيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٧.

(٢) محمد حسن غانم، الامراض النفسية للشخصية (دراسات اكلينيكية لحلات عربية)، المكتبة المصرية للطباعة والنشر، الاسكندرية. ٢٠٠٤، ص٢٠٣.

(٣) سرى أجلال محمد، الامراض النفسية الاجتماعية، ط١، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٠١.

(٤) سامي محسن الختاتنة، مقدمة في الصحة النفسية، ط١، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص٣١٠.

ويتضح لنا إن المثلية الجنسية انحراف جنسي تتمثل في اقامة علاقة جنسية مع نفس الجنس سواء ذكر مع ذكر أو انثى مع انثى من اجل الاشباع والشعور باللذة[١].

وترى الباحثة بان المثلية والشذوذ الجنسي سواء، إذ يدلان على مفهوم واحد وهو الانحراف عن السلوك الجنسي السليم والطبيعي للإنسان، بحيث يمارس الشخص الشاذ أو المثلي سلوكيات جنسية غير مقبولة شرعاً ولا قانوناً ولا اجتماعياً.لكن مفهوم الشذوذ يكون أوسع أذ يمكن أن يكون مع الحيوانات وماشاكلها أما المثليه تكون مع مثل الجنس سواء مع رجل يمسى اللواط أو مع النساء بعضهم مع بعض يسمى سحاق

وكان ريتشارد فون كرافت إيبنج، أول طبيب نفسي يستخدم مصطلح المثلية الجنسية (HomosexuaL) في رسالته العلمية بعنوان (الجنسانية السيكوباتية) (١٨٦٦) استخدم مصطلح الجنسية المثلية للإشارة إلى علاقة جنسية بين الرجال أو بين الرجال والأولاد وكان الناس قبل ذلك يستخدمون كلمات مثل المقلوب invert، أو اللواط bugger، أو السادومى sodamite (نسبة إلى سادوم، مدينة اشتهرت قديما بالرذيلة والفساد)، وذلك للإشارة إلى الجنسية المثلية وكانت الإشارة الوحيدة للفرد ذي الجنسية المثلية في ذاته هو مصطلح اليوراني uranium وهو مصطلح بدا استخدامه مع قاض ألماني يدعى كارل هنريش أولريش، الذي كتب بان اليورانية عبارة عن شذوذ فطري، تكون فيه روح أنثي محبوسة داخل جسم رجل، ويشير هذا التفسير إلى هؤلاء الأفراد الذين وصفناهم الآن على أنهم ما بين النوعين transgender أو ما بين الجنسين transsexuel، وهي مصطلحات غالبا ما تستخدم كمترادفات لهذه الحالات[٢].

وكثير من الناس الذين يعرفون بأنهم ما بين النوعين، لا تكون لديهم

---

(١) د. حكمت سفيان، مسببات المثلية (الشذوذ الجنسي)، ط١، بلا مطبعة، بلا مكان نشر، ٢٠٢٠، ص٧٤.

(٢) سرى اجلال محمد، المرجع السابق، ص٢٠٧.

هوية نوعية محددة، وقد يستخدم المتخصصون في الصحة العقلية مصطلح (اضطراب هوية النوع أو عدم الارتياح للنوع) للدلالة على الأفراد من ذوي ما بين الجنسين، الذين يقررون أنهم يشعرون بأنهم قد أوقع بهم في جسم الجنس الخطأ، والحل كثيرا ما يكون هو تغيير الجنس المقرر له أو لها وكذلك بالنسبة للنوع وفي كلتا الحالتين فإن التوجه الجنسي لدى هؤلاء الأفراد هو اتجاه إلى الجنس الآخر من وجهة نظر سيكولوجيتهم، وليس من الناحية البيولوجية الحيوية(١).

ومن خلال هذهِ التعاريف للمثلية الجنسية تظهر لنا أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين التخنث في النقاط الآتية:

١- إن المثلي لا يكترث بأشخاص الجنس المقابل وينجذب للجنس المماثل، دون ان نستطيع القول فيما إذا كان ذلك غريزي أو مكتسب، في حين ان التخنث لا يكون للجنس فيه دور رئيسي، انما يكون للمصاب بهِ أعضاء تناسلية مزدوجة، ونفسية المخنث وحالته الفيسلوجية هي من تحدد ميوله الجنسية(٢).

٢- يعاني المثلي من شذوذ في الغريزة الجنسية، أو انحراف جنسي، بينما التخنث حالة مرضية تتمثل في ازدواج الأعضاء التناسلية الذكرية والأنثوية لدى المصاب(٣).

---

(١) عبد المنعم الحفني، الموسوعة النفسية الجنسية، ط١، مجلد٣، دار نوبليس، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٤٥١.

(2) Jean Paul Branlard، Le sexe et l'état des personnes، Tome 222، L.G.D.J، Bibliothèque de droit privé, Paris, 1993، p.474.

(3) M. Henri Delvaux, Les conséquence juridique du changement de sexe en droit compare, Transsexualisme، médecine et droit: actes/ XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam (Pays-Bas)، 1993، P.178، 187.

٣- المثليون لهم أجهزتهم التناسلية الطبيعية، وهم يستخدمونها ويتمتعون بها، ولهم اشباع جنسي بها، ولا يعترضون إلا على جنسهم الاجتماعي والدور الوظيفي المخصص لجنسهم، على عكس المخنث الذي تكون اعضاءه غير نافعة وليس لها علاقة بتكوينه الفيسلوجي، وفي اغلب الاحيان لا يشعر المخنث بأي اشباع جنسي(١).

٤- لا يوجد لدى المثلي الأحساس بالانتماء للجنس الآخر، فهو مدرك تماماً انه ينتمي لجنسه البيلوجي وليس لديه اضطراب في الهوية الجنسية، أما التخنث فهي على العكس تماماً(٢).

يتبين لنا من خلال ما تقدَّم مدى الاختلاف الواضح بين المثلية والتخنث، فالمثلي يمارس دوره العائلي والاجتماعي المنوط به في مجتمعه، ولا يحول سلوكه الشاذ دون ان يكون أباً أو اماً في أسرة طبيعية، أما المخنث فلا يستطيع ممارسة هذا الدور بجنسه الظاهري لتعارضه مع هويته الجنسية.

الفرع الثاني

تمييز التخنث عن التغيير الجنسي

يقصد بغيير الجنس هي الحالة التي يوجد فيها شخص من جنس معين ومقتنعا اقتناعا تاما بانتماءه الى الجنس الاخر، مما يثير بداخله تناقضا مفزعا، وهذا التناقض يضفي عليه الشعور بأنه مجنى عليه في غلط و لا يحتمل من الطبيعة، إذ يشعر انه انثى من جلد رجل أو العكس، فيكره جسده كرها يدفعه الى سلوك مسلك الجنس الاخر كالتخنث والانحطاط أو الى قطع عضوه بنفسه أو

(1) Jacqueline PETIT، L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexue, R.T.D.civ 1976, éd Sirey, paris, n° 2, p. 267.

(2) J. Branlard، Op. Cit, P. 475.

الانتحار، وبالرغم من ذلك لا يعد مجنونا[١].

وإن عملية تغيير الذكر الى انثى تتم بإزالة القضيب والخصيتين من قبل الجراح، ثم يقوم بعد ذلك بعمل فتحة شبيهة بفتحة المهبل، فضلا عن اعطاء المريض بعض الهرمونات الانثوية التي تؤدي الى اختفاء الشارب والذقن، ثم تبدأ ملامح الانوثة على الجسم عندما يتم توزيع الدهون على اجزاء معينة من الجسم؛ لتأكيد ملامح الانوثة، وان عمليات تحويل الانثى الى ذكر فهي عملية صعبة، وتشوه مظهر من يجريها، فالجراح يبدأ بإزالة الثديين والرحم ثم يفتح جدار البطن لأخذ جزء من انسجته ؛ لاستخدامها في اعداد قضيب، وهذا القضيب يكون عضليا و لا ينتصب كباقي القضبان الذكرية لكنه يستخدم في التبول[٢].

وبذلك تكمن مواضع الشبه والاختلاف بين التخنث والتغيير الجنسي فيما يلي:

١- يحصل بموجب التخنث ازدواج جنسي (ذكوري وأنثوي معاً) في الاعضاء التناسلية، اما المحول لجنسه فأن الازدواجية غير متعلقة بالأعضاء التناسلية، وانما اضطراب الهوية الجنسية؛ لوجود تعارض بين الجنس البيولوجي والجنس النفسي، اي انه في حالة تحول الجنس فأن الشخص ينتمي الى جنس بيولوجي محدد بخلاف الخنثى فإن جنسه غير محدد[٣].

٢- في حاله تحول الجنس يتم الاعتماد على المعيار النفسي لتحديد الجنس، وهذا ما يتم ايضا مع الخنثى، لكن الاختلاف انه في حالة الخنثى لا يؤخذ بالمعيار النفسي في تحديد نوعه إلا اذا وصل الانسان الى مرحلة البلوغ واصبح اهلا لاعتماد قوله، ولا يلجأ

---

(١) د. علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني- التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، بلا جهة طبع، القاهرة، ١٩٩١، ص٥١.

(٢) د. أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ط١، دار النهضة العربية، للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٣، ص١٩٦.

(٣) د. علي حسين نجيدة، مرجع سابق، ص٥١.

اليه الا عند عدم امكان اعمال المعيار المادي الملموس، اي عند تعارض الامارات الظاهرة، اذ لا يمكن ترجيح جنس على اخر. اما في حالة تحول الجنس يتم الاعتماد على المعيار النفسي بالرغم إن الشخص جنسه محدد(١).

٣- التخنث والذي يعد مرضاً يعاني صاحبه من خلل واضطراب في عدد الصبغيات او العدد الصبغي. وهذا ما لا وجود له في حالة التحول الجنسي التي لا تعدو ان تكون رغبة غير مسوغة أو أنها لمجرد المتعة، مجردة من اية دوافع طبية كما وصفها البعض؛ أي انها لا تعد من قبيل الامراض التي تبيح الحالة معها اجراء التداخل الجراحي(٢).

٤- كون حالة التخنث مرضاً فإنه والحالة هذه يستوجب اجراء التداخلات الجراحية لإظهار الجنس الغالب للشخص حامل هذا المرض. اما في حالة التحول الجنسي فإن التداخل الجراحي يكون ارضاء لشهوة او لمجرد الرغبة في التغيير أي انها تكون من دون دواع طبية خلافا لما عليه الحال في مرض الخنوثة(٣).

٥- تشخص حالة الخنوثة وعلى اساسها يظهر الجنس الحقيقي لحامل هذا المرض او بتعبير ادق اظهار الجنس الغالب، على أن ذلك مشروع من الناحيتين الشرعية والطبية إذ هناك ضرورة طبية تدعو للتداخل الجراحي فلا تكون محرمة. اذ التداوي في مثل هذه الحالات يكون بقصد العلاج، وهذا ما لا وجود له في حالة تغيير جنس الانسان، إذ إن هذه الحالة لا تكون من قبيل التداوي وانما تغيير لخلق الله الذي فطرنا عليه دون ان يكون لدى طالب التغيير مظاهر أنثوية او ذكرية خلاف حالة الخنثى فهنا يكمن الاختلاف مع الفارق إذ ان معالم الجسد الجنسية بعد إجراء الجراحة للخنثى

---

(١) شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر، العدد ٢٢، ج٢، ٢٠٠٧، ص٤٤-٤٥.

(٢) د. حاتم أحمد عباس، تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الاسلامية منه، مرجع سابق، ص١٣.

(٣) د. عبد الاله النوايسه، المثلية الجنسية بين التجريم والاباحة، بلا مطبعة، بلا مكان نشر، ٢٠١٣، ص٧٥.

تكون واضحة ومتوافقة والجنس الغالب لديه، اما في حالة التحول الجنسي فهو طمس للمظاهر الجنسية للشخص ان كانت ذكرية ويروم التغيير إلى أنثى أو كانت مظاهره الجنسية انثوية أي انه يكون انثى ويروم التغيير الى ذكر ليظهر بعد اجراء الجراحة الى الجنس المخالف لجنسه دونما اكتساب للصفات الجنسية للجنس المعاكس الذي غير اليها، وانما يبقى من نفس جنسه فاقدا لأعضائه الجنسية الحقيقية، اما المظاهر الجديدة فهي لا تعدو ان تكون مظاهر كاذبة لا تمت الى الحقيقة الجنسية بأية صلة(١).

٦- اما وجهة الاختلاف الاخرى فإنها تكمن في موضوع التناسل فعلى الغالب كما راينا من وجهة النظر الطبية ان صاحب مرض الخنوثة يكون عقيماً او عقيمةً غير قادرة على التناسل والانجاب، اما في حالة التحول الجنسي فصاحب هذه الحالة قد يكون على الغالب قادرا على التناسل واعضاؤه مكتملة النمو، وان ما يتمخض عن هذه العملية هو عدم المقدرة على الانجاب أي ان التداخل الجراحي هذا يفقده القدرة على التناسل والانجاب خلافا للموروث الانساني في التناسل، لان العملية في حالة تغيير جنس الانسان هي بحسب ما يقوم به الاطباء استئصال للأعضاء التناسلية التي تفقده القدرة على التناسل(٢).

٧- اخيرا فان الاختلاف بين الحالتين يكمن في مظهر الاعضاء التناسلية الخارجية والداخلية فان حالة تغيير جنس الانسان تكون قد اكتملت اعضاؤه التناسلية سواء أكانت ظاهرية أو باطنية خلافا لما هو عليه الحال في الخنثى إذ إن الاخير يعاني من ضمور فيها او غمور في بعضها كما بين(٣).

نلخص من كل ما تقدم إلى ان التخنث هي الحالة التي تجتمع بموجبها لدى الإنسان صفتي الذكورة والأنوثة، فهي حالة من الشذوذ عن الخلقة السليمة، إذ تتشابه من هذهِ الناحية مع ظواهر الشذوذ الجنسي والمثلية الجنسية والتحول

---

(١) د. علي حسين نجيدة، مرجع سابق، ص٥١.

(٢) عبد الحكيم بن محمد، جرائم الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الاسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٣، ص٩٢.

(٣) د. علي حسين نجيدة، مرجع سابق، ص٥١.

الجنسي، لكنها تختلف عنها بخصائص متعددة تنفرد فيها حالة التخنث.

وقد كانت هذهِ الحالة محل اهتمام ودراسة فقهاء الشريعة الاسلامية، لكنها لم تحظى بقدر كافي من الدراسات القانونية، إذ لك تتطرق إليها الدراسات القانونية بشكلٍ كافي، ولم تعالج معالجة وافية.

الفصل الثاني

أسباب ظاهرة التخنث وسبل مواجهته

الفصل الثاني

أسباب ظاهرة التخنث وسبل مواجهته

إن أحكام القانون وقواعده تمتاز بانها توجه سلوك الافراد في المجتمع وتنظم العلاقات القانونية الناجمة عن هذا السلوك على نحو ملزم لجميع أفراد المجتمع، وبما يحقق المساواة بقوة من الجزاء الذي تتولى السلطة العامة تنفيذه، فالقانون يقوم بضبط السلوك الانساني بشكل معين يتفق والغايات والمقاصد التي تستهدفها الجماعة لتوجيه حياتها الاجتماعية في الوجهة السليمة(١).

وعليه فإن للإنسان الحرية فيما يتصرف إذ لا يؤاخذ عن سلوكه كفرد في المجتمع الا اذا كان هذا السلوك مخالفا لأحكام وقواعد المجتمع، وان المشرع هو من يجعل هذا الفعل مجرم من عدمه طبقا لمبدأ شرعية الجرائم المنصوص عليه في اغلب القوانين الجنائية، وإن المشرع إذ يجرم بعض صور السلوك البشري، مثل الشذوذ والتخنث، فإنه يكون مدفوع بدوافع عدة أهمها ان المجتمع لا يمكن ان يحتفظ بوجوده على مستوى خاص من التقدم والازدهار إلا اذا كان هذا الحق محاطا بالحماية الجنائية، فسلامة جسم الانسان تعد من أولى الحقوق التي تنص الشرائع كافة على حمايته(٢).

وعليه فإن للإنسان الحرية فيما يتصرف إذ لا يؤاخذ عن سلوكه كفرد في المجتمع الا اذا كان هذا السلوك مخالفا لأحكام وقواعد المجتمع، إذ يتدخل المشرع هنا ليجرم الأفعال التي تشكل مخالفة للنظام العام وللأعراف السائدة في المجتمع، ويضع السبل اللازمة للتصدي لها ومعالجتها.

---

(١) عبد القادر عودة التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي، ط١٤، مؤسسة الرسالة للطبع، بيروت، ٢٠٠٠، ص٤١.

(٢) د. محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٥٣.

المبحث الأول

أسباب ظاهرة التخنث

إن الانحراف في سلوكيات الشاب كان بالدرجةِ الاساس نتيجةً لتلكؤ المؤسسات الثلاث التي تحيط به منذ نشأته – وهي الاسرة والمدرسة والمجتمع – في أداء الواجبات الملقاة على عاتقها؛ فالمجتمع من اخطر المؤسسات التي روجت لمفهوم التميع والانحلال بدعوى الانفتاح الذي يشهده العالم في الآونة الاخيرة في ظل الفهم غير السوي لحقوق الإنسان على نحو جعل من السلوك المنحرف حريةً شخصية لا يجوز المساس بها أو المعاقبة عليها(١).

كما اصبحت المؤسسات التعليمية عبارة عن مؤسسات روتينية اكاديمية خالية من كل مفاهيم التربية الصحيحة، هذا فضلاً عما تعرضت إليه الاسرة من تصدع في بنيتها آثر ما تعاقب على العالم بشكلٍ عام، والعراق على وجه الخصوص من احداث سياسية واقتصادية جعلت السيطرة على سلوكيات الشباب أمراً غاية بالصعوبة(٢).

وثمة اسباب أخرى تصب بنفس الاتجاه ومنها الحروب وغياب الاباء في الجبهات وما خلفته من أيتام و أرامل أدت الى استفحال الأزمة وجعلت الشباب بمواجهة اعتى الغزوات الثقافية الممنهجة التي اثرت على استراتيجية الوعي الشبابي المعاصر فصار حبيس الافكار والثقافات السائدة بغض النظر عن توافقها مع أخلاقيات المجتمع وضوابطه أم لا، كما ان هذه المتغيرات السلوكية قد تكون محصلة لعدة اسباب ومنها المستوى الاقتصادي المتردي الذي تعاني منه العائلة العراقية وهو ما ينعكس سلبا على نهج الشباب، كذلك انعدام الفعاليات

---

(١) أحمد عبد الكريم، محمد خطاب، الأرشاد النفسي والاضطرابات ت الانفعالية للأطفال والمراهقين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٠، ص٥٥.

(٢) بنور ميلاد العماري، المؤسسات التعليمية ودورها في الوقاية من الانحراف والجريمة، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٢٢، ص٢١.

المتنوعة التي تمتص الطاقة لديهم سواء في الجانب الرياضي او جوانب اخرى لها نفس القدرة على تقويم شخصية الشاب، وهناك أسباب آخرى ساعدت في استشراء الازمة وتعميقها وهي وسائل الاعلام، وخصوصا بعض الفضائيات التي غذت القيم السلوكية السلبية والقنوات الاباحية التي اصبحت متاحة للجميع دون مانع او رادع او حتى رقابة، كذلك عدم وجود برامج متخصصة في الثقافة النفسية والجنسية للشاب فينمو الشاب بشخصية فوضوية وغير متزنة و مقلدة[١].

فهذهِ الأسباب وغيرها أدت إلى ظهور واستفحال ظاهرة التخنث والتي تحتاج إلى معالجة قانونية جدية، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول اسباب ظاهرة التخنث، ونعرج في الثاني على عوامل انتشار ظاهرة التخنث.

المطلب الأول

الأسباب العامه لظاهرة التخنث

تمثل ظاهرة التخنث حافة انهيار للمجتمع اذا ما تعاظمت؛ لأنها تفضي إلى انحطاط في القيم والمبادئ الدينية التي تعد الضابط الاول لأخلاقيات المجتمع، فما يقدم عليه الشباب اليوم هو نتيجة لفهمهم الخاطئ للحريات التي كفلها الدستور دون ان يضع مفهوم لتلك الحريات او يشخصها وعلى المشرع اليوم ان يبين ماهية تلك الحريات وحدوده ليعتبر من تصدر عنه مثل هذه التصرفات مخالف أصلا لمبادئ ألحرية فحرية أي إنسان تنتهي حدودها مع بداية حرية الاخرين لا ان تنال منها.

وتتنوع الأسباب التي تؤدي إلى حصول التخنث واستفحاله بين الشباب، لذا سنتناول هنا أهم الاسباب التي تؤدي إليه من خلال الفروع التالية:

---

(١) زياد حسين العويني وآخرون، دور وسائل الاعلام واثارها النفسية والاجتماعية في انحراف الشباب، مطبعة المعد، فلسطين، ٢٠٠٢، ص٦٩.

الفرع الأول

الأسباب الاجتماعية

هنالك جملة من الاسباب الإجتماعية التي تؤدي إلى حصول التخنث نوجزها فيما يلي:

أولاً- السبب الوراثي الولادي المنتقل عن طريق الاباء:

إن السلوك الإنحرافي بشكل عام والتخنث على وجه الخصوص قد ينتقل للأبن المُخنث من جراء الانحراف الاخلاقي والنفسي عند الاباء؛ وهنالك إشارة إلى هذا السبب الوراثي في السنة النبوية المطهرة(١).

وبما ان التخنث قد يحدث لدى الأشخاص الذين تختلف هويتهم الجنسية عن جنسهم المحدَّد وقت الولادة، أو عن السمات البدنية المرتبطة بالجنس؛ فإنَّ الجانب الوراثي لهذه الحالة مهم جداً؛ لأنَّ العديد من الاضطرابات الوراثيَّة، لا سيَّما تلك التي تنطوي على صفات تتحكَّم بها جيناتٌ متعدِّدة أو تلك التي تكون شَديدة التأثُّر بالعَوامِل البيئية، يكون هناك نمط أو نموذج واضح للوراثة، فبعضَ الاضطرابات ذات الجين الواحد تبدي أنماطًا مميَّزة، وفي مثل هذه الحالات، يمكن تحديدُ الأنماط على أساس ما إذا كانت السمة سائِدَة أو متنحِّية، وما إذا كان الجين مرتبطًا بالجنس الذكري أو الأنثوي(٢).

وعليه فان للعوامل الوراثية التي ينشأ ويترعرع فيها الطفل أثر كبير على جنوحه للتخنث؛ لأنَّ تعامل الأب أو الام مع الطفل والظروف المحيطة بهِ، فضلاً عن ظروف ولادته لها حيز كبير من صنع شخصية الطفل في المستقبل.

---

(١) من ذلك الحديث النبوي: "لا تجامع أمرأتك بشهوة أمرأة غيرك، فاني أخشى ان قضي بينكما ولد ان يكون مخنثاً". هذا الحديث ذكره الكليني بإسناده إلى أبى الحسن موسى عن أبيه عن جده، كتاب الكافي، باب مكروهات الجماع، ط٣، تحقيق: علي اكبر غفاري، دار الكتب الإسلامية، ايران، ١٣٨٨ هـ؛ والشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج٢٠، كتاب النكاح، أَبْوَابُ مُقَدِّمَاتِ اَلنِّكَاحِ وَ آدَابِه، بَابُ كَرَاهَةِ جِمَاعِ اَلزَّوْجَةِ بِشَهْوَةِ اِمْرَأَةِ اَلْغَيْرِ، ص٢٥٢.

(٢) د. أحمد كيلان عبد الله، الاوصاف الجرمية لصور من سلوك الشاذين جنسياً، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ١٧، العدد١، ٢٠١٥، ص٢٧٧.

ثانياً- العولمة:

تُعَد العولمة واحدة من الاسباب التي تلازم حدوث وانتشار الظواهر الاجتماعية التي تؤثر سلباً على المجتمعات، بحيث أصبحت بعض الظواهر الاجتماعية الشاذّة «تعولم» وتنتشر على نطاقٍ عالمي، رغم الاختلافات العميقة بين أديان الشعوب وثقافاتها وعاداتها وتقاليدها، وإحدى أبشع هذه الظواهر المثيرة للجدل مؤخراً، ظاهرة التخنث، باعتبارها من الحالات الشاذة المخالفة للطبيعة والأديان والأعراف والتقاليد لغالب سكان الأرض، وظاهرة التخنث بالرغم من قدم بعض صورها، لكنها اليوم أخذت صوراً متنوعة تنتشر بين المجتمعات بسبب التقليد الأعمى دون وعي(١).

لذلك أضحت العولمة من الاسباب الرئيسية لنشأة وانتشار التخنث، والتي سهلت من انتشار الطرق اللاأخلاقية في دائرة العلاقات الإنسانية كتحويل طاقة الشباب من العمل والدراسة والرجولة والشجاعة والغيرة وتحمل المسؤولية الى التباهي والاهتمام المفرط بالجسد والشكل الخارجي بحيث جعلوهم يبارون الفتيات في اشكالهن وتصرفاتهن، فهم يخشون من خطر الرجال كرجال ولم يخشوا من النساء كرجال؛ لهذا كثرت هذه الظاهرة تشبه الرجال بالنساء(٢).

بل ان البعض ذهب إلى القول بان العولمة طوَّرت من ظاهرة التخنث وغيرها من ظواهر الشذوذ عن الفطرة الطبيعية للجنس داخل الدول الأوربية بحيث حولَّها من أقلية منبوذة أو مضطهدة داخل المجتمع، إلى "لوبي" يمثل أقلية لا تستطيع الدولة أو الرأي العام المساس بها، بحيث اصبح كل رأي ينادي بالقضاء على التخنث غير المشروع يوسم صاحبه بانه معادي للحرية، لذلك اتجهت الدول الأوربية إلى مجاراة هذه الفئة من الشاذين، واصبحت تُسنّ قوانين تحرّض الأطفال

---

(١) د. هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية (العوامل والآثار)، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد ٣٤، جامعة حلوان – مصر، ٢٠١٣، ص٢٤٥٨.

(٢) أرحمة شبل، ظاهرة التخنث عند الرجال واهم اسبابها، مجلة المداد، جامعة ٢٠ أوت، الجزائر، ٢٠٢١، ص٤٣.

على «الشذوذ»، وترفض أي تحذير منه، وتُدخل في «التعليم» تعليم الأطفال الشذوذ، فهذه الافكار التي تُبث في عقول فئة ضعيفة هم الأطفال، سوف تؤدي حتماً إلى تشويه عقولهم، وتدفعهم دفعاً لهذه التوجهات الشاذة(١).

وبذلك فان العولمة أدت دوراً بارزا وخطير في انتشار الأفكار الداعمة إلى التخنث وتعزيز هذه الافكار ومنحها حيزاً كبيراً في المجتمع، بحيث اصبحت الشغل الشاغل لبعض المواقع والقنوات الفضائية التي تدعي حماية الحقوق والحريات، وتأثير ذلك على سيكولوجيات الافراد ونفسياتهم خاصة المراهقين كبير جداً، فمتابعة افلام ومشاهد فيها انحرافات سلوكية ومخالفة لأعراف المجتمع يؤثر في نفوس الافراد ويهدم القيم والتقاليد السائدة في المجتمع، ويبني في نفوس الناس هذا الانحراف مما يولد فيها الرغبة في الميل الى التخنث.

ثالثاً- انحراف البيئة الاجتماعية:

للبيئة تأثير خاص في الإنسان، فالإنسان كما يُقال ابن بيئته، فإن تربى في بيئة تعتز بالفضيلة والأخلاق الحسنة، صار الإنسان يعتز بالفضيلة والأخلاق، وإن عاش في بيئة موبوءة بالسموم الأخلاقية والفكرية، أصبح كذلك، فالإنسان يؤثر ويتأثر؛ ودليل ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله سلم: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه"(٢).

ووفقاً لهذه النظرة فأن النفس الإنسانية قابلة للخير والشر، وعندها استعداد للاستقامة أو الانحراف والبيئة، هي التي تعزز ذلك وتيسره، وأكبر الأخطار على الشاب أن يعيش في بيئة يشوبها القلق والاضطرابات النفسية والسلوكية، سواء كانت بيئة البيت أو بيئة الشارع، فكل يؤثر في مجاله، لذا فإن الإنسان منذ مراهقته يجب أن يهيأ له جو صالح في البيت أولاً ثم خارجه في المدرسة والشارع لأنه حتمًا سوف

---

(١) هاني بوجعدار، زواج المثليين في الشرائع السماوية والمواثيق الدولية، مجلة التعاب، عدد (٦)، جامعة الوادي، الجزائر، ٢٠١٧، ص٥١٥.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه وقال عنه حديث صحيح، صحيح البخاري، مرجع سابق، ص١٣٥٨.

يتأثر بما يختلط به ويعايشه والبيت، والمدرسة، والشارع هي المحيط والبيئة التي تستغرق أكثر حياة الإنسان، فإذا صلحت هذه الأماكن صلح الإنسان، وإذا فسدت فسد الانسان؛ فأغلب حالات التخنث يكون سببها انحراف المجتمع المحيط بالشخص، إذ يُعَد ذلك دافعاً لتعزيز هذا الشذوذ لدى الفرد(١).

ومن هذا المنطلق فان الانحراف الاخلاقي والديني داخل المجتمع هو من الاسباب الرئيسية لنشأة وانتشار ظاهرة التخنث والتأنث، فاذا كان المجتمع خاليا من كل مفاهيم التربية الصحيحة؛ فعندها تكون الانحرافات الاخلاقية هي السائدة في المجتمع، ففي مثل هذه الحالة تكون ظاهرة الجنس الثالث كالعدوى تنتقل من المصاب الى السليم وعندها سيكون السليم مصاباً فيعدوا غيره ممن كان سليما، وهكذا تنتقل العدوى الاجتماعية من شخص الى أخر كالنار في الهشيم حتى يصبح اغلب الشباب على هذا الحال(٢).

رابعاً- التقليد الأعمى للغرب:

من الاسباب التي شجعت الشباب للتخنث والميوعة هو التقليد الاعمى ومسايرتهم للموجة والمودة والعادات والتقاليد الغربية والانفتاح الديمقراطي الشيطاني الذي يشهده العراق في الآونة الاخيرة ؛ اثر الغزوات الثقافية الغربية الممنهجة التي ينقلها الاعلام الفضائي للشباب اليوم، اذ إن العراقيين لم يروا هذه الاشكال ولا يعرفونها سابقا، ولم يكونوا يوما بهذه الصورة البشعة والتصرفات والعادات الدخيلة المخنثة؛ ولكن بسبب التقليد الاعمى والغزو الثقافي اثر على استراتيجية الوعي الشبابي المعاصر فصار مجرد دمية تحركها كيفما تشاء وبالاتجاه الذي تريد(٣).

---

(١) محمد عبد الصمد، ظواهر الأنحراف الاجتماعي في المجتمع الإسلامي ومعالجتها رؤية إسلامية، دراسات الجامعة العلمية الإسلامية، بلا مكان نشر، ص٣٢١، ٢٠٠٧.

(٢) أرحمة شبل، ظاهرة التخنث عند الرجال وأهم أسبابها، مرجع سابق، ص٤٤.

(٣) المرجع نفسه، ص٤٥.

خامساً- فقدان الوازع الديني:

الدين الاسلامي هو المقياس الاساسي للإنسان وعليه تستقيم اموره الذي يدله على الحلال والحرام والصحيح والسقيم، فاذا ابتعد الانسان عن الدين قل عنده الوازع الديني وبالتالي تجده يتخبط من كل اتجاه، وان التخنث منهي عنه شرعا ولكن من قل عنده الوازع الديني تجده لا يهتم بهذا النهي ويمارس كل ما يخطر على هواه دون مراعاة لأحكام الدين الاسلام(١).

ويُعدّ هذا السبب وحده كافياً للوقوع في المشكلات التي تؤدي إلى السلوك ألانحرافي وبالتالي حصول التخنث، إذ إنّ الشّباب الذي تخلّى أو ابتعد عن تعاليم دينه وشرعه سيقع بلا شك في الانحراف بشكلٍ أكبر من الشّباب الذي تمسّك بها، لكون الدّين أحد الأسباب التي تُعزّز مجال الأخلاق والقيم في نفس الإنسان، كما تُنحّيه عن طريق الرّذيلة والفواحش وكلّ ما يُمكن أن يؤذي ويُزعج المُجتمع والأفراد لوجود محاذيرَ شرعيّة تُنحّي الفرد عن الوقوع بمثل هذه السوكيات المنحرفة والرذائل(٢).

فضعف الوازع الديني من جهل في تعاليم الدين أو الفهم الخاطئ والسقيم ولوي أعناق النصوص والابتعاد عن منبع الدين الحقيقي الكتاب والسنة الصحيحة وتصديق الاتهامات بأنهما هما مصدر الإرهاب يؤدي إلى الإحلال والتخنث، والسبب الرئيسي في هذا الانحلال هو البعد عن منهج الله الواحد ذي الجلال، فقد جعل الله تعالى شريعته عصمة من الخطأ، ونجاة من الزلل، فهي خير كلها وبركة كلها، وسعادة كلها، بها بقاء العالم وسعادته، فيها رشده وسلامته؛ وقد اكدت الشريعة الاسلامية على تحريم تشبه الرجال بالنساء وتحريم التخنث فعن ابن عباس (رضي الله عنه) قال رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم): "لعن

---

(١) طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الجنسي، ط٥، ج١، كلية التربية للعلوم الانسانية، ٢٠١٥، ص ٢٧.

(٢) علي بن محمد الليثي الواسطي، عيون الحكم والمواعظ، ط١، دار الحديث العلمية، مكة المكرمة، ص١١٣.

النبي (صلى الله عليه واله وسلم): المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء، وقال: أخرجوهم من بيوتكم قال: فَأَخْرَجَ النَّبِيُّ صلى الله عليه واله وسلم فلانًا، وأَخْرَجَ عُمَرُ فلانًا"(١).

سادساً- التربية الخاطئة:

للتربية دورا هاما في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة اظافره، فهو يكتسب الخصائص وبالتالي يكتسب هويته الجنسية، فاذا اتبعت الاسرة في تربية طفلها اساليب خاطئة كالتدليل الزائد والحرمان العاطفي والقسوة وعدم اشباع الحاجة النفسية لطفل تجده يتجه للانحراف السلوكي وحدوث اضطرابات في هويته الجنسية(٢).

والمنشأ الطيب الذي يقوم على التربية الصحيحة والتمسك بتعاليم الدين الاسلامي، سيكون له أثر كبير في تجنب الفرد للانحراف بكل صوره وبما فيه التخنث، فقد قال تعالى: ﴿وَالْبَلَدُ الطَّيِّبُ يَخْرُجُ نَبَاتُهُ بِإِذْنِ رَبِّهِ وَالَّذِي خَبُثَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا نَكِدًا﴾(٣)، ولهذا يجب على المرء أن يختار شريكاً صالحاً ليشاركه حياته وتربية أولاده، فإنّ أخلاقَ الوالدين وتعاملهما وقيمهما تؤثّران على الأبناء، إذ إنّ الطِّفل يُولد على الفطرة، وسلوك والديه هو ما يؤثِّر به بالإيجاب أو السّلب، وكذلك عندما يفقد الإنسان والده الذي كان يرعاه ويدبّر أموره وأسباب معيشته سيزوره الهمّ والفقر والغمّ، ممّا قد يدفعه لكثيرٍ من السّلوكيات السيئة ومنها الشذوذ والتخنث، وبالتالي يؤدي به لطريق الانحراف، فالتفكك الأسري من أكبر الأسباب التي تدفع إلى انحراف الشباب، فإذا وجد الشاب والفتاة أن الأبوين خلافاتهما دائمة، فالأم في ناحية والأب في ناحية أخرى، أو أن الأب لا يأبه للبيت ولتربية أولاده؛ فكل هذه الأمور تتسبب في القلق النفسي عند الطفل، ويشب على هذا القلق ثم يتجه إلى

---

(١) صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط١، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة، ١٤٢٢هـ، ص ٥٥٤.

(٢) طارق حسن كسار، مرجع سابق، ص٢٧.

(٣) [سورة الأعراف: الآية ٥٨].

الانحراف من شرب للخمور، أو المخدرات لينسى مجتمعه الصغير "الأسرة" ويبحث له عن رفقة خارج الأسرة يكوّن بها مجتمعا آخر لعله يجد فيه ما لم يجده في أسرته، وهذه الرفقة لها دورها في الجنوح بهذا الشخص نحو التخنث(١).

الفرع الثاني

الأسباب العلمية والطبية

هناك عدة اسباب وعوامل اذا تفاعلت مع بعضها البعض ؛ تعطي حقيقة الجنس اما ذكرا او انثى، ولكن في بعض الحالات يحدث خلل في هذه الاسباب مما يؤدي الى حدوث خلل أو اضطراب في الجنين يؤدي إلى التخنث، و ترجع أسباب التخنث إلى نقص أو زيادة في الهرمونات الجنسية، مما يؤدي إلى تشبه المولود بالجنس الآخر، أو بسبب عدم استجابة الأعضاء الجنسية للهرمونات الموجودة بصورة طبيعية أو بسبب حدوث تشوهات أثناء التطور الطبيعي للجنين في بطن الأم(٢).

وأيضاً تحدث نتيجة لشذوذ في نمو الأعضاء التناسلية الخارجية في الجنين مع اختلاف في درجة اندماج الطيات الشفرية وموضع الأحليل، وحجم القضيب(٣).

وهنالك أسباب علمية وطبية كثيرة ومتنوعة للتخنث نوردها وفقاً للبيان الآتي:

أولاً- خلل في الكروموسومات:

وينتج عن هذا الخلل وجود خنثى ذكرية تحمل (xy46) فيكون الكروموسوم عند المريض طبيعيا، لكن الاعضاء التناسلية الخارجية تكون انثوية أو غير واضحة،

---

(١) د. هند عقيل الميزر، مرجع سابق، ص١١٢.

(٢) عبد القادر الحسيني ابراهيم محفوظ، التجارب الطبية بين الاباحة والتجريم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٩، ص٧٥.

(٣) د. رونالدف، الموجز الإرشادي عن الغدد الصماء، ترجمة: نصر الدين احمد، ط١، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، ١٩٨٧، ص٢٠٩.

وقد تكون الخصية غير موجودة خارجيا أو داخل الجسم بحجم صغير، وينتج ايضا خنثى انثوية تحمل (xy46) ويكون المريض حسب هذه الحالة انثى والاعضاء التناسلية الداخلية تكون مبايض، ولكن الاعضاء الخارجية اشبه للذكر[١].

ثانياً- عدم استجابة خلايا الجسم لهرمون الذكورة (insensitivity syndrome androgen):

وهو حالة وراثية قد تحدث في ٢٠٠٠٠ إلى ١ من الأشخاص حيث أن خلايا الجهاز التناسلي الداخلي والخارجي لا تستجيب لتأثير هرمون الذكورة فيظل المولود على الشكل الطبيعي للأنثى بينما يكون التكوين الكيروموسومي ذكوري (XY) فتكون هنالك أنثى ولكنها لا حيض لديها ولا رحم وتكون عقيماً[٢].

ثالثاً- تخنث ناتج عن استعمال عقار البروجستيرون (Progestin induced vinilization):

أثناء حمل الأم ويتم التأثير على الجنين الأنثى، إذ يكون التأثير على كل الجهاز التناسلي الخارجي أو جزء منه من مجرد تضخم البظر فقط إلى تكوين قضيب كامل والتصاق الأشفار الخارجية لتكوين كيس الصفن، ولكن يلاحظ وجود الجهاز التناسلي الداخلي كاملاً الفرج والرحم والأنابيب والمبايض وحدوث الحيض وامكانية الولادة[٣].

رابعاً- (فوق الكلوية) adrenal hyperplasia:

وتحدث بنسبة ١ في ٢٠٠٠٠ من الولادات، إذ تفرز هذه الغدة هرمون الذكورة الذي يؤثر على الجنين الأنثى داخل الرحم وقد يستمر التأثير إلى ما بعد الولادة وتكون هنالك تأثيرات هامة في باقي جسم المولود كنظام ضبط الأملاح مما قد يؤدي إلى اكتشاف الحالة مبكراً.

---

(١) د. اشجان باصي، احكام الخنثى في الفقه الاسلامي، مجلة الجامعة العراقية، عدد (٢)، مجلد (٣٢)، ٢٠١٤، العراق، ص٩١.

(٢) عبد القادر الحسيني ابراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص٧٨.

(٣) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٧٧.

خامساً-خلل في الغدد الصماء[١] والتي تفرز هرمونات الذكورة أو هرمونات الانوثة وخلل في الخصيتان والمبايض والغدة فوق الكلوية[٢].

سادساً- تناول الام الحامل للأدوية مثل هرمونات الذكورة أو هرمونات الانوثة، والتي تزيد نسبة الهرمون الذكري أو الهرمون الانثوي[٣].

سابعاً- خلل في الانسجة والتي يكمن دورها في تكوين اعضاء الذكر والانثى[٤].

ثامناً- حدوث تضخم هرموني في الغدة الكظرية[٥]، وينتج عنها ورم خبيث في الغالب وتفرز فيه الغدة الكظرية زيادة في هرمون الانوثة الاوستروجين[٦].

تاسعاً- زواج الأقارب وهو من الاسباب الناجمة عن ظهور حالات الخنثى[٧].

---

(١) هو مجموعة من الغدد تقوم بتنظيم كافة الوظائف الحيوية داجل الجسم، وتقوم تلك الغدد بنقل افرازاتها الى مجرى الدم مباشرتا، وتدعى المواد التي تفرزها الغدد الصم بالهرمونات. ينظر: وليد يوسف واخرين، علم الغدد الصماء، الاهلية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص٩٤.

(٢) موقع مجلتك: https://www.magltk.com/endocrine-diseases (تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/١١).

(٣) د. محمد البار ود. ياسر جمال، الذكورة والانوثة – دراسة لمشكلة تحديد الجنس وضوابط الممارسات الطبية، مركز النشر العلمي، ٢٠٠٩، بلا مكان نشر، ص٧٦.

(٤) د. اشجان باصي، مرجع سابق، ص١٦٥.

(٥) وهو عبارة عن زوج من الغدد تتواجد كل غدة منها منغرسة في الطبقة الدهنية الموجودة في الكلية، وهي عبارة عن غدتين غدة على الكلية اليمنى واخرى على الكلية اليسرى. ينظر: د. احمد المجدوب القماطي، الغدد الصم وهرموناتها، منشورات جامعة الفاتح، ٢٠١٦، ص١٤١.

(٦) د. محمد البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، ج١، ط٤، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، ٢٠٠٧، ص٢٨٥.

(٧) لي ارمان وبيتر بارسونز، وراثة وتطور السلوك، ترجمة احمد شوقي حسن ورمزي علي السعدوي، دار ماكجروهيل للنشر، الرياض، ١٩٧٦، ص٩٤.

عاشراً- الحالات النفسية في اثناء الحمل، وهو سبب لتشوه الجنين، اذ إن الضغط النفسي يؤدي الى تشوهات خلقية عند الجنين(١).

حادي عشر- حالات التخنث في الذكور على مستوى الكروموسومات فقط حيث يكون الجنين ظاهرياً ذكر ولكن تحتوي كروموساته على XXY Klinefelter syndrome هذه الحالة كثيرة الحدوث وتحصل في حوالي ١ في ١ في ١-٥٠٠ في ١٠٠٠من ولادة الذكور.

ثاني عشر- حالات من التخنث قد تظهر في المولود الذكر حيث تظهر فتحة القناة البولية في غير مكانها المعروف في مقدمة القضيب. قد تفتح في آخر الجزء الأسفل من الحشفة أو منتصف القضيب أو حتى قرب كيس الصفن Hypospadias(٢).

ومن المعلومات أن جنس الجنين يتحدد من أول لحظة عند التقاء نطفة الرجل مع بويضة المرأة، فإن كانت النطفة تحمل الصبغى الجنسي (Y) كان الجنين ذكراً بإذن الله تعالى، وإن كانت النطفة تحمل الصبغي الجنسي (X) كان الجنين أنثى بإذن الله تعالى، ولكن قد يحصل في حالات نادرة خلل عند انقسام النطف، فيضم بعضها صبغيين (XX) بدل صبغى واحد، بينما يبقى بعضها الآخر خالياً من أي صبغى جنسي فيكون الناتج (٤) أصناف من النطف، وتكون هناك فرصة لإنجاب أربعة تركيبات من الأولاد من هذا الرجل بعضها خنثي، على التفصيل الآتي:

الأول: (Y O) وهذا لا يعش عادة.

الثاني: (X O) وهو إنسان ظاهره أنثى ولكنه بلا مبيضين، ويكون مصاباً ببعض التشوهات الجسدية، وهو لا يحيض، ولا ينجب.

---

(١) موسوعة الاعجاز الطبي في القران الكريم والسنة المطهرة، ط٢، مجلد١، ابن حجر، ٢٠٠٣، ص١٨٠.

(٢) لي ارمان وبيتر بارسونز، مرجع سابق، ص٩٧.

الثالث: (X X Y) وهو رجل شاذ الطبع عديم الرجولة وهو عقيم لا ينجب.

الرابع: (X X X) وهو فرط الأنوثة وهي طبعاً أنثى، ولكن الإفراط كالتفريط، فهذا الصبغي الأنثوي الزائد لا يورثها زيادة في الرقة بل على النقيض من هذا نجد أن بعض هذه الحالات متخلفة عقلياً، أو مصابة بندرة الطمث أو انقطاع الطمث، وقد تكون بعض المصابات بهذه المتلازمة طبيعيات تماماً[١]. وفي حالة الطور الجنيني إن كان ذكر وأنثى تكون الخطورة بهجرة خلايا الذكر إلى الأنثى أو العكس بهجرة خلايا الأنثى إلى الذكر حيث يكون الاضطراب الهرموني العصبي، ووجود ذكر خنثى[٢].

المطلب الثاني

عوامل انتشار التخنث

تهم العديد من العوامل[٣]، في انتشار التخنث في المجتمع، وزيادة نسبة المجاهرة بها على مرأى ومسمع من الكافة، شأنها شأن أية ظاهرة اجرامية أخرى، تخرق التقاليد والنواميس والأعراف والقواعد الأخلاقية والدينية والقانونية المنظمة للمجتمع، ولكن قدر تعلق الأمر بموضوع البحث، ستعمل على التركيز على أهم العوامل الأساسية والخاصة في انتشار هذه الظاهرة؛ واستناداً إلى معيار الوسط الذي يعيش فيه الشخص محل الخنوثة، سنقسمها الى فرعين نخصص الفرع الاول الى العوامل الدولية، اما الثاني سنخصصه الى دراسة العوامل المحلية.

---

(١) د. مأمون شقفة، القرار المكين، مطبعة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٨٥، ص٥٤.

(٢) د. احمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٣.

(٣) العوامل هي العناصر المؤثرة في حدوث الشيء وحصوله لكنه عامل بعيد وغير مباشر وقد يؤدي الى تفاقم الشيء دون إن يكون له تأثير في حدوثه فعلى سبيل المثال الانحلال الاخلاقي هو احد عوامل زيادة الزنا لكنه ليس سبب مباشر، اما السبب فهو الذي يلزم من وجوده وجود الشيء ومن عدمه عدم الشي، لكنه لا يدخل ضمن ماهية الشيء؛ فعلى سبيل المثال النسب من اسباب الارث فإن توفر يلزم حق الارث، وان انعدم ينعدم حق الارث. أورده: عبد القادر اللامي، معجم المصطلحات القانونية، دار الفكر القانوني، مصر، ٢٠٠٢، ص١٧٥.

الفرع الأول

العوامل الدولية

وتُسهم هذه العوامل بنشر التخنث تحت مظلة حقوق الانسان ومدعاة ضرورة احترام الحقوق الجنسية لمثليي الجنس والمخنثين وغيرها من صور الشذوذ الجنسي، وتتمثل هذه العوامل بتعاظم دور المنظمات الدولية الرسمية، فضلاً عن الدعم الدولي غير الرسمي الداعم للشذوذ، وسواء أكان ذلك بشكل مباشر أم غير مباشر، إذ بدأ الاهتمام الدولي بشكل رسمي منذ (١٩٥١/٧/٢٨)، عندما أقرت الأمم المتحدة الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، والزمت الدول الاعضاء بضرورة توفير الحماية لهذا النوع من البشر، إذ جاء في المادة (٢/١) تعريف اللاجئ بانه: "كل شخص يوجد، بنتيجة أحداث وقعت قبل ١ كانون الثاني ١٩٥١؛ وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد؛ بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف،..."[(١)].

وانعكاساً لفلسفة النوع الاجتماعي (Gender) التي تتنكر لتأثير الفروق البيولوجية الفطرية في تحديد أدوار الرجال والنساء وتنكر ايضاً أي تأثير للفروق البيولوجية في سلوك الذكر والانثى جاء الترويج لحق الذكر ان يتصرف كأنثى بما فيه الزواج من ذكر آخر ومن حق الانثى كذلك[(٢)]، وادخل هذا الحق في برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومن خلال ذلك تم تبني اشكالاً جديدة للأسرة اطلق اسم ((الاسرة اللانمطية)) مشكلة ثنائية غير نمطية[(٣)].

واستتبع ذلك، نشر تقرير (ولفيندن) في بريطانيا في (١٩٥٧/٩/٤) بعد

---

(١) تم اعتماد هذه الاتفاقية يوم ٢٨ تموز (١٩٥١) من مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، الذي دعته الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم ٤٢٩ (د-٥) المؤرخ في ١٤كانون الأول (١٩٥٠)، تاريخ بدء النفاذ ٢٢ نيسان (١٩٥٤).

(٢) سيما عدنان أبو رموز، النوع الاجتماعي، رسالة ماجستير، د.ط، فلسطين، ٢٠٠٥، ص٧.

(٣) هاني بوجعدار، مرجع سابق، ص١٥٤.

إدانات مشهورة عن المثلية الجنسية وبعض صور الشذوذ لرجال معروفين، بما في ذلك اللورد (مونتاجو)، وبصرف النظر عن الأفكار التقليدية آنذاك، أوصت اللجنة بأنَّ السلوك الشاذ بين البالغين المتراضين وداخل أماكن خاصة يجب الا بعد جريمة جنائية؛ وأضاف التقرير إن مهمة القانون هي على النظام العام واللياقة وحماية المواطن مما هو مسيء أو ضار، وتوفير ضمانات كافية ضد استغلال وفساد الآخرين وليس وظيفة القانون التدخل في الحياة الخاصة للمواطنين، أو السعي لفرض أي نمط معين من السلوك؛ وأدى هذا التقرير في النهاية إلى إدخال مشروع قانون الجرائم الجنسية لعام (١٩٦٧)[١].

وفي عام (١٩٧٥) شهدت النظرة السلبية للمخنثين منعطفاً هاماً، عندما شطبت الجمعية الامريكية للطب النفسي مصطلح المخنث من تصنيفاتها الطبية كمرض وتبنت الجمعية وجهة النظر الداعية إلى أن التخنث ليس مرضاً، إلا إذا كان الشخص يعاني من انزعاج في توجهه الجنسي[٢].

وفي عام (١٩٧٧) انتخب رسمياً السياسي الأمريكي (هارفي بيرنارد ميلك) كأول شاذ مشرفاً على نشاطات المخنثين في سان فرانسكو؛ وفي عام (١٩٨٢)، تم عقد أول مؤتمر رسمي في ولاية (دالاس) للمخنثين من الرجال

---

(١) في تفصيلات ذلك: الحركات الاجتماعية للمثليين موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة: https://ar.wikipedia.org/wiki (تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/٧).

(٢) وفي هذا الشأن، يشير البروفيسور (باير)، إلى أن حذف المثلية الجنسية من تصانيف الجمعية الأمريكية للطب النفسي لم يتم وفق منطق علمي أو نتائج علمية قاطعة أو موثوقة، وإنما جاء نتيجة للضغط الشعبي للمثليين على الدوائر الطبية، فضلاً عن كونه رد فعل للاضطهاد الذي تعرض له مثليي الجنس في امريكا، بعد مرسوم (ايزنهاور) عام (١٩٥٣) بحرمانهم من تقلد الوظائف، وتساهل المجتمع معهم بعد استهداف حائتهم، إذ هاجمت الشرطة عام (١٩٦٩) حانة فندق Stonewall) في نيويورك التي تضم تجمعات للمثليين جنسياً، فاندلعت اعمال شغب ومظاهرات استمرت ثلاثة أيام متواصلة تنادي بالحقوق الجنسية للمثليين وتهتف بسقوط الرجعية الجنسية) وما أن حل عام (١٩٧٠) حتى احتفل المثليون بالذكرى الأولى لثورة الـ Stonewall) في تفصيلات ذلك: د:محمد كاظم عبد الله، الظواهر السلبية في المجتمعات، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية، مجلد ٧، عدد ١٢، ص١٩٢.

والسيدات؛ وفي عام (١٩٨٩) تم إقرار قانون يسمح بزواج المخنث في سان فرانسكو[١].

ومن أهم المؤتمرات الدولية التي تناولت قضية الشذوذ الجنسي، كالتخنث والمثلية الجنسية، مؤتمر القاهرة الذي عقد في عام (١٩٩٤)، إذ حفلت وثائقه الاساسية بمصطلحات خطيرة المعنى، منها على سبيل المثال مصطلح الحقوق الجنسية، ومصطلح المتحدين أو المتعايشين (couples)؛ بعد ذلك تلاه مؤتمر (بكين) الذي عقد عام (١٩٩٥)، إذ تميز بالتظاهرة الحاشدة لأكثر من (٧٠٠٠) امرأة مناديات بالحقوق الجنسية للشواذ؛ وفي شهر كانون الأول من عام (٢٠٠٨)، وقعت (٦٦) دولة، بياناً في الجمعية العامة للأمم المتحدة، برفع العقوبات المفروضة بحق التخنث من قوانينها العقابية[٢].

---

(١) د. محمد بن محمد المختار احمد مزيد الشنقيطي، احكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليه، ط٢، مكتبة الصحابة، ١٩٩٤، ص١٣١.

(٢) د. نهى عدنان القاطرجي، الغزو الناعم (دراسات حول أثر العولمة على المرأة والأسرة والمجتمع الدراسة العاشرة ظاهرة الشذوذ في العالم العربي (الأسباب والنتائج وآليات الحل) ط١، دار (إي-كتب)، لندن، ٢٠١٨، ص٢٩٠.

ومن أمثلة ذلك مصطلح (الجندر gender) الذي تظهر أول مرة في وثيقة (مؤتمر السكان) في القاهرة عام (١٩٩٤) في (واحد وخمسين موضعاً، وعندما طالب ممثلو الدول العربية بمعرفة معناه، ترجم خطئاً ليعني الجنس (sex) أي الذكر والأنثى بينما معناه كما ورد في تعريفات منظمة الصحة العالمية والموسوعة البريطانية هو المصطلح الذي يصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات اجتماعية لا علاقة لها بالاختلافات العضوية، بمعنى أن التكوين البيولوجي للذكر والأنثى ليس له علاقة بالنشاط الجنسي الذي يمارس ويمكن حسب هذا التعريف أن يقوم الرجل بأدوار الأمومة وتقوم المرأة بأدوار الأب، وأن تكون المرأة زوجاً تتزوج امرأة من نفس جنسها، وبهذا تكون قد غيرت صفاتها الاجتماعية، وهذا الأمر ينطبق على الرجل أيضا وهذا بالطبع ما يفتح المجال في الاتفاقيات الدولية لتقبل وتقنين المثلية الجنسية على انها طبيعة اجتماعية لا غضاضة فيها في تفصيلات ذلك: ديمة طارق طهبوب حرب المصطلحات مقال متاح على الموقع: http://islamonline.net/11220 (تاريخ الزيارة:٢٠٢٢/١٢/٧).

الفرع الثاني

العوامل المحلية

وتتمثل هذه العوامل بجملة مؤثرات أساسية يأتي في مقدمتها على سبيل المثال الأسرة ووسائل الإعلام، وما شاكلها من العوامل.

بالنسبة **للأسرة** هي المؤسسة الأولى التي يتلقى منها الانسان في سنين حياته المبكرة خبراته وتجاربه، ويتعلم منها التمييز بين ما هو صواب وخطأ، ويتلقى منها التقاليد والاعراف والقواعد الاخلاقية والدينية والقانونية، وكيفية احترامها ومراعاتها في سلوكه تجاه الآخرين وبالنتيجة تلعب الأسرة دوراً مباشراً في تكوين شخصية الفرد وتنمية ملكاته الذهنية والعقلية وتوجيه سلوكه؛ فالإنسان يولد مزوداً بأنواع متعددة من الاستعدادات الجسمية والعصبية والنفسية، منها الدوافع القطرية والذكاء والمواهب الخاصة واستعدادات مزاجية معينة منها درجة الحساسية والتحمل والصلادة تجاه المواقف الخارجية؛ فالوراثة تقدم المادة الخام من شخصية الانسان والمجتمع يقدم التقاليد والاعراف والقواعد الاخلاقية والدينية والقانونية والأسرة هي سلاح المجتمع في تطويع شخصية الانسان بما يتقارب مع النموذج الذي يرتضيه ذلك المجتمع وبالنتيجة، فإن المستوى الاخلاقي للأسرة ومدى انسجامها، وما إذا كانت مفككة أو متماسكة، يمثل عاملاً قوياً في التأثير في النمو النفسي والاخلاقي للأبناء، ومدى احترامهم للقواعد الاخلاقية والدينية والقانونية للمجتمع(١).

واستتباعاً لذلك، يمكن أن يكون لغياب دور الأسرة أو تقصيرها في هذا الدور، تأثير قوي على تكوين الشخصية الاجرامية للطفل كالتفكك الأسري، أو غياب احد الوالدين، أو انفصال الطفل عن أمه لأسباب قاهرة، تكون له آثار سلبية قد تدفع به إلى الانحراف أو الشذوذ عن الطريق السوي، أو إلى الجريمة،

---

(١) واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الجنائية، ساهمت جامعة بغداد في طبعه، دون سنة طبع، ص٨٣ و ١٨٤.

وقد يتخذ التقصير في دور الأسرة صورة أخرى، تتمثل في الاسراف في الحنان والتدليل الزائد للطفل، الأمر الذي يجعل جميع طلباته مجابة بصرف النظر عن طبيعتها، وبالنتيجة، خلق شخصية ضعيفة مترددة مدللة أكثر ميوعة من سواها أو قد يكون الأثر نفسه، ولكن بالقسوة والغلظة في التعامل مع و الطفل حرمانه من متطلباته الاساسية(١).

وتأسيساً على ما تقدم، فقد ينعكس أثر الأسرة في كيفية تعامل الفرد مع الآخرين، وخلق منه شخصية انتقائية، أو انطوانية، تكون فريسة سهلة للخنوثة، إذ تجاهد في اشباع رغباتها بعيداً عن قنواتها الطبيعية.

أما **وسائل الاعلام** فتتمثل بصورة رئيسية بالإعلام المرئي والشبكة العنكبوتية، من خلال النشر والتواصل في مواقع التواصل الاجتماعي، *إذ يقوم الاعلام بدور رئيس في الترويج للخنوثة في المجتمع العربي*، ودفع المتلقي إلى تقبل فكرة ممارستها؛ مصوراً آياها للجمهور، بأنها حالة طبيعية عامة، وقد بدأ اهتمام الاعلام العربي بموضوع الخنوثة من أجل تغيير ثقافة الشعوب العربية وعقائدها ويؤكد المختصون في المجال الاعلامي العربي، أن الخطير في الأمر، هو أن هذا الاهتمام الإعلامي مدروس وممنهج، ويعود بشكل رئيس إلى سياسة تنفيذ برامج الأمم المتحدة، وعلى رأسها مؤتمر (بكين)، والتقارير الصادرة من هيئة حقوق الإنسان وحريات الأديان في كل من أمريكا وأوربا، التي تطالب بحماية الشواذ والمخنثين في الدول العربية(٢).

---

(١) د. فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الاجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٥٣.

(٢) في تفصيلات ذلك: مصطفى أبو عمشة، الشذوذ الجنسي (فضائيات تمرر الخبث وتتبارى في صناعة العربي)، مقال منشور بتاريخ ٢١/١٠/٢٠١١ في صحيفة (الوسيط) الإلكترونية الصادرة عن مؤسسة المدينة للصحافة والنشر، جدة، المملكة العربية السعودية، متاح على الموقع: https://www.al-madina.com/article/113300 (تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/٩).

واستتباعاً لذلك، هناك برامج تلفزيونية عربية جادة تروج لهذه المسالة بصورة مباشرة فضلا تلك البرامج هناك برامج فكاهية، تعرض فيها فقرات عبر القنوات الفضائية العربية، تصور شخصيات شاذة من أجل الترفيه والضحك، ولكنها في حقيقة الأمر تؤسس بشكل مباشر أو غير مباشر لقبول الشذوذ الجنسي بجميع صوره، المخالفة للدين والشرع والقانون والفطرة السليمة، بين أوساط العوائل العربية(١)؛ وأهمها التخنث، من خلال الطرح المباشر وغير المباشر لقصص التحول الجنسي والميوعة وانتشار وسائل التجميل والتحول للشباب وما شاكل ذلك من الممارسات الشاذة والغريبة على المجتمع العربي المسلم؛ سواء أكان ذلك من خلال طرح برامج وأفلام ومسلسلات محلية هابطة أم من خلال مسلسلات أو أفلام أجنبية مدبلجة من أجل تحبيب تلك الافكار الشاذة والدخيلة على مجتمعنا العربي، ونقلها بصورة تدريجية إلى كل أسرة في ذلك المجتمع وتصويره حالة التخنث على انها امر طبيعي وحق من حقوق الشباب ومهاجمة الافكار التي تعارضها بذريعة انها افكار متشددة وتحارب حرية التعبير(٢).

ومن الجدير بالذكر، أن العديد من الدول العربية والإسلامية ترفض هذا التوجه، الأمر الذي يعرضها إلى ضغوطات من الأمم المتحدة والاتحاد الأوربي وسائر الدول الغربية الأخرى قد تصل في بعض الأحوال إلى قطع

---

(١) في تفصيلات ذلك، ومن أجل الاطلاع على أسماء وعناوين البرامج والمسلسلات والافلام العربية المروجة للمثلية الجنسية: د. نهى عدنان القاطرجي، الغزو الناعم (دراسات حول أثر العولمة على المرأة والأسرة والمجتمع الدراسة العاشرة ظاهرة الشذوذ في العالم العربي (الأسباب والنتائج وآليات الحل)، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(٢) في هذا المعنى بدرية البليطيج مسلسل الشذوذ مقال منشور في صحيفة (الرياض) الإلكترونية، العدد (١٤٤٥٢)، الصادر في ١٨/١/٢٠٠٨ متاح على الموقع: http://www.alriyadh.com/310023 (تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/١١).

المساعدات والمعونات المالية لهذه الدول، أو اتخاذ مواقف وتدابير تضر بمصالحها الدولية، نتيجة رفضها تبني هذا التوجه(١).

بينما تتجه معظم التشريعات الاوربية إلى إجازة التخنث شأنه شأن غيره من حالات الشذوذ، فقد أجازت ألمانيا الشذوذ والتخنث والدعارة في العام ٢٠٠٢، وتتخذ فرنسا موقفاً مؤيداً للحريات الشخصية وان انطوت تلك الحريات على سلوكيات شاذة او منحرفة(٢).

وفي بلجيكا يعد التخنث والشذوذ بل حتى الدعارة من الافعال المسموحة بموجب القانون، وفي اسبانيا لا تمنع قوانينها التخنث أو غيره من الشذوذ صراحة ولم تنظمها بشكل دقيق(٣).

من خلال ما تقدم يتضح اثر الاتجاه النفعي في فلسفة التشريعات الأوربية في سياساتها الجنائية إزاء التخنث والظواهر المرتبطة به اباحة ام تجريماً فلم تأتي القواعد القانونية لتجريم التخنث استناداً الى ان السلوك ينتهك قيمة أخلاقية راسخة في ضمير المجتمع او تخالف ثابتاً دينياً في عقيدة الجماعة، فالتجريم مناطه الحفاظ على أمن وسلامة المجتمع من الاضرار وما يترتب عليه من مخاطر وتبعات امنية على نقيض معظم التشريعات العربية التي تجرم التخنث لذاته سواء مورس في الخفاء او في العلن مع امتداد التجريم الى كافة الأنشطة المرتبطة بالتخنث(٤).

---

(١) كما حصل بالنسبة إلى (أوغندا) عندما قررت كل من هولندا والدنمارك والترويج والاتحاد الأوربي، ايقاف مساعدتها لهذا البلد بسبب القراره قانوناً يعاقب على المثلية الجنسية ومن الدول العربية الرافضة لهذا التوجه أيضاً كل من الجزائر ومصر والمملكة العربية السعودية، في تفصيلات ذلك الجزائر ترفض قرار الأمم المتحدة للسماح بالشذوذ الجنسي مقال منشور في صحيفة (البلاد) الإلكترونية في عددها الصادر في ٢٤/٧/٢٠١٥، متاح على الموقع: http://www.elbilad.net/article/detail?id=20404 (تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/١١).

(٢) سعيد الاله مجيد، البغاء في اوروبا بين نموذجين الألماني المتسامح والسويدي الصارم، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.elaph.com/web/news

(٣) بحث تفاعلي حول تشريعات أوروبية للبغاء على الموقع الالكتروني: www.france24.com.ar

(٤) عبد الحسين البهادلي والمستشار وليد محمد الشبيبي، القرارات التمييزية للدعاوى الجزائية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٦، ص١٠٧.

ولم يقف نطاق انتشار المثلية الجنسية عند هذا الحد بل تعداه إلى مواقع الانترنت والمدونات الإلكترونية الخاصة والصحف والمجلات التي بدأت تجاهر علناً وعلى مرأى ومسمع من الكافة، بنشر التحقيقات حول انتشار المثلية الجنسية الطوعية بين أوساط الشباب العربي، إذ يجتمع المثليون العرب في المقاهي الفخمة في لبنان والقاهرة ودبي والكويت والمغرب ودول عربية أخرى، وبدعم من منظمات دولية، ويقومون جهاراً بعملية دعوة وتسويق من أجل ضم المزيد من الاعضاء الجدد إلى تنظيمهم العام؛ إذ عادة ما يقومون في لبنان بأعمال عامة، من تظاهرات ووقفات احتجاجية من خلال جمعية (حلم)، وهي الجمعية الأولى من نوعها في الوطن العربي، إذ تضم أكثر من (٣٠٠) شخص، وتهدف إلى حماية المثليين والمثليات ومتحولي الجنس ولها موقع خاص على الانترنت، ولها مجلة خاصة بها تسمى (برا). وتحظى بتأييد كل من فرنسا واستراليا والولايات المتحدة الأمريكية، من خلال التمويل والدعم المالي والحماية من تعسف السلطات اللبنانية، التي تدرك بأنها ستواجه شكاوى خارجية في حال اتخاذها موقف رافض[1].

وفي لبنان أيضاً هناك جمعية أخرى هي (ميم)، وهي جمعية مصرح لها رسمياً من قبل السلطات اللبنانية ومختصة بالدفاع عن النساء المثليات وتسوق لنفسها عن طريق بعض الصحف اللبنانية، فضلاً عن أن لها مجلة الكترونية خاصة بها، تسمى (بخصوص)، أطلقت عددها الثاني،

---

(١) تأسست جمعية (حلم) عام ٢٠٠٤، والكلمة تتألف من الحروف الأولى لـ(حماية لبنانية للمثليين)، سجلت بداية في كندا، كجمعية لا تبغي الربح، ولكنها تعد نفسها الآن مسجلة قانوناً في لبنان، وهي تتباهى برفع علم قوس قزح (علم المثلية الجنسية) على مكاتبها تقيم العديد من الندوات والمؤتمرات الخاصة بمثلي الجنس لها نشاطات ثقافية عدة، منها اطلاق كتاب رهاب المثلية)، فضلاً عن ذلك، أصدرت عام ٢٠٠٩ كتيباً عن المثلية تحت مسمى (مش عن النبات) في تفصيلات ذلك: د. نهى عدنان القاطرجي، الغزو الناعم (دراسات حول أثر العولمة على المرأة والأسرة والمجتمع)، الدراسة العاشرة ظاهرة الشذوذ في العالم العربي (الأسباب والنتائج وآليات الحل)، مرجع سابق، ص٢٥٠.

فضلاً عن ذلك أطلقت في لبنان مجلة جنسية جديدة تدعى (جسد)، تتناول وبكل جرأة بالصورة والكلمة، موضوعات جنسية إباحية، ومن بينها الشذوذ الجنسي والخنوثة. وفي المغرب أيضاً، وتزامناً مع اليوم العالمي للشواذ في (٢٧/٦) من كل عام، أعلن مثليون مغاربة في يوم ٢٠٠٧/٦/٢٧ عن تأسيس جمعيتهم الخاصة تحت مسمى (كيف...كيف) بمعنى (سواسية) وتهدف هذه الجمعية إلى المطالبة بالحقوق الاجتماعية والقانونية لمثليي الجنس، ولها موقع خاص على شبكة الانترنت، وتحظى بدعم كبير من أحد التنظيمات السويسرية المسماء(best homo) الذي يعد من أبرز التنظيمات الداعمة لشواذ المغرب مادياً ومعنوياً ومن الجدير بالذكر أن مثليي الجنس في المغرب يديرون موقعا للإنترنت يحمل اسم (شبكة تجمع مثلي المغرب)، ويؤكد المسؤولون عن الموقع بانه مشروع مغربي لا يستهدف الربح المادي، وإنما يسعى إلى المساواة الاجتماعية والقانونية للمثليين[١].

يتبين لنا من كل ما تقدم، أن عوامل انتشار التخنث متساندة ومتعاضدة، يشد بعضها بعضاً، فالعوامل الداخلية تستمد الدعم المادي والمعنوي من العوامل: الخارجية وبالمقابل فإن الأخيرة تستمد الشرعية والوجود على أرض الواقع من العوامل الداخلية، وهكذا، تتصاعد وتيرة تأثيرات هذه العوامل في نشر الخنوثة، والمناقضة للشرع والقانون وإيجادها إلى حيز النور.

---

(١) وتتناقل الأوساط الشعبية والإعلامية أن بعض أعضاء البرلمان والحكومة والشخصيات الاقتصادية والسياسية النافذة في المغرب محسوبة سراً على المثلية الجنسية في تفصيلات ذلك: عبد الرحمن خيزران جمعية خاصة لشواذ المغرب بدعم دولي مقال منشور في موقع حزب الاستقلال في ٢٨/٦/٢٠٠٧، متاح على الموقع: http://www.estqlal.com/article.php?id=10145 (تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/١٢).

المبحث الثاني

ضرورات التجريم والعقاب لظاهرة التخنث

إن فلسفة التجريم والعقاب في جميع المجتمعات وعلى مر العصور ما هي إلا موازنة يجريها المشرع بين المصالح والمضار التي ينطوي عليها السلوك البشري، فيتم تجريم الأفعال التي تنطوي على قد أكبر من المضار على المجتمع وإن كان فيها تقييداً لحريات الأفراد أو فواتاً لمنافعهم الخاصة؛ لأنَّ التجريم هنا مقرر للمصلحة العامة ولمنفعة المجتمع في سبيل تحقيق منافع معينة(١).

وفي مجال بحثنا تكون العلة الرئيسية من تجريم التخنث والتشبه بالجنس الآخر، هي الحفاظ على قواعد الأخلاق المستمدة من المثل العليا، والتي تحافظ على الفضيلة في المجتمع وتمنع إنحداره نحو الانحطاط والفساد، إذ تُعد قواعد الاخلاق ضابط يقاس بها سلوك الانسان، فهي عبارة عن مبادئ وقيم تسهم في تكوين شخصية الانسان وتضبط سلوكه في المجتمع، ويتحدد من خلالها السلوك الصائب والخاطئ للإنسان(٢).

وفي ضوء ذلك تأتي قواعد القانون الجنائي لتعالج مسألة التخنث جنائياً في سبيل إلزام الأفراد على الالتزام بالقيم والمبادئ السائدة في المجتمع الإسلامي، فهذا التجريم هو لحماية الذوق العام والاخلاق العامة من أي فعل مخل بالحياء.

ولتوضيح ذلك سنتناول هذا المبحث على مطلبين وكما يلي:

المطلب الأول: الفلسفة العامة لسياسة التجريم.

المطلب الثاني: السياسة العقابية في تقدير العقوبة.

---

(١) د. جلال ثروت، الظاهرة الاجرامية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص٧٤.

(٢) المستشار محمد فهيم درويش، الغريزة الجنسية وتأثيرها على ارتكاب الجرائم، ط١، دار النور للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٠، ص٩١.

المطلب الاول

الفلسفة العامة لسياسة التجريم

ان الجريمة واقعة اجتماعية لابد من وجودها في كل مجتمع بشري، وتبعاً لذلك لا بد من وجود حاكم يزع الناس ويسوسهم؛ لمواجهة الجرائم، و لابد له حينئذ من أداة لان يحكمهم بها، بالتالي ضرورة وجود سياسة ينتظم بها أمر الناس، وهذا ما اصطلح عليه بالسياسة الشرعية والتي تعمل على جلب المصالح، ودفع المفاسد عن المجتمع(١).

والسياسة الجنائية باعتبارها جزءا من السياسة الشرعية، فإنها تعمل على توطيد هذين الهدفين في جانبها الجنائي؛ وذلك بدفع المفاسد الناشئة عن الجريمة أو المحتمل حصولها منها اضافة الى توفير الأمن للأمة وصيانة الحقوق والممتلكات، والعمل على تحقيق ذلك بكافة الطرق والوسائل كاستصدار الأنظمة المناسبة واتخاذ الإجراءات الملائمة سواء أكانت مادية أم فكرية حسية أم معنوية دون الخروج عن أسس الشريعة وقيمها ومقاصدها وأهدافها، وهكذا تدخل ضمنها سياسة التجريم وتغليظ العقوبات أو تخفيفها والتعازير بصفة عامة(٢).

وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نخصص الاول لدراسة اساس التجريم في الشريعة الاسلامية، اما الثاني نتناول فيه أثر المدلول الاخلاقي والنفعي في سياسة التجريم.

---

(١) د. خالد رمزي، مستقبل السياسة الجنائية التشريعية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠١٦، ص ١٣٦.

(٢) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١٦٥.

الفرع الأول

أساس التجريم في الشريعة الاسلامية

النظام الجنائي الاسلامي جزء من الشريعة الاسلامية التي تقوم على اساس الدين، والدين بما له من قدسية وحرمة يكفل للنظام الجنائي الاسلامي قوة وفاعلية؛ لارتباطه بعقيدة المسلم، اذ لا يخفى ان تكوين الفرد الصالح دائما يكون نزاعا الى الخير وهو ما جعل المشرع الإسلامي في تجريمه للعديد من التصرفات والافعال يهتم بالجانب الديني والعقائدي(١).

ويقوم مفهوم التجريم في الشريعة الإسلامية على إضفاء الحماية الجنائية على مجموعة من المصالح والقيم والمبادئ التي تعمل الشريعة السمحاء على حفظها بشأن أهميتها في حفظ كيان المجتمع، فالشريعة الإسلامية تعد الأخلاق الفاضلة أولى الروافد التي يقوم عليها المجتمع، ولهذا فهي تحرص على حماية هذه الأخلاق وتتشدد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق(٢)، والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه، أن الشريعة الإسلامية تقوم على الدين الذي يأمر بمحاسن الأخلاق ويحث على الفضائل ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة(٣).

ففي الشريعة الإسلامية، فلا يمكن الحديث عن أهداف التجريم بمعزل عن أهداف الرسالة الإسلامية وشموليتها، لأن الإسلام، كباقي الأديان، جاء لإيجاد مجتمع فاضل تختفي فيه الرذائل، وتظهر فيه الفضائل، ولا يمكن أن تختفي

---

(١) بدر الدين الزركشي، تنشيف المسامع بجمع المجامع لتاج الدين السبكي، دراسة وتحقيق: د. سيد عبد العزيز، ط١، ج٤، مكتبة قرطبة للبحث العلمي واحياء التراث، ١٩٩٨، ص٩٦١.

(٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، ط١٠، ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص٦٩.

(٣) د. جمال عمر عبد الحميد محمد، المسئولية الجنائية عن عمليات تحول الجنس دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٧٦.

الرذائل إلَّا إذا كان ثمة زواجر اجتماعية تحمي المجتمع وتنقِّي جوهره الظاهر من المآثم(١).

وتعددت الآراء في أساس التجريم في الفكر الإسلامي، إذ يرى **مذهب الجبرية** أن الإنسان لا قدرة له فلا يخلق أفعاله(٢)، وأصلا لا إرادة له ولا اختيار وهو آلة محضة كالسكين بيد القاطع(٣)، وتعليلهم أن الله هو خالق الأشياء و الإرادات والأفعال فالفعل لله وحده، قدرة الله تعالى فقط بلا قدرة من العبد أصلا(٤)، ونسبة الأفعال للأفراد على سبيل المجاز ونتيجة لذلك لا يجوز تكليف الإنسان بعمل لا دخل له فيه ولا يصح عقاب الإنسان تجاه شيء لم يفعله.

أما مذهب المعتزلة يرون أن الله خالق لكل شيء وقد خلق في الإنسان قوة تمكنه من سلوك الطريق الذي يريده، فالعبد مستقل بإجاد فعله بقدرته وإرادته ودواعيه، ولولا ذلك لم يحسن التكليف والثواب والعقاب، لكنهم قالوا: إن تلك القدرة والداعية مخلوقتان من الله(٥)، ومن ثم فإن أتى بمعصية فهي مسندة إلى إرادته في المقابل الله سبحانه وتعالى لا يعاقب الإنسان على أمور ليست من أفعاله، ولا يقبل أن يقدر عليه أمرا ثم يفرض عليه عقوبة لارتكابه، فللإنسان إرادة حرة مطلقة في كل ما يفعله وبذلك فهو مخير في أفعاله وله أن يختار بين الشر والخير والدليل قوله تعالى "أنا هديناه السبيل أما أن يكون شاكرا إما كفورا "وكذاك" وهديناه النجدين".

---

(١) ناصر قربانيا، فلسفة العقوبات، مجلة المنهاج البيروتية، عدد ٢٤، السنة السادسة ٢٠٠٢م/١٤٢٢هـ، ص٨١.

(٢) بدر الدين الزركشي، مرجع سابق، ص٩٦٢.

(٣) زكريا الأنصاري، غاية الوصول في شرح لب الأصول، ط٢، دار الكتب العربية الكبرى، بلا مكان نشر، ١٩٣٦، ص١٦٧.

(٤) حسن بن محمود العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج٢، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر، بلا تاريخ، ص٥٣٢.

(٥) بدر الدين الزركشي، مرجع سابق، ص٩٦٢.

ويرى **الأشاعرة** أن للإنسان القدرة، ولكن لا تأثير لقدرته وله أفعال والله خالقها، وله إرادة أيضاً تستند أفعاله إليها، فالله هو مقدر أفعال العباد إلا أن فعلها هو من العبد لا من الله وبذلك يعد مختار في أفعاله(١).

ومن الملاحظ أنه عند الجبرية لا قدرة لإنسان ولا إرادة ولا فعل، وعند المعتزلة للإنسان قدرة مطلقة، وهذا الرأي يتعارض مع قوله تعالى "لمن شاء منكم أن يستقيم وما تشاءون إلا أن يشاء الله رب العالمين"، أما عند الأشاعرة فله حرية الاختيار، وهذه الحرية وهذا الاختيار يحتم توضيح وتحديد الأفعال التي يعاقب على فعلها حتى يعلمها الفرد ويجتنبها.

أما مذهب الإمامية فيذهب إلى ان التجريم في الشريعة الإسلامية أداة اجتماعية تساعد الفرد والمجتمع الإسلاميَّين على تحقيق أهداف الرسالة المُنزلة ومقاصدها، لأن المعاصي أو المخالفات والجرائم، تعدّ انحرافاً عن هذه الغايات والمقاصد وتجاوزاً لها، لذلك شُرِّع التجريم للحيلولة دون هذا الانحراف أو التجاوز، ولردِّ الإنسان المسلم إلى جادة الطريق المستقيم، لذلك فالتجريم في الشريعة غير مقصود بذاته، وليس الهدف منه إنزال الأذى والألم بالجاني انتقاماً أو لمجرد الأذى، يقول عزَّ وجل: {ما يفعل الله بعذابكم إن شكرتم وآمنتم}(٢)، وإنما له أهداف متعددة تتمثل في الردع بنوعيه الخاص والعام، وإصلاح الجناة وتأهيلهم وتأديبهم وتحقيق العدالة، وحماية المصالح الفردية والاجتماعية، والدفاع عن القيم الدينية والأخلاق، بالإضافة إلى التكفير عن الذنب أو المعصية، وأهداف أخرى تسهم جميعها في تحقيق مقاصد الشريعة في الخلق والاستخلاف الإلهي للإنسان في الأرض(٣).

---

(١) محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير، ج١، الدار التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤.

(٢) [النساء: الآية ١٤٧].

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي الجريمة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢١٩.

فالأسباب التي تدعو للتجريم وفقاً للمذهب الامامي هي:

١- تحقيق العدالة: من أهم أهداف الشريعة الإسلامية تحقيق العدالة في الأرض، وحثّ الإنسان المسلم على العمل بمقتضى العدل في جميع الأمور، بينه وبين نفسه وبينه وبين الآخرين، وبين الحاكم والمحكوم، وبين الغني والفقير، وبين الظالم والمظلوم، لا استثناء في ذلك لأحد، فالجميع سواسية كأسنان المشط أمام العدالة الإلهية، يقول عزَّ وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[١]. ويقول سبحانه أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ لِلّهِ شُهَدَاء بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾[٢].

وتشريع التجريم، وتحديد عقوبة كل جريمة من طرف الشريعة في الدنيا والآخرة، والمساواة في تنفيذها وتطبيقها، يحقق العدالة بوصفها قيمةً منشودة لذاتها، يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[٣]، لأن كل شيء في الكون قائم على العدل والقسط، يقول تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[٤]. وتبقى عقوبة القصاص من أفضل الأمثلة في الشَّريعة على عدالة هذه العقوبات[٥].

ومن أوجه العدالة، في عقوبات الحدود والقصاص والتعازير، أن العقوبة

---

(١) [النحل: الاية ٩٠].

(٢) [المائدة: الاية ٨].

(٣) [النحل: الاية ١٢٦].

(٤) [الحديد/٢٥].

(٥) السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، كتاب الحدود، ج٢٣، ص٢٣٢.

تتناسب مع الجريمة تناسباً تامَّاً، ذلك انه مع تفاوت مراتب الجرائم، لم يكن بد من تفاوت مراتب العقوبات، فمن غير المعقول ان تكون عقوبة جريمة التخنث متساوية مع غيرها من الجرائم كالقتل والسرقة نظراً لاختلاف جنس الفعل المجرم وضرره ودوافعه(١).

١- تحقيق المنفعة أو المصلحة: اتَّفق الفقهاء، في الماضي والحاضر، على أنَّ الأحكام معلَّلة بجلب المصالح ودرء المفاسد، فالأحكام معللة بجلب المصالح ودرء المفاسد، وأنَّ وضع الشَّرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً"(٢).

فالشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله، وحيثما كان شرع الله فثم مصلحة، بل إن نجم الدين الطوفي الذي اشتهر بالقول بإمكان التعارض بين النصوص والمصلحة، نجده يقول: "وبالجملة، فما من آية من كتاب الله عز وجل إلَّا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح". ثم يضيف: إن شأن السنَّة كشأن القرآن لأنها، كما يقول:{بيان للقرآن، وقد بينا اشتمال كل آية منه على مصلحة، والبيان على وفق المبين}"(٣).

والفقهاء، وإن اختلفوا في تحديد المصلحة أو المنفعة وبَعْضِ عِلَلِ الأحكام في عدد من الموارد، فإنَّهم متفقون بشكل عام على أن المقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر، وحمايتهم من المفاسد، واستنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، وكفهم عن المعاصي، وبعثهم على الطاعة(٤).

---

(١) د. عبود سراج، التشريع الجزائي المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري/ عبود السراج؛ تقديم محمد الفاضل، ط٥، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٣، ص٤٤.

(٢) نقلًا عن عبد الفتاح إمام، الحقوق في الإسلام والقوانين في هذه الأيام، ص٦٣.

(٣) د. أحمد الريسوني، النص والمصلحة بين التطابق والتعارض، مجلة التجديد، عدد ١٨٢، ٢٣ يونيو ٢٠٠١م، ص١٧. نقلًا عن عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي في ما لا نص فيه، دار القلم، ط١، الكويت، ١٣٩٢هـ، ص١١٦.

(٤) حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الاسلام دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٨٩.

فتشريع العقاب ، مبني على أهداف وغايات سامية، وهي إصلاح الإنسان (فرداً ومجتمعاً)، وهدايته إلى الطريق المستقيم، المفضي به إلى سعادته في الدَّارين، يقول عزَّ وجل: {ونزَّلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين} [١]، ويتفق علماء الشافعية مع الامامية في هذه الغاية إذ يقول الماوردي الشافعي: "اعلم أن الله، سبحانه وتعالى، إنما كلَّف الخلق متعبداته وألزمهم مفترضاته، وبعث إليهم رُسله، وشرَّع لهم دينه، لغير حاجة دعته إلى تكليفهم، ولا ضرورة قادته إلى تعبُّدهم، وإنما قصد نفعهم، تفضُّلًا منه عليهم، كما تفضَّل بما لا يُحْصى عدّاً من نعمه، بل النعمة فيما تعبَّدهم به أعظم، لأن نفع ما سوى المتعبدات مختص بالدنيا العاجلة، ونفع المتعبدات يشتمل على نفع الدنيا والآخرة... فكانت نعمته في ما حظره علينا، كنعمته في ما أباحه لنا، وتفضله في ما كفنا عنه، كتفضله في ما أمرنا به"[٢].

فكلُّ ما أمر به الشارع فيه مصلحة ومنفعة في الدنيا أو الآخرة، وكل ما نهى عنه فيه مفسدة في الدنيا أو الآخرة كذلك، وقد أثبت الاستقراء . كما يقول الشيخ أبو زهرة . أن كل ما جاء به الشرع الإسلامي، من أحكام منصوص عليها، هو لمصلحة الناس، فما من أمر أمر به الشرع وتتبعت نتائجه وآثاره بعقل سليم من الآفات الفكرية، إلا وجدت فيه المصلحة واضحة نيِّرة هادية، وما من أمر وجدت الشارع الإسلامي ينهى عنه إلا رأيت المضرَّة فيه بارزة[٣].

وهذا واضح جلي، في جريمة التخنث، فأساس التجريم فيها أنها مفسدة؛ لأنَّ الرجل في هذه الجريمة لا يظهر على فطرته السليمة التي خلقها الله عليه ولا يمارس دوره الطبيعي في المجتمع مما يصيب المجتمع الاسلامي بالهوان

---

(١) [النحل/٧٩].

(٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١٣، ١٩٩٤م، ج١، ص٦٠٩.

(٣) أبو جعفر محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق: عبد الرحيم رازي، محمد، ج١، المكتبة الاسلامية، طهران، ١٩٧٧، ص١٣.

والضعف، يقول عزَّ وجل: ﴿أَعْطَىٰ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَىٰ﴾[١]، لذلك فتخنث الرجال وظهورهم بمظاهر وافعال النساء لا يتحقَّق معه الهدف من استخلاف الانسان في الأرض. لذلك، فتجريم التخنث والنهي الإلهي عن إتيانه ليس اعتباطياً، وإنما لكون إتيانه يؤدي إلى فساد البشر، وهذا مناقض للحكمة الإلهية في الخلق والاستخلاف[٢].وفي القرآن ما يشير إلى ذلك، منها قوله عز من قائل: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾[٣].

وخلاصة القول إن المصلحة هي مناط التجريم والعقاب في آن واحد، فلا تجريم لفعل إلَّا إذا كان ضارَّاً، سواء حيال الفرد أم حيال المجتمع، وإلا إذا حقق هذا التجريم مصلحة للأفراد وللمجتمع على حد سواء[٤].

٢- إصلاح الانسان وتهذيبه: إنَّ التجريم في الشريعة ليس مقصوداً لذاته، فليس هدف الشريعة الأساسي تعذيب العاصي أو المخطىء والانتقام منه على مخالفة أمر الشارع، وإنما هدفها الحقيقي، بالإضافة إلى تحقيق العدالة والمصلحة العامة والخاصة، إصلاح المجرم وتهذيبه، وهدايته ودفعه لسلوك الطريق المستقيم الذي يوصله إلى كماله الرُّوحي والجسدي، لأن المنهج الربَّاني لا يأخذ الناس بالعقاب وحده، وإنما يرفع سيف القانون يصلِّته ليرتدع من لا يردعه إلَّا السيف، فأما اعتماده الأوَّل فعلى تربية القلب وتقويم الطبع وهداية الروح[٥].

والعقوبة إنما هي جُزء مكمل في منهج إسلامي متكامل للتربية والتقويم والتهذيب. فالإيمان بالغيب وبالجنَّة والنار، وتشريع العبادات،

---

(١) [طه: الآية ٥٠].

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص٣٠.

(٣) [الأعراف: الآية ٨٥].

(٤) د. عبد الرحيم صدقي، مرجع سابق، ص٧٩.

(٥) المستصفى، من علم الأصول، دار الأرقم بن أبي الأرقم ج١، بلا تاريخ، بيروت، ص٦٣٦ و٦٣٧.

من صلاة وصوم وزكاة وحج وغيرها من الواجبات، الهدف منه السموُّ بالإنسان المسلم نحو مراتب الكمال أو التقوى، لذلك يقول سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾(١)، وحول الصيام يقول عزَّ من قائل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾(٢)، وعن فريضة الزكاة وأهميتها في تزكية النفس يقول سبحانه وتعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾(٣). وقد نصَّت الشريعة على مجموعة من التدابير لإبعاد الإنسان المسلم عن كل ما من شأنه أن يقرِّبه إلى المعصية أو يدفعه باتجاهها، وخصوصاً تهيئة الفضاء الاجتماعي النَّظيف والخالي من الدوافع المباشرة وغير المباشرة التي تجعل طريق المعاصي والجرائم سهلًا ميسَّراً، فالمجتمع الذي تحكمه شريعة الإسلام، لا يمكنه أن يسمح بتشبه الرجال بالنساء أو تغيير جنسهم بلا ضرورة يبيحها الشرع أو ان يشذون جنسياً، وبالتالي فالتدابير الوقائية والاحترازية التي نصت عليها الشريعة، إنَّما تصبُّ في الإصلاح والتأهيل، وهذا هو الأسلوب العلمي الناجع في معالجة الجريمة، واجتثاث جذورها من المجتمع ومن نفوس أفراده، أما إذا تمادى الإنسان المسلم في غيِّه واتبع هواه، واستمع لنداء الشهوات المحرَّمة، فهنا يأتي العقاب ليذكّره بأنه قد ظلم نفسه بتعدِّيه حدود الله، يقول سبحانه وتعالى: {ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه}(٤)، فعليه أن يتدارك ذلك بالتوبة والرجوع إلى الطاعة، فما من معصية أو جريمة إلا وفيها مضرَّة ومفسدة، لأنها ظلم إما للنفس أو للآخرين، والتوبة هي إصلاح لهذا الفساد أو الضرر

---

(١) [العنكبوت: الاية ٤٥].

(٢) [البقرة: الاية ١٨٣].

(٣) [التوبة: الاية ١٠٣].

(٤) [الطلاق/١].

الذي تسبَّب فيه الإنسان عندما أقدم على المعصية أو الجريمة[١].

من هنا تتبيَّن أهمية التجريم في الإسلام، وكونه وسيلة إصلاحية، تضع بين يدي المذنب أو العاصي إمكانية الرجوع إلى الطَّاعة والحق، وإصلاح ما أفسد، ومعالجة الضرر الذي تسبَّبت فيه جريمته[٢]، يقول عز من قائل: ﴿وَإِذَا جَاءَكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنكُمْ سُوءًا بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِن بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ فَأَنَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٣].

ويرى فقهاء المذهب الجعفري، أن التَّوبة مسقطة للعقوبة، يقول الحلِّي: "وما يجب عليه من حدود الله التي لا تختص بالمحاربة كحد الزنا والشرب واللواط، فإنها تسقط عندنا بالتوبة قبل رفعه إلى الحاكم والقدرة عليه، وكذلك كل من وجب عليه حدٌّ من حدود الله تعالى، من شرب الخمر أو الزنا من غير المحاربين، ثم تاب قبل قيام البينة عليه بذلك، فإنها بالتوبة تسقط"[٤].

إذن فأساس العقاب في الإسلام هو جلب المصلحة ودفع المفسدة التي تنشأ عن الجريمة، والمحافظة على المصالح المعتبرة في الإسلام، أي الضروريات الخمس بوصفها أساسا لقيام إنسانية فاضلة، وذلك رغم أن العقوبة في ذاتها أذى لمن وقع عليه العقاب، فالعقوبة أذى شرع لدفع

---

(١) محمد بن إدريس الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، إعداد علي أصغر مراويد، مؤسسة فقه الشيعة والدار الإسلامية، ط١، ج٢٣، بيروت، ١٩٩٠م، ص٢٧٥.

(٢) العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج٤، دار الفكر، ط١، بيروت، ١٩٩٨م، ص٥٤٢.

(٣)[الأنعام: الآية ٥٤].

(٤) محمد بن إدريس الحلي، السرائر، ضمن سلسلة الينابيع، ج٢٣، ص٢٧٥؛ والسيد علي الطباطبائي رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، ج١٠، ط١، دار الهادي، بيروت، ١٩٩٠م، ص٣٧.

المفاسد، ودفع المفاسد في ذاته مصلحة، بل ان دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة[١].

فالعقوبات أحكام شرعية لها طرق شرعية، لا تتم مصلحة الأمة إلا بها، ولا تتوقف على مدع ومدعى عليه، بل لو توقفت على ذلك: فسدت الأمة واختل النظام[٢].

ولذلك نجد أن ما بدأت تقترب منه السياسة العقابية في النظم المعاصرة من تطور ونظرة موضوعية ومتوازنة في هذا المضمار سبقت إليه الشريعة الإسلامية قبل ما يزيد على أربعة عشر قرنا من الزمن فالشريعة الإسلامية في نطاق نظامها العقابي تميزت عن غيرها من الديانات والتشريعات الوضعية بالتصدي بالعقوبات المناسبة لكافة صور الاعتداءات التي تنال أو تمس من المصالح الأساسية، وكل ما من شأنه إثارة النوازع الإجرامية في النفس البشرية ووضع العقوبة الملائمة لذلك.

ونظرة الإسلام للعقوبة على أنها وسيلة وليست هدف، فالإسلام لا يقيم تربية الفرد على أساس العقوبة فحسب بل لا يلجأ إليها إلا بعد أن يتمرد الإنسان على تعاليم الإسلام وأوامره ولا يُلقي لها بالا، فكانت العقوبة هي آخر العلاج، وغاية ما يتشوف إليه الإسلام هو صلاح الفرد واستقامة حاله لذا (فإن جميع الأساليب التي شرعها الله للوقاية من الجريمة والقضاء عليها تهدف إلى إصلاح نفس المسلم واستقامة سلوكه ليكون إنساناً صالحا)[٣]، والأهداف التي يسعى الإسلام إليها من خلال إيقاع العقوبة راعت جوانب مختلفة ومتوازنة بين مصلحة المجرم ومصلحة المجتمع.

أما بالنسبة للديانة المسيحية فان البروتستات هم الاكثر معارضة لخنوثة

---

(١) محمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية في سياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، دار المدني للطباعة والنشر، جدة، بلا سنة نشر، ص٦٠.

(٣) محمد قطب، بحث عن أثر التربية الإسلامية في مكافحة الجريمة، منشور ضمن أعمال الندوة العلمية لدارسة تطبيق التشريع الإسلامي، الرياض، بلا سنة نشر، ص٢٨١.

اذ تعدها سوك غير اخلاقي، اما الكاثوليك فان الكنيسة الكاثوليكية تمنع منح سر الكهنوت لمخنثين، ولا تسمح للرجال والنساء منهم دخول سلك الرهبنة، وتصر على ان أولئك الذين ينجذبون الى اشخاص من نفس الجنس، مما يوجب عليهم ممارسة العفة، وتفرق الكنيسة بين ظاهرة التخنث كميول وبين الممارسة، اذ ان الانسان لا يتحكم بهويته الجنسية ؛ ولكنها تعد ممارسة الخنوثة خطيئة فهي تراه مخالف للقانون الطبيعي(١).

وتى الباحثة و يتضح لنا بان اساس تجريم التخنث في الشريعة الاسلامية مبناه جلب المصلحة للمجتمع من خلال القضاء على السلوكيات المنحرفة التي تنشر الفساد فيه، فالشريعة الاسلامية تجرم التخنث لذاته ولو لم يحصل من هذا التجريم أي منفعة، ومناط ذلك أن التخنث بحد ذاته مخالف للأخلاق والمبادئ العليا التي يدعو إليها الأسلام ومن هنا جاءت الضرورة بوجوب تجريمه.

الفرع الثاني

أثر المدلول الاخلاقي والنفعي في سياسة التجريم

تتحدد المصلحة المحمية في ظل المدلول الأخلاقي فيما يتعلق بجرائم الأخلاق وفقاً لمجموعة من القيم الإجتماعية ذات مصدر ديني وأخلاقي، وهذه القيم شأنها شأن القاعدة القانونية تتوجه بخطابها إلى الفرد؛ لتحثه على التحلي بالأخلاق والفضيلة، وأن يتجنب كل فعل أو قول يتعارض معها ويجعله عرضة للوم الأخلاقي(٢).

وبناءً عليه أصبح للرجل مظهرة المعروف اجتماعياً والذي إذا ما التزم به لن يلحقه أي لوم اجتماعي أو مسؤولية جنائية، هذا وإن القواعد الأخلاقية التي

---

(١) علاء زكي مرسي، مرجع سابق، ص١٢.

(٢) د. محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العِرض في الشريعة الاسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٥٢٥.

تشكل مصدراً للمدلول الأخلاقي ترجع أساساً إلى الدين؛ بالنظر للصلة القوية بين الدين والأخلاق، إذ نجد أن كل قاعدة أخلاقية سائدة في مجتمع ما يكون مصدرها في الغالب من الأحوال راجع إلى مبادئ الدين التي يؤمن به أفراد ذلك المجتمع(١).

لذلك فأن نقاء العرض وتجنب السلوك الشاذ ليس حقاً لصاحبه فحسب بل للمجتمع نصيب فيه يفرض عليه صيانة جسده وسلوكه من كل ما من شأنه ان يعرضه للإنحطاط ولخدش الحياء العام(٢).

ويهدف المدلول الاخلاقي للعرض الى تحريم السلوكيات المنحرفة وغير المشروعة. وإن عدم شرعية تلك السلوكيات يتحدد بوقوعها خارج القواعد الطبيعية للسلوك الانساني، وعدم موافقتها للفطرة السليمة للانسان التي تقتضي إباحتها، وبذلك يكون للسلوك المشروع اهمية كبيرة في المدلول الاخلاقي، لأنَّ هذا السلوك يحقق مصلحة المجتمع في تأسيس مجتمع فاضل وما يرتبط به من مصالح(٣).

كما يهدف هذا المدلول الى ابعاد المجتمع عن الفوضى التي تلحق به ضررا كبيرا فهي تؤدي الى الفساد الأخلاقي وانتشار الامراض في المجتمع وما يصاحب ذلك من اختلال في العديد من النظم القانونية، كما ان حماية الفرد وحفظه من اي سلوك منحرف كالتخنث له صله بتحقيق السلام الاجتماعي اذ تؤدي افعال الشذوذ والتخنث الى المساس بالسلام الاجتماعي لما لتلك الافعال من اثار جسيمة على الفرد والمجتمع؛ بحيث تخدش الحياء العام ولا تراعي الاداب والاخلاق العامة، فصيانة الفرد في نظر المدلول الاخلاقي هي صيانة للمتجتع، وهذا يستلزم الاخذ بسياسة شرعية تتسم بكونها تحقق توازنا بين مصلحة الفرد

---

(١) د. جلال ثروت ود. محمد زكي أبو عامر، علم الاجرام والعقاب، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩٩، ص١١.

(٢) د. علي أبو حجيلة، الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، دار وائل للنشر، الاردن- عمان، ٢٠٠٣، ص١٦.

(٣) د. محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الاسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٣.

ومصلحة المجتمع من خلال وضع ضوابط لتجريم الافعال والسلوكيات التي ترتبط بالتخنث[١].

ومناط التجريم في المدلول الأخلاقي وفقا لمجموعة من القيم الاجتماعية ذات مصدر (ديني وأخلاقي) وهذه القيم تتوجه بخطابها الى الفرد لتحثه على التحلي ب(الاخلاق والفضيلة) وان ينأى بنفسه عن كل تصرف يتعارض مع مقتضيات الحفاظ عليها وإلا كان فعله محلا للوم الاخلاقي؛ فالقواعد الاخلاقية تشكل مصدرا للمدلول الاخلاقي للفرد وتعود اساسا الى الدين فالصلة بين المدلول الاخلاقي والدين صلة وثيقة اذ ان القواعد الاخلاقية المقبولة في اي مجتمع ترجع بصفة اساسية الى الدين السائد في ذلك المجتمع فالدين والأخلاق لا انفصام بينهما[٢].

وقد راعت السياسة الجنائية الإسلامية في صيانتها للأعراض التوفيق بين اعتبارين هامين:

الأول هو ثبات التشريع الجنائي في جانب منه وأبرز دليل طائفة جرائم الحدود، والثاني مرونته من جانب آخر حتى يستطيع مواكبة التطورات التي تجلبها التغيرات المستمرة لظروف وحاجات المجتمع ودليلها جرائم التعازير التي تعطي لولي الأمر سلطة تقديرية واسعة بصدد التجريم والعقاب[٣].

ويترتب على بناء السياسة الجنائية على مبادئ المدلول الأخلاقي جملة نتائج أهمها:

أولآ حظر كافة الأفعال الشاذة والتي تتعارض مع الاعراف الاجتماعية والاسلامية السائدة مثل التخنث، ولا يرفع عنها صفة التجريم وقوعها برضاء صاحبها وفقاً لمنظور الحريات الشخصية، كما لا تأثير لحصول هذهِ الأفعال في

---

(١) د. اشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص١٥.

(٢) المرجع نفسه، ص١٦.

(٣) د. محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الاسلامي، ط١، دار المعارف، ١٩٧٨، ص٢٨٥.

غير علانية ولا لطبيعتها على تجريمها وأن كان لها تأثير في مقدار ما يستحقه من عقاب هذا من جانب[١]،

و ثانياً تفترض ثبات مضمون الأفعال الشاذة وعدم تغيرها في الزمان والمكان بالنسبة لأبناء ذلك المجتمع، إلى درجة ذهب معها البعض إلى القول بأن الجرائم الأخلاقية تنتمي إلى طائفة الجرائم الطبيعية التي لا يلحقها التطور؛ لأنَّ التخنث – كجريمة اخلاقية – لو حدث في أي زمان ومكان لخدش حياء المجتمع الذي حدثت فيه، ومست بأخلاقياته وآدابه[٢].

وترى الباحثة انها تتفق تماماً مع من يذهب إلى القول بأن السياسية الجنائية الاسلامية ذات أثر واضح في دعم القيم الأخلاقية، وهو ما يستوجب بالضرورة عدم إغفالها في مرحلة التخطيط لسياسة جنائية جديدة تأخذ بحسبانها القيم الدينية والأخلاقية السائدة وتعمل على المفاضلة بين المصالح المحمية وتغلب المصلحة العامة في حالة تعارضها مع المصلحة الخاصة، وعلى وجه الخصوص في نطاق الجرائم الأخلاقية[٣].

أما المدلول النفعي فيرجع ظهوره للجرائم الماسة بالعرض والحياء العام إلى بداية الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وسيطرة النظم العلمانية على مختلف المفاهيم الاجتماعية التي انعكس أثرها على التشريعات[٤]، إذ نتج عن مبادئ هذه الثورة العلمانية الفصل بين الدين والدولة وعدم جواز تدخل السلطة الدينية في شؤون السلطة الزمنية والعكس صحيح، فأصبحت مسألة تحديد المصالح التي ينبغي أن تسعى السياسة الجنائية إلى حمايتها عن طريق قواعد القانون الجنائي من اختصاص السلطة الزمنية وفقاً لأسس اجتماعية نفعية بعيدة عن روح القواعد والأخلاق الدينية[٥].

---

(١) د. جلال ثروت وآخرون، مرجع سابق، ص١٤.

(٢) د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص٢٢.

(٣) د. محمد احمد خليفة، مقدمة في السلوك الاجرامي، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٢٤. وعبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص٧٤.

(٤) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص١٤.

(5) Stewart، Amodem view of the criminal law، Pergamom. press،oxford. 1965. p:16 at.18.

وقد ترتب على هذا الفصل أن مدلول الجرائم الأخلاقية قد تأثر بصورة كبيرة، وكيف لا والرأي العام قبل الخاص بدأ يدعوا إلى التخفيف من القيود التي تفرضها قواعد الدين والأخلاق، وأصبحت فكرة الحرية الشخصية لعموم أفراده في مقدمة المقدسات التي حرص قادة الثورة على التوسع في مضمونها، وإنكار حق السلطات العامة في الاطلاع على شؤون حياتهم الخاصة ومن ضمنها سلوكهم الشاذ، واصبحت بذلك الفلسفة التي تحكم السياسة الجنائية تستمد اساسها من اعتبارات الحرية الشخصية والنفعية والاجتماعية دون أي اعتبار لمقتضيات الدين أو الاخلاق(١).

وهذا كله أسهم في ظهور التجريم النفعي أو ما يطلق عليه بالتجريم التنظيمي أو القانوني، والذي يراد به التجريم الذي يهدف إلى تحقيق اغراض نفعية لا شأن لها عموماً بالقيم الاجتماعية الراسخة في المجتمع، فهذه الاهداف غالباً ما تكون جديرة بالحماية الجزائية لأهميتها وضرورتها للحفاظ على كيان المجتمع وبقائه(٢).

ويترتب على بناء السياسية الجنائية على اساس الافكار التي يتضمنها المدلول النفعي نتائج ذات عواقب وخيمة على المجتمعات ابرزها إن مناط شرعية السلوك البشري ليس توافقه مع الاخلاق والقيم السائدة، بل وفقاً لرغبة صاحبه ورضاه بما يقدم عليه تحت شعار الحريات الشخصية؛ أي ان الأصل هو إباحة السلوك الفردي مهما كان أثره على اخلاقيات المجتمع، والاستثناء هو الحظر(٣).

لذا فلا غرابة إن لا يوجد اختلاف في النظرة للأفعال الاخلاقية التي تمس عرض الانسان أو تخدش حياءه فيما بين التشريعات الجنائية النافذة اليوم، فالأخلاق الاسلامية كان يجب إن تكون اساسا للسياسات التي تقوم عليها القوانين

---

(١) د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص١٦.

(٢) د. كاظم الشمري، سياسة التجريم في القوانين الجنائية الخاصة، مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣٦، عدد خاص، ج١، ٢٠١، ص١٧٩.

(٣) د. ابراهيم حامد طنطاوي، جرائم العرض والحياء العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥.

الجنائية في المجتمعات التي تدين بدين الاسلام وهو امر طبيعي[١]؛ ذلك أن السياسة العقابية وما ينبثق عنها من النظام العقابي هي في حقيقة الأمر وسيلة لحماية المصالح الأساسية للمجتمع وذلك لمن لم تنفع معه وسائل الإصلاح والتهذيب[٢].

إذ يتضح مما تقدَّم ان المدلول الاخلاقي يتفق مع نظرة الشريعة الاسلامية للتجريم والعقاب، بينما يتفق المدلول النفعي مع النظرة لغربية للتجريم، لذا يجب على التشريعات العقابية في الدول العربية ان تلتزم حدود الشريعة الاسلامية ونظرتها للتجريم، حيث تتجلى هذه النظرة في حماية الجماعة، وصيانة نظامها، ودفع الشرور والآثام والأضرار والأخطاء والمفاسد عنها من جانب، ومن جانب أخر إصلاح الأفراد وتهذيبهم ورعاية حقوقهم وحمايتهم من أنفسهم ومن بعضهم واستنقاذهم من الجهالة والخطأ والضرر وإرشادهم من الضلالة وكفهم عن المعاصي والجرائم والمخالفات وهدايتهم نحو الطريق السوي والصراط المستقيم حتى تكون لهم السعادة والنجاة في الدنيا والآخرة[٣].

لذا ترى الباحثة أن أساس العقاب في الإسلام هو جلب المصلحة ودفع المفسدة التي تنشأ عن الجريمة، والمحافظة على المصالح المعتبرة في الإسلام، وحفظ اخلاق الأمة ومبادئها وقيمها، ودفع المفاسد في ذاته مصلحة، بل ان دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة.

أما أساس التجريم في القوانين الوضعية فانه يتمثل في حماية المصالح الاساسية والجوهرية للمجتمع[٤]، وان الحرص على حماية هذه المصالح من اي سلوك يهددها لحفظ كيان المجتمع من المفاسد والسلوكيات المنحرفة والذي يعد التخنث إحدى صورها الشائعة، فهذهِ الاسباب هي الاساس للتجريم في التشريع

---

(١) د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص٣٩.

(٢) محمد المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الاسلامية، مركز الدراسات والبحوث، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٤٢٣هـ، ص٩١.

(٣) المرجع نفسه، ص٧٣.

(٤) د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص١٧.

العراقي، ونحن نؤيد ذلك فغاية هذا التشريع هي حماية مصالح المجتمع الاساسية ودرء المفاسد عنه من خلال القضاء على جميع أشكال الفساد المجتمعي فتجريم الشذوذ الجنسي والتخنث والتشبه بالنساء واللواط يحمي مصلحة مهمة للمجتمع تتمثل بالحفاظ على اخلاقيات المجتمع واستمراره، وهذا لا يتحقق إلا من خلال التدخل التشريعي الذي يجرم هذهِ الظواهر بشكل صريح ويعالجها جنائياً لحماية المجتمع منها(١).

المطلب الثاني

السياسة العقابية في تقدير العقوبة

بينا فيما سلف أنَّ الشريعة الاسلامية تبنت قواعد الاخلاق كأساس لتجريم الأفعال المخلة بالحياة والذوق العام، ومن بينها ظاهرة التخنث، إذ يتم تجريم كل سلوك ينافي تلك القواعد والقيم التي أمر بها ديننا الحنيف، والتي سادت في مجتمعاتنا الاسلامية بغض النظر عما تحققه من منافع لأصحابها، باعتبارها خروج عن الفطرة السليمة التي خلقنا الله عليها.

فنظرة الإسلام إلى التجريم والعقاب لا تتوقف عند الحد من حرية الإنسان من عدمها، بل الأهم هو المحافظة على المبادئ والقيم العليا المتمثلة بقواعد الاخلاق وأوامرها؛ ومن هنا تتبدى لنا العلة من تجريم التخنث في الشريعة الاسلامية، وفي بعض التشريعات الجنائية العربية التي سارت بالاتجاه نفسه في تجريمها للتخنث(٢).

وسنفصل في موقف تشريعات تلك الدول من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: السياسة العقابية للتشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: النقص التشريعي في مواجهة ظاهرة التخنث في القانون العراقي (اساس النقص التشريعي).

---

(١) المستشار محمد فهيم درويش، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) د. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعة دراسة مقارنة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، بلا مكان نشر، ٢٠١١، ص ٥٤.

الفرع الأول

السياسة العقابية للتشريعات المقارنة

لقد تباينت مواقف التشريعات العقابية في الدول محل المقارنة من تجريم ظاهرة التخنث، ومن خلال مراجعة تلك القوانين يمكننا ان نستدل ان القوانين العقابية المقارنة تنقسم في موقفها من على مجموعتين؛ فالمجموعة الأولى نصَّت بشكل مباشر وصريح على تجريم التخنث والمعاقبة عليه، ومن تلك القوانين قانون العقوبات الإماراتي الاتحادي النافذ إذ يعاقب: "كل رجل تنكر بزي امرأة ودخل مكاناً خاصاً بالنساء بسنة سجن أو غرامة"(١).

ونلاحظ ان المشرع الإماراتي عالج هذهِ الجريمة في الفرع الثاني الذي عنوانه: "الفعل الفاضح والمخل بالحياء" من الفصل الخامس الموسوم بـ "الجرائم الواقعة على العرض" من الباب السابع تحت عنوان "الجرائم الواقعة على الأشخاص"، وهذا يعني ان المشرع الاماراتي اعتمد المدلول الاخلاقي في التجريم إذ نظمه تحت عنوان الفعل الفاضح والمخل بالحياء، وهذا يعكس الغاية من تجريم التخنث والمصلحة المحمية في هذا التجريم باعتبارها جريمة تهدد المجتمع وكيانه(٢).

وعالج قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل هذه الجريمة في باب الزنا على اعتبارها من الجرائم المخلة بالحياء، حيث نص بشكل صريح على تجريم التخنث بقوله: "من اتى اشارة او فعلا فاضحا مخلا بالحياء في مكان عام او بحيث يراه او يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور يعاقب بالحبس

---

(١) المادة (٣٥٩) من قانون العقوبات الإماراتي الاتحادي.

(٢) عبد اللطيف عبد الجبار، الجرائم الاقتصادية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧، ص٦٧.

مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز الف روبية او بإحدى هاتين العقوبتين"[١].

لكن المحكمة الدستورية في الكويت قضت مؤخراً بعدم دستورية هذهِ المادة من قانون الجزاء التي تجرم "التشبه بالجنس الآخر"، وأوضحت المحكمة في حيثيات حكمها أن النص لم يتضمن معياراً موضوعياً منضبطاً يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانوناً، وما يعد تشبهاً بالجنس الآخر وما لا يعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها، وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون من صور التشبه التي اعتبرت منها: "تزي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر". يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمل عليه هذه العبارة، وافتقادها إلى عناصر الضبط والإحكام الموضوعي، وانطوائها على خفاء وغموض قد يقع معه الكثير في دائرة التأثيم، إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكاً للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقاً لتقديرها ودون ضابط يقيدها، وبما قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، وهو ما يتأبى مع ما حرص عليه الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها[٢].

ونحن نؤيد هذا القرار في جزء كبيرٍ منه؛ إذ كان على المشرع ألا يستخدم عبارات واسعة وفضفاضة يمكن أن تؤول في غير موقعها الصحيح، خصوصاً واننا أمام مسألة مهمة تتعلق بحقوق الإنسان وحرياته، فالتقييد يجب ان يكون وفقاً لمعايير وضوابط واضحة ومحددة، فالتخنث الذي يتداخل في جوانبٍ منه مع

---

(١) أضيفت هذهِ العبارة إلى المادة (١٩٨) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، بموجب قانون التعديل رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ الذي صوت عليه مجلس الامة في عام ٢٠٠٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية بجلسة ٢٠٢٢/٢/١٦ في الدعوى رقم (٥) لسنة ٢٠٢١، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية في دولة الكويت: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/news/Pages/newsdetails.aspx?newsid=28 (تاريخ الزيارة: ٢٠/ ٢٠٢٢/١٢).

اضطراب الهوية الجنسية يحتاج إلى معالجة تشريعية دقيقة ومفصلة تُبين كل حالة من حالات التخنث والمعالجة الجنائية أو الإجرائية المناسبة لها.

لكن ما جاء بهِ القرار من الحكم بعدم دستورية النص الجزائي وترك المسألة في فراغ تشريعي هو أمر منتقد أيضاً، إذ كان على المحكمة الدستورية أن توجه المشرع بالتدخل ومعالجة هذا النص المخالف للدستور في أسرع وقت ممكن؛ لأنَّ عدم تدخل المشرع سيترك المسألة دون تنظيم مما يعني إباحة التخنث وعدم المعاقبة عليه بالرغم من أضراره البالغة على المجتمع(١).

وفي سلطنة عمان صدر قانون الجزاء الجديد في يناير/كانون الثاني ٢٠١٨، وجرّم هذا القانون، لأول مرة، ظاهرة التخنث بنصٍ صريح إذ عالج هذهِ الجريم في الفصل الثالث الموسوم بـ "الافعال المخلة بالحياء" من الباب السابع الذي اطلق عليه "الجرائم المخلة بالآداب العامة"، حيث تفرض المادة (٢٦٦) منه عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة وغرامة تتراوح بين مائة إلى ثلاث مائة ريال عماني على: "كل من تتكر في زيّ امرأة". بينما كان قانون الجزاء السابق يعاقب العلاقات الجنسية المثلية فقط في الحالات التي يؤدي في الأمر إلى فضيحة(٢).

وفي المملكة العربية السعودية لا يوجد، كما هو معلوم، قانون عقوبات ولا قوانين مكتوبة تتعلق بالتوجه الجنسي والهوية الجنسية، لكن المملكة تستخدم قواعد الشريعة الاسلامية كأساس للتجريم والعقاب، وتطبيقاً لذلك أصدرت المحاكم في المملكة أحكاما ضد من يمارسون التخنث بالإستناد إلى قواعد الشريعة الاسلامية التي تحرم هذا السلوك، حيث أيدت محكمة الاستئناف بالشرقية حكماً يقضي بسجن رجل سعودي لمدة ثلاث سنوات وبغرامة قدرها مائة الف ريال سعودي بتهمة ممارسة أفعال تدل على التخنث على مواقع التواصل الاجتماعي(٣).

ونعتقد بأنَّ التجريم في مثل هكذا مسائل حساسة يحتاج إلى قواعد

---

(١) د. جمال عمر عبد الحميد محمد، مرجع سابق، ص٨٠.

(٢) ينظر: قانون الجزاء العماني الصادر في كانون الثاني/ ٢٠١٨ بموجب المرسوم سلطاني رقم (٧٤/٧) لسنة ٢٠١٨.

(٣) استئناف الشرقية تؤيد الحكم بسجن مخنث ثلاث سنوات وغرامة مائة ألف ريال سعودي، تاريخ الحكم ١٦/ ٦/ ٢٠١٥، موقع سبق الالكتروني: https://sabq.org/KEygde(تاريخ الزيارة: ٢٠٢٢/١٢/١٣).

قانونية واضحة وصريحة ومفصلة، حتى لا تكون العقوبة أداة بيد القاضي أو السلطة يقذفان بها من يشاءان، إذ تنطوي ظاهرة التخنث على بعدين نفسي وجرمي، فقد يكون من يأتي هذا الفعل يعاني من إضطرابات نفسية ويكون بحاجة إلى العلاج أكثر من حاجة المجتمع إلى عقابه، فيتحقق الغرض من العقاب والزجر عن طريق العلاج، فضلاً عن ان الغاية من عقاب المخنث في الشريعة الاسلامية هي حماية الناس من فتنته وشره بغض النظر عن نوع العقوبة التي تحقق هذا الغرض؛ لذا يجب على المشرع السعودي ان يستدرك هذا النقص ويبادر إلى وضع قواعد صريحة ومفصلة في تجريم التخنث لكي تكون المعالجة الجنائية لهذهِ الظاهرة ناجعة وفعالة.

وتُعَد البحرين من الدول التي لا تجرم التخنث بشكلٍ صريح، لكنها تعتمد نصوص غير صريحة وغير محددة في قانون العقوبات للمعاقبة على نشر "الفاحشة" و "الفجور"، تتمثل في نص المادة (٣٢٤) التي تعاقب: "كل من حرّض ذكر أو أنثى على ارتكاب الفجور أو الدعارة"، ونص المادة (٣٢٨) التي تعاقب كل شخص أنشأ أو أدار محلاً للفجور أو الدعارة بالسجن لمدة تصل إلى (٥) سنوات؛ وكذلك المادة (٣٥٠) التي تجرّم كل من أتى علنا فعلا مخلاً بالحياء، وتفرض على ذلك عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز سنة واحدة وغرامة لا تتجاوز مائة دينار بحريني[1]، حيث استخدمت المحاكم البحرينية هذهِ المواد غير الصريحة كأساس للمعاقبة على حالات التخنث التي ترتكب في المملكة على اعتبار ان مصطلح الفاحشة والفجور يستغرق فعل التخنث وذلك لاتساع هذين المصطلحين حيث يدخل في مضمونهما العديد من الافعال اللا اخلاقية

---

(١) قانون العقوبات البحريني لعام ١٩٧٦ متوفر على الرابط:
http://www.legalaffairs.gov.bh/LegislationSearchDetails.aspx?id=4069#.WrS0ax3OXIU
(تاريخ الزيارة: ٢١/ ١٢/ ٢٠٢٢).

والتي تخل بالحياء[١].

ويتضح من كل ما تقدَّم أن التشريعات العقابية في الدول العربية قد انقسمت في موقفها من تجريم ظاهرة التخنث على قسمين، حيث صرَّح القسم الأول بتجريم هذا السلوك بموجب نصوص صريحة، بينما تضمن القسم الآخر نصوصاً غامضة وغير محددة للتجريم، وتكاد تتفق القوانين المقارنة على معالجة التخنث ضمن باب الجرائم اللاأخلاقية أو المخلة بالحياء والآداب، وهذا يعكس المدلول الذي أخذ به المشرع في القوانين الجنائية المقارنة كأساس لتجريم ظاهرة التخنث إلا وهو المدلول الاخلاقي، إذ أراد المشرع من وراء تجريم ظاهرة التخنث حماية كيان المجتمع ومصالحه الاساسية ودرء المفاسد والشذوذ عنه؛ لأن التخنث ظاهرة حساسة ومتداخلة مع الكثير من حالات الشذوذ الجنسي، فهي تتداخل مع اضطراب الهوية الجنسية، والتحول الجنسي، وقد تؤدي إلى المثلية الجنسية، لذا لا بد من التعامل معها بحزم ودقة وإيجاد نصوص عقابية تضمن معالجة هذهِ الظاهرة ليس من الناحية العقابية فحسب، بل من الناحية الإجرائية والاحترازية أيضاً[٢].

الفرع الثاني

النقص التشريعي في مواجهة ظاهرة التخنث في القانون العراقي (اساس النقص التشريعي)

ان التخنث باعتباره من الافعال المخالفة للآداب فهو بلا ادنى شك محرم شرعاً واخلاقاً وقد حاربته الشرائع منذ القدم، شأنه في ذلك شان الجرائم الماسة بالاخلاق العامة، لأن هذه الجرائم لا تمس الشخص وحده بل يمتد أثرها الى المجتمع باسره وتؤثر على كيانه وتحدث فيه الفساد وتوصله الى الانحلال

(١) هيومن رايتس ووتش، تقرير عن قوانين تمنع أو تسُتخدم لمعاقبة السلوك الجنسي المثلي التعبير عن الهوية الجندرية في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، ٢٠١٨، ص٥٦.

(٢) د. جمال عمر عبد الحميد محمد، مرجع سابق، ص٨٤.

والهلاك، ففي قانون العقوبات البغدادي (الملغى) صحيح ان المشرع لم يصرح بعقوبة لظاهرة التخنث، ولكنه افرد باباً للجرائم ضد الاداب ابتداءً من المادة (٢٣٢) يمكن من خلالها تكييف التخنث على انه فعلاً فاحشاً مخلاً بالحياء خصوصا وان المحاكم طبقت هذه المواد ضد اي فعل خادش للحياء ولا يتناسب مع مبادئ واخلاق المجتمع العراقي[١].

وبعد صدور قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ الذي الغى بموجب المادة (٥٠٤) منه قانون العقوبات البغدادي وذيوله وتعديلاته، فإن المشرع العراقي في هذا القانون لم يجرم التخنث كذلك بشكلٍ صريح أو مباشر، لكن عند مراجعة باب الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة وجدنا ان المشرع العراقي جاء بنص عام تضمن تجريم كل عمل علني مخل بالحياء، إذ جاء فيه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين دينارا او بإحدى هاتين العقوبتين من اتى علانية عملا مخلا بالحياء"[٢].

وأورد المشرع العراقي النص السابق في التاسع الذي أطلق عليه "الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة" ما يعني ان المشرع اتبع المدلول الاخلاقي في تجريم ظواهر الشذوذ الجنسي والتخنث وغيرها من افعال التي تخل بالأخلاق والآداب للحفاظ على اخلاقيات المجتمع ومنع السلوكيات المنحرفة التي يمكن ان تؤثر على كيانه، فالنص السابق يتضمن سلوكيات شاذة ولا اخلاقية عديدة يمكن ان يندرج تحتها فعل التخنث، ذلك ان ظاهرة التخنث هو بالفعل أمر مخل بالحياء؛ وبذلك فإنَّ تجريم هذهِ الظاهرة والمعاقبة عليها يشترط فيه ان تتم علانية لكي يتحقق الإخلال بالحياء العام، لذلك نعتقد بان هذا النص لا يكفي لوحده لمعالجة ظاهرة التخنث جنائياً، ما يعني أننا امام نقص تشريعي يجب على المشرع تلافيه ومعالجته بأسرع وقت.

---

(١) جميل الأورفلي، شرح قانون العقوبات البغدادي، مجموعة محاضرات القيت على طلاب مدرسة الشرطة العالية ببغداد، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ص٣٨٠ وما بعدها.

(٢) المادة (٤٠١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

ومن الحلول التي يمكن ان تُطرح لمعالجة هذا النقص التشريعي، هو اختصاص المحكمة الإتحادية الذي نصت عليه المادة (٩٣/ أولاً) من الدستور العراقي إذ جاء فيها بان تختص المحكمة الاتحادية العليا بـ: "الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة"؛ أي أن المحكمة في حال تم الطعن على قانون من القوانين أو نظام معين، فلها الحق بالنظر في هذا الطعن وتقرير ما اذا كان يتوافق مع الدستور، أو أنَّه يتعارض فتقضي بعدم دستوريته(١).

ومن أهم المبادئ الدستورية التي يجب ان تلتزم بها السلطة التشريعية عند وضعها للقواعد القانونية هو اتفاق تلك القواعد مع الدستور الذي يُعَد أساس النظام القانوني للدولة، وبخلاف ذلك فان النص القانون يكون غير دستوري(٢)، الأمر الذي يُلزم المشرع ان يرجع إلى الدستور كلما دعت الحاجة إلى وضع القانون، وبما ان الدستور العراقي قد نص على ان: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام"(٣).

وبالرجوع إلى ثوابت الإسلام نجد ان المذاهب الاسلامية تكاد تكون متفقة على تحريم التخنث والتشبه بالنساء عمداً باعتباره شذوذاً عن الفطرة السليمة التي خلق الله الناس عليها، على وفق ما فصلنا فيه سلفاً(٤)، وكما ذكرنا فان المشرع

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٨٠.

(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الاداري، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص٥٢.

(٣) المادة (٢/ اولاً- أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٤) ينظر في تفصيل ذلك: المبحث الثاني من الفصل الاول من هذهِ الدراسة.

والثابت ان المخنث يعاقب على تخنثه سواء فعل الفاحشة أو لا، كما فعل الرسول صلى الله عليه واله وسلم فيما رواه أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أُتي بمخنث، قد خضب يديه ورجليه بالحناء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :ما بال هذا؟ فقيل: يا رسول الله يتشبه بالنساء، فأمر فنفي إلى النقيع، فقالوا: يا رسول الله ألا نقتله؟ فقال: إني نهيت عن قتل المصلين .وصححه الشيخ الألباني -رحمه الله- والنقيع -بالنون- موضع ببلاد مزينة على ليلتين من المدينة.. هكذا قال صاحب عون المعبود شرح سنن أبي داود.

العراقي لم ينص بشكلٍ صريح على تجريم التخنث، الأمر الذي قد يُفهم منه انه بمثابة اباحة لممارسة التخنث.

لكن الأمر لا يخلو من اشكالية مهمة هي أن المحكمة في حال وجدت إن إباحة أو عدم تجريم فعل معين يتعارض مع نص دستوري، فالإشكالية تكمن ببطلان الإباحة، ومن ثم تجريم الفعل المباح، الأمر الذي قد يجعل المحكمة في مواجهة مع قاعدة الشرعية الجنائية التي نص عليها دستور ٢٠٠٥ الدائم في المادة (١٩/ ثانياً) بقوله: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص..."، بمعنى ادق أن المحكمة ستكون بين نصين دستوريين نص المادة (٩٣/ أولاً) الذي يجيز للمحكمة فحص دستورية القوانين ونص دستوري يوجب الالتزام بقاعدة الشرعية الجنائية(١).

وتأسيساً على ذلك فإننا نرى بان عدم تجريم المشرع العراقي لظاهرة التخنث في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ، يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام، باعتباره من الممارسات الجنسية الشاذة، وفي هذه الحالة فأنَّ عدم التجريم غير دستوري، وذلك بحكم تعارضه مع ثوابت احكام الاسلام التي لا يجوز معارضتها بحكم الدستور، وعندها يمكن للمحكمة الاتحادية أن تقضي بان عدم تجريم المشرع العراقي لظاهرة التخنث هو فعل غير دستوري، وأن التجريم يجب ان يشمل جميع الممارسات الشاذة جنسياً بما فيها التخنث.

وكما هو معلوم فان الدستور نسيج واحد، وأن نصوصه غير قابلة للتعارض، وقد وردت بشكل متعاقب يكمل بعضها البعض، وأنَّ عدم دستورية النص القانوني أمرٌ يُوجب على المحكمة الحكم ببطلانه، والحكم بالبطلان لابد وأن يحدث أمراً من أمرين أما الغاء نص تشريعي بالكامل، وأما تعديله، فضلاً عن

---

(١) عباس إبراهيم المالكي، المثلية الجنسية بين التجريم والاباحة في قانون العقوبات العراقي النافذ، مجلة الفنون والادب وعلم الانسان والاجتماع، كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية، العدد٧٩، ٢٠٢٢، ص٧٥.

إن قرار المحكمة هو بحكم القانون، إذ اشترط النظام الداخلي نشره بالجريدة الرسمية[١].

وبذلك فإن الطعن بنصوص المواد الواردة في الباب التاسع الخاص بالجرائم المخلة بالاخلاق والآداب العامة من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ سوف يُمكِّن المحكمة الاتحادية من إجراء مراجعة دقيقة لنصوص هذهِ المواد وما فيها من قصور ونقص تجاه بعض الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، وفي مقدمتها جريمة التخنث، ليلزم في ضوء ذلك السلطة التشريعية بممارسة دورها التشريعي الذي خصها بهِ الدستور وإلا وقعت في حومة الامتناع التشريعي[٢].

---

(١) نص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ في المادة (١٧) على ان: "الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل اي طريق من طرق الطعن وتنشر في الجريدة الرسمية اذا كان الحكم أو القرار متضمنا الغاء أو تعديل نص تشريعي".

(٢) د. عيد احمد الغفول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع- دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٥١.

الفصل الثالث

ضرورات تجريم ظاهرة التخنث

الفصل الثالث

ضرورات تجريم ظاهرة التخنث

يرمي النظام القانوني باعتباره مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الافراد عند الاقتضاء عن طريق توقيع الجزاءات على من يخالف القواعد الخاصة بحماية النظام العام بجميع عناصره ولا سيما الاخلاق العامة؛ اذ تهدف من خلال هذا التجريم إلى تحقيق غايتين تتمثل الاولى في حفظ كيان الفرد والمجتمع باقرار الأخلاق العامة وكفالة المصلحة العامة. وتتجسد الثانية في صون وحماية الحريات الفردية ومنع تعارضها مع حريات الاخرين(١).

وبذلك تقرر الدول تجريم ظاهرة التخنث لحماية كيان الفرد باعتباره العنصر الاهم في المجتمع وصيانة النظام العام بعناصره المختلفة؛ وعليه سنتناول ضرورات هذا التجريم في مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: المعيار القانوني في تجريم ظاهرة التخنث.

المبحث الثاني: المبررات التي قيلت بصدد ظاهرة التخنث والآثار المترتبة عليه.

---

(١) د. علي هادي الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا: تاصيل وتحليل مع دساتير جنوب افريقيا لسنة ١٩٦٩ والالماني ١٩٤٩ وغيرهان دار السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص٤١.

المبحث الأول

المعيار القانوني في تجريم ظاهرة التخنث

الأصل في ذاتية الإنسان وحرياته الشخصية انها مصانة، فهي من الحقوق التي كفلتها الدساتير والمواثيق الدولية لحقوق الانسان، وتحتل الحرية الشخصية مكانة خاصة في نطاق القانون الجنائي، كونها تشتمل على حقوق لصيقة بشخصية الإنسان ولازمة لبقائه كالحق في السلامة الجسدية والحق في الأمن الشخصي والحق في حرمة المسكن والحق في الحياة الخاصة، وبالتالي لا يجوز مصادرتها أو الإنتقاص منها بدون مبرر مشروع(١).

وفي الوقت الذي كفلت بهِ الدساتير الديمقراطية حق الفرد في الحرية الشخصية وسعت إلى صيانة حياته الخاصة من كل انتهاك غير مشروع، فقد اسند المشرع التأسيسي وظيفة التجريم إلى المشرع وحده، وذلك للموازنة بين احترام الحريات الشخصية للأفراد وحمايتها وحق الدولة والمجتمع في التجريم، ذلك ان الحقوق مهما كانت مهمة فإنها ليست مطلقة بل يجوز تقييدها متى ما تعارضت مع النظام العام ومع مصلحة المجتمع، فمن غير المعقول تفضيل مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع؛ لأنَّ ذلك سوف يهدد تماسك المجتمع ويهدر مصالحه ويشيع الفساد والفوضى فيه(٢).

وعليه فإنَّ تجريم ظاهرة التخنث إنما يكون لتحقيق المصلحة العامة، باعتبارها تهديد للقيم والمصالح التي ينبني عليها المجتمع والتي يحميها قانون

---

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٧٥.

(٢) سهام رحال، حدود الحق في حرية التعبير في القانون الدولي لحقوق الانسان، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١، ص٩١.

العقوبات، مما يسهم في الحفاظ على المبادئ والقيم وتنمية روح المجتمع ويحقق التماسك الاجتماعي(١).

وللتفصيل في الاعتبارات التي تدعو إلى تجريم ظاهرة التخنث سنتناول هذا المبحث على مطلبين نبين في الاول المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث ونعرج في الثاني على التناسب بين الحقوق والحريات وتجريم ظاهرة التخنث.

المطلب الأول

المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث

يهدف التجريم إلى حماية الدولة بأنظمتها المختلفة، بما فيها القيم الاجتماعية المتمثلة بالمجتمع ومصالحه وذلك في ضوء سياسة المشرع الخاصة التي تفرضها الضرورات الاجتماعية المتجددة وفي إطار الفكر الذي تتبناه الدولة وتجعله جزءاً من نظامها العام(٢).

وفي العراق، شأنه شأن اغلب الدول الاسلامية، فقد نص في دستوره لعام ٢٠٠٥ على ان الاسلام هو دين الدولة ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام(٣)، وعليه ومن باب أولى ان يسعى المشرع في ضوء التزامه الدستوري هذا بأن يكافح الحالات والممارسات التي تتعارض مع القيم والمبادئ الاسلامية باعتبارها تنافي قيم المجتمع وتضر بمصالحه(٤).

فتجريم ظاهرة التخنث يهدف إلى تحقيق مصلحة عليا تتمثل بحماية الاخلاق والاداب العامة وصيانتها من الممارسات الشاذة التي تؤدي إلى الرذيلة والانحلال الاخلاقي بين افراد المجتمع، عن طريق مكافحة التخنث وحصره

---

(١) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات–دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص٦٣.

(٢) كاظم الشمري، مرجع سابق، ص١٨٠.

(٣) المادة (٢/أولا/أ) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥.

(٤) د. حميد حنون خالد، حقوق الانسان، ط٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٧٤.

بأضيق نطاق حتى يتلاشى تدريجياً، فينشأ بذلك مجتمع تعمه الفضيلة وتسوده الاخلاق الحميدة ويطمئن الناس فيه على ذريتهم(١).

وسنحاول في هذا المطلب بيان المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث في المنظورين الاسلامي والقانوني من خلال الأفرع التالية:

الفرع الأول

المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث في المنظور الاسلامي

إن المصلحة والفضيلة في المنظور الشرعي امران متلازمان على اختلاف مدلولهما، فالفضيلة تترتب عليها المصلحة الانسانية العامة، وهي في ذاتها أعلى المصالح وأسماها، فلا مصلحة في الرذيلة ولا فضيلة الا ومعها مصلحة؛ اي ان المصلحة والفضيلة وان كانتا متغايرتين في معناهما الا انهما متلازمتان في الواقع فلا توجد احداهما الا وكانت الاخرى موجودة ايضا(٢).

وليس في الشريعة الإسلامية حكم الا وله غاية يصبو اليه ومصلحة تحققها، وحاشى إن يكون تشريع الله عبثاً، فالتجريم في الشريعة الاسلامية، كأصلٍ عام، يهدف إلى حماية مصلحة الجماعة من عصيان أمر الشارع(٣)، ذلك ان التجريم في حقيقته ردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به، فهو قبل الفعل موانع وبعده زواجر(٤).

والمقصود من التجريم على عصيان امر الشارع هو اصلا حال البشر وحمايتهم من مفاسد الحياة ومفاتنها وانقاذهم من براثن الجهالة والعمل على

---

(١) طلال عبد الحسين البدراني، المصلحة المعتبرة في الجرائم الاخلاقية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص٥٤.

(٢) الإمام محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٢٩.

(٣) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، بلا سنة نشر، ص٦٠٩.

(٤) محمد سلام، فلسفة الجريمة والعقوبة في الاسلام وتحديد المسؤولية الجنائية فيه، بحث منشور في مجلة العدالة الامارتية، العدد ١٥، السنة الرابعة، ١٩٧٧، ص٥.

ارشادهم الى درب الخير والصلاح وكفهم عن المعاصي وحثهم على الطاعة، فالتجريم والعقاب في الشريعة الاسلامية يفرض على مخالفة امر الله سبحانه وتعالى لحمل الناس على ما يكرهونه مادام في الامر تحقيق لمصلحة[١]، والمصلحة المعتبرة التي جاء الاسلام لحمايتها هي المصلحة الحقيقية وليست الهوى وقد تكون ذاتية وقد تكون اضافية. ومعنى كونها ذاتية هي التي لا يتخلف الحكم فيها بطلبها ووجوب الحماية لها في كل الاحوال. ومعنى كونها اضافية وهي عندما يكون في الامر مصلحة في وقت دون وقت وفي زمان دون زمان ولناس دون ناس وهذا يكون في المباحات كالأطعمة مثلا[٢].

وسواء كانت المصلحة ذاتية أو اضافية فهي مصلحة حقيقية، وان المصالح المعتبرة التي حماها الاسلام بتقرير حق التجريم والعقاب عند الاعتداء عليها ترجع الى اصول خمسة هي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، حفظ النسل، وحفظ المال.

والمحافظة على قيم المجتمع هي في حقيقتها محافظة على الدين والنفس؛ فالمصلحة فيه هي المحافظة على النوع الانساني وعلى دين الانسان واخلاقه، اذ يقتضي إن يتربى كل مولود بين اسرته تربية صحيحة تقيه من الانحلال والرذيلة، لذلك فان الامر يقتضي تنظيم كل ما يتعلق بذلك من خلال تجريم صور الانحلال والتخنث والميوعة في المجتمع بأي صورة كانت لذا فأن الامر يقتضي لأجل ذلك تحريم ومنع اي تغيير في جسم أو سلوكيات الانسان التي جعلها الله تعالى فطرة فيهما وجبلهما عليها؛ فجسم المرأة والرجل وفقاً للفطرة السليمة يكون منهما التناسل والتوالد جيلا يمنع فناء الجنس البشري، وان التخنث والميوعة تقتضي خلاف ذلك مما يستوجب منعها وتحريمها[٣].

ومن اجل ذلك كانت عقوبة التخنث والمثلية واللواط وغيرها من العقوبات

---

(١) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص٦٠٩.

(٢) الإمام محمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص٣٤.

(٣) يوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة الاسلامية، ط٢، الدار العالمية للكتاب الاسلامي، الرياض، ١٤١٥، ص٨٣.

التي تروع وتعاقب من يرتكبها، فهي جرائم تخل بمصلحة المجتمع وآدابه واخلاقياته.

ولا تقتصر فوائد التجريم في الشريعة الاسلامية على حماية المصالح المعتبرة في المجتمع وحده بل تتعداه إلى ما تنطوي عليه من تأثير في نفس الجاني أيضاً[١].

والغاية من التجريم في ضوء ذلك، تتمثل في حماية المجتمع من إن تتحكم الرذيلة فيه، وتحقيق المصلحة او المنفعة العامة، فضلاً عن تحقيق الزجر والاصلاح للجاني باعتباره غاية تصب الغايتان السابقتان فيهما.

والتحريم في الشريعة وان كان ينطوي على شدة في نطاق ضيق فانه يهدف الى عدالة واسعة شاملة تكون الاساس الذي يقوم عليه التجريم في الشريعة، والتشريع الاسلامي ذو نزعة جماعية فهو يعمل على الحد من سلطان الفرد من خلال تقييد تصرفاته التي تتعارض مع الاسلام وقيمه – كالتخنث والميوعة – إذ تتعارض هذه التصرفات مع مصالح الجماعة وفيها اساءة من الفرد في استعمال حقه، وليس كما تفعل القوانين الوضعية من اطلاق وحماية الحرية الجنسية والمصلحة الخاصة. فاذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة قدمت المصلحة العامة وازيل الضرر الاكبر بالضرر الادنى اتباعا لأخف الضررين[٢].

وفي هذا المجال إن النظريات الوضعية المعاصرة وفي مجال التجريم تقوم على مبدأ النفعية الجماعية، وهناك اتجاهات اخرى حديثة تقيم حق العقاب على مبدأ العدالة واتجاهات أخرى (توفيقية).

وبينما يقوم التشريع الاسلامي كله على فكرة العدل بالمفهوم الاسلامي الخاص، اذ يعني إن القانون يطبق على جميع افراد المجتمع الاسلامي لا فرق

---

(١) أسامة عبد الله قايد، خصائص النظام العقابي في الاسلام، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، العدد ٢-٣، ١٩٧٨، المجلد ٢١، ص١٥٧.

(٢) مجيد العنبكي، اثر المصلحة، في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧١، ص٦٥.

بين حاكم ومحكوم وغني وفقير وقوي وضعيف[١].

إن العقوبة في التشريع الاسلامي وكما بينا تتناسب مع جسامة الجريمة، وهذه الجسامة ترتبط اساسا بجسامة الضرر الذي تلحقه الجريمة بالمصالح المعتبرة في الإسلام (المصلحة العامة في المجتمع) كذلك تتناسب مع درجة جسامة الاثم أو المسؤولية (جرائم عملية وغير عملية).

ومن ذلك فالمصلحة المعتبرة في العقوبة في الجرائم الاخلاقية هي المصلحة العامة في حماية النسل والعرض والدين وليس حماية الحرية الجنسية كما في القوانين الوضعية[٢].

الفرع الثاني

المصلحة المعتبرة في تجريم ظاهرة التخنث في المنظور القانوني

الجريمة سلوك يبلغ في جسامته حد الاخلال بالتزام اساسي يتعلق به كيان المجتمع ووجوده، والسلوك الإجرامي ما هو الا دليل على خطورة ذلك الجاني الذي يسلك سلوكا غير اجتماعي وغير متفق مع القواعد الاساسية للمجتمع ونظامه وآدابه[٣].

والجريمة حسب المذهب الفردي يغلب على تعريفها الجانب الشكلي اي يكفي لاعتبار السلوك جريمة تخصيص نص جنائي له، وهناك من عرفها بأنها الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي يعتدي على النظام والسلام والطمأنينة الاجتماعية والذي من اجله يستوجب العقوبة[٤].

اما تعريف الجريمة في ظل المذهب الاشتراكي فهو يرتكز على الجانب المادي

---

(١) جبار صابر طه، النظرية العامة لحقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص١٤.

(٢) يوسف حامد، مرجع سابق، ص٧٦.

(٣) محمد شلال، الخطورة الاجرامية دراسة مقارنة، ط١، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٨٠، ص٢١.

(٤) د. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، طبع في وزارة الثقافة والاعلام، بغداد، ١٩٨٢، ص١٣١.

والجريمة هي ظاهرة اجتماعية تظهر في المجتمع عند بلوغه مرحله معينة من التطور وتزول بانعدام الظروف المادية التي ادت الى وجودها، أو إن الجريمة هي ظاهرة اجتماعية ذات طبيعة طبقية(١).

ويتبين مما سبق إن الجريمة هي ظاهرة تشكل عدوانا على مصالح كل افراد المجتمع وهذا ما نادى به الفقه الفردي، أو إن الجريمة هي وليدة الاوضاع الاجتماعية الظالمة وهذا ما نادى به الفقه الاشتراكي. وان الجريمة مسألة طبيعية في اي مجتمع وهي الجزء المكمل له، وهي كالجنس والمرض ليست اضطرابا عرضيا في المجتمع بل هي حدث اعتيادي في تجربة الانسان وتستحق اهتمام المعنيين، والاجرام هو مجموع الاعمال التي لا يتسامح بها في اي مجتمع(٢).

على ذلك نرى أن القانون الانكليزي والفرنسي لم يجرما الشذوذ الجنسي والتخنث والكثير من الولايات في نطاق الولايات المتحدة الأمريكية لا يعاقب أيضاً على هذه الجرائم، لاعتبار أنها من الحريات الشخصية التي لا يجوز تتبعها وتقييدها ويؤدي تجريمها إلى أضرار ومتاعب تزيد في شرورها كثيراً عن التغاضي والتجاهل والتسامح عن هذه الفواحش(٣).

وهذه التشريعات تحمي المصلحة الخاصة مطلقا على اعتبار الحرية الشخصية وما تقتضيه هذه الحرية من عدم تجريم الأفعال المرتبطة بها بما فيها التخنث باعتبارها سلوك خاص بالفرد وخاضع لاختياره.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن المصلحة المعتبرة من وراء عدم تجريم التخنث هو المصلحة الشخصية لأفراد المجتمع؛ وإن البديهة السليمة والعقل والمنطق المتوازن جميعها تؤكد أن الغض عن الفواحش، من تخنث أو مثلية أو شذوذ جنسي،

---

(١) د. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢) كامل السعيد، مرجع سابق، ص٤٣.

(٣) حسين ناجي محمد محي الدين، محاكمة مواد العرض والزنا وافساد الاخلاق في القوانين الوضعية الى العقل والعرف والشريعة، مؤسسة دار العلوم، الكويت، ١٩٨١، ص٣٠.

وهي ترتكب على مرأى ومسمع الجميع وإباحة ما حرمته الأديان يؤديان إلى مفسدة المجتمع وتحوله من مجتمع فاضل شريف إلى مجتمع فاسق متهتك، فضلاً عما يترتب على ذلك من أضرار محتملة وأضرار واقعة حتماً تلحق أكثر ما تلحق بالفرد ذاته والأسرة والمجتمع، ومن الحرام بنشأ إنسان غير سوي مجتمع فاسد تغلب فيه المصلحة الخاصة على المصلحة العامة(١).

والقانون العراقي، شأنه كشأن اغلب القوانين العربية، التي سارت في ركب القانون الفرنسي من حيث عدم تجريم فعل التخنث بصورة صريحة، لاعتبار ان الافعال الشخصية المحضة المنافية للاخلاق والاداب واحكام الدين لا يجوز ان يعاقب القانون عليها إلا إذا تعدّت آثارها بإلحاق الأذى إلى الغير، وتقول فلسفة هذه التشريعات انه حتى لو كان الفعل المحرم شرعاً متعديا بطبيعة آثاره إلى الغير فإن عدم تجريمه يعود لترجيح الحرية الشخصية ومصلحة الأفراد في ذلك ووجوب حمايتها(٢).

إذ تراعي هذه القوانين الاعتبار الشخصي بصورة مباشرة أي المصلحة الشخصية المباشرة في هذا الصدد، وهذه التشريعات جميعها تحاول بسط الحماية القانونية في المجتمع حماية للمصلحة العامة من جهة ومصلحة كل فرد من جهة أخرى، حيث أن المصلحة العامة ليست ناتجا للصوالح الفردية؛ لأن ذلك يتطلب التوفيق بين تلك المصالح أولاً وآخراً، وهذا التوفيق يتطلب اساسا يقوم عليه ولن يصلح أي أساس مستعد من ذات تلك المصالح الإجراء ذلك التوفيق هو لقطة البداية للوصول إلى تحديد الصالح المشترك أو المصلحة العامة(٣).

كما أن الصالح المشترك أو المصلحة العامة ليست هي مجموع الصوالح الفردية وليست حاصل جمع المصالح الخاصة، فالمجموع يفترض تجانس الأجزاء المكونة له واتحادها معه في الطبيعة بينما تختلف المصالح الخاصة كل واحدة من الأخرى، فما يعد

---

(١) طلال عبد الحسين البدراني، مرجع سابق، ص٥٤.

(٢) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، ط٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص٩٩.

(٣) د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص٧٣.

مصلحة شخصية لشخص معين قد لا يعد مصلحة شخصية لغيره[١]، وبعد هذا فإننا لا نستطيع هنا في هذا المقام أن نقول أن المشرع يحمي المصلحة العامة من خلال حمايته للمصلحة الشخصية من حيث عدم تجريمه للتخنث وفقاً للاعتبارات المتقدمة.

وكان الأجدر بهذه التشريعات أن تضع نصاً خاصاً يجرم التخنث بشكل صريح ما دام هذا الفعل تسري آثاره إلى الغير في المجتمعات بصورة عامة ومجتمعنا بشكل خاص، فالرجل الذي يمارس التخنث فانه يسيء إلى اسرته ومجتمعه في سمعته واخلاقه.

وعند الرجوع إلى قانون العقوبات العراقي نجد ان المشرع تطرق الى تجريم كل عمل علني مخل بالحياء، إذ جاء فيه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين دينارا او بإحدى هاتين العقوبتين من اتى علانية عملا مخلا بالحياء"[٢].

وبقراءة هذا النص نجد ان المشرع العراقي فرق في مجال المصلحة المعتبرة في هذه الجريمة بين ثلاث حالات هي:

١- الفعل المخل بالحياء الذي يتم برضا الطرفين وبلا علانية أي إخفاء، وهذا الفعل مباح وغير معاقب عليه لعدم وجود نص يعاقب عليه.
٢- الفعل المخل بالحياء الذي يحصل بدون رضا، وسواء تم ذلك علانية أم لا فإن القانون العراقي يعاقب عليه استناداً إلى نص المادة (٤٠٠) من قانون العقوبات.
٣- الفعل المخل بالحياء الذي يحصل برضا الطرفين ولكن بصورة علنية فإن القانون العراقي جرّمه وعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر استنادا إلى نص المادة (٤٠١) عقوبات.

المصلحة المعتبرة في الحالة الأولى هي مصلحة شخصية محضة حيث لا جريمة وذلك لوجود الرضا وعدم وجود العلانية.

---

(١) د. نعيم عطية، القانون والقيم الاجتماعية- دراسة في الفلسفة القانونية، الهيئة المصرية العامة للنشر والتأليف، ١٩٧١، ص٥٧-٥٨.

(٢) المادة (٤٠١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

والمصلحة المعتبرة في الحالة الثانية هي مصلحة شخصية محضة وذلك للاعتداد الواضح بركن انعدام الرضا.

والمصلحة المعتبرة في تجريم الحالة الثالثة هي المصلحة العامة وليس الخاصة حيث اعتد المشرع بركن (العلانية) لتجريم الفعل سواء أتم برضا أم بدونه.

إن النظرة الظاهرية لأحكام القانون العراقي تؤيد ما توصلنا إليه آنفا، وأن التعمق في بحث ودراسة هذه الأحكام يؤدي بنا إلى القول بأن المشرع حينما يعاقب على الفعل المخل بالحياء العلني الذي يعد التخنث احد صوره، فإنما يفعل ذلك لعلة واضحة وهي حماية شعور الجمهور من أن تجرحه رؤية بعض المناظر العارية أو المظاهر التي تقضي الأخلاق والآداب العامة التستر عليها والتي تخالف الفطرة والقيم والمبادئ الاسلامية؛ ومنها ظهور الرجال بمظاهر الاناث[١]، وعلة التجريم هذه لا تهدف إلى مصلحة عامة للمجتمع بل هي مصلحة خاصة لمن يكون حاضراً مسرح الجريمة أو مكانها أما أفراد المجتمع الآخرين فلا مصلحة لهم في نظر الشرع لعدم تواجدهم في مسرح الجريمة[٢].

من هنا نرى أن المشرع لم يجرّم هذه الأفعال حمايةً لمصلحة المجتمع العامة التي تقتضي النظر إلى خطورة الفعل الأخلاقية والإجرامية أو النظر حتى إلى الفعل باعتباره رذيلة، وبالتالي فإننا نرى أن المشرع الجنائي العراقي لم يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من وراء تجريم هذه الأفعال للأسباب والموجبات السابقة، وإن كان ذلك فقد أخطأ الأسلوب والكيفية فقد كان ينبغي عليه تجريم الفعل على اعتباره رذيلة سواء تم برضا ام بدونه أو بعلانية أم في الخفاء[٣].

وقد جرم المشرع الأردني في المادة (٣٢٠) عقوبات هذه الأفعال بنص واحد قائلاً:

---

(١) د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الجرائم الواقعة على الشرف والحرية "دراسة تحليلية"، ط١، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ٢٠٠٢، ص١٧٤.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، اصول قانون العقوبات- القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة ١٩٧٢، ص٩٣.

(٣) د. كامل السعيد، مرجع سابق، ص١٧٦.

"كل من فعل 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 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أشهر أو بغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً".

وعلى نفس النهج سار المشرع الجنائي المغربي في الفصل ٤٨٣ من القانون الجنائي والمشرع المصري في المادة (٢٧٨) من قانون العقوبات المصري.

وخلاصة موقف التشريعات المختلفة وخاصة العربية منها تكاد تتطابق في سياستها التجريمية فيما يتعلق بميزان المصالح الاجتماعية تجاه تجريم التخنث، فهي لن تجرمه بصورة صريحة ترجيحاً منها للمصلحة الخاصة للأفراد بصورة عامة، لكن هذا لا يعنى أنها لا تبغى المصلحة العامة بل العكس هو الصحيح فهذه التشريعات المختلفة تنادي بحماية المجتمع ومصالحه العامة، ولكنها في الوقت نفسه تجعل من المصلحة الخاصة الطريق الواجب سلوكه لبلوغ هدفها في حماية المصلحة العامة بل إن هذه التشريعات جعلت من المصلحة الخاصة للأفراد معياراً للتجريم في معظم الجرائم الأخلاقية ومنها التخنث،

وترى الباحثة أن التهدف من هذه التشريعات المصلحة العامة في تجريمها للتخنث وغيره من الجرائم الاخلاقية فقط عندما يؤدي الفعل إلى اثار واضحة وعلنية على المجتمع والعامة، وذلك فيما اذا ظهر التخنث بصورة فاضحة وعلنية تضر بالأخلاق والأداب العامة

وهذا غير دقيق اذا ان الهدف من منع هكذا ظواهر مضره بلمجتمع ينبغي معالجته والتصدي له بغض النضر عن أن كان بصوره عامة وعلنية أم بصوره غير علنية وبالتالي مجابته والحد منه أمر لابد منه ولكن يبقى اعتماد هذه التشريعات على الاعتبار الشخصي والمصلحة الخاصة كأساس للتجريم، لذلك ازدادت الثغرات التي يخرج من خلالها الكثير من الجرائم إلى ساحة المجتمع تحت نظر وتشجيع القانون وحمايته للحرية الفردية وللحرية الشخصية

المطلب الثاني

التناسب بين الحقوق والحريات وتجريم ظاهرة التخنث

يسعى القانون الجنائي الموضوعي إلى إحداث موازنة بين حماية الحقوق والحريات من جهة وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى، ومعيار هذا التوازن يكمن في الضرورة والتناسب في التجريم، بحيث لا يجوز المساس بالحقوق والحريات إلا إذا كانت هنالك ضرورة للتجريم، وتحدد هذه الضرورة وكذلك التناسب الذي يدور معها، في ضوء الهدف من التجريم؛ بحيث يجب ان يستهدف التجريم حماية كل من المصلحة العامة وحقوق وحريات الغير في آنٍ واحد(١).

وتجريم التخنث باعتباره مظهراً من مظاهر المساس بالحرية الشخصية للإنسان فان المشرع يجب ان يراعي فيه التناسب بين حرية الفرد وبين هذا التجريم، وعليه سنقوم ببيان المعيار الشرعي والقانوني لمعرفة المصلحة والمفسدة في تجريم ظاهرة التخنث في فرعٍ أول، ثم نتناول ضرورات معالجة ظاهرة التخنث في الشريعة الاسلامية والقانون في فرعٍ ثانٍ.

الفرع الأول

المعيار الشرعي والقانوني لمعرفة المصلحة والمفسدة في تجريم ظاهرة التخنث

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بكل أحكامها وأوامرها ونواهيها لتحقيق المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾(٢)، ولو كان في هذه الشريعة شيء خلاف المصلحة الحقيقية لم يصح وصفها بأنها رحمة للعالمين، وبين الله تعالى صفة رسوله عليه

(١) محمد حميد عبد، الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ص٤٨.

(٢) [الانبياء: الاية ١٠٧].

الصلاة والسلام والغاية من بعثته فقال: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَآئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلاَلَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾[1] فهو لا يأمر إلا بالمعروف الذي أمر الله به وتعرفه وتقره العقول والفطر السليمة، ولا ينهى إلا عن المنكر الذي نهى الله عنه وتنكره وتأباه العقول والفطر السليمة، ولا يحل إلا ما أحله الله من الطيبات النافعات، ولا يحرم إلا ما حرمه الله من الخبائث المضرات، ودينه هو دين الحنيفية السمحة ، ومبناه على التيسير ورفع الحرج[2].

والمصلحة المعتبرة شرعاً هي التي تتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ ضرورات الناس وحاجاتهم وتحسيناتهم، فليس كل ما يسمى مصلحة في اللغة أو العرف، أو يراه الناس أو طوائف منهم مصلحة، يمكن أن يكون مصلحة مقصودة للشارع، تشرع لتحصيلها الأحكام، ويؤمر بها المكلفون. وكذلك الحال بالنسبة للمفسدة التي هي ضد المصلحة.

فالمراد بالمصالح والمفاسد ما كانت كذلك في نظر الشرع، لا ما كان ملائماً أو منافراً للطبع. وهذا هو الذي أكده الغزالي في تعريفه للمصلحة، حيث قال: "أما المصلحة، فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع. إذاً فمعيار المصلحة والمفسدة هو الشرع، فما شهد له الشرع بالصلاح فهو المصلحة، وما شهد له بالفساد فهو المفسدة، والخروج عن هذا المعيار معناه اتباع الهوى،

---

(١) [الاعراف: الآية ١٥٧-١٥٨].

(٢) ابو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تح: د. حمزة بن زهير، ط١، ١٩٩٧، ص٦٣٦.

والهوى باطل لا يصلح لتمييز الصلاح من الفساد[١]، قال الله – تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾[٢].

فليس ثمّ إلا الحق أو الهوى، والحق هو ما جاء به الشرع الحنيف، وما عداه فهو الهوى، فالمصلحة الشرعية ليست هي الهوى أو تحقيق الأغراض الشخصية، والطموحات المادية، ذلك أن أهواء الناس متباينة، ورغباتهم مختلفة، وطموحاتهم متفاوتة، والإنسان بدافع من هواه وشهوته يسعى إلى تحصيل كل مستلذ ملائم، ودفع كل شاق منافر، وإن كان في ضمن ذلك ضرر قد يلحق به أو بغيره من الناس، أو به وبهم حالاً أو مآلاً.

يقول الشاطبي: "إن المصالح التي تقوم بها أحوال العبد، لا يعرفها حق معرفتها إلا خالقها وواضعها، وليس للعبد بها علم إلا من بعض الوجوه، والذي يخفى عليه منها أكثر من الذي يبدو له، فقد يكون ساعياً في مصلحة نفسه من وجه لا يوصله إليها، أو يوصله إليها عاجلاً لا آجلاً، أو يوصله إليها ناقصة لا كاملة، أو يكون فيها مفسدة تربي في الموازنة على المصلحة، فلا يقوم خيرها بشرها. وكم من مدبّر أمراً لا يتم له على كماله أصلاً، ولا يجني منه ثمرة أصلاً، وهو معلوم مشاهد بين العقلاء. فلهذا بعث الله النبيين مبشرين ومنذرين"[٣].

فإذا كان كذلك، فالرجوع إلى الوجه الذي وضعه الشارع، رجوع إلى وجه حصول المصلحة على الكمال، بخلاف العمل بما يخالفه من أقوال أو افعال تخالف الشريعة؛ فإن اللذة العارضة قد تعقب آلاماً ومفاسد كبيرة حالاً ومآلاً، وذلك في حال الشذوذ عن الفطرة السليمة التي أرادها الله للإنسان والظهور بمظاهر

---

(١) د. أحمد محمد بيبرس، الموازنة بين المصالح كمنهج للاجتهاد في النوازل المعاصرة، العدد٤، مجلة اصول الفقه، كلية الشريعة بجامعة الازهر، ٢٠٢١، ص٢٣١.

(٢) [ص: الاية ٢٦].

(٣) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠ هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، ج١، ط١، دار ابن عفان، ١٩٩٧، ص٣٤٩.

التخنث مثل التشبه بالنساء وما شاكل ذلك، ويجب ان ندرك هنا ان نظرة الشارع الحكيم للمصلحة ليست كنظرة الفرد فقد يكون التشبه بالنساء أو الشذوذ فيه راحة آنية ومصلحة لفاعله، ولكنه لا يعتبر كذلك في نظر الشريعة الاسلامية فالمصلحة ليست دائما فيما يحبه الانسان وليس ادل على ذلك من قول الله عز وجل: ﴿عَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَن تُحِبُّواْ شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾(١).

وربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح، لا لكونها مفاسد، بل لكونها مؤدية إلى المصالح، لذلك شرع الله سبحانه وتعالى العقوبات الشرعية للتخنث وغيرها من انواع الشذوذ الجنسي والخُلقي، فإنها مؤلمة لمن أقيمت عليهم، ولكنها تعود بالخير العميم على المعاقب نفسه، وعلى المجتمع بأسره، فتعزير المخنث أو اقامة العقوبة عليه مفاسد أوجبها الشرع، لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب(٢).

إذاً فالمصلحة الشرعية من تجريم التخنث والمعاقبة عليه هي المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس، لأن مقاصد الناس – والحالة هذه – ليست مصالح حقيقية، بل أهواء وشهوات وآراء فاسدة، ولو استعرضنا التاريخ الماضي والواقع المعاصر لوجدنا لذلك أمثلة كثيرة ومتنوعة على افعال كانت تُعد مشروعة ومباحة لان فيها مصلحة لفاعلها لكنها في الحقيقة تخالف الشرع والدين، نذكر منها ذلك القانون الفاسد الذي أقره مجلس العموم البريطاني، ومجلس الكنائس الإنجليزية، باعتبار الشذوذ الجنسي عملاً مشروعاً بين البالغين، إذا كان برضاهم؛ أي مصلحة في جعل هذه الفاحشة النكراء، وهذا الشذوذ المصادم للفطرة، عملاً مشروعاً، يجد قانوناً يقره، وسلطة تحميه؟! ولكنه التقدير الإنساني القاصر للمصلحة؛ فما اعتقده عقل بعض الناس بانه مصلحة، إن كان الشرع لم

---

(١) [البقرة: ٢١٦].

(٢) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح خير الانام، ج١، ط١، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، ١٩٩١، ص١٢.

يرد به، فأحد الأمرين لازم له، إما أن الشرع دل عليه من حيث لم يعلم هذا الناظر، أو أنه ليس بمصلحة وإن اعتقده مصلحة، لأن المصلحة هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة، وكثيراً ما يتوهم الناس، أن الشيء ينفع في الدين والدنيا، ويكون فيه منفعة مرجوحة بالمضرة[١]، كما قال – تعالى – في الخمر والميسر: ﴿قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[٢].

ومن هنا ندرك أن الإنسان – مهما أوتي من العلم، وبلغ من العقل والفهم – فإنه عاجز بطبيعته عن الإحاطة بالمصالح الحقيقية، فان فعل التخنث إذا صدر من انسان مهما كانت خلفيته أو مكانته فان ذلك لا يكسي عليه لباس المشروعية؛ لان الانسان عاجز بطبيعته عن ادراك جميع مقاصد الشرع من التجريم والعقاب، يقول الإمام الشاطبي: "المصالح المجتلبة شرعاً، والمفاسد المستدفعة، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفاسدها العادية"[٣]، ثم ذكر لذلك أربعة أدلة: فالدليل الأول يتمثل في أن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم، حتى يكونوا عباداً لله اختياراً كما هم عبيد له اضطراراً، فالتخنث وفقاً لهذا المعنى يخالف الشرع؛ لان فاعله يريد ان تكون الشريعة على وفق أهواء نفسه، وطلب منافعها العاجلة كيف كانت، وقد قال ربنا – سبحانه وتعالى: ﴿وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾[٤].

أما الدليل الثاني فهو أن المنافع الحاصلة للمكلف مشوبة بالمضار عادة كما أن المضار محفوفة ببعض المنافع، ومع ذلك فالمعتبر إنما هو الأمر

---

(١) الشاطبي، مرجع سابق، ج١، ص٢٣٦.

(٢) [البقرة: ٢١٩].

(٣) الشاطبي، مرجع سابق، ج٢، ص٣٧-٤٠.

(٤) [المؤمنون: ٧١].

الأعظم، وهذا يعني ان تجريم التخنث ومنعه شرعاً يعود لمصلحة فيها عماد الدين والدنيا، لا أهواء النفوس، لذلك نجد ان العقلاء من قد اتفقوا في الجملة على اعتبار إقامة الحياة الدنيا لها أو للآخرة، بحيث مُنعوا من اتباع جملة من أهوائهم بسبب ذلك؛ فالشرع حمل المكلفين عليه طوعاً أو كرهاً، ليقيموا أمر دنياهم لآخرتهم. والدليل الاخر يفيد بأن الأغراض في الأمر الواحد تختلف، بحيث إذا نفذ احدهم امر لغرض معين وهو منتفع به، تضرر آخر لمخالفة غرضه، فحصول الاختلاف في الأكثر يمنع من أن يكون وضع الشريعة على وفق الأغراض، لذلك فالتخنث والتميع والتشبه بالنساء هي أمور حتى وإن كانت فيها مصلحة لفاعلها لكنها تنطوي على مخاطر على الفرد والاسرة والمجتمع باسره إذ تهدد تماس المجتمع وتنشر الرذيلة فيه وتشجع على المفاسد والانحطاط[١].

الفرع الثاني

الضرورات الاجتماعية والواقعية لتجريم ظاهرة التخنث في الشريعة الاسلامية والقانون

أكد الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ في المادة ونص الدستور العراقي في المادة (١٧/أولا) على ان: "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة". كما جاء في المادة (٣٧) بأن حرية الانسان وكرامته مصونة. وعدم جواز توقيف أحد أو التحقيق معه الا بموجب قرار قضائي، وتحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الانسانية، وعدم الأخذ بالاعتراف تحت الاكراه وللمتضرر المطالبة بالتعويض، وتكفل الدولة حماية الفرد من الاكراه الفكري والسياسي والديني، وتحرم العمل القسري، والعبودية والاتجار بالبشر والجنس[٢].

ونظراً لما ينطوي عليه هذا الحق من مخاطر قد تؤدي إلى الاخلال

---

(١) الشاطبي، مرجع سابق، (الموافقات ٤٠.٣٧/٢).

(٢) نرمين ناظم ناصر، حق الخصوصية في القانون الجزائي- دراسة مقارنة بين العراق ولبنان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية في بيروت، ٢٠٢١، ص٧٦.

بالنظام العام وعناصره المختلفة؛ فقد أجازت المادة (٤٦) من الدستور تقييده أو تحديده بقانون أو بناءً عليه، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية، وهذه المادة تكاد تكون من أهم المواد ضماناً لحقوق وحريات الأفراد، إذ حظرت تقييد أو تحديد ممارسة الحقوق والحريات الواردة في الدستور إلا بقانون أو بناء عليه، وبطبيعة الحال لا قانون يسن مالم تكن هنالك ضرورة دعت إليه وعلى هذا الأساس لا يمكن للقانون أن يُجرم ممارسة الحقوق والحريات مالم تكن هنالك ضرورة اجتماعية ملجئة لهذا التجريم مع مراعاة التناسب بين التجريم والضرورة التي دعت إليه[١].

يتضح مما تقدم أن الدستور العراقي ارتقى بالحقوق التي فرضها للحرية الشخصية فرفعها إلى مصاف المبادئ الدستورية واحاطها بقواعد أساسية لا يجوز للمشرع العادي أن يخالفها وإلا جاء عمله مخالفاً للشرعية الدستورية؛ حيث قرر المشرع التأسيسي حماية مباشرة لحرية الفرد الشخصية، ولم يُجيز تقييدها إلا استثناء.

ولكون تجريم التخنث يمس أهم مظهر من مظاهر حق الفرد في الحرية الشخصية إذ يمس حقه في اختيار مظهره وسلوكه الذي يراه ملائماً له؛ فانه يجب ان يتم بقانون ووفق اطر مناسبة لا يذهبمعها جوهر الحق في الحرية ولا تستفحل معها ظاهرة التخنث، بل يجب ان تتم الموازنة والتناسب بين التجريم والحرية، وإذا كان الأصل أنه لا يجوز للدولة انتهاك حق الخصوصية، إلا أن المشرع لم يجعل من هذا الحق قاعدة مطلقة، وإنما وازن بين احترام هذا المبدأ وحق الدولة في العقاب وتامين المصالح العامة للمجتمع؛ حيث قيد من هذا الحق في عدة إجراءات[٢].

---

(١) د. علي هادي الهلالي، مرجع سابق، ص٦٩.

(٢) د. ابراهيم حامد الطنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي (دراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٩٣، ص٧٤٥.

وحماية الحق في الخصوصية لم تقرر لحماية حق الملكية، أو أي حق مالي آخر كون هذه الحقوق تنظم خارج هذه القاعدة؛ وانما تقرر لامتياز استثنائي يتميز به الأنسان عند استعماله للأشياء، فينشأ عن ذلك حقه في الخصوصية؛ أي إنَّ الأنسان يختص بهذه الاشياء لذاته، وله حق الاحتفاظ بها بعيدا عن تطلع الغير(١).

ومن خلال الإطلاع على نصوص الدستور العراقي النافذ الصادر سنة ٢٠٠٥، نلاحظ أن المشرع الدستوري سعى إلى إحداث موازنة بين ممارسة الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة وحقوق وحريات الافراد من جهة أخرى وذلك من خلال إعمال مفهوم الضرورة الإجتماعية والتناسب في تقييد الحقوق والحريات بهدف حماية القيم الدستورية الأخرى(٢).

يلاحظ من هذه النصوص أن الدستور بعدما بين القيمة الدستورية لحق الفرد في الخصوصية الشخصية وتحريم المساس به إشترط أن تكون ممارسة هذا الحق في إطار احترام القيم الدستورية الأخرى والمتمثلة هنا بحقوق الآخرين والآداب العامة واستناداً إلى مفهوم المخالفة، فإن ممارسة هذا الحق بما يتنافى مع حقوق الغير والآداب العامة يشكل ضرورة اجتماعية تدفع المشرع إلى تجريم ذلك الحق، فقد اشترط الدستور لممارسة هذه الحريات عدم الإخلال بالمصلحة العامة المتمثلة بالنظام العام، فالأخير يقتضي تقييد حرية الفرد في حال الإخلال به، وذلك عن طريق تجريم الأفعال التي تؤدي إلى ذلك الإخلال كالتخنث(٣).

وفي هذا الصدد يؤكد الفقيه الفرنسي (ليون ديجي) على إن الحرية بشكل عام هي: "القدرة التي يتمتع بها كل فرد لممارسة وتطوير نشاطه البدني والفكري والأخلاقي، دون أن يتمكن المشرع من فرض أي قيود أخرى غير تلك اللازمة

---

(١) عمار تركي عطية، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة ذي قار، ٢٠٠٤، ص ٣١.

(٢) المرجع نفسه، ص٣٥.

(٣) مجاوي نعيمة، الحق في الخصوصية بين الحماية الزائية والضوابط الاجرائية للتحقق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، ٢٠١٩، ص٨٢.

لحماية حرية المجتمع وأن هذه الحرية يحدها مبدأ اخلاقي مؤداه لا تفعل ما لا تريد أن يفعل قبالك"[١].

نخلص مما تقدم أن لمفهومي الضرورة والتناسب في سياسة التجريم أساساً دستورياً يستندان إليه. وهذا الأساس تارة يكون صريحاً كما في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ الذي يُعد جزءاً من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨، وتارة أخرى يكون ضمنياً، أي يفهم من مجموع النصوص الدستورية التي تعالج الحقوق والحريات كما في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥. والدستور المصري لسنة ٢٠١٤.

وتجريم التخنث يعد قيدا أو استثناء يرد على الحرية الشخصية[٢]؛ بمعنى أن تجريم التخنث هو مساس بقاعدة حرية الشخص، وبطبيعة الحال نحن لا نقصد ان الحرية الشخصية ومظاهرها المختلفة مثل حرية الملبس والمظهر هي ملك للإنسان يجب حمايته، فلا يمكن أن تتحدث عن حق ملكية الشخص لنفسه، فشخص الانسان أو جسده لا يتصور أن يكون محلا لهذا الحق، ولكن الإنسان يتمتع في ذاته بحقوق أخرى غير مالية يطلق عليها " الحقوق أو الحريات الشخصية " مثل حريته البدنية، وحقه في الحياة، وفي سلامة الجسد والصحة. ويمكن أن يقال ان كل هذه الحقوق الشخصية، ذات حرمة بالمعنى الواسع ولكنها ليست الحرمة التي يمس بها تجريم التخنث أو يقيدها[٣].

فقاعدة حرمة شخص الأنسان، هي محل أو موضوع لامتياز استثنائي، أي (لحق) لا تتمتع به الأشياء الأخرى، هو (الحق في الظهور بالمظهر الذي يراه مناسباً). وليس من شك في أن قاعدة الحرمة تمليها ضرورة فعلية في الحياة الاجتماعية، وتجد أساسها في الفطرة الطبيعية، وترتبط بضرورة احتفاظ المرء بخصوصياته أو أسراره لنفسه[٤].

---

(١) عبد الله العروي، مفهوم الحرية، ط٥، المركز الثقافي العربي، المغرب، ٢٠١٢، ص٧٦.

(٢) توفيق الشاوي، فقه الاجراءات الجنائية، الطبعة ٢، بلا مطبعة، بلا بلد نشر، ١٩٥٤، ص٢٧٢.

(٣) المرجع نفسه، ص٢٧٣.

(٤) عمار تركي عطية، مرجع سابق، ص٧٥.

١- والحاجة تكون قائمة بالدرجة الأولى فيما يتعلق بجسم الانسان أو شخصه، وهي حاجة لا تنفصل عن احساسه بالحياء أو العرض أو الكرامة[١]. ولكي يشبع القانون هذه الحاجة، فانه يعترف للانسان بالحق في الحرية الشخصية، وبشي من الاحتفاظ بخصوصياته واقرارا لهذا الحق الذي هو بمثابة سياج الحياة الخاصة، لكن هذه الحماية ليست مطلقة بحيث يجوز تقييد هذه الحقوق لضرورات متعددة أهمها الاخلاق والاداب العامة التي تعد من النظام العام للدولة ويعد المساس بها مساساً بالمصلحة العامة للمجتمع[٢]. **لذا** نقترح على المشرع اضافة ماده الى قانون العقوبات العراقي في نطاق الجرائم المخلة بلاخلاق وتكون بداية هذه الماده بتفسير تشريعي مصاحب للنص ببيان صوره التحنث والتي نقترحها بالاتي-

التخنث وهو ممارسه التشبة بلنساء باي فعل من الأفعال الآتيه:

١-وضع مساحيق التجميل الخاصه بالنساء ولبس الملابس الخاصه بهن في الاماكن العامه والظهور بمظهر يشبه مظهر النساء اذا مورست هذه الافعال في غير حالات ممارسة مهنه التمثيل ٢-تعاطي الادوية او المستحضرات الطبيه التي يكون لها تاثير في زياده الهرمونات الانوثيه بشكل يساهم في زياده اضهار علامات الانوثه على الذكر ٣-اي صوره اخرى تعد ممارسة مقصوده للتخنث وفق المعايير الطبية.

---

(١) علاء زكي مرسي، جرائم الاعتداء على العرض، الكتاب الثاني، ط ١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٣٧٦.

(٢) فادية ابو شهاب، الحق في الخصوصية، المجلة الجنائية القومية، مجلد ٤٠، اعداد مارس، ١٩٩٧، ص٧٦.

المبحث الثاني

المبررات التي قيلت بصدد ظاهرة التخنث والآثار المترتبة عليها

مع تزايد الاهتمام بمعرفة المبررات التي تدعو الافراد لسلوك التخنث، بدأ كل من الطب والطب النفسي بالتنافس مع القانون والشرع لإعطاء الحكم الأخير لهذه الظاهرة. وكانت بداية القرن التاسع عشر الانطلاقة لدراسة هذه الظاهرة بشكل علمي(١).

لقد كانت معظم النظريات في ذلك الوقت تعتبر التخنث مرضاً وكان لتلك النظريات تأثير كبير على الطريقة التي كان ينظر بها الناس للمخنث ثقافياً، ومع منتصف القرن العشرين كان هناك نقلة نوعية في نظريات علوم الطب النفسي حول التخنث، حيث ذهب الأطباء النفسيين إلى الاعتقاد بإمكانية علاج المخنثين عن طريق العلاج النفسي وحرية النفس، وتزايد قبول نظريات أخرى تقترح وجود أصل وراثي وهرموني للمخنث. كما ووجِدت اختلافات في الطريقة التي تم النظر إليها للتخنث كمرض(٢).

ووفقاً لهذه النظرة فان الخوض في مبررات التخنث واثاره يتطلب تقسيمه على مطلبين وكما يلي:

المطلب الأول: مبررات ظاهرة التخنث.

المطلب الثاني: آثار ظاهرة التخنث.

---

(١) عبد الحميد حسن صباح، مرجع سابق، ص٣٩.

(٢) د. اشجان باصي، مرجع سابق، ص١٢.

المطلب الأول

ضرورات الاباحة لظاهرة التخنث

من الواضح بإن التخنث ليس إلا انحرافاً عن الطبيعة الإنسانية، ولذا يكافح الشرع والقانون من أجل تجريمه ومنعه، فيعمل على إيجاد المبررات والدوافع لهذه الممارسة المنحرفة ومعالجتها، فهنالك من يعتقد ان الانسان ينجرف إلى التخنث مدفوعاً بالمبررات البايلوجية التي ترتبط بتكوينه؛ ويضيف آخرون ان التخنث يجد تبريره في نفسية الانسان، وعليه سنحاول معالجة هذا المطلب على فرعين وكما يأتي[١]:

الفرع الأول

المبررات البايلوجية

يُعَد التكوين البايلوجي للإنسان واحداً من أهم مبررات التخنث؛ اذ تتبين فيه علامات الانوثة هي تلك التي يجمع فيها المريض بين جهازي الذكورة والأنوثة معآ، أي الخصية والمبيض، وعلى هذا فإن صفات الذكورة والأنوثة في مثل هذه الحالة مختلطة، وقد ذكر الأطباء سبب هذه الخنوثة هو تأثير التركيب الكروموسومي، وذلك عندما يكون مشوهاً وغير مكتمل، فينتج عن ذلك تكوين خصية ومبيض، إما منفصلتين كل في ناحية، أو متواجدين معا في نسيج واحد، ويكون الطالع النووي للخنثى الحقيقي من النموذج المتنوع (٤٤ صبغي جسمي xx+ 44 +xy) أو (٤٤ + xx) أو (٤٤ +xy)[٢].

وهذا المريض يمكن أن يقوم بدور الذكر فيجامع النساء بما له من قضيب لكن ليس لديه حيوانات منوية، اذ تكون الخصية ضامرة، ولا تفرز حيوانات منوية

---

(١) كامل النجار، المثلية الجنسية (الاسباب والعلاج)، دار الصباح للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٦٩.

(٢) د. محمد حبيب الخوجة، الخنثى بين تصورات الفقهاء واكتشافات الاطباء، بحث منشور ومقدم للمؤتمر الرابع للطب الإسلامي المنعقد بالكويت، ص٣٨١.

ويمكن أن يقوم بدور الأنثى، فيمكن أن يحمل ويأتيه الطمث طبيعيا، وهذا النوع قد لا يستقر قبل تصحيح جنسه بالجراحة على نوع واحد، وإنما قد يميل إلى هذا تارة، وإلى ذاك أخرى(١).

وتعد حالات الخنثى الحقيقي في الإنسان نادرة الوجود جداً، وقد نشرت مجلة (ميدسن دايجست عام ١٩٨٠م) حالة خنثى حقيقية في الولايات المتحدة، لديها مبيض واحد وخصية واحدة، ورحم وبظر كبير استعملته كقضيب في علاقتها الجنسية مع النساء فترة من الزمن، وفي سن (٣٢) كفت عن تمثيل دور الذكر وتحولت إلى تمثيل دور الأنثى، وعندما بلغت (٣٤) عاماً حملت ووضعت طفلاً ميتا، وقد رفضت هذه الخنثى أي تدخل جراحي وقالت إنها سعيدة بكونها خنثى، ولم تنجب أطفالا عندما كانت تقوم بدور الذكر؛ لأن مثل هذه الحالات في العادة لا تفرز حيوانات منوية؛ إذ تكون الخصية ضامرة، وهناك حالتان متماثلتان: إحداهما لامرأة في اليابان، والأخرى في تنزانيا، ولم تحمل أي منهما إلا بعد إجراء عملية جراحية، على خلاف الحالة الأمريكية التي حملت ووضعت دون أي تدخل جراحي(٢).

وهنالك ما يعرف بالخنثى الكاذبة وهي تلك التي تقترن فيها الغدد التناسلية بالأعضاء الجنسية الثانوية للجنس الآخر(٣)، بمعني أن الغدة التناسلية حين تكون مبيضاً أو خصية ولا يجتمعان معا أبدا، نجد الأعضاء الظاهرة غامضة أو عكس ما عليه الغدة التناسلية، فبينما تكون الغدة غدة أنثى (مبيضا) تكون الأعضاء التناسلية الظاهرة شبيهة بأعضاء الذكر، أو العكس اذ تكون الغدة غدة ذكر

---

(١) د. أيمن فتحي محمد على جراحات تصحيح الجنس وآثارها، دراسة فقهية مقارنة في ضوء المعطيات الطبية الحديثة مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد (٢١) ٢٠٠٩، ص٣٥٦.

(٢) د. أنور الدين، علم الأجنة العام، ط١، بلا مطبعة، بلا مكان نشر، ١٩٨٣، ص٢٣.

(٣) د. ياسر عبد العال، أساسيات الفسيولوجي في علم الغدد الصماء، ط ١، الدار الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٣٤.

(خصية) تكون الأعضاء التناسلية الظاهرة لأنثى، وحالات الخنثى الكاذبة ليست شديدة الندرة، فهي توجد بنسبة مولود من كل خمسة وعشرين ألف ولادة[١].

والخنثى الكاذب نوعان:

١- **خنثى أصلها أنثى وظاهرها ذكر:** وهذا النوع يكون فيه الخنثى أنثى على مستوى الصبغيات (الكروموسومات) الجنسية المرموز إليها (xx)، ومن خلال التعرف على حقيقتها يتبين أنها أنثى على مستوى الغدة التناسلية ويكون لها مبيض، ولكن نتيجة إفراز هرمون الذكورة من الغدة الكظرية (فوق الكلية)[٢]، أو استخدام هرمونات لها تأثير نحو الذكورة مثل هرمونات البناء (Anaboli Hormones) أو استخدام البروجسترون أو بسبب أورام تفرز الهرمونات الذكورية تصاب بها الحامل، فإن خط سير الأعضاء التناسلية الظاهرة يتجه نحو الذكورة، فينمو البظر نمواً كبيراً حتى يشبه القضيب، ويلتحم الشفران الكبيران مما يجعلهما يشبها كيسا الصفن، ولكن هذا الكيس ليس فيه خصيتان[٣]، وعندما تولد هذه الأنثى يظنها أهلها ذكراً، لكن سرعان ما تنكشف الحقيقة، وذلك عند مرحلة البلوغ وبدء نشاطي الغدة النخامية والمبيض، تظهر على هذا الطفل آثار الأنوثة من نمو الثديين ونعومة الصوت وتوزيع الدهن في الجسم توزيع الأنثى، وتكون فتحة المهبل مقفولة فلا يخرج لها حيض، وإن كان هناك تغييرات في الرحم واحتباس لذلك الدم عند ذلك يحدث انزعاج وقلق للأهل فيذهبون للطبيب، ويقتضى الحال تدخل الطبيب لإصلاح الوضع ورده إلى ما عليه أعضاؤها الباطنة[٤].

٢- **خنثى أصلها ذكر وظاهرها أنثى:** هذه الحالة يكون فيها المريض ذكراً على مستوي الصبغات (xy) وعلى مستوي الغدة التناسلية (خصيتين)، والأعضاء

---

(١) محمد حبيب الخوجة، مرجع سابق، ص٣٨٩.

(٢) المرجع نفسه، ص٣٨٩.

(٣) د. عصام عطا الله، التخنث وأشكاله المختلفة، بحث منشور بمجلة طبيبك الخاص، يوليو، ١٩٩٧، ص٨٩.

(٤) محمد حبيب الخوجة، مرجع سابق، ص٣٩٠.

التناسلية الداخلية ذكرية (بروستاتا – حويصلات مئوية – حبل منوي)، ولكن لسبب ما تكون الأعضاء التناسلية الخارجية أنثوية أو أقرب إلى الأنوثة، وهذه الحالات أندر من سابقتها (أي الذي أصله أنثى وظاهره ذكر)[١]، وترجع الأسباب في مثل هذه الحالات النادرة إلى عدم تأثير هرمون الذكورة على الأعضاء التناسلية، فتتتجه نحو تكوين أعضاء تناسلية أنثوية خارجية، بل مع وجود مهبل لكن الرحم غير موجود[٢]، ومنها ما يرجع إلى زيادة إفراز هرمون الأنوثة من الغدة الكظرية، ومنها ما يرجع إلى تناول الأم هرمون الأنوثة أثناء الحمل في الثلاثة أشهر الأولى على الأخص، وهذا يؤدي إلى عدم نزول الخصيتين، وصغر حجم القضيب جداً، وانشقاق كيس الصفن والتدخل الجراحي يعالج أغلب هذه الحالات[٣].

وبالإضافة إلى ما سبق من أنواع الخنثى الكاذبة، هناك حالات مضطربة نتيجة خلل في الكروموسومات، مثل حالة (تيرنر)، وحالة (كلنفلتر).

إذ تحدث حالة تيرنر عندما يحمل الحيوان المنوي ٢٢ كروموسوماً جسدياً، ولا يحمل كروموسوم الذكورة y ولا كروموسوم الأنوثة ، وعندما يلقح مثل هذا الحيوان المنوي البويضة التي تحمل دائماً X فإن الناتج سيكون ٤٥ كروموسوم وليس ٤٦، ٢٢ منها جسدية، وكروموسوما جنسياً واحداً هو X ويرمز له (XO)، أي أن هناك كروموسوم X من البيضة، ولا يوجد كروموسوم X أو y من الحيوان المنوي، وهو ما يرمز له بحرف o، وبما أن التكوين الأولي للجنين يسير باتجاه الأنثى، لذا تتجه الأعضاء التناسلية الباطنة والظاهرة إلى الأعضاء الأنثوية، بينما تكون الغدة

---

(١) د. محمد علي البار، مشكلة الخشي بين الطب والفقه، ط١، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، السعودية، ٢٠٠٥، ص٣٥٩.

(٢) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط٤، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، ١٩٨٣، ص٥٠٣.

(٣) د. محمد علي البار، المرجع نفسه، ص٥٠٣.

التناسلية ضامرة، وهي على هيئة مبيض معيب التكوين، إذ يتطلب وجود مبيض سليم وجود كرموسومين x ، وفي الأعم لا تحيض هذه الأنثى ولا تحمل لأن المبيض ضامر(١).

وتكون حالة كلينفتر عندما تحدث زيادة في كروموسومات الجنس، اذ يكون بها ثلاثة كروموسومات جنسية XXY بدلاً من اثنين كما هو معتاد، ولذا فإن التركيب يتجه إلى الذكر، لوجود كرموسوم الذكورة القوي، ورغم ذلك فإن هذا الذكر يكون بارد الهمة، ضعيف الباءة عنينا، ولا يستطيع إفراز الحيوانات المنوية(٢).

لا شكّ أنّ ذلك الشبابّ المخنث لم يبلغ في تخلّيه عن مظاهر الرّجولة ما بلغه كثير من شباب الجزائر في هذه الأيام، ممّن أصبح لا يميّز كثيرًا منهم عن النّساء سوى أسماء مدوّنة في البطاقات الشّخصية؛ شباب لا يغادر الواحد منهم بيته في الصّباح حتى يقضي وقتا ليس بالقصير أمام المرآة، يستأصل كلّ سواد يمكن أن يعكّر بياض وجهه، ويموّج شعره بالدّهن أو يجعله على شكل مكنسة أو يسنّمه على هيئة عرف الدّيك أو سنام البعير، وربّما يطيله ويجمعه خلف ظهره؛ يلبس الضيّق والمتدلّي والملوّن والمزري من الثياب، ويضع من أجود أنواع العطور؛ يطوّق رقبته بسلسلة ومعصمه بإسورة، ويجعل في إحدى أذنيه قرطا وفي الأخرى سمّاعة تحافظ على رقّة مشاعره ورهافة أحاسيسه بأغانٍ عاطفية تناسب ذوقه، ثمّ يخرج متمايلا في مشيته متغنّجا في حركاته، إذا تكلّم تذلّل في كلامه ومطّط شفتيه وحرّك عينيه وحاجبيه، وإذا ضحك طاولت قهقهته السّحاب؛ لا تسمع له حديثا إلا في سفاسف الأمور وتزّهاتها، ولا تعرف له هما إلا ما تعلّق بأخبار نجوم الرياضة والفنّ، وقصص الهيام والغرام، ومغامرات الطّيش والعبث في الهاتف وعلى صفحات الأنترنت؛ إذا

---

(١) د. محي الدين طالو العلي، أمراض النساء، بلا مطبعة وبلد نشر،٢٠١٣، ص١٦٢.

(٢) كامل النجار، مرجع سابق، ص٦٣.

نظرتْ إليه أو كلّمتْه لعوب ذاب في جلده، ونسي ماضيه وحاضره ومستقبله، وغرق في بحر العواطف وضيّع دنياه كما ضيّع دينه.

وبرأينا أن المبررات البايلوجية للتخنث التي تتعلق بمظهره الخارجي وخلقته لا يمكن اعتبارها مبررات بالمعنى الصريح؛ لكون التكوين البايلوجي للانسان هو الحالة التي يولد الشخص عليها ويكون وفقاً لهذه النظرة مخلوق بجهازين تناسليين احدهما ذكري والاخر انثوي، فهو لا يختار التخنث في هذه الحالة وانما تفرض عليه.

ومن جانب آخر فان تحويل جنسه من ذكر لانثى يكون تحت مبررات علاجية ووفق شروط وضوابط يحددها الشرع والقانون، فالاشخاص الذين تولد لديهم اجهزة تناسلية مزدوجة تصاحبها افكار ومعتقدات تسيطر على عقولهم بأنهم ولدو في الجنس الخطأ وجعلهم يشعرون بان هذا الجنس ليس جنسهم الحقيقي، ومما يجعلهم يقومون في إجراء عملية التحول الجنسي، إذ يقومون باستئصال أعضائهم التناسلية الذكرية والابقاء على الأعضاء الانثوية حتى يكون تكوينهم البايلوجي مشابه ومطابق للجنس الذي يوافق رغباتهم، ويطلق على هذا النوع من العمليات أو الإجراءات الطبية مصطلح التحول الجنس أو تغير الجنس، لانها عمليات مشروعة الغاية منها وضع الانسان في وضعه الطبيعي وليس تحويله الى مخنث. لذلك نعتقد بان التكوين البايلوجي للانسان هو سبب لتغيير جنسه ووضعه في الجنس الذي يناسب رغباته الداخلية، وليس مبررا لان يكون مخنث من عدمه[١].

الفرع الثاني

المبررات النفسية

المخنث هو روح انثى حلت في جسم رجل، وهذه الحالة يرفضها المخنث لذا يبقى التخنث لغزا محيرا واشكالا عويص الحل، فهو شذوذ جنسي مصنف في

(١) مصطفى عبد الزهرة موسى، الأثار المترتبة على التحول الجنسي في مسائل الأحوال الشخصية- دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، النجف، ٢٠٢٢، ص٦٧.

خانة اضطراب الهوية الجنسية ، فالمخنث له مكونات جسمية طبيعية وسليمة ولا يعاني من اي اضطراب نفسي أو صبغي، ولكن ترسخت لديه قناعة منذ الصغر بأنه امرأة، ولا يخفي تمسكه بأنوثته؛ لأنه يعد نفسه ضحية خطأ جسيم للطبيعة لابد من تصحيحه على الفور ، ولهذا فهو يتنقل من الطبيب الجراح الى طبيب الغدد الى الطبيب النفسي لطلب اجراء عملية جراحية تمكنه من تحويل جنسه(١).

كما يصعب تحديد انتشار التخنث، ونظريا يوجد التحول الجنسي عند الرجال ويسمى ايضا (التخنث) كما عند النساء وان كانت البحوث العلمية خصت الرجال اكثر من النساء.

ويختلف التخنث عن باقي الشذوذات الجنسية التالية(٢):

- ارتداء ازياء الجنس الاخر: ويتميز بالتعلق بما يرمز للمرأة أو بالمظهر الانثوي، فالمتنكر بزي المرأة يريد إن يتشبه بالمرأة لكن المخنث يريد إن يكون امرأة.
- المثلية الجنسية: يتقبل المثلي جنسه الذكوري ويميل الى من له نفس الجنس على عكس المخنث الذي ينكر جنسه الطبيعي الظاهر ويطلب الاخصاء.

وفي هذا الصدد يرفض المخنث بشدة تشبيهه أو اعتباره مثلي بإستثناء المرأة المتحولة جنسيا التي تقبل مثلية ايجابية أو فاعلة.

يصف الطب النفسي حالة الذكر مضطرب الهوية الجنسية بالاتي(٣):

١- ذكر كامل الذكورة من حيث الخلقة الظاهرة والباطنة، وله خصائص الذكورة المعتادة بما فيها امكانية اداء الوظائف العضوية الغريزية كالجماع وانزال ماء الرجل وان تحمل منه زوجته لو تزوج.
٢- هرموناته وكروموسوماته الذكرية كاملة.

---

(١) د. علي كمال، مرجع سابق، ص٨٧.
(٢) د. نهى عدنان القاطرجي، مرجع سابق، ص٣٦.
(٣) كامل النجار، مرجع سابق، ص٧٦.

٣- رغبة ملحة في الانتماء الى الجنس الاخر (الانوثة) والتحول اليه بما في ذلك الرغبة في اعمال الانثى ولباسها وتصرفاتها.

٤- ضيق دائم وعدم رضا عن جنسه الذي خلق عليه.

٥- شعوره بعدم ملاءمة الدور الاجتماعي الذي يمليه عليه جنسه التشريحي، وفي المراهقين والراشدين يظهر ذلك بأعراض مثل : الانشغال بالتخلص من صفات واعضاء الجسد الجنسية التي تخص الجنس المرفوض (جنسه الذي خلق عليه)[١].

٦- يعاني من اضطراب شديد في نفسيته، فهو يقول عن نفسه: انا انثى محبوسة في جسد رجل.

اما حالة الانثى مضطربة الهوية الجنسية فيصفها الطب النفسي بالاتي[٢]:

١- أنثى كاملة الانوثة من حيث الخلقة الظاهرة والباطنة ، ولها خصائص الانوثة المعتادة كالحيض وإمكانية حصول وظائفها الانثوية كالحمل والرضاعة[٣].

٢- رغبة ملحة في الانتماء الى الجنس الاخر (الذكورة) والتحول اليه بما في ذلك الرغبة في اعمال الذكور وألبستهم وتصرفاتهم.

٣- ضيق دائم وعدم رضا عن خلقتها الأنثوية وخصائصها الناتجة عنها.

٤- تعاني من اضطراب شديد في نفسيها، فهي تقول عن نفسها: انا ذكر انا محبوس في جسد أنثى.

٥- شعوره بعدم ملاءمة الدور الاجتماعي الذي يمليه عليه جنسها التشريحي، وفي المراهقات والراشدات يظهر ذلك بأعراض مثل: الانشغال بالتخلص من

---

(١) د. عبد الكريم فوده ود. سالم حسين الدميري، مرجع سابق، ص٥٤.

(٢) كامل النجار، مرجع سابق، ص٧٤.

(٣) د. محمد علي البار، مرجع سابق، ص٨١.

صفات واعضاء الجسد الجنسية التي تنتمي الجنس المرفوض (جنسها الذي خلقت عليه).

ولكن مع هذا يبقى عندنا مشكلة عدد من الناس ابتلوا بانحراف مسار الغريزة فى اتجاهات مخنثة (وهذه ظاهرة موجودة فى كل المجتمعات بنسب متفاوتة)، وهؤلاء على نوعين[١]:

١- نوع يرضى بذلك التخنث ويمارسه (وربما يستمتع به) (Ego syntonic) وهذا لانراه فى المجال العلاجى ولكن نسمع عن مشكلاته الأخلاقية أو القانونية.

٢ - ونوع لايرضى بهذا التخنث ويتعذب به ولايمارسه ويسعى للخلاص منه ولكنه لايستطيع (Ego dystonic).

وهذا النوع الأخير هو الذى نراه فى المجال العلاجى وينقسم أمامه المعالجون الى قسمين:

١- قسم يستشعر صعوبة التغيير وصعوبة التحول وفى داخله رغبة الاستسهال والاستسلام للأمر الواقع (كما حدث فى الغرب) خاصة وأنهم لايجدون فى التراث العلمى (الغربى فى مجمله) وسائل وتقنيات وتجارب علاجية تؤنسهم فى مشوارهم الصعب مع مرضاهم الأصعب، وهؤلاء يعلنون أن الشذوذ ليس له علاج.

٢- قسم يرى الأمر من كل جوانبه الطبية والاجتماعية والدينية، ويرى فى هذا الشذوذ ابتلاءا يتعامل معه المريض والمعالج بصبر حتى ينقشع، وهم يحتسبون الجهد والعناء عند الله ويرجون العون والمثوبة منه ويعتبرون ذلك رسالة يتقربون بها الى الله ولاييأسون مهما كانت نسبة نجاحهم قليلة بناءا على قاعدة : "ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا" وقاعدة: "لأن يهدى الله بك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم"، وهذه هى الروح التى نتمناها أن تسود فى مجتمعاتنا العربية والاسلامية، كما نتمنى أن يطور المعالجون النفسيون وسائلهم العلاجية لحل هذه المشكلات حيث

---

(١) كامل النجار، مرجع سابق، ص٤٨.

لاتوجد لها حلول فى المراجع الأجنبية أو توجد لها حلول لاتتفق مع شرائعنا وأخلاقنا فكل مايهمهم هو ازالة الشعور بالذنب لدى الشخص المتورط فى هذا السلوك وعلاجه من خجله أواكتئابه ومساعدته على المجاهرة بسلوكه على أنه شئ طبيعى لايستدعى أى مشاعر سلبيه. وعلاج حالات الجنسية المثلية ليس بالصعوبة التي يخشاها بعض الأطباء النفسيين ، ولكنه يحتاج لمعرفة خاصة وفهم خاص لمثل هذه الحالات وتدريب خاص على كيفية مساعدتها(١).

أن التخنث بوصفه أنعكاساً للاضطرابات النفسية التي يعيشها الفرد وان كان له ما يبرره لكننا لا نجده مبررا كافيا لحصول التخنث وانتشاره بين الافراد، ذلك ان التخنث ما هو إلا نتيجة للافكار الشاذة والمنحرفة التي يميل اليها الأنسان، فالتخنث لم يكن منتشر بصورته الحالية ولا بالاعداد الكبيرة قبل بضع سنوات، لكن بسبب التطور العلمي سواءً في مجال الطب او التكنلوجيا او غيرها من الوسائل التي اسهمت في نقل الافكار الشاذة بين افراد المجتمع العربي وولدت لديهم افكار ومعتقدات تسيطر على عقولهم بأنهم ولدو في الجنس الخطأ، ونشرت بينهم الافكار المنحلة وجعلتهم يشعرون بان جنس الذكورة والرجولة ليس جنسهم الحقيقي؛ وسعوا الى أن يعيشون بالجنس الذي يرغبون فيه، وليس الجنس الذي اختاره الله لهم.

فالأفكار المتقدمة والتي انتقلت حديثا إلى المجتمع العربي هي التي اسهمت في انتشار التخنث وليس الاضطراب النفسي للانسان؛ لأن الاضطراب النفسي محدود بطبيعته وهنالك سبل لعالجه، لكن نشر الافكار المنحرفة وجعلها من المسلمات في المجتمع هو الذي اسهم في انتشار التخنث لتحقيق غايات واهداف منها تفكيك المجتمع والقضاء على عاداته وتقاليده(٢).

---

(١) د. علي كمال، مرجع سابق، ص٩٣.

(٢) د. نهى عدنان القاطرجي، مرجع سابق، ص١٠٩.

المطلب الثاني

ضرورات التجريم لظاهرة التخنث

إن ظاهرة التخنث بوصفها تعبير عن سلوك الانسان المنحرف الناتج عن الدوافع البيولوجية والنفسية له، فانها تؤثر في النظام الأخلاقي للمجتمع وترتب بعض الاثار[١] ،التي سنتناولها وفقاً للتفصيل الآتي:

الفرع الأول

ضرورات التجريم الاخلاقية

الأخلاق هي صمام الأمان لكل أمة فالأخلاق هي أساس بناء الشعوب وبدونها تنتهي الأمة وتزول؛ وهذا يدل على أهمية الأخلاق في بناء الأمة فنحن لا نستطيع أن نتخيل أمة بدون أخلاق. فالفساد عندما يعم الأمة يؤدي ذلك لزوالها وعدم بقائها[٢].

وأبناء الأمة كلما كانوا يتسمون بالأخلاق القويمة كلما كانت تصرفاتهم رشيدة وأبعد ما يكون عن الخطأ وارتكاب المعاصي والعكس صحيح فكلما كان أبناء الأمة لا يتسمون بالأخلاق القويمة كلما كانت تصرفاتهم فاسدة ومليئة بالأخطاء وارتكاب المعاصي والذنوب وكذلك السلوك الإجرامي، وغيرها من الأمراض الخلقية التي تنتشر أثر ذلك مثل ارتكاب الرذائل المختلفة وبضمنها التخنث فكيف يكون العيش في أمة مثل ذلك وفي ظل هذه الرذائل وانعدام الأخلاق؛ لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على الاهتمام بالأخلاق وغرسها في نفوس الافراد والجماعة واهتمت أيضاً بوضع العراقيل في الطرق المؤدية إلى الانحراف والجريمة وممارسة اي سلوك يؤدي الى انحطاط

---

(١) جمال دريسي، مرجع سابق، ص٤٧.

(٢) هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية: العوامل والاثار، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية، العدد٣٤، جامعة حلوان، ٢٠١٣، ص٢٤٦٢.

الاخلاق وفي مقدمتها التخنث؛ وهذا هو الذي يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من التشريعات الوضعية إذ لا يتحرك المشرع الوضعي بالعقاب إلا إذا وقعت الجريمة. بينما يحرص الإسلام بشدة على الأخلاق والفضائل فالله سبحانه وتعالى بعث الأنبياء لهداية البشر وكم من أمم أهلكها الله سبحانه وتعالى لانتشار الرذائل فيها كقوم سيدنا لوط وهود وقوم نوح وغيرها من القصص لأمم أهلكها الله لعدم اتباعها الأخلاق الحميدة فإذا تمسك كل إنسان بالأخلاق صلح المجتمع وتقدم وما كان هناك مظاهر للفساد وعم الرخاء المجتمع بأكمله(١).

وبناءً عليه فان تمسك الافراد بالأخلاق الكريمة وبالقيم الدينية وابتعاده عن الرذائل والممارسات الشذة مثل التخنث يوقظ ضميره وإذا أوقظ ضميره كان ذلك الحصن المنيع لوقوعه في الأخطاء والمعاصي فبالضمير يقاوم الإنسان وساوس النفس والشيطان ويبتعد عن أهوائه وشهواته ومن ثم يكون أبعد ما يكون عن ارتكاب الافعال الشاذة والمنحطة. أما إذا غفل الضمير وضعف قويت وساوس الشيطان بداخله؛ وما تبع ذلك من إتباع الأهواء والنفس فهناك النفس الأمارة بالسوء التي تشجع الإنسان على ارتكاب المعاصي وتزينها له في صورة جميلة وبالتالي فإن الضمير عندما يغفل عند إنسان تنعدم أخلاقه ومبادئه ويصبح كل أمر مباح أمامه؛ وكل هذا يؤثر بالسلب على المجتمع الذي يعيش فيه فالمجتمع مجموعة من الأفراد إذا فسد الأفراد بداخله فسد المجتمع بأكمله ومن ثم هلك وتلاشى فالأخلاق كما ذكرنا هي صمام الأمان للأمة فبدون هذا الصمام تعيش الأمة في خطر شديد(٢).

ومن الملاحظ ان التخنث انما ينتشر أكثر في المجتمعات المنحلة أخلاقياً والتي لا تلتزم بالقيم الدينية والاخلاق الفاضلة التي تدعو اليها الشرائع السماوية؛

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية ك دراسة مقارنة بالقانون، ط١، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨١، ص٦٩.

(٢) هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية: العوامل والاثار، مرجع سابق، ص٢٤٦٢.

لذلك على الحكومات واجب نشر القيم الدينية في نفوس شعبها. إذ يساعد نشر هذه القيم في الحد من الرذائل المختلفة ويبصر أعين الافراد على أشياء كثيرة غابت عنهم وغفلوا هم أيضاً عنها. فالدين حصن لكل إنسان يحول بينه وبين ارتكاب أي سلوك إجرامي أو حتى أي ذنب صغير لذلك فالاهتمام بغرس القيم الدينية داخل نفوس المواطنين يحول دون ارتكابهم أي سلوك لا أخلاقي مثل التخنث الأمر الذي يحقق بمقتضاه الأمن والرخاء والسلام لكافة أبناء الوطن(١).

ولكن بعض الدولة تحول – بقصد أو دون قصد – دون تحقيق ذلك فتتانسى القيم الدينية وتتجاهلها إذ تهمشها في المناهج التعليمية داخل المدارس فإذا نظرنا إلى المواد التعليمية التي تدرس في المدارس اليوم نجد التربية الدينية بها أصبحت مهمشة بشكل كبير. وبالتالي أهملها الطلاب الأمر الذي أدى لإهمالها وتهميشها فكان يجب على الدولة أن تضع التربية الدينية في مقدمة المواد وأهمها لما لها من أهمية بالغة ولكنها تعمدت هذا الإهمال والتهميش بين المراحل العمرية المختلفة في كافة الصفوف التعليمية الأمر الذي ساعد على انتشار الرذائل المختلفة والجرائم بين الطلاب وبين كافة المواطنين فلماذا لم تضع خطة أساسية ومدروسة للاهتمام بالمواد الدينية ووضعها ضمن المجموع وتخصيص قدر كبير الدرجات إليها للاهتمام بها وبتدريسها، وبما يسهم في حفظ الاخلاق والقيم داخل المجتمع وزرعها في نفوس الافراد منذ الصغر لكيلا يمارسوا السلوكات الشاذة ولا يغرر بهم باتجاه التخنث(٢).

وإذا انتقلنا أيضاً إلى وسائل الإعلام نجدها بعيدة كل البعد عن نشر القيم الدينية أيضاً فأين البرامج والأفلام الدنية؟ وأين برامج الأطفال الدينية؟ كل هذه الأشياء اختفت وحل محلها الأفلام اللاأخلاقية والبرامج الهدامة التي نشرت الرذيلة

---

(١) عبد الحميد العبيدين الطب والعلوم– الشريعة والقانون، سلسلة المائدة الحرة، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٩، ص١٨٠.

(٢) هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية: العوامل والاثار، مرجع سابق، ص٢٤٥٩.

وانعدمت بموجبها الأخلاق. فلا بد من تغيير خريطة الإعلام بالقدر الذي يحفظ الاخلاق داخل المجتمع ويحقق الرقابة على الافلام والبرامج خصوصاً لدى المراهقين وبما يضمن عدم تشويش افكارهم باتجاه الرذائل والتخنث، وهذا يتحقق ايضاً من خلال نشر الوعي الديني حتى يتعرف الشعب على أحكام دينهم ويتقوا الله في كل فعل وهذا سينعكس بالإيجاب على سلوكهم(١).

ومن الدول التي أدركت أهمية الإعلام باعتباره أحد سبل تنفيذ المنهج الإسلامي الوقائي من التخنث وغيره من اشكال الشذوذ المملكة العربية السعودية حيث قرر مجلس الوزراء السعودي حيال ذلك قرار رقم ١٦٩ في ١٤٠٢/١٠/٢٠هـ المتعلق بتحديد السياسة الإعلامية في المملكة العربية السعودية ويمكن إيجازها في التزام الإعلام السعودي بالإسلام في كل ما يصدر عنه ويعمل على مناهضة التيارات الهدامة والاتجاهات الإلحادية المعادية والعمل على كشف نزيفها وإبراز خطرها والتأكيد على أن الطفل فطرة نقية صافية وتربة خصبة، والاهتمام بتنشئته التنشئة الاجتماعية السليمة المبنية على القيم الإسلامية والاهتمام بالمرأة وتخصيص برامج لها تعينها على أداء وظائفها والاهتمام بالشباب وتخصيص البرامج المدروسة التي تعالج مشكلاتهم وتفي حاجاتهم وتصونهم من كل انحراف وتعدهم إعداداً سليماً قوياً في الدين والخلق والسلوك(٢).

وهكذا نرى أن اهتمام الدولة بسياسة الإعلام انما يعكس اهتمامها بنشر القيم الدينية المختلفة ويهيأ بث هذه القيم في نفوس أبنائها وبما يضمن عدم انتشار السلوكيات الشاذة مثل التخنث والمثلية وغيرها من الجرائم غير الاخلاقية، والجدير بالذكر ان نشر القيم الاخلاقية والدينية والتمسك بها كما هو واجب على الدولة فانه واجب اخلاقي على الافراد ايضاً، لذلك على كل شخص أن يتمسك بالمبادئ والقيم وعدم الجنوح وراء شهواته التي

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، مرجع سابق، ص٦٩.

(٢) ينظر: المواد (١-٣٠) من مبادئ السياسة الإعلامية في المملكة العربية السعودية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٦٩ وبتاريخ ١٤٠٢/١٠/٢٠هـ.

تدفعه للممارسة الشذوذ والتخنث لضمان سلامته وسلامة مجتمعه؛ فعندما يشيع الخلل في القيم والمعايير الدينية والأخلاقية للمجتمع، يصبح الحلال حراما والحرام حلالا، ويزيد الاستهتار بالدين الذي يحرّم الشذوذ بكل انواعه، وتكثر الجرائم بكل انواعها من قتل، وسرقة، وادمان الخمور، وتعاطي المخدارت، واستعمال العنف والشدة، والاعتداء على الآخرين وخاصة الأطفال(١).

إذ يؤدي انتشار ظاهرة الخنوثة الى تقويض الروابط الاسرية وتغير اشكال الاسرة الطبيعية المكونة من امرأة ورجل واطفال؛ اذ إن ممارسة التخنث تؤدي الى عزوف الشباب عن الزواج، كما يساهم في زيادة مشكلة الاجتماعية من عنوسة وطلاق وخيانة زوجية وعجز جنسي(٢).

فمن المقبول شرعاً وبشرياً ووفقاً للفطرة السليمة ان الذكر يجب ان يتصف بصفات الذكورة، ويجب ان يمارس دوره كرجل؛ لان الخنوثة يمكن ان تدفعه به إلى الخروج عن المالوف كممارسة الجنس مع نفس جنسه وهذا ما يحدث مع بعض المخنثين، وإن الزواج قد يصعب، فالشاب عندما يريد أن يعف نفسه بالزواج، يرى أن الزواج مكلف يبدأ بالبحث عن شيء يفرغ فيه هذه الشهوة فإما أن يذهب إلى الزنا، أو يتحول إلى شاذ جنسياً. كما يتأثر الفرد بالبيئة المحيطة به، مثل أن ينشأ في وسط مجتمع يعاني من انشار ظاهرة التخنث، فيرى أن هذا أمر طبيعي فيبقى على ما هو عليه ؛ ومن اجل ان تبقى تصرفات الانسان بعيدة ومنزهة عن كل ما يخرجها عن اطارها الطبيعي وللحفاظ عل اخلاقيات الانسان والمجتمع من الانحراف، لذا حرم الاسلام التخنث وحذر من الوقوع فيه(٣).

كما يضر التخنث بالافكار العقائدية للمجتمع التي تحتل موقعا بارزا من

---

(١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المسؤولية الجزائية في الشريعة الاسلامية ك دراسة مقارنة بالقانون، مرجع سابق، ص٦٩.

(2) Gallagher, Maggie "Banned in Boston: The coming conflict between same- sex marriage and religious liberty, scarecrow press, p67.

(٣) هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية: العوامل والاثار، مرجع سابق، ص٢٤٦٢.

الاهمية بالنسبة للإنسان بشكل خاص، وللمجتمع ومنظومته الاخلاقية بشكلٍ عام، فالافكار هي اساس بناء المجتمع الانساني السليم، وبناء الحضارة والهوية الثقافية، إلا ان التخنث يؤثر بشكل كبير عليها إذ يؤدي الى فقدان المجتمع لاخلاقه ولهويته الاجتماعية والثقافية، ذلك ان تغلغل افكار التخنث في المجتمع يعتبر على المدى البعيد اكثر خطورة واشد وطأة على المجتمع واخلاقه من اي تاثيرات أخرى؛ لان التأثيرات الاخرى يمكن معالجتها والتعامل معها[1].

فلا يوجد شخص عاقل يريد أن يهكل نفسه وأبناء جنسه، وتجنبهم الزواج الطبيعي يؤدي إلى هلاكهم، لذلك يمكن القول ان هؤلاء مصابين بفساد العقل، وانحراف الفطرة، واتباع الهوى. اذ يمارسون شيء يخرجهم عن اطار ممارسة حريتهم الشخصية، إذا فالحرية تتوقف عندما تتعدى على حرية الغير، فلا وجود للحرية المطلقة، وظاهرة التخنث فيها تعدي على الجنس البشرى بالكامل ويسعى إلى إهلاكه.

وللتخنث اضرار من الناحية الاخلاقية، فالمخنثين هم الأكثر إدماناً للمخدرات والمسكرات، وهي تؤدي إلى عواقب وخيمة محتملة مع التقدم في العمر، هم الأكثر عرضة للاكتئاب، والأكثر في معدل الانتحار لاسيما إذا كانوا شباباً.

الفرع الثاني

ضرورات التجريم الاجتماعية

يتطرق الإسلام الى الزواج والعلاقات الجنسية بالفاظ واضح، فهو يؤكد على الفطرة السليمة وعلى مكانة الرجل في المجتمع باعتباره يحضى باهمية ومكانة عاليتين، لذا يضع الاسلام فواصل ثابتة وبينة بين الجنسين تتجلى في الادوار المنوطة بكل منهما في اغلب الاحيان تقوم المراة بدور التابع المعتمد على الرجل والمطيع له، فلا تتساوى اجتماعياً المراة مع الرجل، لذلك نلاحظ تمجيد

(1) Rocke, Michael,(2006): Forbidden Frie ndships: Homosexuality and male Culture in Renaissance Florence, Columbia University Press, p. 89-90.

الذكر والقوة الجنسية، فكل ضعف في القدرة الجنسية او في الرغبة يؤدي الى جرح نرجسي، لذلك يعامل المخنث في المجتمع بعداوة ونبذ مطلق[١]، لذلك نلاحظ ان المخنث بشكلٍ عام لا يهتم بالحياة الزوجية وليست من اولوياته؛ بحيث تفاقمت في الآونة الأخيرة وبشكل كبير ظاهرة عزوف الشباب عن الزواج والأدهى من ذلك أنها تنتشر بشكل كبير ويزداد الأمر صعوبة يوماً بعد يوم وأسباب تأخر الزواج لا تنحصر في البطالة والإسكان والظروف الاقتصادية الصعبة؛ بل يعود في جزء منها الى بعض الشباب الذين يمارسون افعال شاذة مثل التخنث، وقد يكون تاخر الزواج بحد ذاته سبباً من اسباب التخنث[٢]. فضلاً عن كونه نتيجة له؛ إذ تؤدي الظروف الاقتصادية الصعبة وتاخر الزواج إلى ان ييأس الشاب من الزواج ويتجه لممارسة الشذوذ مثل التخنث وغيره من الافعال المحرمة؛ والسبب في ذلك هو الفساد المستشري بحيث يعجز الشاب عن الحصول على فرص عمل وعن توفير مساكن صالحة للسكن والمعيشة وكذلك توفير الإمكانيات الاقتصادية التي تتيح له أن يبدأ بداية وغير ذلك من الأمور التي لا حصر لها وكل هذا انعكس بالطبع على الزواج. وأدى لتأخر الزواج وما نتج عنه من آثار سلبية على الفرد والمجتمع فماذا يفعل الشاب سوى أنه ينخرط في أحضان الرذيلة فلقد عجز في تحقيقها بالأساليب المشروعة المتمثلة في الزواج فبحث عن طرق أخرى فانتشرت أثر ذلك العديد من الجرائم الاخلاقية التي تعتبر من أخطر الجرائم والتي تضر ضرراً شديداً بالمجتمع وتأثر تأثيراً سلبياً على الأسرة التي هي الخلية الأولى لبناء المجتمع، فالدولة يجب ان تتحمل مسؤولتها وتتحرك لمعالجة الاسباب التي ساعدت على انتشار العديد من الرذائل اللاأخلاقية وساعدت أيضاً على انتشار التخنث وغيرها من الجرائم الاخلاقية مثل جرائم التحرش والاغتصاب[٣].

فماذا لو وفرت فرص عمل للشباب ووفرت لهم المسكن المناسب وصرفت لهم

---

(١) د. بن سماعيل، التخنث في الجزائر مظاهر امراضية وثقافية، مجلة الراسخون، ع١٦، ٢٠١٥، ص٤٠.

(٢) مصطفى عبد الزهرة موسى، مرجع سابق، ص٨٩.

(٣) د. بن سماعيل، التخنث في الجزائر مظاهر امراضية وثقافية، مرجع سابق، ص٤٠.

مرتبات مناسبة وخفضت من الأسعار واستطاع الشاب أن يتزوج وبذلك يكون حصن نفسه من الوقوع في الرذيلة لأن الزواج حصن للرجل والمرأة. قال الرسول الكريم يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء لأن الزواج وقاية من الوقوع في الفواحش[١].

ومن اثار التخنث كذلك انتشار الأمراض بين الشاذين جنسيا، ومن هذه الأمراض تلك المنتقلة بالجنس، وعلى رأسها مرض نقصان المناعة والمقاومة في الجسم (الايدز)، والأمراض الزهرية الأخرى. إضافة إلى ذلك تنتشر بين الشاذين الأمراض الجسدية مثل الوباء الكبدي ومرض" متلازمة أمعاء الشواذ" والحمى المضخمة للخلايا، اضافة إلى الأمراض العصبية والاضطرابات النفسية مثل القلق والاكتئاب والشعور وبالنقص والسادية، وما إلى ذلك من اضطرابات نفسية قد توصل بأصحابها إلى الانتحار او القتل[٢].

أما اثاره على المجتمع من الناحية الصحية فقد تأكد علمياً وجود العديد من الأمراض الفتاكة التي تصيب المخنثين ؛ طبقا للدراسات والبحوث العلمية والطبية التي نشرت في الدوريات والمواقع العلمية الموثوقة، فالطب الحديث يكشف بين حين واخر عن مرض فتاك يمثل مصيبة أو كارثة تحل بالمخنثين، (وما إن يجد الاطباء علاجا نافعا لاحد الامراض الا ويستجد مرض جديد يشغلهم عن المرض السابق مما يجعلهم يقفون متحيرين امام هذا الخضم المرار ومن تلك الشرور والاخطار ما تنشره وكالات الانباء العالمية عن مرض جدري القرود الفيروسي الذي يبعث الرعب في العالم وتحذيرات منظمة الصحة العالمية عن تفشيه خاصة في الدول الاوربية[٣].

فضلاً عن ذلك، إذ ان المخنثين في المجتمع العراقي يواجهون مجتمعهم بشيء من

---

(١) عبد الحميد العبيدين الطب والعلوم– الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص١٨٧.

(٢) د. بن سماعيل، التخنث في الجزائر مظاهر امراضية وثقافية، مرجع سابق، ص٤٠.

(٣) صالح بن فوزان، الحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط٣، مطبوعات جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، السعودية، ١٤٠٨، ص٧٣.

الجرأة في اللباس والمظهر والتصرفات لم تكن مألوفة مسبقاً. والسبب في ذلك يعود للاحتلال الأميركي الذي ساهم في التشجيع على هذا الفعل. وقد اكدت صحيفة نيويورك تايمز الأمريكية هذه الحقيقة بقولها: إن "الأمن والهدوء سمح للعراقيين أن يتمتعوا بالحريات (الأمريكية)، ومن بينها حرية الشذوذ، والتي لم يكن من المتصور أن تحدث قبل بضعة أعوام"(١). وقد كان لهذا الظهور العلني الجريء، وفي ظل غياب الدور الرقابي والقانوني للحكومة العراقية بسبب الاحتلال وإذ كان غياب تطبيق الشريعة والقانون في العراق ساهم في استمتاع هؤلاء المخنثين بالحرية، فإنه في بلاد اخرى كالمغرب العربي، اذ تقوم السلطات الأمنية المغربية بتشديد الحصار على هؤلاء المخنثين، الذي يستغلون المناسبات الدينية والشعبية من اجل ممارسة طقوسهم على مرأى ومسمع من الجميع.

ومن الملاحظ أيضاً أن الحكومة وسياستها الفاسدة ساعدت على انتشار الرذائل المختلفة داخل المجتمع والتي كان من واجبها الحد منها بكافة الطرق والوسائل والعمل على ذلك. ولكننا نجد أن الرذائل المختلفة انتشرت بشكل كبير وهذا نتيجة السياسة الفاسدة للدولة التي أدت لظهورها كما أنها لم تحد منها مما أدى لانتشارها بشكل كبير.

فإذا نظرنا إلى الشوارع مثلاً وما يحدث بها من رذائل مختلفة نجدها منتشرة بشكل كبير دون اتخاذ أي قرارات أو إجراءات حيال ذلك أو لردع ومنع هذه الرذائل المختلفة.

فنجدها بكثرة حيث السرقات المختلفة التي تحدث سواء للمواطنين في المواصلات العامة أو للمارة في الشوارع المختلفة أو للسيارات وما بداخلها من نقود أو تليفونات محمولة أو حتى سرقة قطع الغيار المختلفة منها وكذلك التسول في الشوارع والأطفال المتسولين الذين من الغالب يقومون بأساليب إجرامية للحصول على الأموال كالسرقة والجرائم المختلفة التي تحقق لهم ذلك. وبالإضافة إلى التسول والسرقة هناك الأفعال اللاأخلاقية التي يقوم بها بعض الشباب كما ترى تجاه الفتيات كالتحرش بهم في المواصلات العامة وفي الشوارع ولا يكتفي الأمر عند ذلك بل يتصاعد أيضاً للخطف أحياناً والاغتصاب وهتك العرض فأين الدولة من كل هذا فلقد وقفت السياسة الفاسدة للدورة عاجزة أمام هذه الرذائلالمختلفة غير

---

(١) حسن عثمان، مدونات مكتوبة، صحيفة نيويورك تايمز: الحرية الامريكية نشرت التخنث في العراق.

قادرة على ردعها وسن القوانين المختلفة للحد منها[١].

وغير ذلك مما نجده من سطو وسرقة على المحلات المختلفة وعلى الشركات والبنوك وغيرها انتقالاً لما يحدث من رشوة واختلاس في المصالح الحكومية وغير ذلك من جرائم الفساد الوظيفي التي نراها بشكل كبير والمدارس وما يحدث بها من رذائل مختلفة وجرائم سلوكية أخلاقية وما يحدث في المستشفيات من جرائم لا أخلاقية كسرقة الأعضاء البشرية وإهمال المرضى حتى الموت وغيرها من الرذائل المختلفة السكانية وما يحدث بها من جرائم مختلفة كسطو وسرقة وقتل وغيرها[٢].

ومن خلال مرورنا السريع ابتداءً من الشارع إلى المحلات والشركات والبنوك وإلى المدارس والمستشفيات والمصالح الحكومية وكذلك الوحدات السكانية يتضح لنا أن الرذائل منتشرة بشكل يدعو للتعجب والاستنفار فالحكومة ظلت مكتفة الأيدي لم تحد من هذه الرذائل المختلفة التي انتشرت بصورة كبيرة في المجتمع فكان يجب على الحكومة أن تسن القوانين المختلفة للحد من هذه الرذائلالتي انتشرت في المجتمع كما لا بد أن يكون هناك رقابة شديدة على وسائل الإعلام التي ساعدت بشكل كبير في انتشار هذه الرذائل فلقد لعبت وسائل الإعلام دوراً سلبياً في استفحال هذه الظاهرة وانتشار هذه الرذائلحيث نجد الأفلام الهابطة والبرامج غير الأخلاقية وغيرها من الأفلام والمسلسلات وحتى برامج الأطفال أصبحت هدامة وغير أخلاقية فالقنوات الفضائية انتشرت بشكل كبير في الآونة الأخيرة وهذا أدى لانتشار هذه الرذائل؛لأن هذه القنوات المختلفة اللاأخلاقية وما تقدمه أدى لضعف القيم الأخلاقية لدى أفراد المجتمع بشكل كبير الأمر الذي أدى بدوره لانتشار الرذائل تقليداً لما يقدم في بعض الأحيان أو رغبة في تحقيق الكسب المادي بطريق غير مشروع وغير ذلك وأنا أنادي بوضع رقابة شديدة على ما يقدم في وسائل الإعلام المختلفة وخاصة ما يقدم للأطفال لأن الرقابة على هذه الوسائل سيحد من انتشار هذه الرذائل بكافة أشكالها وذلك لأننا قضينا على سبب انتشارها من خلال وسائل الإعلام المختلف

---

(١) صالح بن فوزان، مرجع سابق، ص٧٤.

(٢) مصطفى عبد الزهرة موسى، مرجع سابق، ص٨٩.

وبذلك فإن التخنث الذي تبقى اسبابه مجهولة يثير إشكالات معقدة طبية وقانونية واخلاقية واجتماعية في ظل غياب حل مرضي، فكما ان التخنث بحد ذاته هو نتاج بعد ثقافي واجتماعي ، فالتربية والتعليم والتنشأة في سياق محيط ثقافي واجتماعي خاص يؤثر على تكوين الشخصية ويدعم السلوك السوي للانسان.

الخاتمـــة

الـخـاتـمـة

بعـد ان فرغنـا مـن دراسـتنا الموسـومة بـ "التخنـث" فقـد توصـلنا إلـى جملـة مـن الاستنتاجات والتوصيات التي سنوردها على التفصيل الآتي:

أولاً- الاستنتاجات:

١- التخنـث هـو كـل حالـة يكـون فيهـا الشـخص شـاذ عـن الفطـرة السـليمة والتكـوين الطبيعـي الـذي خلـق الله الإنسـان عليـه، مـن جانـب الأعضـاء التناسـلية، أذ قـد يكون له ذكر الرجال وفرج الاناث في وقت واحد وقد لا يكون له أحدهما.

٢- هنالـك انـواع مـن التخنـث تكـون مشـروعة خصوصـا فيمـا يتعلـق بالتخنـث الـذي يحـدث عنـد الـولادة حيـث يعـد مرضـاً ابـاح فقهـاء الشـريعة معالجتـه مـن خـلال عمليات تصحيح الجنس لكن وفق ضوابط وحدود معينة.

٣- لـم تـنظم اغلـب الـدول ظـاهرة التخنـث بصـورة صـريحة فـي متـون قوانينهـا ممـا اسـتتبعه وجـود نقـص وقصـور تشـريعي فيمـا يخـص تجـريم التخنـث حيـث يخضـع هذا التجريم لسلطة القاضي في تكييف النصوص.

٤- هنالـك اسـباب عـدة للتخنـث أهمهـا العوامـل النفسـية التـي تـدفع الافـراد الـى اتبـاع هذا السلوك فضلا عن المحيط الاجتماعي وتربية الأهل.

٥- هنالـك اثـار عـدة للتخنـث علـى الفـرد واخلاقـه وكـذلك المجتمـع الـذي يعـيش بـه حيث يؤدي التخنث الى انحراف الاخلاق واتباع طرق الشذوذ الجنسي.

٦- موافقـة الطـب للفقـه فـي إن الخنثـى ينقسـم الـى نـوعين: فـي الطـب تخنـث حقيقـي وتخنثث كاذب.

٧- الحقـائق العلميـة تؤكـد إن الشـكل الخـارجي لا يمكـن إن يكـون مقياسـا لتحديـد جنس المخنث.

٨- إن تحديـد جـنس المخنـث يكـون مـن خـلال مضـهره وقـد يكـون مـن خـلال تصـحيح مسـار اعضـاءه الجنسـية طبيـآ لـه غايـة فـي الاهميـة بالنسـبة لـه، وانـه

كلما كان ذلك مبكرا في حياته كان افضل له حتى يعيش حياة مستقرة في مجتمعه؛ كي لا يكون شاذا مستغربا من هيئته.

٩- لم تكن الشريعة الاسلامية من بين المصادر المادية لقانون العقوبات العراقي صراحة أو دلالة على الرغم من إن المذكرة الايضاحية اكدت على مسايرة القانون لواقع المجتمع العراقي، وان هذا الاعراض عن التشريع الجنائي الاسلامي اوجد مجالا للتعارض في المجال المصدر المادي للقانون.

١٠- سلكت الشريعة الاسلامية مسلكين اساسيين من اجل وقاية المجتمع من الجريمة هما العمل على بناء الذات الانسانية وتهيئة الانسان اخلاقيا وتربويا والحرص على توفير حياة نفسية سعيدة للانسان، وان خير من انتهج السبل الوقائية من الجريمة هو التشريع الجنائي الاسلامي.

١١- اجمعت الشرائع كافة على تجريم ظاهرة التخنث؛ لما تنطوي عليه من تغيير للشكل الذي خلقه الله عليه.

ثانياً- المقترحات:

١-نقترح على المشرع اضافة ماده الى قانون العقوبات العراقي في نطاق الجرائم المخلة بلاخلاق وتكون بداية هذه الماده بتفسير تشريعي مصاحب للنص ببيان صوره التحنث والتي نقترحها بالآتي:

التخنث وهو ممارسه التشبة بلنساء باي فقعل من الافعال الاتيه:

اولاً- وضع مساحيق التجميل الخاصه بالنساء ولبس الملابس الخاصه بهن في الاماكن العامه والظهور بمظهر يشبه مظهر النساء اذا مورست هذه الافعال في غير حالات ممارسة مهنه التمثيل.

ثانياً- تعاطي الادوية او المستحضرات الطبيه التي يكون لها تاثير في زياده الهرمونات الانوثيه بشكل يساهم في زياده اضهار علامات الانوثه على الذكر.

ثالثاً- اي صوره اخرى تعد ممارسة مقصوده للتخنث وفق المعايير الطبية.

٢-نقترح ان تكون العقوبة للتخنث وفق النص الاتي:

أولاً- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (١) سنة واحدة ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات او بغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠٠٠٠) خمسة مليون دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠٠) عشرة مليون دينار كل من مارس أي فعل من أفعال التخنث.

ثانياً: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (١) سنة واحدة ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من غير جنسه بايلوجيا او شرع في ذلك، ويعاقب بالعقوبة نفسها كل طبيب أو جراح اجرى العملية باستثناء حالة معالجة التشوهات الخلقية التي تتطلب تداخل جراحي لتأكيد جنس الشخص.

٣-ضروره النص في قانون الصحة العامة نص قانوني يلزم وزاره الصحة باقامة ندوات تثقيفيه حول مخاطر تعاطي الادوية التي من الممكن ان تؤدي الى حدوث حالات التخنث وابراز معالم التخنث مثل تعاطي الحبوب المانعه للحمل للرجال ومن خلال عملنا في مجال التحقيق وجدنا انالكثير من الاشخاص الذين يريدون ابراز معالم التخنث لديهم من خلال تعاطي الادوية والعقاقير الخاصة بلنساء والتي تؤثر من الناحية الصحية على جسم الرجل من خلال التاثير على الهرمونات الذكورية وكذلك التاثير على الكلية الخاصة بلرجال ومن ثم على الاعضاء الداخلية والجهاز التناسلي الخاص بلرجل وتؤدي على ابراز معالم التخنث لدية وبالتالي هذا الفعل من الافعال التي تمثل مظهر بارز من مظاهر التخنث وبالتالي يجب على وزاره الصصحه عقدت هذه الندوات لبيان الاثار السلبية لهذه الحالات لغرض التقليل منها.

٤-نقترح ان يواصل الطب ابحاثه في علاج هؤلاء المرضى المصابين بالتخنث سواء كان التخنث مشروعا مثل التخنث غير المشكل وفقا لوصف فقهاء الشريعة أو التخنث غير المباح الذي يحدث بسبب العوامل النفسية.

٥-نقترح ان يكون هنالك الزام على وزاره التربيه بضروره بادخال ضمن المناهج التربوية كل مايؤدي الى محاربة الحالات التي تؤدي الى التخنث والمثلية الجنسية وبيان واجبات الاناث والذكور ودورهم في المجتمع واسناد ذلك الى متخصصين في المجال التربوي وعلم الاجتماع من اجل صياغه مناهج تربوية من اجل مواجه ظاهره التخنث.

٦- نعتقد بان تشبه الرجال بالنساء بما يخال جنسه الخلقي من لباس او زينه او سلوك يجب معالجته بطرق اخرى مساعدة للتجريم مثل نشر الوعي الديني والتربوي في المدارس فضلا عن دور الاعلام.

٧-يجب تجريم تناول او تعاطي هرمونات تخالف جنس الفرد الخلقي؛ لكون هذا الفعل اعظم إثماً من التشبه بالسلوك وغيره.

٨-الاهتمام بالثقافة لما لها من دور مهم فلا يمكن تجاهل العوامل الثقافية فالاهتمام بالتربية وبالتعلم في محيط ثقافي اجتماعي خاص يؤثر في تكوين الشخصية.

٩- لا بد من زيادة الاهتمام بالشباب منذ نشاتهم وذلك لانهم بذرة المجتمع واساس الجيل الذي يقود الوطن نحو النهضة والتطور وعليه نوصي اجهزة الدولة باتخاذ السبل الكفيلة بتحقيق هذه الغاية لمحاربة التخنث والشذوذ بجميع صوره.

١٠-اقترح على وزارة الصحة بتشديد الرقابة على الصيادلة وفرض عقوبى عليهم في حالة اعطاء العقاقير التي تؤثر في الجنس تلك التي تؤدي عى سبيل المثال لا الحصر الى نعومه الصوت وتقليل شعر الوجه.

١١-ضرورة الاهتمام بهذه الطائفة من الافراد طبيا ونفسيا وبكل الطرق؛ لإزالة معاناتهم وتصحيح وضعهم من كل الجوانب لإلحاقهم بالأفراد الاسوياء ودمجهم بالمجتمع.

١٢-نشر التوعية والثقافة بين أبناء المجتمع للتعامل مع هذه الفئة على انهم مرضى وليس على انهم ظاهرة شاذه ينفر منها الناس عند اكتشافهم.

١٣-تجريم العلاقات الجنسية الرضائية بين اصحاب الجنس الواحد؛ بوصفها جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، فلا يوجد في القانون العراقي نص يعاقب على ممارسة الشذوذ الجنسي الرضائي بين البالغين.فهذه الحاله تكون بوابه لميول الشباب الى التخنث وممارسه تشبههم بلنساء

١٤-ضرورة معالجة المخنث بالعلاج النفسي اذا كان غير رضائي وبدون ميوله لهذه الحالة فهو مريض يعاني من اضطراب نفسي، يتمثل في عدم تقبله لنوعه

وجنسه، وهو ما يحتاج الى اعادة تأهيل نفسي، بأن يهيأ نفسيا واجتماعيا للتعايش وفق حالته.

١٥-وجوب تجريم التخنث في قانون العقوبات، تلك الحالات التي تكون وراءها رغبات شاذه منحرفة لأشخاص ذوي نفسيات مريضه، يمكن التعويل عليها في المواد الخاصة بالجرائم الاخلاقية.

قائمـة المراجـع

قائمة المراجع

❖**القرآن الكريم**

أولاً- المعاجم والقواميس:

١- د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط١، مكتبة المشرق الدولية، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢- أبن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، مادة (شرع)، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٨هـ.

٣- عبد القادر اللامي، معجم المصطلحات القانونية، دار الفكر القانوني، مصر، ٢٠٠٢.

٤- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت: ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٧هـ.

٥- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، باب (خمم-خنث)، دار المشرق، بيروت-لبنان، بلا سنة نشر.

ثانياً- الكتب القانونية والطبية

١- د. إبراهيم حامد الطنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي (دراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٩٣.

٢- د. إبراهيم حامد طنطاوي، جرائم العرض والحياء العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣- د. أحمد المجدوب القماطي، الغدد الصم وهرموناتها، منشورات جامعة الفاتح، ٢٠١٦.

٤- احمد شوقي عمر ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٥- احمد عبد الكريم، محمد خطاب، الارشاد النفسي والاضطرابات ت الانفعالية للأطفال والمراهقين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٠.

٦- أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.

٧- د. احمد فتحي سرور، اصول قانون العقوبات- القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة ١٩٧٢.

٨- د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.

٩- د. احمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٠- أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١١- د. احمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ط١، دار النهضة العربية، للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٣.

١٢- د. اشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

١٣- د. اكرم نشأت ابراهيم، السياسة الجنائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠١١.

١٤- أنور الدين، علم الأجنة العام، ط١، بلا مطبعة، بلا مكان نشر، ١٩٨٣.

١٥- بنور ميلاد العماري، المؤسسات التعليمية ودورها في الوقاية من الانحراف والجريمة، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٢٢.

١٦- توفيق الشاوي، فقه الاجراءات الجنائية، الطبعة ٢، بلا مطبعة، بلا بلد نشر، ١٩٥٤.

١٧- د. ثروت أنيس الاسيوطي، مبادئ الحق، ج١، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٩٧.

١٨- جبار صابر طه، النظرية العامة لحقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

١٩- جبار صابر طه، النظرية العامة لحقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

٢٠- د. جلال ثروت ود. محمد زكي أبو عامر، علم الاجرام والعقاب، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩٩.

٢١- د. جلال ثروت، الظاهرة الاجرامية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢.

٢٢- د. جمال عمر عبد الحميد محمد، المسئولية الجنائية عن عمليات تحول الجنس دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.

٢٣- حسين سليم، الموسوعة الجنسية، دار اسامة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ٢٠٠٢.

٢٤- حسين ناجي محمد محي الدين، محاكمة مواد العرض والزنا وافساد الاخلاق في القوانين الوضعية الى العقل والعرف والشريعة، مؤسسة دار العلوم، الكويت، ١٩٨١.

٢٥- د. حكمت سفيان، مسببات المثلية (الشذوذ الجنسي)، ط١، بلا مطبعة، بلا مكان نشر، ٢٠٢٠.

٢٦- د. حميد حنون خالد، حقوق الانسان، ط٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

٢٧- د. رونالدف، الموجز الارشادي عن الغدد الصماء، ترجمة: نصر الدين احمد، ط١، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، ١٩٨٧.

٢٨- د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، ط٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.

٢٩- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

٣٠- زياد حسين العويني واخرون، دور وسائل الاعلام واثارها النفسية والاجتماعية في انحراف الشباب، مطبعة المعد، فلسطين، ٢٠٠٢.

٣١- سامي محسن الختاتنة، مقدمة في الصحة النفسية، ط١، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

٣٢- سرى اجلال محمد، الامراض النفسية الاجتماعية، ط١، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣٣- د. سري محمود صيام، صناعة التشريع، الكتاب الاول، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٥.

٣٤- د. سعيد علي القططي، الاتجاهات الحديثة في التجريم والعقاب، مركز دراسات العربية للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

٣٥- د. سنيوت حليم دوس، الهرمونات بين الطب والقانون، منشأة المعارف، مصر، ١٩٨٤.

٣٦- سيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣٧- د. شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعة دراسة مقارنة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، بلا مكان نشر.

٣٨- صالح بن فوزان، الحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط٣، مطبوعات جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، السعودية، ١٤٠٨.

٣٩- صلاح رزق عبد الغفار، جرائم الشذوذ الجنسي دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٠.

٤٠- د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقاري، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٤١- د. عبد الاله النوايسه، المثلية الجنسية بين التجريم والاباحة، بلا مطبعة، بلا مكان نشر، ٢٠١٣.

٤٢- عبد الحسين البهادلي والمستشار وليد محمد الشبيبي، القرارات التمييزية للدعاوى الجزائية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٦.

٤٣- د. عبد الحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الاداري، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.

٤٤- د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (رقابة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤٥- عبد الحميد العبيدين الطب والعلوم- الشريعة والقانون، سلسلة المائدة الحرة، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٩.

٤٦- د. عبد الرحيم صدقي، موسوعة صدقي في القانون الجنائي، ط١، مؤسسة الثقافة الجامعية، عمان، ١٩٩٨.

٤٧- عبد القادر الحسيني ابراهيم محفوظ، التجارب الطبية بين الاباحة والتجريم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٩.

٤٨- عبد القادر عودة التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي، ط١٤، مؤسسة الرسالة للطبع، بيروت، ٢٠٠٠.

٤٩- د. عبد الكريم فوده ود. سالم حسين الدميري، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الاشخاص، دار المطبوعات الجامعية، بلا مكان نشر، ١٩٩٦.

٥٠- عبد الله العروي، مفهوم الحرية، ط٥، المركز الثقافي العربي، المغرب، ٢٠١٢.

٥١- د. عبود سراج، التشريع الجزائى المقارن فى الفقه الإسلامى والقانون السورى/ عبود السراج؛ تقديم محمد الفاضل، ط٥، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٣.

٥٢- د. عصمت عبد الحميد، مشكلات اعداد التشريع وصياغته، مجلة التشريع والقضاء، العدد ١، السنة ٥، ٢٠١٣.

٥٣- د. عصمت عبد الحميد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

٥٤- علاء زكي مرسي، جرائم الاعتداء على العرض، الكتاب الثاني، ط ١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.

٥٥- د. علي أبو حجيلة، الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، دار وائل للنشر، الاردن- عمان، ٢٠٠٣.

٥٦- د. علي الامير، الجنس بين النفس والفسلجة، ج٢ دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٠.

٥٧- د. علي حسن ذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.

٥٨- د. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، طبع في وزارة الثقافة والاعلام، بغداد، ١٩٨.

٥٩- د. علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني- التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، بلا جهة طبع، القاهرة، ١٩٩١.

٦٠- د. علي راشد، القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامة)، بلا مطبعة، بلا دار نشر، ١٩٧٠.

٦١- د. علي كمال، الجنس والنفس في الحياة الانسانية، ط٣، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٩٤.

٦٢- د. علي هادي الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا: تاصيل وتحليل مع دساتير جنوب افريقيا لسنة ١٩٦٩ والالماني ١٩٤٩ وغيرهان دار السنهوري، بغداد، ٢٠١١.

٦٣- د. عيد احمد الغفول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع- دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٦٤- د. فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الاجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

٦٥- د. كامل السعيد، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات - دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٢.

٦٦- د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الجرائم الواقعة على الشرف والحرية "دراسة تحليلية"، ط١، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، ٢٠٠٢.

٦٧- لي ارمان وبيتر بارسونز، وراثة وتطور السلوك، ترجمة احمد شوقي حسن ورمزي علي السعدوي، دار ماكجروهيل للنشر، الرياض، ١٩٧٦.

٦٨- د. محمد احمد خليفة، مقدمة في السلوك الاجرامي، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦.

٦٩- د. محمد البار ود. ياسر جمال، الذكورة والانوثة - دراسة لمشكلة تحديد الجنس وضوابط الممارسات الطبية، مركز النشر العلمي، بلا مكان نشر، ٢٠٠٩.

٧٠- محمد المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الاسلامية، مركز الدراسات والبحوث، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٤٢٣هـ.

٧١- د. محمد بن محمد المختار احمد مزيد الشنقيطي، احكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليا، ط٢، مكتبة الصحابة، ١٩٩٤.

٧٢- محمد حسن غانم، الامراض النفسية للشخصية (دراسات اكلينيكية لحلات عربية)، المكتبة المصرية للطباعة والنشر، الاسكندرية. ٢٠٠٤.

٧٣- د. محمد حسين منصور، المدخل لدراسة القانون، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٧٤- محمد شلال، الخطورة الاجرامية دراسة مقارنة، ط١، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٨٠.

٧٥- المستشار محمد فهيم درويش، الغريزة الجنسية وتأثيرها على ارتكاب الجرائم، ط١، دار النور للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٠.

٧٦- د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.

٧٧- د. محمد يوسف النجار، وجارلس أي اوهارا وغريغوري ال اوهارا، اسس التحقيق الجنائي القسم الخاص: التحقيق بجرائم معينة، ج٢، ترجمة نشأت بهجت البكري، مطبعة التعليم العالي، ١٩٨٩.

٧٨- د. محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

٧٩- د. محمود محمد علي صبره، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، ط١، مطبعة محمود، بلا مكان نشر، ٢٠١٩.

٨٠- د. محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العِرض في الشريعة الاسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٨١- د. نعيم عطية، القانون والقيم الاجتماعية- دراسة في الفلسفة القانونية، الهيئة المصرية العامة للنشر والتأليف، ١٩٧١.

٨٢- د. نهى عدنان القاطرجي، الغزو الناعم (دراسات حول أثر العولمة على المرأة والأسرة والمجتمع الدراسة العاشرة ظاهرة الشذوذ في العالم العربي (الأسباب والنتائج وآليات الحل) ط١، دار (إي - كتب)، لندن، ٢٠١٨.

٨٣- د. هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون الليبي، ط١، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠١٥.

٨٤- واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الجنائية، ساهمت جامعة بغداد في طبعه، دون سنة طبع.

٨٥- وليد يوسف واخرين، علم الغدد الصماء، الاهلية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

٨٦- ياسر عبد العال، أساسيات الفسيولوجي في علم الغدد الصماء، ط ١، دار النشر للجامعات، مصر، ٢٠٠٥.

ثالثاً- الكتب الشرعية

١- ابن ادريس الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، كتاب الحدود، ج٢٣، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، بلا سنة نشر.

٢- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية في سياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، دار المدني للطباعة والنشر، جدة، بلا سنة نشر.

٣- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، ج١، ط١، دار ابن عفان، ١٩٩٧.

٤- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ]، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

٥- ابو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (ت: ٥٠٢هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط١، دار القلم، دمشق، ١٤١٢هـ.

٦- ابو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، تح: د. حمزة بن زهير، ج، ط١، ١٩٩٧.

٧- أبي الحسن موسى عن أبيه عن جده، كتاب الكافي، باب مكروهات الجماع، ط٣، تحقيق: علي اكبر غفاري، دار الكتب الإسلامية، ايران، ١٣٨٨.

٨- ابي محمد عبد الله بن احمد المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٦، مكتبة الرياض الحديثة، من مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد، السعودية ١٩٨١.

٩- د. أحمد الريسوني، النص والمصلحة بين التطابق والتعارض، مجلة التجديد، عدد ١٨٢ . ٢٣ يونيو ٢٠٠١م.

١٠- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٧.

١١- د. أحمد علي الخطيب، موجز احكام الميراث، ط٢، مطبعة المعارف، ١٩٦٨.

١٢- احمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠.

١٣- د. أحمد محمد بيبرس، الموازنة بين المصالح كمنهج للاجتهاد في النوازل المعاصرة، العدد ٤، مجلة اصول الفقه، كلية الشريعة بجامعة الازهر، ٢٠٢١.

١٤- اسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والاجهاض من الواجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٥- الامام محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة.

١٦- بدر الدين الزركشي، تنشيف المسامع بجمع المجامع لتاج الدين السبكي، دراسة وتحقيق: د. سيد عبد العزيز، ط١، ج٤، مكتبة قرطبة للبحث العلمي واحياء التراث، ١٩٩٨.

١٧- بدران ابو العينين بدران – الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار المعارف، مصر، بلا سنة نشر.

١٨- بدران ابو العينين بدران، الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار المعارف، مصر، ١٩٧١.

١٩- حر محمد بن الحسن العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق: عبد الرحيم رازي، محمد، ج١، المكتبة الاسلامية، طهران، ١٩٧٧.

٢٠- حسن بن محمود العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج٢، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر، بلا تاريخ.

٢١- الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت: ٤٢٥هـ)، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، مادة (شرع)، ط١، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ١٤١٢.

٢٢- حمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، ط٨، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة-السعودية، ١٩٩١.

٢٣- زكريا الأنصاري، غاية الوصول في شرح لب الأصول، ط٢، دار الكتب العربية الكبرى، بلا مكان نشر، ١٩٣٦.

٢٤- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، كتاب الميراث، ط١، بلا دار نشر، ١٤٤٣هـ.

٢٥- الشافعي شهاب الدين أحمد بن محمد الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاجة، مطبعة مصطفى محمد، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

٢٦- الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨.

٢٧- الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج٢٠، كتاب النكاح، أَبْوَابُ مُقَدِّمَاتِ اَلنِّكَاحِ وَآدَابِهِ، بَابُ كَرَاهَةِ جِمَاعِ اَلزَّوْجَةِ بِشَهْوَةِ اِمْرَأَةِ اَلْغَيْرِ.

٢٨- صالح بن فوزان بن عبد الله، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط٣، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٦.

٢٩- صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط١، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة)، ١٤٢٢هـ.

٣٠- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، ط١٠، ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، بلا سنة نشر.

٣١- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١٣، ١٩٩٤م، ج١.

٣٢- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي في ما لا نص فيه، دار القلم، ط١، الكويت، ١٣٩٢هـ.

٣٣- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح خير الانام، ج١، ط١، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، ١٩٩١.

٣٤- العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج٤، دار الفكر، ط١، بيروت، ١٩٩٨م.

٣٥- علي بن محمد الليثي الواسطي، عيون الحكم والمواعظ، ط١، دار الحديث العلمية، مكة المكرمة.

٣٦- الفقيه الجعفري محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ط٧، ج٣٩، دار احياء التراث العربي، بيروت -لبنان، ١٩٨١.

٣٧- الفقيه الحنبلي إبراهيم بن محمد بن ملح، الفروع، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٥.

٣٨- الفقيه الحنفي علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٧، ط١، مطبعة السنة المحمدية، بلا مكان نشر، ١٩٥٦.

٣٩- الفقيه الحنفي محمد بن احمد السرخسي، المبسوط ج ٣٠، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر.

٤٠- الفقيه الشافعي علي بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٩٩٤.

٤١- الفقيه المالكي أحمد بن محمد الصاوي الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، ج٤، دار المعارف، القاهرة، بلا سنة نشر.

٤٢- الفقيه المالكي محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ط١، ج٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥.

٤٣- د. مأمون شقفة، القرار المكين، مطبعة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٨٥.

٤٤- د. محمد البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، ج١، ط٤، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، ٢٠٠٧.

٤٥- محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير، ج١، الدار التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤.

٤٦- محمد بن إدريس الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، إعداد علي أصغر مراويد، مؤسسة فقه الشيعة والدار الإسلامية، ط١، ج٢٣، بيروت، ١٩٩٠م.

٤٧- محمد بن إدريس الحلي، السرائر، ضمن سلسلة الينابيع، ج٢٣، والسيد علي الطباطبائي رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، ج١٠، ط١، دار الهادي، بيروت، ١٩٩٠م.

٤٨- محمد بن ادريس الشافعي، الام، كتاب مختصر المزني، ج٨، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٣.

٤٩- محمد بن الحسن العاملي، وسائل الشيعة، ط٢، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، ايران- قم، ١٤١٤هـ.

٥٠- محمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، دار احياء الكتب العربية، بلا مكان نشر.

٥١- محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

٥٢- د. محمد سليم العوا، اصول النظام الجنائي الاسلامي، ط١، دار المعارف، ١٩٧٨.

٥٣- محمد عبد الصمد، ظواهر الانحراف الاجتماعي في المجتمع الإسلامي ومعالجتها رؤية إسلامية، دراسات الجامعة العلمية الإسلامية، بلا مكان نشر.

٥٤- محمد عبد الصمد، ظواهر الانحراف الاجتماعي في المجتمع الإسلامي ومعالجتها رؤية إسلامية، دراسات الجامعة العلمية الإسلامية، بلا مكان نشر.

٥٥- د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط٤، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، ١٩٨٣.

٥٦- د. محمد علي البار، مشكلة الخشي بين الطب والفقه، ط١، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، السعودية، ٢٠٠٥.

٥٧- المستصفى، من علم الأصول، دار الأرقم بن أبي الأرقم ج١، بلا تاريخ، بيروت.

٥٨- منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٤، مؤسسة الرسالة، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

٥٩- موسوعة الاعجاز الطبي في القران الكريم والسنة المطهرة، ط٢، مجلد١، ابن حجر، ٢٠٠٣.

٦٠- د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٨، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥.

رابعاً- الرسائل والاطاريح

١- اشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.

٢- حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الاسلام دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥.

٣- د. خالد رمزي، مستقبل السياسة الجنائية التشريعية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠١٦.

٤- زهرة كيلاني، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، رسالة ماجستير، جامعة ابي بكر بلقايد، كلية العلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٣.

٥- سهام رحال، حدود الحق في حرية التعبير في القانون الدولي لحقوق الانسان، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١.

٦- سيما عدنان أبو رموز، النوع الاجتماعي، رسالة ماجستير، د.ط، فلسطين، ٢٠٠٥.

٧- طلال عبد الحسين البدراني، المصلحة المعتبرة في الجرائم الاخلاقية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨.

٨- عبد الحكيم بن محمد بن عبد اللطيف، جرائم الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الاسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٣.

٩- عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة - فلسطين، ٢٠٠٨.

١٠- عبد اللطيف عبد الجبار، الجرائم الاقتصادية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧.

١١- عمار تركي عطية، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة ذي قار، ٢٠٠٤.

١٢- مجاوي نعيمة، الحق في الخصوصية بين الحماية الزائية والضوابط الاجرائية للتحقق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، ٢٠١٩.

١٣- مجيد العنبكي، اثر المصلحة، في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧١.

١٤- محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، ط٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

١٥- ميثم فالح حسين، القصور التشريعي في قانون العقوبات العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠١٨.

١٦- نرمين ناظم ناصر، حق الخصوصية في القانون الجزائي- دراسة مقارنة بين العراق ولبنان-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية في بيروت، ٢٠٢١.

١٧- د. نيازي حتاته، جرائم البغاء دراسة مقارنة، رسالة مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٤.

١٨- يوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة الاسلامية، ط٢، الدار العالمية للكتاب الاسلامي، الرياض، ١٤١٥.

خامساً- البحوث

١- د. أحمد كيلان عبد الله، الاوصاف الجرمية لصور من سلوك الشاذين جنسياً، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد ١٧، العدد١.

٢- أسامة عبد الله قايد، خصائص النظام العقابي في الاسلام، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، العدد ٢-٣، المجلد ٢١، ١٩٧٨.

٣- د. اشجان باصي، احكام الخنثى في الفقه الاسلامي، مجلة الجامعة العراقية، عدد (٢)، مجلد (٣٢) ، ٢٠١٤، العراق.

٤- د. أيمن فتحي محمد على جراحات تصحيح الجنس وآثارها، دراسة فقهية مقارنة في ضوء المعطيات الطبية الحديثة مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد (٢١) ٢٠٠٩.

٥- د. بن سماعيل، التخنث في الجزائر مظاهر امراضية وثقافية، مجلة الراسخون، ع١٦، ٢٠١٥.

٦- جمال دريسي، ترسيخ دعائم الأمن القانوني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ٥٩، ع٢، الجزائر، ٢٠٢٢.

٧- جميل الأورفلي، شرح قانون العقوبات البغدادي، مجموعة محاضرات القيت على طلاب مدرسة الشرطة العالية ببغداد، ط١، مطبعة المعارف، بغداد.

٨- د. حاتم أحمد عباس، تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الاسلامية منه، بحث منشور في مجلة جامعة ديالى، العدد ٥٢، العراق، ٢٠١١.

٩- د. حسين بغدادي، النقص الفطري في أحكام الشرائع، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، ع٤، س ١٩٥٤، بغداد.

١٠- رحمة الشبل، ظاهرة التخنث عند الرجال وأسبابها، مجلة المداد، جامعة ٢٠ اوت ١٩٥٥، العدد ١٢، الجزائر، ٢٠٢١.

١١- د. سناء طعمة مهدي، الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد٢٣، ع٢، س٢٠٢١، بغداد.

١٢- شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر، العدد ٢٢، ج٢، ٢٠٠٧.

١٣- طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه، ط٥، ج١، كلية التربية للعلوم الانسانية، ٢٠١٥.

١٤- عباس إبراهيم المالكي، المثلية الجنسية بين التجريم والاباحة في قانون العقوبات العراقي النافذ، مجلة الفنون والادب وعلم الانسان والاجتماع، كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية، العدد ٧٩، ٢٠٢٢.

١٥- عبد المنعم الحفني، الموسوعة النفسية الجنسية، ط١، مجلد٣، دار نوبليس، لبنان، ٢٠٠٥.

١٦- د. علي أحمد عباس، الصياغة التشريعية واثرها في تطبيق القانون، مجلة الدراسات القانونية، عدد ٢١، ٢٠٠٧.

١٧- د. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، المجلة الأكاديمية العراقية، المجلد ٢، ع١، ٢٠١٩.

١٨- فادية ابو شهاب، الحق في الخصوصية، المجلة الجنائية القومية، مجلد ٤٠، اعداد مارس، ١٩٩٧.

١٩- فهد سعد الرشيدي، اثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية التحول الجنسي وبيان ما اخذ به القضاء الكويتي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الازهر، العدد٢٣، الجزء الثاني، ٢٠٠٨.

٢٠- القاضي سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري في معالجة النقص في التشريع، مجلة الدراسات في القانون، بغداد، ٢٠٠٨.

٢١- د. كاظم الشمري، سياسة التجريم في القوانين الجنائية الخاصة، مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣٦، عدد خاص، ج١، ٢٠١١.

٢٢- كاظم جعفر شريف وسجى فالح حسين، مرجع سابق، أثر المدلول الاخلاقي والنفعي في تجريم الأفعال الماسة بالعرض، مجلة كلية القانون، جامعة ميسان، ٢٠١٨.

٢٣- د. محمد حبيب الخوجة، الخنثى بين تصورات الفقهاء واكتشافات الاطباء، بحث منشور ومقدم للمؤتمر الرابع للطب الإسلامي المنعقد بالكويت.

٢٤- محمد سلام، فلسفة الجريمة والعقوبة في الاسلام وتحديد المسؤولية الجنائية فيه، بحث منشور في مجلة العدالة الامارتية، العدد ١٥، السنة الرابعة، ١٩٧٧.

٢٥- محمد قطب، بحث عن أثر التربية الإسلامية في مكافحة الجريمة، منشور ضمن أعمال الندوة العلمية لدارسة تطبيق التشريع الإسلامي، الرياض، بلا سنة نشر.

٢٦- د. محمد كاظم عبد الله، الظواهر السلبية في المجتمعات، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية، مجلد ٧، عدد ١٢.

٢٧- د. منار عبد المحسن عبد الغني وآخرون، المواجهة الجنائية لجرائم الانترنت بين مبدأ المشروعية وقصور التشريع ودور القضاء في معالجته، مجلة الجامعة العراقية، ع٣٩، بغداد.

٢٨- ناصر قربانيا، فلسفة العقوبات، مجلة المنهاج البيروتية، عدد ٢٤، السنة السادسة ٢٠٠٢م/ ١٤٢٢هـ.

٢٩- هاني بوجعدار، زواج المثليين في الشرائع السماوية والمواثيق الدولية، مجلة التعاب، عدد (٦)، جامعة الوادي، الجزائر، ٢٠١٧.

٣٠- د. هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية (العوامل والآثار)، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد ٣٤، جامعة حلوان – مصر، ٢٠١٣.

٣١- هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية العوامل والاثار، بحث منشور في مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، عدد٦، ٢٠١٧، الجزائر.

٣٢- هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية: العوامل والاثار، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية، العدد ٣٤، جامعة حلوان، ٢٠١٣.

سادساً- التشريعات

أ-الدساتير

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

ب- القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) السنة ١٩٥١.

٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٣- قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

٤- قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥- قانون العقوبات البحريني لعام ١٩٧٦.

٦- قانون العقوبات الإماراتي الاتحادي.

٧- قانون الجزاء العماني الصادر في كانون الثاني/ ٢٠١٨ بموجب المرسوم سلطاني رقم (٧/ ٧٤) لسنة ٢٠١٨.

سابعا- الاحكام والقرارات

١- الحكم بسجن مخنث ثلاث سنوات وغرامة مائة ألف ريال سعودي، تاريخ الحكم ٢٠١٥/٦/١٦، موقع سبق الالكتروني:
https://sabq.org/KEygd

٢- حكم محكمة الاحوال الشخصية في كركوك العراق، بتاريخ ٢٠١٧/٥/٢٥، والمصدق تمييزاً بموجب قرار محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٢٤.

٣- قرار الحكم الصادر من محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية والمرقم ٣١٢/ جزائي/ ٢٠١٩، بتأريخ ١٤/ ١٠/ ٢٠١٩.

٤- القرار حكم المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٦١/اتحادية/٢٠٢١، بتأريخ ٢٠٢٢/٢/١، الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا:
https://www.iraqfsc.iq/news.4847/.

٥- حكم المحكمة الدستورية بجلسة ٢٠٢٢/٢/١٦ في الدعوى رقم (٥) لسنة ٢٠٢١، الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية في دولة الكويت:
https://www.cck.moj.gov.kw/ar/news/Pages/newsdetails.aspx?newsid=28

ثامناً- المواقع الالكترونية

١- د. احمد طلال عبد الحميد البدري، مقال بعنوان: (المحكمة الاتحادية العليا والرقابة على الاغفال التشريعي)، ١٨/ ٧/ ٢٠٢٢، الموقع الإلكتروني للمحكمة الإتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/news.4847/

٢- الحركات الاجتماعية للمثليين موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة https://ar.wikipedia.org/wiki

٣- بحث تفاعلي حول تشريعات أوروبية للبغاء على الموقع الالكتروني:
www.france24.com.ar

٤- بدرية البليطيج مسلسل الشذوذ مقال منشور في صحيفة (الرياض) الإلكترونية، العدد (١٤٤٥٢)، الصادر في ١٨/١/٢٠٠٨ متاح على الموقع: http://www.alriyadh.com/310023

٥- ديمة طارق طهبوب حرب المصطلحات مقال متاح على الموقع: http://islamonline.net/11220

٦- القاضي سالم روضان الموسوي، مقال بعنوان: (دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي) ٢٠١٣، الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى: https://www.hjc.iq/view.1871/

٧- عبد الرحمن خيزران جمعية خاصة لشواذ المغرب بدعم دولي مقال منشور في موقع حزب الاستقلال في ٢٨/٦/٢٠٠٧، متاح على الموقع: http://www.estqlal.com/article.php?id=10145

٨- فارس حامد عبد الكريم، مقال بعنوان: (مقدمة في ماهية القصور التشريعي)، ٢٠٠٩، شبكة النبأ المعلوماتية على الأنترنت: https://annabaa.org/nbanews/2009/03/076.htm

٩- فارس عبد الكريم، مقالة بعنوان: (بحث في فلسفة القانون- القصور التشريعي) منشور على صفحة مركز النور في شبكة الانترنيت: https://hifati.yoo7.com/t4519-topic

١٠- مصطفى أبو عمشة، الشذوذ الجنسي (فضائيات تمرر الخبث وتتبارى في صناعة العربي)، مقال منشور بتاريخ ٢١/١٠/٢٠١١ في صحيفة (الوسيط) الإلكترونية الصادرة عن مؤسسة المدينة للصحافة والنشر، جدة، المملكة العربية السعودية، متاح على الموقع: https://www.al-madina.com/article/113300

١١- مقال منشور عن الشذوذ الجنسي في صحيفة (البلاد) الإلكترونية في عددها الصادر في ٢٤/٧/٢٠١٥، متاح على الموقع:
http://www.elbilad.net/article/detail?id=20404

١٢- موقع مجلتك: https://www.magltk.com/endocrine-diseases

ثامناً- المصادر الاجنبية

1-Jean Paul Branlard, Le sexe et l'état des personnes, Tome 222, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1993.

2-Jacqueline PETIT, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexual، R.T.D.civ 1976، éd Sirey, paris, n° 2.

3-M. Henri Delvaux، Les conséquence juridique du changement de sexe en droit comparé، Transsexualisme, médecine et droit: actes/ XXIIIe Colloque de droit europée, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

4- Gallagher, Maggie " Banned in Boston: The coming conflict between same- sex marriage and religious liberty, scarecrow press.

5- Rocke, Michael, (2006): Forbidden Friendships: Homosexuality and male Culture in Renaissance Florence, Columbia University Press.

Abstract

Although the phenomenon of effeminacy has existed since ancient times, its seriousness is increasing at the present time. Especially with the existence of laws in some countries that protect this phenomenon and consider it among the personal freedoms granted to individuals under the law, despite the rejection of religions as a departure from the religious values established throughout the history of religions. Effeminacy is not associated with a particular society or religion, but rather it is a phenomenon linked to all cultures, since ancient times. The phenomenon of effeminacy was known among ancient peoples as well as in our current era, as this phenomenon was limited to Western societies, but it was widely known in Arab and Islamic societies. Legal regulation is one of the most important tools to address and eliminate this phenomenon. The laws that grant individuals rights and freedoms include at the same time duties and obligations in their face, and that the purpose of these obligations is to correct the behavior of individuals and make them good citizens and a nucleus for building their homelands. This is not compatible with the spread of images of homosexuality in society, including effeminacy, which leads its owner to behaviors that are not related to manhood at all. Accordingly, this study is concerned with showing the legislative shortcomings in the face of effeminacy, the results of that shortcoming, and the ways to address it.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

and Scientific Research

University of Misan

College of Law

Public low Department

The legislative deficiency in addressing the phenomenon of effeminacy in the Iraqi criminal law

(a comparative study)

Letter submitted by the student

Shatha Karam Hussein

To the Council of College of Law - University of Misan

It as a part of the requirement for a master's degree in public law

Supervised by

Dr. Maytham Faleh Hussein

AD 2023 **AH 1445**