

تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٢٠١٩/١١/١١ برئاسة القاضي السيد مدحت محمود وعضوية القضاة السادة فاروق محمد السامي وجعفر ناصر حسين واكرم طه محمد واكرم احمد بابان ومحمد صائب النقيبendi وعبد صالح التميمي وميخائيل شمشون قس كوركيس وحسين عباس ابو التمن المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت قراراتها الآتى:

الطلب:

ارسلت رئاسة محكمة استئناف بغداد - الكرخ الاتحادية بكتابها المرقم (٢١٦/١٩) في (٢٠١٩/١٠/٣) الطلب المقدم بواسطتها الى هذه المحكمة من محكمة جنایات الكرخ / الهيئة الاولى ونصه:

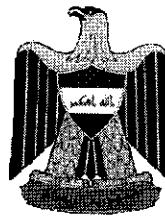
م/ طلب البت في شرعية قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٤٣٤) لسنة ٢٠٠١

((اشارة الى الدعوى الجنائية المرقمة (٢٣٠٦/ج/٢٠١٩) وال الخاصة بالمتهمين كل من شفاء حيدر بدر محسن وتهاني منعشر سماري وزهور وهب عبد النبي صكر واحمد حاتم لفته والمحالين على هذه المحكمة لأجزاء محاكمتهم بدعوى غير موجزة وفق احكام القرار (٤٣٤) لسنة ٢٠٠١ ، وال الصادر عن مجلس قيادة الثورة (المنحل). ولما كان هذا القرار مخالفًا لأحكام (الفقرات أ و ب و ج) من المادة (٢) والمادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، ولأسباب الآتية:

١. ان القرار المذكور مخالف لنص الفقرة (أ) من المادة (٢) من الدستور والتي نصت على انه (لا يجوز سن تشريع يتعارض مع ثوابت الاسلام) إذ انه جاء مخالفًا لأهم ثوابت الاسلام ألا وهي المساواة. فقد ساوت الشريعة الاسلامية بين الناس في التكاليف وفي الحقوق والواجبات ولم تفرق بين الرجل والمرأة إلا في حدود طاقة كل منها الجسدية

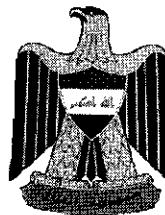


وتساوٍ بينهما في الحدود إلا أن المشرع خالٍ في القرار المطعون في شرعنته مبدأ المساواة في الفقرة (أولاً/٣) منه والتي نصت على أنه يعاقب بالإعدام من (يثبت تعاطيها البغاء) فقد جرمت الفقرة المذكورة المرأة التي يثبت تعاطيها البغاء بينما لم تجرم شريكها الرجل الذي يثبت تعاطيه الزنا لا بل يعد شاهداً عليها في الإجراءات الجنائية، كما ان القرار المذكور خلا من النص على تجريم الرجل اذا ما ثبت تعاطيه البغاء، وفي ذلك اخلاً واضحاً لمبدأ المساواة والذي يعد من أهم ثوابت الاسلام وكذلك خالٍ في القرار المذكور في الفقرة (أولاً/٢) منه مبدأ المساواة إذ نصت على انه يعاقب بالإعدام من (يزني بإحدى محارمه وكان وقت ارتكاب الجريمة قد اكمل الثامنة عشر من عمره) ويبعد ان المشرع في هذا النص اراد المعنى اللغوي للزنا أي كل علاقة جنسية غير مشروعة وليس معناه الاصطلاحى وهو أن يكون احد طرف العلاقة غير المشروعة متزوجاً، كما ان الظاهر من النص ان المشرع اراد معنى المواقعة التي تتم بين المحارم بالرضا وليس الاغتصاب او المواقعة بالإكراه، اذ ان جريمة الاغتصاب لها احكام خاصة نص عليها قانون العقوبات، اما اذا كانت العلاقة غير المشروعة بين المحارم وكان الطرفان قد اكملوا الثامنة عشر من عمرهما وان المواقعة تتم برضاء الطرفين، فوفقاً للقرار المذكور، ستتم معاقبة الرجل باعتباره زانياً بإحدى محارمه بينما لا تتم معاقبة المرأة، حتى وان كانت هي من اغوت الرجل، وفي الوقت الذي نجد فيه ان قانون العقوبات وفي المادة (٣٨٥) منه نص على جريمة الزنا بالمحارم اذا كانت قد اكملت الثامنة عشر من عمرها، ووقف تحريك الدعوى الجزائية عن هذا الفعل او اتخاذ أي اجراء فيه إلا بناءً على شكوى المجنى عليها او من اصولها او فروعها او اخواتها بينما خلا القرار المطعون في شرعنته من ذلك، وكذلك عالج قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٤٨٨) وال الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٤/١١ جرائم مواقعة اثنى من الاقارب الى الدرجة الثالثة اذا تمت الجريمة بدون رضاها وميّز القرار المذكور بين ما اذا كانت الاثنى قد اتمت الخامسة عشرة من عمرها او تلك التي لم تتم الخامسة عشرة من عمرها في الفرات (أولاً/٢) منه والتي حددت عقوبة الاعدام لتلك الجرائم بينما افرد في الفقرة (أولاً/٣) حكماً لمن واقع



انشى من اقاربه من الدرجة الثالثة برضاهما وكانت لم تتم الخامسة عشرة من العمر وافضى الفعل الى موتها او ازالتها بكارتها وعقوبتها الاعدام ايضاً بينما افرد في الفقرة (ثانياً) من القرار المذكور للموافقة بالرضا بين البالغين من الاقارب الى الدرجة الثالثة اذ نصت (يعاقب بالسجن المؤبد مرتكبا فعل الواقع او اللواط، ذكرأ او انثى، اذا تم الفعل برضاهما وكانا قد اتما الثامنة عشر من العمر وكانت درجة القرابة بينهما الى الدرجة الثالثة) فهذا النص يعاقب الرجل والمرأة على حد سواء دون تمييز، عليه فأن الفقرة (اولاً/ ١ و ٢ و ٣) تغفي عن الفقرة (اولاً/ ١) من القرار المطعون في شرعيته وكذلك الفقرة (اولاً/ ٣) والفقرة (ثانياً) منه يقنيان عن الفقرة (اولاً/ ٢) من القرار المطعون فيه وان هذه الاحكام جاءت اكثر انسجاماً مع الدستور ومبادئ حقوق الانسان، وكان المشرع عند تشريعه للقرار (٢٣٤) لسنة ٢٠٠١ كان يجهل وجود القرار (٤٨٨) الصادر عام ١٩٧٨ هذا من جهة ومن جهة اخرى فأن التمييز في المسؤولية الجزائية على النحو المذكور يتعارض واحكام المادة (١٤) من الدستور والتي نصت على ان (ال العراقيين متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللغة او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي). ومما تقدم يبدو ان التمييز في المسؤولية الجزائية على النحو المذكور آنفأ لا يجد له أي اساس ديني او اخلاقي سوى تلك النظرة السلبية للمرأة انعكاساً للقيم العشائرية السائدة وتكريس لمفهوم (الجند).

٢. ان القرار (٢٣٤) آنف الذكر بالظروف التي صدر فيها والممارسات الإنسانية التي رافقت تطبيقه والعقوبات التي طالت الكثيرات دون محکمات وعلى الشبهات من قبل اجهزة غير مختصة قانوناً في حينها، وكل ذلك كان تماهياً مع الحملة اليمانية والتي كانت شعاراً شكلياً لتلك المرحلة، جعل من العقوبات الواردة فيه، والتي تصل الى الاعدام امراً مقبولاً في حينه فكان التوفيق والاحالة الى المحكمة الخاصة في وزارة الداخلية ارحم من الاجراءات التي مورست خارج القانون – كمن يستجير بالرمضاء من النار – في حينها إلا أن اليوم وبعد زوال تلك الحقبة والظروف التي هيأت لصدور قوانين من هذا النوع تضمنت عقوبات



قاسية لا تتناسب مع الجريمة ولما كان أي تشريع يتضمن تجريم فعل وتحديد عقوبة له لابد أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة، إذ أن الاتجاهات المعاصرة للسياسة الجنائية في مختلف دول العالم تتجه كما تشير المؤتمرات المتعاقبة للأمم المتحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المجرمين إلى أهمية اتخاذ التدابير المانعة لوقوع الجريمة وسن النصوص التي تكفل وقاية المجتمع منها إلا أن شرعية تلك النصوص التي تتخذ كوسيلة لتحقيق تلك الأهداف مناطها توافقها وأحكام الدستور واتفاقها ومبادئه ومقتضاه ومن ثم يتعين على المشرع في هذا المقام اجراء موازنة دقيقة بين مصلحة المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من جهة وحرمات وحقوق الأفراد من جهة أخرى وحيث ان القضاء الدستوري الدولي والمقارن قد استقر على أن شرعية الجزء الجنائي ام مدنياً ام تأديبياً، مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي جرمتها المشرع فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزء الجنائي بغيضاً او عاتياً، كالإعدام او السجن المؤبد، او كان متصلة بأفعال لا يسوغ تجريمها او مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي جرمتها المشرع فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية تعسفاً، وحيث أن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين عليها أن تقوم على عناصر متجانسة، إذ لو قامت على عناصر متنافرة، نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينهما، تقديراً بأن الأصل في النصوص التشريعية في الدولة القانونية هو ارتباطها عقلاً بأهدافها باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف، ومن ثم يتعين دائماً استظهار ما إذا كان النص المطعون بعدم شرعيته التزم إطاراً منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كافلاً من خلالها تاغم الأغراض التي يستهدفها ام متهدام مع مقاصده او مجاوزاً لها، وبالتالي يكون مناهضاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون وحيث أن الرقابة الدستورية على مدى شرعية النصوص العقابية تضبطها مقاييس ومعايير حادة تلتئم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرمات الشخصية والتي أعلى من قدرها الدستور مما يفرض على المشرع الجنائي



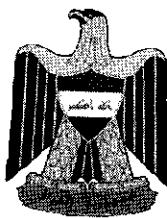
أن ينتهج الوسائل القانونية السلمية سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان أن لا تكون العقوبة إداة عاصفة بالحرية وأن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها فلا يندرج تحتها مجرد رغبة المجتمع او القابضين على السلطة للثأر او الانتقام مما يعتبرونه مخالفًا لقيمهم او سعياً منهم للبطش بالمتهم كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكاً او شراكاً يليقها ليتصيد باتساعها او بخفاها من يقعون تحتها او يخطئون مواقعها وبالتالي وفقاً لأحكام القرار المطعون في شرعيته فقد لا يطال العقاب من تمارس البغاء والدعارة تحت مسميات، مراكز المساج و والنوادي الليلية وغير ذلك من مسميات بينما يطال العقاب من تمارس البغاء بالطرق التقليدية وتقع في شباك القانون. وعلى ذلك فأن الجزاء الجنائي لا يمكن تبريره إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية ومتناسباً مع الفعل الجرمي فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة ومخالفاً للعدالة ومنفصلاً عن اهدافه المشروعة ومخالفاً لأهداف الدستور ومبادئ حقوق الانسان.

٣. من الجدير بالذكر أن البغاء وإن كان هناك اجماع على تحريمته حسب ما ورد في كتب الفقه الإسلامي إلا أننا اليوم نجد خلافاً واضحاً بين المفكرين المسلمين المعاصرین حول تحريمهم بسبب اختلافهم في تفسير الآية ((ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء أن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فأن الله من بعد اكراههن غفور رحيم)) سورة النور (آية ٣٣) فمنهم من يرى أن البغاء في الإسلام حرية من الحريات على شرط أن يكون بدون اجبار او اكراه ويررون أن التحريم الوارد في كتب الفقه ما هو الا تأويل واجتهاد بشري يدور بدوران المصالح ولا يجد له سندأ من الكتاب والسنّة وهناك من يرى أن البغاء محرم شرعاً باعتباره من الفواحش ويعيناً عن كل تلك السجالات التي تعج فيها الكتب وصفحات التواصل الاجتماعي نرى ان ما يجب مراعاته عند تجريم هذا الفعل أن تكون هناك عدالة اجتماعية ومساواة بين الرجل والمرأة وأن تكون العقوبات متناسبة مع خطورة الجريمة لا سيما وأن جريمة البغاء تختلف عن باقي الجرائم الجنائية



كوٌ مارى عيراٽ
داد کاٽي بالاٽي ئيتتیخادی

وذلك ان جريمة البغاء ((اذا استثنينا حالات الاتجار بها والتحريض عليها)) تتسم غالباً بأنها من الافعال الاجرامية التي يقصد منها الكسب المادي والاستمتاع والترفيه عن النفس وتصنف في بعض الدول الغربية ضمن الانشطة الترويحية الضارة التي يلجأ اليها بعض الاشخاص لغرض إشباع الرغبة الجنسية بطريقة غير مشروعة بعكس الافعال الاجرامية الأخرى التي يعتبر القصد الجنائي ركناً من أركانها وترتكب بغية الاضرار بالآخرين كما لا نجد في جريمة البغاء بصفة عامة جاني ومجني عليه وذلك أن كل جريمة فيها اعتداء على حق للأخر اما جريمة البغاء فأنها ترتكب بالتراصي والتواافق بين طالب المتعة ومن تمارس البغاء . ٤. ان الدراسات الميدانية عن نزيلات المجمعات الاصلاحية ثبتت أن عوامل الفقر وال الحاجة والتفكك الاسري والحرروب وتأثيراتها الاجتماعية وتدني المستوى التعليمي والعنف والاكراء المادي او المعنوي الذي يمارس ضد المرأة كانت الدوافع الرئيسية التي أدت بهن الى الانحراف في الغالب وأن الكثير منهن كن ضحايا من ضحايا الاتجار بالبشر والذي ورد تعريفه في المادة (اولاً) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢ وبدلاً من أن يتم التعامل معهن كضحايا تكون الدولة ملزمة بمساعدتهم عملاً بنص المادة (١١) من القانون المذكور إلا أننا نجد عكس ذلك إذ يتم التعامل معهن بصفتهن مجرمات وفق أحكام القرار المطعون في شرعيته والذي عطل أحكام المادة (١١) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر وفي ذلك اخلال بمبادئ حقوق الانسان والدستور الذي يهدف الى مراعاتها . ٥. وما تجدر الاشارة اليه ايضاً في هذا المقام أن الجرائم التي تضمنها القرار المطعون فيه كانت قد نصت عليها قوانين سابقة جرمت هذه الافعال وحددت لها عقوبات وان القرار المذكور جاء مشدداً لتلك العقوبات فقط فالجرائم الواردة في الفقرة (١ و ٢) من الفقرة (اولاً) منه كانت قد عالجتها أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٤٨٨) لسنة ١٩٧٨ وكذلك أحكام قانون العقوبات العراقي في المواد (٣٩٣) المعدلة بخصوص جريمة الاغتصاب بينما عالجت المادة (٣٨٥) منه جريمة الزنا بالمحارم وإن الجرائم الواردة في الفقرات (٣ و ٤ و ٥) من الفقرة اولاً منه فقد عالجت أحكام قانون مكافحة البغاء



كوٌّ مارى عبّاراً
داد كاير باللهي بيت تبيهادي

جمهورية العراق
المحكمة الاتحادية العليا

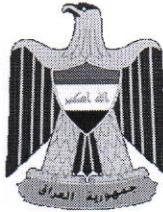
العدد : ١٢٩ / اتحادية/ ٢٠١٩

رقم ٨ لسنة ١٩٨٨ بينما افرد قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢
أحكامًا جديدة لم يتضمنها قانون العقوبات وقانون مكافحة البغاء وان القوانين المذكورة
جاءت اكثر انسجاماً مع الدستور ومبادئ حقوق الانسان واكثر تماشياً مع السياسة الجنائية
في الاصلاح وتأهيل المجرمين. عليه ولما تقدم قررت المحكمة عرض الامر على انظر
محكمتكم المؤقة للبت في شرعية القرار (٢٣٤) لسنة ٢٠٠١ . ولهم الشكر والاحترام () .

وضع الطلب موضع التدقيق والمداولة في المحكمة الاتحادية العليا بجلستها المنعقدة بتاريخ
٢٠١٩/١١/١١ وتوصلت بعد الدراسة والمداولة الى القرار الآتي :

القرار:

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد بأن محكمة جنابات الكرخ/ الهيئة
الاولى قد طعنت في شرعية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠١ ،
كون الجرائم التي تضمنها القرار المذكور قد نصت عليها قوانين سابقة جرمت هذه الافعال
وحددت لها عقوبات وان القرار المنوه عنه اعلاه، جاء مشدداً لتلك العقوبات فقط.
وهذا يخالف مبادئ الدستور في المادتين (٢/أ، ب، ج) و (١٤) منه. حيث اعتمد الدستور
النافذ السياسة الجنائية الحديثة التي توازن بين العقوبة المقررة وخطورة الافعال المرتكبة
ووفق التفصيل الذي اورده الطاعن في الفقرة (٥) من الطلب. وتجد المحكمة الاتحادية العليا
بأن تشديد العقوبة لبعض الافعال الجرمية تعديلاً لما اوردته قوانين عقابية سابقة
لها من شأنها تطبيقها على (جميع فئات المجتمع) المنتسبين الى الشريحة ذاتها ولا تستثنى
 احداً ضمن نفس الشريحة من شموله بأحكامها، وهذا ما قصدته المادة (١٤) من الدستور
 عند اقرارها كون (ال العراقيون متساوون امام القانون) كما تجد المحكمة الاتحادية العليا
 بأن القرار - محل الطعن - لم يصدر خلافاً لثوابت الاسلام (في المساواة بين الناس)
 ولا متعارضاً مع مبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الاساسية الواردة في الفقرات



كوٌّ مارٌ عٰيراق
داد كاٰي بالاٰي ئيتنيطادى

جمهوريـة العـراق
المـحكـمة الـاتـحادـية الـعـلـيـا

الـعـدـد : ٢٠١٩ / اـتـحادـيـة

(أ، ب ، ج) من المادة (٢) منه. إذ أن (مبدأ المساواة) المقصود هنا هو بالمفهوم المنوه عنه اعلاه والذي يشمل المساواة بين جميع الافراد الذين ينتمون الى نفس الشريبة في المجتمع في حال تماثلهم في مراكيزهم القانونية كما سبقت الاشارة الى ذلك آنفاً. واما كون القرار المطعون فيه، لا يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية للمواطنين إذ انه لا يتعرض لتلك الحقوق والحريات إلا عندما يتمادي الفرد بتجاوزه على حقوق وحريات غيره من المواطنين. لما تقدم تجد المحكمة الاتحادية العليا بأن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠١ (المطعون فيه) جاء خياراً تشريعياً مشدداً للعقوبة في جرائم تتعارض وقيم ومبادئ المجتمع وبالتالي لا تختلف احكامه المادتين (٢/أ، ب، ج) و (١٤) من الدستور وبناء عليه قررت المحكمة الاتحادية العليا بالاتفاق رد الطلب وصدر القرار باتاً استناداً الى احكام المادة (٥/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٩٤) من الدستور بتاريخ ٢٠١٩ / ١١ / ١١.

الرئيس
مدحت محمود

العضو
فاروق محمد السامي
العضو
جعفر ناصر حسين
العضو
اكرم طه محمد
العضو
اكرم احمد بابان
العضو
محمد صائب النقشبendi
العضو
عبد صالح التميمي
العضو
ميغائيل شمشون قس كوركيس
العضو
حسين عباس ابو التمن