مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

اسباب ظاهرة التخنث واساس التجريم في الشريعة والقانون

شذى كرم حسين
د.ميثم فالح حسن
كلية القانون / جامعة ميسان

المستخلص

ان الانحراف في سلوكيات الشاب كان بالدرجةِ الاساس نتيجةً لتلكؤ المؤسسات الثلاث التي تحيط به منذ نشاته – 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 الاونة الاخيرة في ظل الفهم غير السوي لحقوق الإنسان على نحو جعل من السلوك المنحرف حريةً شخصية لا يجوز المساس بها أو المعاقبة عليها.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة.

تمتاز أحكام القانون وقواعده 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.

عليه فان للانسان الحرية فيما يتصرف اذ لا يؤاخذ عن سلوكه كفرد في المجتمع الا اذا كان هذا السلوك مخالفا لاحكام 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.

عليه فإن المشرع يتدخل ليجرم الأفعال التي تشكل مخالفة للنظام العام وللأعراف السائدة في المجتمع، ويضع السبل اللازمة للتصدي لها ومعالجتها.

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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. وثمة اسباب أخرى تصب في الاتجاه نفسه ومنها الحروب وغياب الاباء في الجبهات وما خلفته من ايتام و ارامل ادت الى استفحال الازمة 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 المتنوعة التي تمتص الطاقة لديهم سواء في الجانب الرياضي او جوانب اخرى لها نفس القدرة على تقويم شخصية الشاب، وهناك اسباب اخرى 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.

هذهِ الاسباب 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.

ثانياً: أهمية الدراسة.

تبدو اهمية هذه الدراسة في معرفة الاسباب التي تؤدي إلى ظهور التخنث في المجتمع والوقوف عليها لبيان الكيفية التي عالج بها المشرع هذهِ الظاهرة واسبابها؛ ومع ندرة الدراسات القانونية التي تناولت التخنث وتجريمه من الناحية القانونية فان هذه الدراسة تسهم في بيان هذه الظاهرة التي تؤثر على الاسرة والمجتمع ككل.

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

ثالثاً: إشكالية الدراسة.

ان الانحراف في سلوكيات الشاب كان بالدرجةِ الاساس نتيجةً لتلكؤ المؤسسات الثلاث التي تحيط به منذ نشائته – 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 الاونة الاخيرة في ظل الفهم غير السوي لحقوق الإنسان على نحو جعل من السلوك المنحرف حريةً شخصية لا يجوز المساس بها أو المعاقبة عليها.

وتبدو إشكالية هذه الدراسة في التساؤل عن ماهيّة الاسباب والعوامل المساعدة لتفكك الاسرة والمجتمع وظهور الانحلال والتخنث؟ ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيسي تساؤلات عدة أهمها:

- ما هي اسباب التخنث؟
- ما مدى تأثير هذه الاسباب في انتشار التخنث وطبيعته؟
- هل توجد اسباب مشروعة للتخنث؟ وماثارها؟
- ما هو موقف الشريعة الاسلامية والقانون من التخنث؟

رابعاً: منهجية الدراسة.

فرضت علينا طبيعة دراسة هذا الموضوع ضرورة اتباع المنهج المقارن بين بعض الأنظمة الدستورية والقانونية والشرعية المتعلقة بموضوع الدراسة. كما اعتمدنا المنهج التحليلي لتحليل هذهِ النصوص وآراء الفقهاء ذات الصلة ضمن إطار علمي، وعززنا ذلك بالتطبيقات القضائية المتاحة.

خامساً: خطة البحث.

نتناول دراسة هذا الموضوع على مبحثين حيث يتضمن المبحث الاول اسباب ظاهرة التخنث. بينما يتناول المبحث الثاني الاساس الشرعي والقانوني لتجريم التخنث.

خُتِم البحث بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات والمقترحات.

المطلب الاول

اسباب ظاهرة التخنث

تمثل ظاهرة التخنث حافة انهيار للمجتمع اذا ما تعاظمت لانها تفضي الى 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

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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 انسان تنتهي حدودها مع بداية حرية الاخرين لا ان تنال منها.

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

الفرع الاول

الاسباب الاجتماعية

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

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[i].

ثانياً– العولمة:

من الاسباب الرئيسية لنشأة وانتشار التخنث هو ظهور العولمة والتي سهلت من انتشار الطرق اللا اخلاقيه في دائرة العلاقات الانسانية 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[ii].

ثالثاً– انحراف البيئة الاجتماعية:

من الاسباب الرئيسية لنشأة وانتشار ظاهرة التخنث والتأنث هو الانحراف الاخلاقي والديني داخل المجتمع، فاذا كان المجتمع خاليا من كل مفاهيم التربية الصحيحة؛ فعندها تكون الانحرافات اللا اخلاقية هي السائدة في المجتمع، ففي مثل هذه الحالة تكون ظاهرة الجنس الثالث كالعدوى تنتقل من المصاب الى السليم وعندها سيكون السليم مصابا فيعدوا غيره ممن كان سليما، وهكذا تنتقل العدوى الاجتماعية من شخص الى اخر كالنار في الهشيم حتى يصبح اغلب الشباب على هذا الحال[iii].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

رابعاً– التقليد الاعمى 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[iv].

خامساً– وسائل الاعلام:

لوسائل الاعلام مكانة بالغة وتأثير كبير على سيكولوجيات الافراد ونفسياتهم خاصة المراهقين، فمتابعة افلام الرعب تولد العنف وان عرض مشاهد فيها انحرافات سلوكية ومخالفة لأعراف المجتمع ويؤثر في نفوس الافراد ويهدم القيم والتقاليد السائدة في المجتمع.

سادساً– فقدان الوازع الديني:

الدين الاسلامي هو المقياس الاساسي للإنسان وعليه تستقيم اموره التي ترشده الى الحلال والحرام والصحيح والسقيم ، فاذا ابتعد الانسان عن الدين قل عنده الوازع الديني وبالتالي تجده يتخبط في 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 والاسلام[v].

سابعاً– التربية الخاطئة:

للتربية دورا هاما في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة اظفاره ، فهو يكتسب الخصائص وبالتالي يكتسب هويته الجنسية، فاذا اتبعت الاسرة في تربية طفلها اساليب خاطئة كالاهتمام الزائد عن الحاجه والحرمان العاطفي والقسوة وعدم اشباع الحاجة النفسية للطفل نجده يتجه للانحراف السلوكي وحدوث اضطرابات في هويته الجنسية[vi].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

الفرع الثاني

الاسباب 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 .

يحدث بسبب الشذوذ في نمو الأعضاء التناسلية الخارجية في الجنين مع اختلاف في درجة اندماج الطيات الشفرية وموضع الأحليل ، وحجم القضيب[vii].

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

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، 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[viii].

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 للأنثي بينما يكون التكوين الكيروموسومي ذكوري (XY) فتكون هنالك أنثى ولكنها لا حيض لديها ولا رحم وتكون عقيماً.

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،

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

ولكن يلاحظ وجود الجهاز التناسلي الداخلي كاملاً الفرج والرحم والأنابيب والمبايض وحدوث الحيض وامكانية الولادة.

رابعاً- (فوف 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 .

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

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

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

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

تاسعاً- زواج الاقارب وهو من الاسباب الناجمة عن ظهور حالات الخنثى[xv].

عاشراً- الحالات النفسية في اثناء الحمل، وهو سبب لتشوه الجنين، اذ إن الضغط النفسي يؤدي الى تشوهات خلقية عند الجنين[xvi].

المطلب الثاني

الفلسفه العامة لسياسة التجريم

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.

السياسة الجنائية باعتبارها جزء من السياسة الشرعية، فإنها تعمل على توطيد هذين الهدفين في جانبها الجنائي؛ وذلك بدفع المفاسد الناشئة عن الجريمة أو المحتمل حصوله منها اضافة الى توفير الأمن للأمة وصيانة الحقوق والممتلكات، والعمل على تحقيق ذلك بكافة

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

الطرق والوسائل كاصدار 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.

عليه 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.

الفرع الاول

اساس 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 الاسلامي في تجريمه للعديد من التصرفات والافعال يهتم بالجانب الديني والعقائدي[xvii].

يقوم 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[xviii]، 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 .

ففي الشريعة الاسلامية، 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 الرذائل إلَّا إذا كان ثمة رادع اجتماعي يحمي المجتمع وتنقِّي جوهره الظاهر من المآثم[xix].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

تعددت الاراء في أساس التجريم في الفكر الاسلامي، إذ يرى **مذهب الجبرية** أن الإنسان لا قدرة له فلا يخلق أفعاله[xx]، ولا إرادة له ولا اختيار وهو آلة محضة كالسكين بيد القاطع[xxi]، وتعليلهم أن الله هو خالق الأشياء و الإرادات والأفعال فالفعل لله وحده، قدرة الله تعالى فقط بلا قدرة من العبد أصلا[xxii]، 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[xxiii]، 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 " وكذلك " وهديناه النجدين " .

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[xxiv].

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، و هذه الحرية و هذا الاختيار يحتم توضيح وتحديد الأفعال التي يعاقب على فعلها حتى يعلمها الفرد ويجتنبها.

أما مذهب الامامية 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

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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} [النساء/١٤٧]، 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[xxv].

فالاسباب التي تدعو للتجريم وفقاً للمذهب الامامي هي:

١- تحقيق العدالة: من أهم أهداف الشريعة الإسلامية تحقيق العدالة في الأرض، وحثِّ 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: { إنَّ الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي، يعظكم لعلَّكم تذكرون} [النحل/٩٠] . ويقول سبحانه أيضاً: {يا أيُّها الذين آمنوا كونوا قوَّامين لله شهداء بالقسط ولا يَجْرِمنَّكم شنآنُ قومٍ على ألَّا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى، واتقوا الله إن الله خبير بما تعلمون} [المائدة/٨][xxvi].

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: {وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به} [النحل/١٢٦] ، لأن كل شيء في الكون قائم على العدل والقسط، يقول تعالى: {لقد أرسلنا رسلنا بالبيِّنات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط} [الحديد/٢٥] . وتبقى عقوبة القصاص من أفضل الأمثلة في الشَّريعة على عدالة هذه العقوبات[xxvii].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

ومن أوجه العدالة، في عقوبات الحدود والقصاص والتعازير، أن العقوبة تتناسب مع الجريمة تناسباً تامًّا، 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[xxviii].

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

فالشريعة بنائها 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}"[xxx].

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، وانقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، وكفهم عن المعاصي، وحثهم على الطاعة[xxxi].

فتشريع العقاب إذن، 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} [النحل/٧٩]، 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، تفضُّلاً منه عليهم،

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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"[xxxii].

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 ـــ كما يقول الشيخ أبو زهرة ـ 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[xxxiii].

وهذا واضح جلي، في جريمة التخنث، فأساس التجريم فيها أنها مفسدة؛ لأنَّ الرجل في هذه الجريمة لا يظهر على فطرته السليمة التي خلق الله عليه ولا يمارس دوره الطبيعي في المجتمع مما يصيب المجتمع الاسلامي بالهوان والضعف، يقول عزَّ وجل: {وأعطى كل شيء خلقه ثم هدى} [طه/٥٠]، 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[xxxiv].وفي القرآن ما يشير إلى ذلك، منها قوله عز من قائل: {ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها} [الأعراف/٨٥][xxxv].

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

٢- إصلاح المجرم 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

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

الطريق المستقيم الذي يوصله إلى كماله الرُّوحي والجسدي، لأن المنهج الربَّاني لا يأخذ الناس بالعقاب وحده، وإنما يرفع سيف القانون بصلّته ليرتدع من لا يردعه إلَّا السيف، فأما اعتماده الأوّل فعلى تربية القلب وتقويم الطبع وهداية الروح[xxxvii]. .

والعقوبة إنما هي جُزء مكمل في منهج إسلامي متكامل للتربية والتقويم والتهذيب. فالإيمان بالغيب وبالجنَّة والنار، وتشريع العبادات، من صلاة وصوم وزكاة وحج وغيرها من الواجبات، الهدف منه السموُّ بالإنسان المسلم نحو مراتب الكمال أو التقوى، لذلك يقول سبحانه وتعالى: { إن الصَّلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر} [العنكبوت/٤٥]، وحول الصيام يقول عزَّ من قائل: {يا أيُّها الذين آمنوا كُتِبَ عليكم الصيام كما كُتِبَ على الذين من قبلكم لعلَّكم تتقون} [البقرة/١٨٣]، وعن فريضة الزكاة وأهميتها في تزكية النفس يقول سبحانه وتعالى: {خذ من أموالهم صدقة تطهِّرهم وتزكِّيهم بها} [التوبة/١٠٣]. 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} [الطلاق/١]، 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 الذي تسبَّب فيه الإنسان عندما أقدم على المعصية أو الجريمة[xxxviii].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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، يقول عز من قائل: {وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا، فقل سلام عليكم كتب ربكم على نفسه الرحمة أنه من عمل منكم سوءاً بجهالة ثم تاب من بعد وأصلح فإنه غفور رحيم} [الأنعام/٥٤][xxxix].

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"[xl].

إذن فأساس العقاب في الإسلام هو جلب المصلحة ودفع المفسدة التي تنشأ عن الجريمة، والمحافظة على المصالح المعتبرة في الإسلام، أي الضروريات الخمس باعتبارها أساسا لقيام إنسانية فاضلة، وذلك رغم أن العقوبة في ذاتها أذى لمن وقع عليه العقاب، فالعقوبة أذى شرع لدفع المفاسد، ودفع المفاسد في ذاته مصلحة، بل ان دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة[xli].

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[xlii].

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.

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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)[xliii] والأهداف التي يسعى الإسلام إليها من خلال إيقاع العقوبة راعت جوانب مختلفة ومتوازنة بين مصلحة المجرم ومصلحة المجتمع.

الفرع الثاني

اثر 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[xliv].

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

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[xlvi].

وقد راعت السياسة الجنائية الإسلامية في صيانتها للأعراض التوفيق بين اعتبارين هامين: الأول هو ثبات التشريع الجنائي في جانب منه وأبرز دليل طائفة

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

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[xlvii].

ويترتب على بناء السياسة الجنائية على مبادئ المدلول الأخلاقي جملة نتائج أهمها: 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 غير علانية ولا لطبيعتها على تجريمها وأن كان لها تأثير في مقدار ما يستحقه من عقاب هذا من جانب[xlviii]، ومن جانب أخر فأن النظرة وفقا لهذا المدلول 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 باخلاقياته وآدابه[xlix].

ونتفق 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 بحسابها 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 [l].

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[li]، 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[lii].

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[liii].

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 لاهميتها وضرورتها للحفاظ على كيان المجتمع وبقائه[liv].

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[lv].

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 الجنائية في المجتمعات التي تدين بدين الاسلام وهو امر طبيعي[lvi]؛ 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[lvii].

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 وانتقادهم من الجهالة والخطا والضرر وإرشادهم من الضلالة وكفهم عن المعاصي والجرائم والمخالفات وهدايتهم نحو الطريق السوي والصراط المستقيم حتى تكون لهم السعادة والنجاة في الدنيا والآخرة[lviii].

إذا فأساس 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 اساس التجريم في القوانين الوضعية فانه يتمثل في حماية المصالح الاساسية والجوهرية للمجتمع[lix]، 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 العراقي، 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.

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ١٠٣ ـ ١٢٦
ISSN: 2222-6583

الخاتمة

توصلنا في نهاية هذا البحث إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات تمثلت فيما يلي:

١- 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 لاصحابها، باعتبارها خروج عن الفطرة السليمة التي خلقنا الله عليها.

٢- نظرة 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.

٣- 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 الى مجموعتين؛ فالمجموعة الأولى نصَّت بشكل مباشر وصريح على تجريم التخنث والمعاقبة عليه، بينما تضمنت قوانين اخرى نصوص عامة لم تصرح بتجريم التخنث لكنها جرمت كل فعل مخل بالحياء والذوق العام.

٤- يعد القانون العراقي من القوانين التي لم تصرح بتجريم التخنث؛ لذلك نأمل من المشرع العراقي ان يشرع بتجريم ومعالجة التخنث بنصوص صريحة خصوصاً مع استفحال هذه الظاهرة في المجتمع وما تتضمنه من آثار سلبيه.

٥- ان التجريم لوحده لا يكفي لمعالجة ظاهرة التخنث بل يجب ان تتضمن القوانين تدابيراً واجراءات لتأهيل المخنثين واعادة تاهليهم في المجتمع ليمارسوا دورهم الطبيعي في بناء الاسرة والمجتمع.

الهوامش

[i] من ذلك الحديث النبوي: "لا تجامع أمرأتك بشهوة أمرأة غيرك، فاني أخشى ان قضي بينكما ولد ان يكون مخنثاً". الكليني، أحكام الجماع، باب مكروهات الجماع.

[ii] ارحمة شبل، ظاهرة التخنث عند الرجال واهم اسبابها، مجلة المداد، جامعة ٢٠ أوت، الجزائر، ٢٠٢١، ص٤٣.

[iii] المصدر نفسه، ص٤٤.

[iv] ارحمة شبل، مصدر سابق، ص٤٥.

[v] طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الجنسي، ط٥، ج١ ، كلية التربية للعلوم الانسانية ، ٢٠١٥، ص ٢٧.

[vi] طارق حسن كسار، مصدر سابق، ص٢٧.

[vii] د. رونالدف، الموجز الارشادي عن الغدد الصماء، ترجمة: نصر الدين احمد، ط١، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، ١٩٨٧، ص٢٠٩.

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

[ix] 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، ص ٩٤.

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

[xi] د. محمد البار ود. ياسر جمال ، الذكورة والانوثة – دراسة لمشكلة تحديد الجنس وضوابط الممارسات الطبية، مركز النشر العلمي ، ٢٠٠٩، بلا مكان نشر، ص ٧٦.

(xii) د. اشجان باصي، مصدر سابق،ص١٦٥.

(xiii) 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.

(xiv) د. محمد البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن ، ج١، ط٤، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، ٢٠٠٧، ص ٢٨٥.

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

(xvi) ينظر: موسوعة الاعجاز الطبي في القران الكريم والسنة المطهرة،ط٢، مجلد١، ابن حجر ، ٢٠٠٣، ص١٨٠

(xvii) 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.

(xviii) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية ، ط ١٠، ج ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص ٦٩ .

(xix) ناصر قربانيا، فلسفة العقوبات، مجلة المنهاج البيروتية، عدد ٢٤، السنة السادسة ٢٠٠٢م/١٤٢٢هـ، ص ٨١.

(xx) بدر الدين الزركشي، مصدر سابق، ص ٩٦٢.

(xxi) زكريا الأنصاري، غاية الوصول في شرح لب الأصول، ط٢، دار الكتب العربية الكبرى، ١٩٣٦، ص١٦٧.

(xxii) حسن بن محمود العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج٢ ، دار الكتب العلمية، بلا تاريخ، ص ٥٣٢

(xxiii) بدر الدين الزركشي، مصدر سابق، ص ٩٦٢.

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

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

[xxvi] أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩١م، ص ٧٣، ٧٤.

[xxvii] السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، كتاب الحدود، ج٢٣، ص ٢٣٢.

[xxviii] د. عبود سراج، التشريع الجزائي المقارن في الفقه الإسلامي و القانون السورى / عبود السراج؛ تقديم محمد الفاضل، ط٥، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٣، ص٤٤.

[xxix] نقلًا عن عبد الفتاح إمام، الحقوق في الإسلام والقوانين في هذه الأيام، ص ٦٣.

[xxx] د. أحمد الريسوني، النص والمصلحة بين التطابق والتعارض، مجلة التجديد، عدد ١٨٢ ــ ٢٣ يونيو ٢٠٠١م، ص ١٧. نقلًا عن عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي في ما لا نص فيه، الكويت: دار القلم، ط ــ ١٣٩٢هـ، ص ١١٦.

[xxxi] حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الاسلام دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٨٩.

[xxxii] الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٢٢١، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١٣، ١٩٩٤م، ج١، ص ٦٠٩.

(xxxiii) حر محمد بن الحسن العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق: عبد الرحيم رازى، محمد، ج١، المكتبة الاسلامية، طهران، ١٩٧٧، ص١٣.

[xxxiv] الشيخ محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص ٣٠.

[xxxv] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٥، ص ٤٨.

[xxxvi] د. عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص٧٩.

[xxxvii] المستصفى، من علم الأصول، بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم، (د.ت) ج١، ص ٦٣٦ و٦٣٧، وانظر: الموافقات للشاطبي، ج٢، ص ٨ و٩.

[xxxviii] محمد بن إدريس الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، إعداد علي أصغر مراويد، بيروت: مؤسسة فقه الشيعة والدار الإسلامية، ط١، ١٩٩٠م، ج٢٣، ص ٢٧٥.

[xxxix] العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٩٨م، ج٤، ص ٥٤٢.

[xl] محمد بن إدريس الحلي، السرائر، ضمن سلسلة الينابيع، ج٢٣، ص ٢٧٥؛ والسيد علي الطباطبائي رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، بيروت: دار الهادي، ط١، ١٩٩٠م، ج١٠، ص ٣٧.

[xli] محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص ٦٩.

[xlii] ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية في سياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، دار المدني للطباعة والنشر، جدة، بلا سنة نشر، ص ٦٠.

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

(xliv) د. محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العِرض في الشريعة الاسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٥٢٥

[xlv] د. جلال ثروت ود. محمد زكي أبو عامر، علم الاجرام والعقاب ، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١١.

[xlvi] د. علي أبو حجيلة ، الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، دار وائل للنشر، الاردن- عمان، ٢٠٠٣ ، ص١٦.

[xlvii] د. محمد سليم العوا، اصول النظام الجنائي الاسلامي ، ط١، دار المعارف ، ١٩٧٨، ص٢٨٥.

[xlviii] د. جلال ثروت وآخرون، المصدر السابق، ص ١٤.

[xlix] د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة والقانون الوضعي- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص٢٢.

[l] د. محمد احمد خليفة، مقدمة في السلوك الاجرامي ، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٢٤.

[li] أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النيضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص١٤.

[lii] Stewart, Amodem view of the criminal law, Pergamom. press,oxford . 1965 . p:16 at 18.

[liii] د. رمسيس بهنام، مصدر سابق، ص١٦.

[liv] د. كاظم الشمري، سياسة التجريم في القوانين الجنائية الخاصة، مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد٣٦، عدد خاص، ج١، ٢٠١، ص١٧٩.

[lv] د. ابراهيم حامد طنطاوي، جرائم العرض والحياء العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥.

[lvi] د. رمسيس بهنام، مصدر سابق ١٩٩٩، ص٣٩.

[lvii] محمد المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الاسلامية، مركز الدراسات والبحوث، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٤٢٣ه، ص ٩١.

[lviii] محمد المدني بوساق، المصدر السابق، ص ٧٣.

[lix] د. رمسيس بهنام، مصدر سابق، ص١٦– ١٧.