Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 2 part2- December 2025 | المجلد ١٥- العدد ٢ ج٢ – كانون الأول ٢٠٢٥

Legal Problems in the First Amendment to the Anti-Prostitution Law (A Critical Analytical Study)

[1] Assistant Professor Dr. Zana Rafiq Saeed
[1] College of Law, University of Sulaymaniyah

Abstract:

The issue of homosexuality and sex change is a controversial and controversial issue in all countries of the world, and countries were divided when regulating this issue, some countries allowed homosexuality and sex change through their laws on the pretext that these issues are related to the personal freedom of the person and must be respected, and another countries criminalized the commission of these practices on the pretext of violating human nature, public order, public morals and public modesty, and Iraq is among the countries that stipulated the criminalization of this behavior through Law No. (15) Of 2024, the first amendment to the Anti-Prostitution Law, and this law contains several problems from the constitutional, legal and realistic point of view, so through this research we have shown all these problems and proposed ways to resolve them.

1: Email:
zana.saeed@univsul.edu.iq
2: Email:

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2025.160278.1529

Submitted: 5/5/2025
Accepted: 26/5/2025
Published: 1/12/2025

Keywords:
Prostitution
Homosexuality
Transvestism
Broker
promotion.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

الإشكاليات القانونية في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء(دراسة تحليلية نقدية)[١]

أ.م.د. زانا رفيق سعيد
[١] كلية القانون - جامعة السليمانية

الملخص:

يعد موضوع الشذوذ الجنسي وتغيير الجنس موضوعاً خلافياً وجدلياً في جميع بلدان العالم، وإنقسمت الدول عند تنظيم هذا الموضوع، حيث قسم منها سمحت بالشذوذ الجنسي وتغيير الجنس من خلال قوانينها بحجة إن هذه المواضيع متعلقة بالحرية الشخصية للإنسان ويجب ان تحترم، وقسم آخر من الدول قامت بتجريم إرتكاب هذه الممارسات بحجة مخالفة الطبيعة البشرية والنظام العام والآداب العامة والحياء العام، والعراق من بين الدول التي نص على تجريم هذه السلوكيات من خلال القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٢٤ قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء، وإن هذا القانون فيه إشكاليات عدة من الناحية الدستورية والقانونية والموضوعية، فمن خلال هذا البحث بينا كل هذه الإشكاليات مع طرح سبل معالجتها.

الكلمات المفتاحية:

البغاء، الشذوذ الجنسي، التخنث، السمسار، الترويج.

المقدمة

مما لاشك فيه يقوم المشرع الدستوري بتنظيم الحقوق والحريات العامة في البلاد، إلا أن بعضاً منها يمكن ان يتم تنظيمها بموجب القانون، من اجل تنظيمها أو تقييدها بغرض حماية النظام العام والآداب العامة في المجتمع، وعلى هذا الأساس قام المشرع الجنائي العراقي بتجريم بعض السلوكيات قد تكون في بعض بلدان أخرى تعد من الحريات الشخصية وحرية التعبير عن الرأي، إلا أن هذه السلوكيات في وقتنا الحاضر مخالف للحياء العام والعادات والقيم الدينية والإجتماعية الراسخة في مجتمعنا، وحسناً فعل عندما قام المشرع بتجريم هذه السلوكيات، لكن مع ذلك ان تنظيمه لهذه السلوكيات فيها إشكاليات دستورية وقانونية عدة، بحيث عليه ان يقوم المشرع بتصحيحها من خلال تعديل القانون.

أولاً: أهمية البحث

تتمثل أهمية موضوع البحث في آنية الموضوع وإنتشار السلوكيات الواردة في القانون بكثرة في المجتمعات بشكل عام والمجتمع العراقي بشكل خاص، لذلك إن دراسة موضوع شائك ومحل للجدل بين الفقهاء وحتى المشرعين في الدول تحظى بأهمية كبرى، إذ إنقسم الدول إلى قسمين، قسم تعد هذه السلوكيات من الحريات الشخصية ويسمح بممارستها، وقسم آخر تجرم هذه السلوكيات وتحدد لها عقوبات صارمة.

ثانياً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في النواقص والتعارض بين نصوص قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء مع المبادئ الدستورية والقانونية الآخرى، فضلاً عن الخلط بين بعض المفاهيم والسلوكيات الواردة في القانون، وبشكل عام يمكن تحديد مشكلة البحث من خلال إثارة عدة أسئلة ومن أبرزها: ماهو المبدأ الدستوري الذي يعد أساساً لتجريم السلوكيات الواردة في القانون؟ هل كان المشرع الجنائي العراقي موفقاً في تجريم هذه السلوكيات أم لا؟ هل ان العقوبات المحددة لهذه السلوك الإجرامية متناسبة مع خطورتها؟ وهل كان القانون مطابق مع أحكام دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥؟

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى دراسة النصوص الواردة في القانون بغية دراستها وتحديد النواقص والتعارض والإشكاليات الدستورية الموجودة فيها، من أجل ان تنير الطريق أمام المشرع الجنائي لكي يسد هذه الثغرات في اقرب فرصة من خلال تعديل القانون.

رابعاً: منهج البحث

عند دراسة موضوع البحث نعتمد بشكل عام على منهجي التحليلي والنقدي، إذ نحلل النصوص الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء العراقي رقم (٨٨) لسنة ١٩٨٨، ونوجه إنتقاداتنا المتعلقة بكل نص محل الدراسة.

خامساً: هيكلية البحث

يتضمن البحث فضلاً عن مقدمته مبحثين رئيسيين، سنتطرق في المبحث الأول للإطار المفاهيمي للجرائم والعقوبات الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء وإشكاليتها من خلال مطلبين، ونخصص المبحث الثاني للأساس الدستوري لتجريم البغاء والشذوذ الجنسي والتخنث وإشكالياتها.

وسنختم بحثنا بأبرز الإستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل إليها من خلال دراسة موضوع بحثنا هذا.

I. المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للجرائم والعقوبات الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء وإشكاليتها

نص المشرع الجنائي العراقي من خلال قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء على تجريم سلوكيات عدة، وحدد لها عقوبات عديدة لهذه السلوكيات الإجرامية، إلا أن عند تجريمه لهذه السلوكيات وقع المشرع في إشكاليات وثغرات قانونية عدة، ومن خلال هذا المبحث نقوم بدراسة هذه الإشكاليات المتعلقة بتجريم هذه السلوكيات وعقوبتها، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لمفهوم السلوكيات الإجرامية وإشكاليتها، بينما نخصص المطلب الثاني للعقوبات المحددة للجرائم وإشكالياتها.

I.أ. المطلب الأول

الجرائم الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء وإشكاليتها

نظم المشرع العراقي جريمة البغاء في قانون مكافحة البغاء رقم (٨) لسنة ١٩٨٨ وهو القانون النافذ في العراق، إلا أنه تم تعديل هذا القانون بموجب قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٢٤ قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) لسنة ١٩٨٨، وبموجب هذا القانون تم إلغاء اسم القانون وحل محله (قانون مكافحة البغاء والشذوذ الجنسي)[١]، إضافة إلى ذلك ألغى المشرع نص المادة الأولى من القانون والمتعلقة بتحديد معنى بعض المصطلحات مثل (البغاء والسمسرة وبيت الدعارة) وحل محله نص يحدد معاني لسلوكيات إجرامية جديدة والتي سنتناولها كالآتي:

أولاً/ البغاء

نص القانون على أنه يقصد به "تكرار ممارسة الزنا مع أكثر من شخص بأجر أو من دون أجر"[٢]، يتضح من خلال هذا النص بأن البغاء جريمة، وينبغي لارتكاب ركنها المادي عدة عناصر وهي: تكرار ممارسة فعل الزنا فقط دون اللواط، ويجب أن يتم تكرار هذه العملية مع أكثر من شخص، وهذا يعني إذا تم تكرارها مع شخص معين ليست جريمة، وأخيراً لا فرق بين أن تكون تكرار هذه العملية بأجر أو بدون أجر.

ونلاحظ مما سبق، بأن هذا النص يختلف عن النص الأصلي من نواحي عدة، فمن الناحية الأولى عرف المشرع العراقي البغاء في قانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٨ بأنه "هو تعاطي الزنا أو اللواط بأجر مع أكثر من شخص"[٣]، فبموجب هذا النص الركن المادي للجريمة لا ينحصر في عملية الزنا فقط بل يشمل عملية اللواط معاً، فضلاً عن أن تكون ممارسة هاتين العمليتين بأجر، أي إذا كان من دون أجر فلا تعدان جريمة.

أما من الناحية الثانية فالنص الوارد في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) لسنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤، نأخذ عليه ملاحظات عدة وأبرزها هي:

١- تشمل جريمة البغاء عملية الزنا دون اللواط وفق نص المادة الثانية من القانون، بحيث إستبعد عملية اللواط من هذه الجريمة لأنه اعتبرها الشذوذ الجنسي المثلي، وهي العلاقة الجنسية بين شخصين من جنس واحد، لكن السؤال المطروح هنا هو، ماذا لو كان هناك تكرار لعملية اللواط بين ذكر وأنثى ؟ أي أذا تكررت العملية من دبر المرأة ؟ فهذه العملية لم تتم تنظيمها وفق هذا النص، لذلك النص الملغي أوضح، حيث شمل عمليتين الزنا واللواط معاً.

٢- الملاحظة الثانية متعلقة بتكرار ممارسة الزنا مع أكثر من شخص، ماذا لو تم ممارسة الزنا لعدة مرات متكررة لكن مع شخص واحد فقط ؟ فحسب النص المذكور أعلاه فأنه لا يعد ذلك جريمة بغاء، ولا يمكن مساءلة مرتكبه، لأن ممارسة عملية الزنا تكررت مع شخص واحد.

---

(١) المادة (١)، من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) السنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤.

(٢) المادة (٢)، من القانون نفسه أعلاه.

(٣) المادة (١)، من قانون مكافحة البغاء رقم (٨) السنة ١٩٨٨ .

لذلك نرى بأن النص المتعلق بتحديد معنى البغاء ناقص، لأن مَن تكرر ممارسة الزنا واللواط بأجر أو بدون أجر مع شخص ولو كان واحداً جديراً بفرض العقاب عليه ومسائلته عن جريمة البغاء، لأن علة التجريم المتمثلة بمخالفة النظام العام والحياء العام موجود في تكرار ممارسة عملية اللواط أيضاً هذا من جانب، ومن جانب آخر إن هذا النص بهذا الشكل فتح الباب على مصراعيه لكل من أراد أن يمارس البغاء مع من يشاء وبأجر أو بدونه بشرط أن تكون هذه الممارسة تمت مع شخص واحد.

٣. لا يميز المشرع العراقي بين البغاء إذا كانت سرية وبين إذا كان علنياً، فمن خلال النص المذكور أعلاه لا يبيح البغاء أساساً ويكافحه سواء بأجر أو بدونه، على الرغم من أن البغاء عادة ما يتخذ كحرفة.

ثانياً/ الشذوذ الجنسي

فهو السلوك الثاني الوارد في قانون التعديل الأول ويقصد به "هو ممارسة أي صورة من صور السلوك الآتية:

ا. **الشذوذ الجنسي المثلي:** العلاقة الجنسية بين شخصين من جنس واحد ذكر وذكر أو أنثى وأنثى.

ب. **تبادل الزوجات لأغراض جنسية**[١]

ونلاحظ من خلال هذا النص بأن المشرع العراقي جمع بين عمليتين مختلفتين تحت تسمية الشذوذ الجنسي، وبرأينا تبادل الزوجات لا تندرج تحت تسمية الشذوذ الجنسي، إذ يقصد بالشذوذ الجنسي "إنحراف عن السلوك الطبيعي للجنس، فهو الخروج عن تلك القاعدة الطبيعية للإنسان، ويتمثل في إتصال جنسي بين جنسين متطابقين ويطلق عليها علماء النفس (المثلية الجنسية)، ومن صورها اتصال جنسي بين ذكر وذكر آخر من بني جنسه، أو الإتصال الجنسي بين إمرأة وأمرأة أخرى مثلها، والإتصال الجنسي بين الرجل أو المرأة وبين حيوان[٢]

اذن الشذوذ الجنسي عبارة عن التوجه الجنسي المختلف لدى كلا الجنسين من الذكور والإناث، وبشكل عام عبارة عن ممارسة العملية الجنسية بين جنسين متطابقين، أما تبادل الزوجات عبارة عن مشاركة الزوجة مع رجل آخر من خلال ممارسة الزنا أو اللواط، فضلاً عما سبق، فإن عملية تبادل الزوجات تشكل جريمة حتى وان كان هناك رضا، لكن إذا كان بالاكراه برأينا يتحول من هذه الجريمة إلى جريمة الاغتصاب المنصوص عليها في قانون العقوبات العراقي، إذا كانت العملية المرتكبة هي الزنا، وإلى اللواط اذا كانت العملية المرتكبة اللواط.

---

(١) المادة (١)، من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) السنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤.

(٢) أميل جبار عاشور، "المواجهة الجنائية لجرائم الشذوذ الجنسي في التشريع العراقي دراسة مقارنة"، بحث منشور في *مجلة الدراسات المستدامة*، المجلد٦، العدد٤، ملحق٢، كانون الاول، (٢٠٢٤): ص٢٨٥٩.

ثالثاً/ التخنث

"هو كل ممارسة مقصودة للتشبه بالنساء، ولا يعتد بما يقع منه لأغراض التمثيل"[١]، ونلاحظ من قراءة هذا النص بأن أي سلوك يؤدي بشكل مقصود إلى التشبه بالمرأة جريمة، إلا أنه تمت صياغة هذا النص بشكل مطلق، إذ ان شمول كل ممارسة مقصودة توسع دائرة نطاق السلوك الإجرامي، لأنه لا يمكن أن نحدد هذه السلوكيات من جانب، ومن جانب آخر يترك أمر تحديد هذه السلوكيات للقاضي الجنائي وهذا مخالف للقاعدة الدستورية المتعلقة بقانونية الجريمة والعقوبة، ويؤدي في الوقت نفسه إلى التفاوت والاختلاف في تحديد السلوك والممارسات المقصودة للتشبيه بالنساء، لأنه يمكن أن تكون ممارسة فعل ما لدى قاضٍ معين جريمة، ولكن لدى قاضٍ آخر ليست بجريمة.

إضافة إلى ما سبق إن هذا النص غير واضح، لأنه لم يحدد الممارسات المقصودة للتشبه بالنساء، فهل إطالة الشعر ولبس القلادة على سبيل المثال تعدان ممارستان للتشبه بالنساء أم لا؟ فمن خلال منطوق النص يشمل هذان السلوكان أيضاً، لأن النص جاء بشكل مطلق والمطلق يجري على اطلاقة، بأستثناء إذا كانت الممارسة وقعت بهدف التمثيل.

فضلاً عما سبق ذكره بشأن التخنث، فإن النص الوارد في القانون مخالف لمبدأ المساواة، لأن جريمة التخنث تشمل الذكور فقط دون الإناث، فالسؤال المطروح هنا هو، ماذا لو قامت إمرأة بممارسات مقصودة للتشبه بالرجل؟ الا يعد هذا السلوك أيضاً مخالفاً للنظام العام والاداب العامة؟ فنرى بأن ارتكاب ممارسات مقصودة للتشبه بالرجل تعد جريمة مثل ممارسات مقصودة للتشبه بالنساء لتوافر علة التجريم نفسها الموجودة في التخنث بالنساء.

أما فيما يتعلق بالاستثناء الوارد في النص، الذي يتمثل في ارتكاب ممارسات مقصودة للتشبه بالنساء لأغراض التمثيل، نرى بأنها غير كافية أيضاً، إذ يمكن أن يكون هناك أسباب بيولوجية وصحية وراء ممارسات للتشبه بالنساء أو بالرجال، فيمكن أن يكون شخص معين من الناحية البيولوجية والأعضاء التناسلية ذكراً، لكن هورموناته وتعامله واداءه من الناحية الفعلية والقولية متشابه مع النساء، وكما هو معلوم صحياً ان موضوع الهورمونات وأسلوب التكلم والأفعال غير إرادي وخارج عن إرادة الشخص، ألا يعد هذه الحالة حالة استثنائية؟ لذلك نرى بأنه من باب أولى أن ينص المشرع العراقي على هذه الحالة كإستثناء لممارسات التخنث الواردة في النص المذكور في القانون.

رابعاً/ السمسرة

عبارة عن "الوساطة بين شخصين بقصد تسهيل البغاء أو الشذوذ الجنسي، بأية طريقة كانت ويشمل ذلك التحريض ولو بموافقة أحد الشخصين أو طلبه، كما يشمل استغلال بغاء الشخص بالرضا أو بالاكراه"[٢]، ونلاحظ من خلال هذا النص بأن السمسرة محصور فقط بجريمتي البغاء والشذوذ الجنسي بكلتا صورتيها دون جريمة التخنث، إذ يمكن أن يكون

---

(١) المادة (ثالثاً)، من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) السنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤.

(٢) المادة (٢/١)، من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) السنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤.

هناك أشخاص يقومون بتحريض شخص لكي يقوم بارتكاب التخنث، ولكن السؤال المطروح هنا هو، لماذا لم ينص المشرع العراقي على شمول السمسرة لجريمة التخنث؟ هذه من ناحية، ومن ناحية أخرى يعاب على هذا النص بأنه جاء بشكل مطلق أيضاً، إذ يشمل السمسرة الوساطة بين شخصين بقصد تسهيل البغاء أو الشذوذ الجنسي بأية طريقة كانت، وثم يحدد المشرع طريقتين (التحريض والاستغلال) لكن منطوق النص جاء بشكل مطلق وهاتان الطريقتان ليست إلا مثالاً من بين الطرق المختلفة والكثيرة للوساطة، فضلاً عن أن المشرع العراقي لم ينص على الوساطة الألكترونية بشكل صريح وهي كثيرة في وقتنا الحاضر، ولم يذكر الوساطة الواقعية أو الفعلية أيضاً، ففي يومنا الحاضر إن الأجهزة الألكترونية والمواقع الألكترونية هي الطريقة المثلى للوساطة بين الأشخاص لأرتكاب هذه الجرائم في العالم بشكل عام وفي العراق بشكل خاص، لذلك على المشرع العراقي أن يقوم بتحديد طرق الوساطة ويبين بشكل واضح تجريم الوساطة الألكترونية.

خامساً/ بيت الدعارة

"هو المحل المخصص لفعل البغاء أو الشذوذ الجنسي أو تسهيل ممارستها"[(١)]، فبموجب هذا النص حدد المشرع العراقي بيت الدعارة بالمحل، وذلك يشمل البيت أو الفنادق والمحلات التجارية أيضاً، وحسناً فعل عندما قام المشرع بتوسيع نطاق بيت الدعارة بشكل عام، لكن مع ذلك هناك نقص في هذا الشأن، فماذا لو كان البغاء والشذوذ الجنسي أرتكبت في السيارات؟ فهل يشمل منطوق هذا النص السيارات أيضا بأعتبارها قابلاً للتحرك، وبرأينا يجب أن يشمل بيت الدعارة حتى الوسائل المنقولة والمتحركة كالسيارات والقطارات والعربات والطائرات والسفن وغيرها من وسائل التنقل، لذلك على المشرع العراقي ان ينص بشكل صريح على جميع المحلات التي يمكن ان تستفاد منها كبيت للدعارة حتى لا ينحصر منطوق النص بالعقار فقط دون المنقول.

I.ب. المطلب الثاني
الإشكاليات المتعلقة بالعقوبات الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء

بعد دراستنا للسلوكيات الإجرامية الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء في المطلب السابق، سنخصص هذا المطلب لدراسة الإشكاليات المتعلقة بالعقوبات الواردة في القانون وسنتناولها كالآتي:

أولاً/ نصت المادة الثالثة من القانون على ان "أولاً/ يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على (٧) سبع سنوات أو بغرامة لاتقل عن (٥٠٠٠٠٠٠) خمسة ملايين دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار: أ. كل سمسار أو من شاركه أو عاونه في فعل السمسرة. ب. كل مستغل أو مدير لمحل عام أو أي محل آخر يسمح لدخول الجمهور فيه استخدم

(١) المادة (٢/ خامساً)، من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) السنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤.

أشخاصاً يمارسون البغاء أو الشذوذ الجنسي لغرض استغلالهم في التشويق لمحله. ج. من يمتلك أو يدير بيت دعارة"، إن هذه المادة فيها مشكلة حقيقية والمتعلقة بمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة، والذي يقصد به "ان يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد إتقاءه" أي بمعنى آخر يقصد بالتناسب بمعناه العام "العلاقة النسبية لأثنين او أكثر من الأشياء إلى بعضها البعض، جوهرها قيام ملائمة بينهما"[١]، وقضت المحكمة العليا الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية بشأن التعديل الثامن لدستور الولايات المتحدة الأمريكية بأن "العقوبة على الجريمة... يتعين ان تكون متدرجة ومتناسبة مع الجريمة"[٢]، أي يجب ان يكون هناك ملائمة بين جسامة خطر الفعل مع العقوبة المحددة لها، فنلاحظ من خلال قراءة النص المذكور أعلاه بأنه تم إنتهاك هذا المبدأ بشكل واضح، بحيث لم يأخذ المشرع بنظر الإعتبار تباين جسامة الأفعال الواردة في بنود (أ، ب، ج) من المادة، إذ حدد عقوبة واحدة لأشخاص أرتكب أفعالاً مختلفة من حيث جسامة خطورتها، فلا يمكن ان يكون جسامة خطر فعل مدير لمحل عام استخدم أشخاصاً يمارسون البغاء أو الشذوذ الجنسي لغرض إستغلالهم في التشويق لمحله، نفس جسامة خطر شريك السمسار، لأن فعل مدير لمحل عام يؤدي إلى إساءة سمعة الأماكن العامة الأخرى مثل المطاعم والمقاهي مثلاً، وقد يكون إرتكاب هذه الأفعال علنياً، بخلاف السمسرة أو إمتلاك بيت الدعارة التي تكون عادةً غير مكشوفة أو سرية.

فضلاً عما سبق، نجد بأن المشرع في المادة المذكورة أعلاه نص على السمسار أو من يشاركه أو عاونه، إن لفظي "شاركه" و"عاونه" مترادفان ولهما دلالة واحدة، فكان على المشرع العراقي ان يستخدم أحد هذين اللفضين دون الآخر، وذلك منعاً لتكرار التعابير اللفظية ذات المعنى الواحد، وكذلك الحال نص المشرع العراقي في البند (ج) من المادة المذكورة أعلاه لفظي "سهل أو ساعد" مترادفان، حيث أن التسهيل هي المساعدة، فلا حاجة لأيرادهما معاً في نص واحد[٣]، الشريك والمساعد هنا مرادف وليس أشخاصاً مختلفين، لأن المساعدة صورة من صور الشريك.

ثانياً/ نصت المادة السابعة مكررة على ان أولاً: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (١) سنة واحدة ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات أو بغرامة لاتقل عن (٥٠٠٠٠٠٠) خمسة ملايين دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار كل من إرتكب ممارسة مقصودة

---

(١) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، *مبدأ التناسب في القانون الجنائي*، (مصر– الإمارات: دار الكتب القانونية، ٢٠٢٢)، ص ٣٥.

(٢) نقلاً عن: د. مشاري خليفة العيفان ود. حسين جمعة بوعركي، "مبدأ التناسب العقابي_ دراسة تأصيلية وتحليلية في الولايات المتحدة الأمريكية"، *بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت*، العدد ١، السنة ٤٧، مارس، (٢٠٢٣): ص ٣٠.

(٣) د. سليمان كريم محمود، "أثر صفة المجنى عليه في تحديد المسؤولية الجزائية في جرائم الحطف والبغاء والفعل الفاضح العلني"، *بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق*، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ٢ الجزء ٢، (٢٠٢٠): ص ١٦٢.

للتخنث أو الترويج له"، فملاحظتنا على هذه المادة هي إن المشرع الجنائي حدد عقوبة واحدة لإرتكاب ممارسة التخنث والترويج له معاً، أي لم يفرق بين إرتكاب سلوك التخنث وبين الترويج له، في حين في المادة السادسة مكررة في القانون نفسه فرق المشرع بين عقوبة إرتكاب جريمة الشذوذ الجنسي وبين عقوبة الترويج للبغاء والشذوذ الجنسي، حيث حدد عقوبة أشد لإرتكاب الفعل مقارنة بعقوبة الترويج له، لذلك نرى بأن المشرع لم يلتزم بوحدة السياسة العقابية في هذا القانون، وإنتهك مبدأ التناسب من خلال المادة السابعة مكررة مرةً أخرى، لأن خطورة إرتكاب السلوك الإجرامي مختلف عن خطورة الترويج، فعند إرتكاب السلوك الإجرامي فالنتيجة تحققت، لكن عند الترويج قد يمكن ان لايسمع أحد للمروج، لذلك نرى ضرورة التفريق بين عقوبة إرتكاب سلوك التخنث وبين عقوبة الترويج له.

ثالثاً/ نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة مكررة على "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (١) سنة واحدة ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من غير جنسه بيولوجياً أو شرع في ذلك، ويعاقب بالعقوبة نفسها كل طبيب أو جراح أجرى العملية خلافاً لما ورد في أحكام هذا القانون"، فهذا النص فيها مشكلتان أساسيتان، تتمثل المشكلة الأولى في التساوي بين إرتكاب سلوك تغيير الجنس، وبين الشروع في إرتكاب هذه الجريمة من حيث العقوبة، إذ ساوى المشرع بينهما من حيث العقوبة، فالأصل في قانون العقوبات هو التفريق بين عقوبة الجريمة التامة وبين الشروع فيها، بحيث ان تكون عقوبة الشروع أخف مقارنة بعقوبة الجريمة التامة، صحيح إن هناك إستثناءات على هذا الأصل في قانون العقوبات العراقي، إلا أننا نرى بأن ليس هناك تناسباً بين خطورة الشروع في جريمة تغيير الجنس وبين عقوبتها، فكان على المشرع العراقي ان يحدد عقوبة أخف للشروع مقارنة بعقوبة جريمة تغيير الجنس.

أما المشكلة الثانية هي عقوبة الطبيب والجراح، فقد حدد المشرع الجنائي نفس عقوبة جريمة تغيير الجنس أو الشروع فيها، فكان على المشرع ان يشدد عقوبة الطبيب والجراح اسوةً بعقوبة الطبيب في جريمة الإجهاض، إذ نص المشرع في جريمة الإجهاض على أن "٣. ويعد ظرفاً مشدداً للجاني إذا كان طبيباً أو صيدلياً أو كيميائياً أو قابلة أو أحد معاونيهم"[(١)]، وحسناً فعل المشرع في هذه المادة عندما عد عقوبة الطبيب والصيدلاني والكيميائي والقابلة أو معاونيهم أشد مقارنة بعقوبة المرأة التي تقوم بإرتكاب جريمة الإجهاض، لأن لولا وجود هؤلاء لما إستطاعت المرأة ان تقوم بإرتكاب هذه الجريمة، أي أن هؤلاء الأشخاص سهلوا إرتكاب الجريمة، لذلك نقترح بأن تكون عقوبة الطبيب والجراح في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء عند قيامهم بتغيير جنس شخص ما خلافاً لأحكام القانون أشد عن عقوبة الشخص الذي قام بتغيير جنسه البيولوجي، لوجود السبب نفسه الذي أشرنا إليه في جريمة الإجهاض.

(١) المادة (٣/٤١٧)، من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

II. المبحث الثاني
مدى مطابقة قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء مع دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

كما هو معلوم بأن الجرائم بشكل عام تضيق دائرة إباحة الأفعال، إذ يقييد الإنسان عند ممارسة حقوقه وحرياته المحددة في الدستور، طالما ان هذا القانون يشمل سلوكيات إجرامية عدة ويمنع المنظمات ووسائل الإعلام من القيام ببعض النشاطات التي تروج جريمتي البغاء والشذوذ الجنسي، فمن الضروري ان نبين مدى مطابقة نصوص هذا القانون مع أحكام دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص في المطلب الأول للأساس الدستوري لتجريم البغاء والشذوذ الجنسي، في حين سنخصص المطلب الثاني للإشكاليات الدستورية المتعلقة بالقانون.

II.أ. المطلب الأول
الأساس الدستوري لتجريم البغاء والشذوذ الجنسي

نص المشرع الدستوري العراقي على الحرية الشخصية وحرية التعبير عن الرأي في أكثر من نص، إلا أنه في كافة هذه النصوص قيد ممارستها بقيود عامة وقيود خاصة أحياناً، إذ نص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان "لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة"[١] فالمشرع الدستوري من خلال هذا النص أجاز حرمان فرد من حريته بموجب قانون أو بناء على قرار قضائي، إذن يمكن أن يصدر قانون يحرم الفرد في العراق من ممارسة حرياته بشكل مطلق، ومن جانبنا ننتقد هذه الإطلاقية لحرمان ممارسة الحرية بموجب القانون، إذ من المستحسن ان يحدد المشرع الدستوري الحالات التي يمكن ان يحرم شخص من حريته، إضافةً إلى ان يحدد نوع الحرية، أية حرية يمكن ان يحرم الشخص منها؟ هل هي الحرية الشخصية أو حرية التعبير عن الرأي أو الحريات الأخرى؟

فضلاً عما عرضناه من الإنتقادات بشأن النص المذكور أعلاه، هناك تعارض بين النص المذكور أعلاه ونص المادة (٤٦) من الدستور نفسه، إذ نصت المادة على "لايكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية"[٢]، فهذا النص يتضمن قيداً عاماً الذي يتمثل في إمكانية تحديد وتقييد جميع الحقوق والحريات الواردة في الدستور بموجب القانون وبناءً عليه (برأينا يجب ان يتم تنظيم الحقوق والحريات بموجب القانون فقط دون الأنظمة والتعليمات، لأن في الأصل يتم تنظيم الحقوق والحريات في مواجهة السلطة التنفيذية لكي لا تقوم بإنتهاكها) لكن بشرط عدم المساس بجوهر الحق أو الحرية، أي يجب ان يبقى جوهر الحق والحرية وان يتم ممارستها من قبل الفرد، وهذا تعارض واضح مع نص المادة (١٥) إذ أجاز حرمان الفرد من ممارسة حرياته بشكل مطلق بموجب القانون.

---

(١) المادة (١٥)، من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢) المادة (٤٦)، من الدستور نفسه أعلاه.

وفي موضع آخر نص المشرع الدستوري على "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة"[١]، ونص كذلك على "حرية الإنسان وكرامته مصونة"[٢]، ونص أيضاً على ان "تكفل الدولة، بما لايخل بالنظام العام والآداب:
أولاً/ حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل. ثانياً/ حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر. ثالثاً/ حرية الإجتماع والتظاهر السلمي، وتنظم بقانون"[٣]، وأخيراً نص المشرع الدستوري على ان "تحرص الدولة على تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني ودعمها وتطويرها وإستقلاليتها، بما ينسجم مع الوسائل السلمية لتحقيق الأهداف المشروعة لها، وينظم ذلك بقانون"[٤].

فكل النصوص الدستورية السابقة ذكرها تتعلق بما جاء في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء، ويتبين لنا من خلال قراءة هذه النصوص بأن ممارسة الحقوق والحريات ليست مطلقة، بل يمكن تنظيمها وحرمانها (كما جاء في المادة ١٥) بموجب القانون هذا من جانب، ومن جانب آخر يمكن تقييدها بالنظام العام والآداب العامة، ويرى بعض الفقهاء إن عبارة النظام العام والآداب العام هي عبارة مطاطية، لأنه لا يمكن تحديد معناها بسهولة، فمن الذي يحدد معنى الآداب العامة وما هي الآداب العامة في مجتمع متعدد الأديان والقوميات والقوى، والأخطر من ذلك كونه مجتمع متعدد المليشيات؟[٥]، وكذلك فإن حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وحرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي هي مكفولة للجميع بموجب الدستور، لكنها مشروطة بتفسير الحكومة لمفهوم النظام العام والآداب العامة. وفسر المحكمة الإتحادية العليا في العراق مفهوم النظام العام والآداب العامة بأنه (فكرة عامة)، حيث قررت "إن مفهوم (النظام العام) ومفهوم (الآداب العامة) الوارد ذكرهما في الدستور وفي القوانين فكرة عامة تحددها في كثير من المواضيع النصوص القانونية..... وإذا ما أريد معرفة ما إذا كان التصرف مخالفاً (للنظام العام) أو (الآداب العامة) فيلزم الرجوع إلى التشريعات كافة لمعرفة ما إذا كان ذلك التصرف محظوراً بنص من عدمه. فإذا لم يوجد نص فيقتضي الأمر الرجوع إلى القضاء فهو الذي يقرر ما إذا كان التصرف مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، وذلك في ضوء القواعد

---

(١) المادة (١٧/ أولاً)، من الدستور نفسه أعلاه.

(٢) المادة (٣٧/ أولاً)، من الدستور نفسه أعلاه.

(٣) المادة (٣٨)، من الدستور نفسه أعلاه.

(٤) المادة (٤٥/ أولاً)، من الدستور نفسه أعلاه.

(٥) زهير الجزائري، "الدستور والحريات الصحفية"، بحث منشور في *كتاب: مجموعة مؤلفين، مأزق الدستور، معهد الدراسات الإسترتيجية، بغداد– بيروت*، (٢٠٠٦): ص١٦٧.

المجتمعية التي توافق عليها أفراد المجتمع في زمان ومكان معينين، لأن مفاهيم النظام العام و الآداب العامة تختلف زماناً ومكاناً"[١].

فعند ملاحظة القرار السابق أعلاه، يستنتج بأن المحكمة الإتحادية العليا في العراق تقر بأن مفهوم النظام العام و الآداب العامة مفهوم عام وشامل ولم تحدد ما المقصود بهما؟ وتقر أيضاً بأن مفهومهما تختلف بإختلاف الزمان والمكان، وتعطي السلطة التقديرية للقضاء لتقرر بأن تصرفاً ما مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، دون أن يحدد مفهومهما، وإن هذا الشرط الذي يربط الحريات بالآداب العامة والنظام العام، يرمي إلى منح السلطة التنفيذية حقوقاً واضحة لحماية القوانين وقد تكون تسلطية، وأكبر من حق المواطنين في التعبير عن موقفهم منها، وهذا يتنافى كلياً مع الديمقراطية[٢]. وإن ربط ممارسة بعض الحقوق والحريات الأساسية بمفاهيم مطاطية وقابلة للتفسير، وخاصة في دولة مثل العراق المتعدد المذاهب والقوميات والديانات أمر يفتح المجال أمام السلطات العامة وخاصةً السلطة التنفيذية لتقييدها بذريعة مخالفتها للنظام العام والآداب العامة[٣].

وفيما يتعلق بعمل منظمات المجتمع المدني نص المشرع الدستوري على إستقلاليتها في ممارسة إعمالها، لكن بشرط ان تكون الأهداف المرجوة من هذه الأعمال مشروعة، والسؤال المطروح هنا هو ما هو معيار مشروعية تلك الأهداف؟ والجواب هو ان كل منظمة عند تأسيسها يجب ان تحدد أهدافها ويجب ان تكون هذه الأهداف مطابقة مع أحكام القانون المنظم لها، وأن تحترم أحكام كافة القوانين النافذة في البلاد وإلا لا يمكن ان تحصل على موافقة تأسيسها.

وبعد عرضنا لجميع النصوص الدستورية المتعلقة بالحرية الشخصية، يمكن أن نحدد علة تجريم فعل البغاء والشذوذ الجنسي والتخنث في تلك النصوص الدستورية بشكل واضح وذلك من خلال النقاط التالية:

١. محافظة المجتمع والأسرة العراقية وحمايتها، لأن الأسرة بموجب الدستور هي "أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية"[٤]، فالسلوكيات المجرمة الواردة في القانون تضر بالمجتمع والأسرة في الوقت نفسه، فالشذوذ الجنسي

---

(١) قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، ٦٣/إتحادية/٢٠١٢، الصادر في ٢٠١٢/١٠/١١، أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، آذار ٢٠١٣، ص ص ٢٤-٢٥.

(٢) عارف علوان، الدستور الجديد ومشكلة الحريات، بحث منشور في كتاب: مجموعة مؤلفين، مأزق الدستور، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٣) د. شالاو صباح عبدالرحمن، *تدرج القواعد الدستورية*، ط١، (العراق: أربيل، مركز البحوث القانونية لوزارة العدل في حكومة إقليم كوردستان ٢٠٢٣)، ص ٢٣٤.

(٤) المادة (٢٩/ أولاً)، من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

فضلاً عن مخالفته لفطرة الإنسان وطبيعته يؤدي إلى زوال معنى الأسرة وهدفها الأساسي المتمثل بإنجاب الإطفال والمحافظة على الجنس البشري بشكل طبيعي.

٢. حماية النظام العام والآداب العامة، فالمشرع الدستوري العراقي في نصوص عدة يؤكد على حماية النظام العام والآداب العامة للمجتمع العراقي (على الرغم من ان معنى ومفهوم النظام العام والآداب العامة غير واضحة، سنتناول هذه الإشكالية في المطلب الثاني من هذا المبحث)، مما لاشك فيه ان السلوكيات الواردة في القانون غريب عن تقاليدنا الإجتماعي، وتخل بالآداب العامة والحياء العام في مجتمعنا.

٣. إمكانية تنظيم وتقييد الحريات الشخصية وحرية التعبير عن الرأي بموجب القانون، وذلك بهدف المحافظة على الآداب العامة في المجتمع من ناحية، وعدم إنتهاك حقوق وحريات الآخرين من ناحية أخرى.

٤. حماية الصحة العامة في المجتمع، فمن المعلوم لدى الجميع بأن فعل البغاء والشذوذ الجنسي يؤدي إلى إنتشار أمراض خطيرة تهدد المجتمع، وكما هو مثبت علمياً بأن السبب الرئيسي لمرض الأيدز هو البغاء وتكرار العملية الجنسية مع أشخاص عدة وتكرارها بإستمرار، وعلى هذا الأساس حماية الصحة العامة في المجتمع ضرورية والتزام دستوري في الوقت نفسه، إذ نص الدستور على "لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية، وتعني الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف المستشفيات والمؤسسات الصحية"[(١)]، فبموجب هذا النص على الدولة إتحاذ الوسائل الوقائية المختلفة من اجل محافظة الصحة العامة في المجتمع، وتجريم مثل هذه الإفعال إجراء وقائي لحماية الأفراد من هذه الأمراض الخطيرة والمحافظة على الصحة العامة، وهذا ما يؤكده المشرع في الأسباب الموجبة لقانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء بأنه" إنسجاماً مع الفطرة الإنسانية والطبيعة البشرية التي خلق الله تعالى الإنسان عليها من ذكر وأنثى وحفاظاً على كيان المجتمع العراقي من الإنحلال الخلقي ودعوات الشذوذ الجنسي التي غزت العالم، ولخلو التشريعات العراقية من العقاب الرادع لأفعال الشذوذ الجنسي ومن يروج لها شرع هذا القانون".

فمن خلال ماسبق أعلاه، يمكن ان نقول بأن تجريم جميع السلوكيات الواردة في القانون في مجملها مطابقة مع أحكام الدستور، بل يؤكد المشرع الدستوري في الكثير من النصوص على إلزام تنظيم وتقييد الحريات من أجل حماية النظام العام والآداب العامة في المجتمع، ومحافظة الصحة العامة في المجتمع، إلا أن هذا لا يعني بأن القانون يخلو من الإشكاليات الدستورية، وهذا ما سندرسه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(١) المادة (٣١/ أولاً)، من الدستور نفسه أعلاه.

II.ب. المطلب الثاني

الإشكاليات الدستورية المتعلقة بقانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء

أشرنا في المطلب السابق من هذا المبحث بأن جميع الحقوق والحريات الواردة في الدستور يمكن ان تقييد بقيود عامة، أو تقييد بعضها بقيود خاصة المتمثلة بعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، فضلاً عن إمكانية تقييد الحقوق والحريات بشكل عام إلا أن هناك إشكاليات دستورية عدة متعلقة ببعض النصوص الواردة في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء، ومن خلال هذا المطلب سنبين أبرز هذه الإشكاليات الدستورية وكالآتي:

أولاً/ نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء على ان "يمنع تغيير الجنس البيولوجي للشخص بناءً على الرغبات والميول الشخصية، ويستثنى من ذلك حالة التداخل الجراحي لمعالجة التشوهات الخلقية لتأكيد جنس الشخص ذكراً أو أنثى، بعد صدور قرار قضائي، وفقاً لتعليمات تصدرها وزارة الصحة".

فالنص المذكور أعلاه فيه إشكاليتان دستوريتان وهما: تقييد تغيير الجنس البيولوجي للشخص في حالة معالجة التشوهات الخلقية بصدور قرار قضائي صادر من القضاء، وإصدار تعليمات صادرة من وزارة الصحة، فكلا القيدين من الناحية القانونية والدستورية زائدة، لأن عند قراءة النص يتبين لنا بأن تغيير الجنس البيولوجي لشخص ما في حالة وجود التشوهات الخلقية تكون جريمة ايضاً إلا عند توافر هذان القيدان، إلا أن الأصل هو معالجة الإنسان في حالة وجود تشوهات خلقية ليست جريمة حتى نستأذن القضاء، بل هي واجب قانوني وإنساني وديني وأخلاقي، فيجب ان يحدد جنس شخص ما في حالة وجود علامات كلا الجنسين فيه بهدف معالجته والتمتع بالحياة مثل بقية أفراد المجتمع، ويجب ان يتم تفضيل الجنس الذي تتواجد فيها علاماته بكثرة في هذا الشخص، وهذا ما يتطلبه الواقع الطبي والقانوني أيضاً هذا من جانب، ومن جانب آخر حتى وإن قلنا بأن تغيير الجنس البيولوجي لشخص ما بحاجة إلى قرار قضائي، فكيف يستطيع القضاء ان يقرر بأن هذا الشخص فيه تشوهات خلقية باطنية؟ فيجب ان يستعين باللجان الطبية المختصة في هذا المجال، لذلك نرى بأن تقييد تغيير الجنس البيولوجي في حالة وجود تشوهات خلقية زائدة وأصل المبدأ الذي يقضي بأن الأصل في الأشياء إباحة، لأن إذا تبين للأطباء بأن شخص معين فيه تشوهات خلقية سواء كانت ظاهرية أو باطنية فيمكن ان تقوم بمعالجتها مثل بقية الأمراض والتشوهات الخلقية الأخرى في جسم الإنسان، لذلك نقترح بتعديل هذا النص وإزالة هذا القيد منه.

أما فيما يتعلق بالقيد الثاني والمتمثل في صدور تعليمات من وزارة الصحة بشأن إمكانية تغيير الجنس البيولوجي للشخص في حالة وجود تشوهات خلقية فيها إشكالية دستورية أيضاً وهي، ان المشرع الدستوري ينظم الحقوق والحريات بشكل عام، وينص في بعض الحالات على إمكانية تنظيمها بموجب القانون فقط دون التعليمات الصادرة من السلطة التنفيذية، لأن الغرض من تنظيم الحقوق والحريات في الدستور او القانون هو حمايتها من إنتهاكها من قبل السلطة التنفيذية، فكيف يمكن ان نعطي حق تنظيم الحقوق والحريات للسلطة التنفيذية وهي السلطة المنتهكة لها في اغلب الأحيان، إلا أنه مع الأسف نص المشرع الدستوري العراقي على إمكانية تنظيم الحقوق والحريات بموجب القانون أو بناء عليه، فالقصد من البناء عليه هو تنظيمها بموجب تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية، وبرأينا إن هذا النص مخالف للقواعد العامة الراسخة في مجال الفقه الدستوري والدساتير

المقارنة بعدم إمكانية تنظيم الحقوق والحريات بموجب التشريعات الفرعية، وعلى هذا الأساس نقول بأن على المشرع العراقي ان يحدد حالات التشوهات الخلقية التي تسمح بتغيير الجنس البيولوجي مع بيان التفاصيل الطبية المتعلقة بها، دون ان يترك هذا الأمر المهم للتعليمات والسلطة التنفيذية هذه من ناحية، ومن ناحية أخرى على المشرع الجنائي ان يقوم بصياغة النصوص الجنائية بشكل محدد وواضح بحيث ان لا يترك نص غامض أو معلق على تعليمات او نصوص قانونية أخرى، تطبيقاً للمبدأ الدستوري الذي يقضي بأن (لاجريمة ولا عقوبة إلا بالنص).

إرتباطاً بالنص المذكور أعلاه، نرى بأنه من الضروري ان يتم تعديل النص بإزالة القيدان الواردان على تغيير الجنس البيولوجي للشخص في حالة التشوهات الخلقية، وبدلاً عنهما يقوم المشرع الجنائي بتحديد هذه الحالات بالتفصيل وشروطها الصحية مستعيناً باللجان الصحية والخبراء الصحيين عند صياغة النص الجنائي، ومن خلالها يمكن ان تتلاشى الإشكاليات الدستورية والقانونية الموجودة في النص.

ثانياً/ نصت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون على ان "يحظر نشاط أي منظمة تروج للبغاء أو الشذوذ الجنسي في العراق وتخضع للمساءلة طبقاً لأحكام هذا القانون والقوانين الأخرى"، عند قراءة النص يتبين لنا بأن المشرع نص على مساءلة المنظمة عند الترويج للبغاء والشذوذ الجنسي دون أن يحدد كيفية مساءلة المنظمة في القانون، بل نص فقط على حظر نشاط المنظمة، لذلك لا داعي لذكر مساءلة المنظمة للمرة الثانية، وإذا إفترضنا بأن القصد من مساءلة المنظمة هو مساءلة الأشخاص العاملين في المنظمة، فالنصوص المتعلقة بالعقوبات الواردة في القانون تسري على الأشخاص الطبيعيين بشكل عام عند إرتكابهم لفعل مجرم من الأفعال الواردة في القانون سواء كان هذا الشخص عمل أم لم يعمل لصالح منظمة ما، لذلك ذكر كلمة مساءلة المنظمة زائدة، لأن المشرع الجنائي لم يذكر اية عقوبة اخرى غير حظر نشاط المنظمة لمساءلة المنظمة.

ثالثاً/ نصت الفقرة الخامسة من المادة نفسها من القانون على ان "تلتزم كل من هيئة الإعلام والإتصالات ووزارة الإتصالات بإتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الترويج للشذوذ الجنسي أو نشر المواد الإباحية أو المخلة بالحياء والإخلاق والآداب العامة"، تتمثل الإشكالية الدستورية المتعلقة بهذا النص في التعارض بين منع الترويج للشذوذ الجنسي ونشر المواد الإباحية او المخلة بالحياء والأخلاق والآداب العامة وبين حرية الفرد في إستعمال الإنترنت والصفحات الألكترونية بشكل عام، فمن الضروري حماية ومحافظة الأخلاق والآداب العامة لمجتمعنا في العراق، وإحدى وسائل حمايتها تكون من خلال منع الترويج للشذوذ الجنسي والبغاء وعرض المواد الإباحية، إلا ان هذه المسألة لا تعالج فقط من خلال منع الترويج لها والتزام الإعلام والإتصالات بمنع عرضها، بل أصبحت اليوم كل هذه المواد الإباحية والمتعلقة بالشذوذ الجنسي ونشاطات الجهات الداعمة لها، وأخبار مؤيدها ووسائلها والقوانين المؤيدة للشذوذ الجنسي في الدول المقارنة متاحة بكل سهولة لكل فرد من أفراد المجتمع العراقي، لذلك التزام الإعلام والإتصالات ووزارة الإتصالات بمنع الترويج للشذوذ الجنسي لا يغني من جوع ويحقق النتيجة التي يريدها المشرع الجنائي، وتحقيق النتيجة المرجوة والمتمثل في منع الشذوذ الجنسي والبغاء والتخنث تكون من خلال قطع جميع الوسائل التي تتعلق بها وتسهل الوصول إليها وتغري راغبيها، إلا أن هذه العملية (أي التقييد التام لكل الوسائل والصفحات

الألكترونية التي تنشر المواد الإباحية والشذوذ الجنسي) متعارضة مع حرية الأفراد بشكل عام وحرية النشر ومبادئ الديمقراطية المنصوص عليها في المادة الثانية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

فضلاً عما سبق، ان النص المذكور أعلاه ينص على الإلتزام بعدم نشر المواد الإباحية، إن هذا النص لم تنفذ مطلقاً من قبل شركات الإتصالات ووزارة الإتصالات، لأن جميع الشركات التي توفر خدمة الإنترنيت في البلاد لم تقيد المواقع التي تبث وتنشر المواد الإباحية والشذوذ الجنسي، بل ان جميع هذه المواقع متوفرة لجميع افراد المجتمع دون أي تقييد.

رابعاً/ نصت المادة الثامنة مكررة من القانون على ان "تعد جرائم البغاء والشذوذ الجنسي وجريمة تغيير الجنس والترويج لتلك الجرائم، من الجرائم المخلة بالشرف، وكل حكم يصدر فيها بحق موظف أو مكلف بخدمة عامة يستتبعه بحكم القانون عزله من الوظيفة".

إستناداً إلى النص المذكور أعلاه يتبين لنا بأن جرائم البغاء والشذوذ الجنسي وتغيير الجنس والترويج لتلك الجرائم من الجرائم المخلة بالشرف، وإذا إرتكبها موظف أو مكلف بخدمة عامة يعزل من وظيفته بحكم القانون، والسؤال المطروح هنا هو، ماذا إذا إرتكبها أعضاء المجالس النيابية؟ فهل يستبعد من عضوية المجلس مثل الموظف او المكلف بخدمة عامة أم لا؟ وكجواب لهذين السؤالين نرى بأن عضو مجلس النواب أو مجاس المحافظات حاله حال الموظف أو المكلف بخدمة عامة يتم مسائلته و يجب ان يتم إبعاده من عضوية المجلس النيابي، لأنه ليس من المعقول ان يقوم المشرع نفسه بإقتراف فعل جرمه نفسه، لذلك ومن باب أولى يجب إستبعاده من عضوية المجلس النيابي سواء كان مجلس نيابي وطني أو مجلس نيابي محلي.

خامساً/ نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية عشر من القانون على ان "لا يعمل بأي نص في قانون أو إتفاقية يتعارض وأحكام هذا القانون".

بإمكان المشرع العادي ان يعدل أو يلغي اي نص في قانون عادي آخر، لذلك من الطبيعي جداً من الناحية الدستورية والقانونية ان ينص المشرع من خلال النص المذكور أعلاه على عدم العمل باي نص قانوني آخر مخالف لهذا القانون، لكن الإشكالية في عدم العمل بأي إتفاقية متعارضة مع هذا القانون، فالسؤال هو هل يمكن ان يتم إلغاء إتفاقية دولية بموجب قانون عادي؟ وهل تستطيع الدولة ان تنسحب من إتفاقية سبق وان صادقت عليها الدولة ؟ ألا تترتب المسؤولية الدولية على عاتقها جراء عدم الإلتزام بإلتزاماتها الدولية المنصوص عليها في الإتفاقية الدولية؟ فكل هذه الأسئلة إشكاليات حقيقية تتعلق بعدم العمل بنص وارد في إتفاقية دولية متعارضة مع أحكام هذا القانون.

ففيما يتعلق بمدى إمكانية المشرع العادي بإلغاء الإتفاقيات الدولية، نجد بإن هناك إختلاف بين دساتير الدول المقارنة بشأن قيمة الإتفاقيات الدولية، فمنها أعطت قيمة فوق الدستورية للإتفاقية الدولية مثل فرنسا بالنسبة للإتفاقيات المتعلقة بالإتحاد الأوروبي، ومنها أعطت قيمة الدستورية للإتفاقيات الدولية كدستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي يلزم الولايات بالإتفاقيات التي تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية، ومنها ما يعطي قيمة القانون العادي للإتفاقيات الدولية، فبالنسبة لموقف المشرع الدستوري العراقي نجد بأنه لم يذكر هذا الموضوع بشأن صريح، لكن من الناحية الواقعية إن قيمة الإتفاقيات الدولية هي نفس قيمة

القانون العادي، لذلك بإمكان المشرع العادي ان يلغي نص وارد في إتفاقية دولية، لكن فيما يتعلق بمسؤولية الدولة تكون مسؤولة خاصةً إذا كانت الإتفاقية إتفاقية ثنائية.

الخاتمة

وفي ختام دراستنا توصلنا إلى إستنتاجات ومقترحات عدة، وسندرج أهمها كالآتي:

أولاً/ الإستنتاجات

١. جرم المشرع العراقي سلوك البغاء والشذوذ الجنسي والتخنث والترويج لهذه السلوكيات، إضافةً إلى حظر أنشطة كل منظمة أو وسيلة إعلام تقوم بالترويج لهذه السلوكيات أو تنشر مواد إباحية منافية للآداب العامة والحياء العام.

٢. المشرع الجنائي العراقي في قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء لم يكن موفقاً في تنظيم الكثير من السلوكيات سواء كان من الناحية الموضوعية (كالخلط بين سلوك إجرامية مختلفة مثل تعريفه للشذوذ الجنسي) والدستورية كتعارض بعض نصوصه مع مبدأ التناسب بين خطورة الجريمة وعقوبتها.

٣. أحال المشرع الجنائي تنظيم بعض السلوكيات الواردة في القانون إلى تعليمات صادرة من جهات معنية بالسلطة التنفيذية، ويعد هذا تعارضاً مع أحكام الدستور ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بالنص.

٤. قام المشرع بإلزام كل المنظمات غير الحكومية والإعلام ووزارة الإتصالات بعدم الترويج للبغاء والشذوذ الجنسي ونشر مواد إباحية مخالفة للنظام العام والآداب العامة، لكن مع ذلك لم يتم حظر إستخدام المواقع الألكترونية الإباحية في العراق، وعند حظرها يتم إثارة إنتهاك الحريات الشخصية في الوقت نفسه، لذلك في بعض الأحيان لم يكن المشرع الجنائي موفقاً في صياغة النصوص والتدابير التي نص عليها في القانون.

٥. لم يلتزم المشرع الجنائي في بعض نصوص القانون بتوحيد صياغة النصوص القانونية، بحيث نص على عقوبات محددة لمن يرتكب بعض السلوك الإجرامية وفي الوقت نفسه نص على عقوبة مختلفة لمن قام بالترويج لهذا السلوك، لكن لم يفعل ذلك لبعض السلوكيات الأخرى، إذ نص على عقوبة واحدة لمن قام بإرتكاب الفعل ولمن قام بالترويج لهذا السلوك الإجرامي.

ثانياً/ المقترحات

١. نقترح تعديل المادة الثانية من قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء رقم (٨) لسنة ١٩٨٨ بالشكل الآتي:

(يقصد بالتعابير التالية المعاني المبينة أزاءها:

أولاً/ البغاء: تكرار ممارسة الزنا أو اللواط مع إمرأة أو أكثر بأجر أو بدون أجر.

ثانياً/ الشذوذ الجنسي: هو ممارسة العلاقة الجنسية بين شخصين من جنس واحد ذكر وذكر أو أنثى وأنثى، أو بين شخص وحيوان.

ثالثاً/ تبادل الزوجات: هو تبادل الزوجات لأغراض جنسية.

رابعاً/ هو كل ممارسة مقصودة للتشبه بالنساء أو الرجال، ولا يعتد بما يقع لأغراض التمثيل.

خامساً/ السمسرة: الوساطة بين شخصين يقصد تسهيل البغاء أو الشذوذ الجنسي، بأية طريقة كانت (الكترونية أو واقعية) ويشمل ذلك التحريض ولو بموافقة أحد الشخصين أو طلبه، كما يشمل إستغلال بغاء الشخص بالرضاء أو بالإكراه.

سادساً/ محل الدعارة: هو المحل المخصص (سواء كان عقاراً أو منقولاً) لفعل البغاء أو الشذوذ أو تسهيل ممارستها).

٢. نقترح تعديل الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون بشكل ان يتم تغيير الجنس البيولوجي في حالة التداخل الجراحي لمعالجة التشوهات الخلقية من دون الرجوع إلى القضاء، طالما إن اللجنة الطبية المختصة توصي بذلك.

٣. نقترح تعديل الفقرة الأولى (أ) من المادة الرابعة من القانون بحيث يتم حذف لفظ (أو عاونه) من النص.

٤. نقترح تعديل الفقرة الأولى (ب) من المادة المذكورة في النقطة السابقة بشكل يتم تحديد عقوبة أشد لمدير محل عام مقارنة بالعقوبة المحددة للسمسار أو من يملك بيتاً للدعارة.

٥. نقترح تعديل الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون بشكل يتم تحديد عقوبة أخف ومختلف عن العقوبة المحددة في الفقرة للشخص الذي يقوم بإرتكاب فعل التخنث.

٦. نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة الثامنة وذلك بأن تكون عقوبة الطبيب والجراح اللذين يقومان بتغيير جنس شخص خلافاً لأحكام القانون أشد مقارنة بالعقوبة المحددة للشخص الذي يقوم بتغيير جنسه البيولوجي.

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب

١. د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، *مبدأ التناسب في القانون الجنائي*، مصر- الإمارات: دار الكتب القانونية، ٢٠٢٢.

٢. د. شالاو صباح عبدالرحمن، *تدرج القواعد الدستورية*، ط١، العراق: مركز البحوث القانونية لوزارة العدل في حكومة إقليم كوردستان أربيل، ٢٠٢٣.

ثانياً/ البحوث العلمية

١. أمل جبار عاشور، "المواجهة الجنائية لجرائم الشذوذ الجنسي في التشريع العراقي دراسة مقارنة"، *بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة*، المجلد٦، العدد٤، ملحق٢، كانون الاول، (٢٠٢٤).

٢. د. سليمان كريم محمود، "أثر صفة المجنى عليه في تحديد المسؤولية الجزائية في جرائم الخطف والبغاء والفعل الفاضح العلني"، *بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق*، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ٢ الجزء ٢، (٢٠٢٠).

٣. د. مشاري خليفة العيفان ود. حسين جمعة بوعركي، "مبدأ التناسب العقابي_ دراسة تأصيلية وتحليلية في الولايات المتحدة الأمريكية"، *بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت*، العدد ١، السنة ٤٧، مارس، (٢٠٢٣).

٤. زهير الجزائري، "الدستور والحريات الصحفية"، *بحث منشور في كتاب: مجموعة مؤلفين، مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد- بيروت*، (٢٠٠٦).

٥. عارف علوان، "الدستور الجديد ومشكلة الحريات"، بحث منشور في *كتاب: مجموعة مؤلفين، مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد- بيروت*، (٢٠٠٦).

ثالثاً/ الدساتير والقوانين

- الدساتير

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

- القوانين

١. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٢. قانون مكافحة البغاء العراقي رقم (٨) السنة ١٩٨٨.
٣. قانون التعديل الأول لقانون مكافحة البغاء العراقي رقم (٨) السنة ١٩٨٨ رقم ١٥ لسنة ٢٠٢٤.

رابعاً/ القرارت القضائية

١. قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، ٦٣/إتحادية/٢٠١٢، الصادر في ٢٠١٢/١٠/١١، أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، آذار ٢٠١٣.