

التعليق على حكم المحكمة الدستورية الكويتية في الدعوى رقم 5 لسنة 2021 بشأن عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 فيما يخص «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»^(*)

د. صقر عيد الرويس
أستاذ القانون العام المشارك
كلية الحقوق، جامعة البحرين

الملخص

يتناول البحث التعليق على حكم المحكمة الدستورية الكويتية في الدعوى رقم 5 لسنة 2021، الصادر بتاريخ 16 فبراير 2022 بشأن عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 فيما يخص «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، باعتباره موضوعاً حساساً في المجتمع الكويتي وفي المجتمعات العربية والإسلامية، وكل المجتمعات المحافظة بصرف النظر عن ديانتها، من حيث الأساس الذي بنيت عليه المحكمة قضاءها والإشكاليات التي تضمنها، في إطار القواعد والأصول القانونية المستقرة، للوقوف على حقيقة توجهات وفلسفة المحكمة الدستورية بهذا الخصوص مع قياسها على التوجهات السابقة لذات المحكمة.

وتوصل البحث إلى أن المحكمة لم تبحث شرعية التشبه بالجنس الآخر من عدمها من الناحية الإسلامية كأساس لحكمها، ولم تؤسس حكمها على الحرية الشخصية بمفهومها الواسع، بل بنت حكمها على المفهوم الضيق للحرية الشخصية، لذلك اقتضت حيثيات الحكم على الصياغة القانونية اللازمة لمبدأ شرعية التجريم والعقاب، في حين أن المحكمة كانت تتمتع بسلطة تقديرية واسعة عند النظر في الطعون في تقدير النص، من حيث ملائمة للصياغة الجامدة أو المرنة، كما كان للمحكمة خيار آخر منطقي من الناحية القانونية؛ لأن يأخذ حكمها منحى آخر، والخلاصة أن ما وصلت إليه المحكمة من حكم حسب حيثياته لا يمنع من تجريم الفعل بتشريع آخر.

كلمات دالة: المحكمة الدستورية، وجريمة التشبه بالجنس الآخر، والحرية الشخصية، وشرعية الجريمة والعقوبة، والشرعية الإسلامية.

تاريخ قبوله للنشر: 27 أبريل 2022

(*) تاريخ تقديم البحث: 14 مارس 2022

المقدمة

تدور وقائع القضية حول شخص وجّه له الادعاء العام الكويتي تهمة جنحة التشبه بالجنس الآخر (النساء)، وطلب معاقبته وفقاً لنص المادة (198) من قانون الجزاء، وبالفعل تمت إدانته بهذا الفعل من قبل محكمة الموضوع، على الرغم من دفعه بعدم دستورية النص المراد تطبيقه عليه. وصل الأمر إلى المحكمة الدستورية (لجنة فحص الطعون) التي رأت أن هذا الدفع بعدم الدستورية يعد دفاعاً جدياً، وحكمت بعدم دستورية الشق المتصل بالدفع الخاص بـ «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور» الوارد بالمادة، وأسست حكمها على الحرية الشخصية ومبدأ شرعية الجريمة والعقوبة. من هذا المنطلق تثور مجموعة من التساؤلات، من بينها: على أي أساس تم تحديد جدية الدفع؟ وما تفاصيل الأسانيد التي بُني عليها الحكم، من حيث نطاق الحرية الشخصية ومبدأ شرعية التجريم والعقاب؟ وهل تتوافق تلك الأسانيد مع السوابق والتوجهات القضائية للمحكمة؟ أم أن توجهها في هذا الحكم يعتبر توجهاً جديداً؟ وهل من خيارات أخرى كان في الإمكان للمحكمة التوجه إليها؟ وإن توافرت تلك الخيارات، فما الأسباب المحتملة لعدم اتباع تلك الخيارات؟

كما يثير هذا الحكم مجموعة من الإشكاليات المترابطة ذات الأثر القانوني المهم، لاسيما أن موضوع الحكم يتصل بموضوع حساس على قدر عالٍ من الأهمية، يتمثل في مسألة التشبه بالجنس الآخر، فهل ما وصل إليه الحكم من نتيجة تعدد منطقية بالنسبة لمعطيات ووقائع النزاع بشكل يحقق التوازن بين مصالح الأطراف والصالح العام للمجتمع؟ وهل ما وصل إليه الحكم يعد الخيار الوحيد له بهذا الخصوص، وهل استخدم القضاء كل صلاحياته لتحقيق التوازن بين مصالح جميع الأطراف؟

يسعى هذا التعليق إلى إبراز توجه وفلسفة المحكمة الدستورية بخصوص هذا الموضوع باعتبارها محكمة عليا يصدر عنها العديد من المبادئ المهمة، والوقوف على أسباب هذه التوجهات وتحليلها وتعليلها، والكشف عن الخيارات التي كانت متاحة لها، وعن الأسباب المحتملة في عدم لجوئها إلى خيارات أخرى، وبيان موقفها في هذا الحكم بالمقارنة مع سوابقها القضائية بهذا الخصوص.

لكل ذلك أثر مهم على توجهات القضاء الكويتي بشكل عام، وعلى المشرعين وكل المهتمين بهذا الشأن، لاسيما أن الدستور الكويتي في المادة (173)⁽¹⁾ رتب آثاراً دقيقة على الحكم

(1) تنص المادة (173) من الدستور الكويتي على أن: «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حال تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن».

بعدم الدستورية؛ إذ اعتبر أن عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن. بناءً على ما تقدم، سوف نناقش في هذا التعليق عناصر الموضوع، وفقاً للمنهج الوصفي التحليلي، بعرض تفاصيل الحكم (الوقائع والحيثيات) وإشكالياته، ومن ثم مناقشة المبادئ الدستورية التي بُني عليها الحكم، وكذلك التي لها علاقة به، ومن ثم بيان السوابق القضائية للمحكمة، وعلاقتها بالحكم محل التعليق، وذلك على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: تفاصيل الحكم (الوقائع والحيثيات) وإشكالياته.

المبحث الأول: الحرية الشخصية.

المبحث الثاني: مبدأ شرعية الجريمة والعقاب.

المبحث الثالث: الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع.

المبحث الرابع: السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الكويتية وعلاقتها بالحكم محل التعليق.

المبحث التمهيدي

تفاصيل الحكم (الوقائع والحيثيات) وإشكالياته

أقام الادعاء العام الكويتي، ضد الطاعن، جنحة التشبه بالجنس الآخر (النساء)، وطلب الادعاء معاقبته وفقاً للمادة (198) من قانون الجزاء⁽²⁾، والتي تنص على أنه: «من أتى إشارة أو فعلاً مخالفاً بالحياء في مكان عام، بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبه بالجنس الآخر - بأي صورة من الصور - يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين»، وفي أثناء نظر الدعوى لدى محكمة الموضوع، وقبل الفصل فيها، تم الدفع من - قبل الطاعن - بعدم دستورية تلك المادة المطالب تطبيقها من قبل الادعاء العام، فيما تضمنته من تجريم «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، مستنداً على أن المادة (198) مخالفة للمادة (30) من الدستور، والتي تنص على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، وكذلك المادة (32) من الدستور التي تنص على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون...»، معللاً ذلك بأن عبارات النص قد جاءت غير محددة للأفعال المؤثمة بصورة قاطعة، حيث جاءت واسعة وفضفاضة بما يحول دون التباسها بغيرها، وهذا قد يترك المجال لتقدير القائمين على تنفيذها وتطبيقها، مما يحول دون البيئة المطلوبة من المخاطبين بها، بأن يكونوا على بيئة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصدها محل مراميها على نحو يؤدي إلى المساس بحقوق كفلها الدستور، ولم تتناول محكمة الموضوع مسألة جدية الطعن من عدمها والتفتت عنها، وقامت بإدانة المتهم (الطاعن) عن فعلته، وحكمت عليه بالغرامة بمبلغ ألف دينار عن التهمة المنسوبة إليه.

وحيث إن الطاعن لم يرتض حكم محكمة الموضوع، فقد لجأ إلى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، فقامت اللجنة بإلغاء الحكم المطعون فيه، على سند من القول أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لوجه النعي الذي أبداه الطاعن فيما يخص عدم الدستورية، مما يجعل الحكم معيباً بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، حيث كان يتعين على محكمة الموضوع أن تعرض الأسباب التي استند عليها الطاعن، وأن تبحثها للوقوف على مسألة الجدية من عدمها، بالشكل الذي يؤدي إلى استخلاص سائغ للنتيجة التي يفترض أن تكون واردة في الحكم عن الدفع بعدم الدستورية بشكل كاف يحمل قضاء الحكم بهذا الشأن، وذلك بحسب تقدير المشرع بضرورة توافر المقتضى الذي يبرر وقف الدعوى والإحالة إلى المحكمة الدستورية، وقد لاحظت لجنة الطعون أن ما ورد من أسباب ساقها

(2) جريمة التشبه بالجنس الآخر أضيفت كجريمة بموجب القانون رقم (36) لسنة 2007.

الطاعن للطعن بعدم الدستورية من شأنها - حسب الظاهر - أن تحيط النص المطعون بعدم دستوريته بتشبهه عدم الدستورية، وقضت بإحالة النزاع إلى المحكمة الدستورية بكامل هيئتها للنظر فيه⁽³⁾.

وقد نظرت المحكمة الدستورية، بكامل هيئتها، الدعوى بجلسة 26 يناير 2022، في نطاق الدفع بعدم الدستورية المبدئي أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي قدرت لجنة فحص الطعون عند رفضها لحكم محكمة الموضوع، بعد أن رأت جدية الطعن الذي من شأنه أن يوفر شبهات عدم دستورية النص التشريعي في الشق المطعون بعدم دستوريته.

أصدرت المحكمة الدستورية حكمها بتاريخ 16 فبراير 2022، بعد أن استعرضت مختصراً إلى ما انتهت إليه لجنة فحص الطعون، ومن ثم أشارت المحكمة إلى المذكرة الإيضاحية الخاصة بالتعديل الذي طرأ على المادة (198)، والذي أضاف جريمة «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، بغرض بيان مبرراته، حيث إن هذا التعديل جاء مبرراً في أن: «تشبه أي الجنسين (الذكر أو الأنثى) بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعاً، فقد قال صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال»، ولما كان قانون الجزاء لم ينص صراحة على تجريم هذا الفعل، فقد أتى هذا القانون (رقم 36 لسنة 2007) لسد هذه الثغرة، ونص بصورة صريحة على تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر».

ورأت المحكمة الدستورية أن مبنى النعي سديد، مستندة في ذلك على المادة (30) من الدستور التي نصت على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، وعلى المادة (32) منه التي نصت على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون...»، وبيّنت أن ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية: «أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الذي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية - التي يمارسها وفقاً للدستور - الحق في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، وإن اتخذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشخصية بنياناً لإقراره، وأساساً لتأكيد، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تُقيد محتواه ومضمونه، بحيث لا يكون إنفاذه إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها، ولازم لذلك أنه يجب أن تكون الأفعال المؤثمة محدّدة بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها؛ حتى يكون المخاطبون بها على بيّنة من حقيقة تلك الأفعال التي يتعيّن عليهم اجتنابها، ذلك أن الأصل في النصوص الجزائية أن تصاغ في حدود

(3) حكم لجنة فحص الطعون، المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم 9 لسنة 2021، الصادر بتاريخ 2021/12/29.

ضيقة تعريفاً بالأفعال التي تجرمها، وتحديدًا لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها مواطناً للإخلال بحقوق كفلها الدستور».

«لما كان ذلك، وكان التعديل الذي جاء به القانون رقم 36 لسنة 2007 على المادة (198) من قانون الجزاء قد أضاف إلى الأفعال المعاقب عليها، بموجب تلك المادة، فعلاً جديداً هو «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، دون أن يتضمن النص معياراً موضوعياً منضبطاً تتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانوناً، وما يعد تشبهاً بالجنس الآخر، وما لا يعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع، يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها، وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون من صور التشبه التي اعتبرت منها (تزيي جنس بملايس الجنس الآخر المقصورة عليه، بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر) يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمّل عليه هذه العبارة، وافنقارها إلى عناصر الضبط والأحكام الموضوعية، وانطوائها على خفاء وغموض قد يقع معه كثير في دائرة التأنيث، إذ يصبح تقدير الأمر - في النهاية - متروكاً للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقاً لتقديرها، ومن دون ضابط يقيدّها، وبما يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، وهو ما يتأبى مع ما حرص عليه الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها؛ لذلك قرّرت المحكمة الدستورية عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المعدل بالقانون رقم 36 لسنة 2007، فيما تضمنه من تجريم من «تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور».

يثير هذا الحكم العديد من الإشكاليات التي نتناولها في مجموعة من التساؤلات، ومن ثم نحدّد إجابات لها مبنية على تحليل قانوني سليم يؤدي إلى نتائج منطقية قد تشكل منعطفاً في تجريم هذا النوع من الأفعال، فما الأساس القانوني للمحكمة في الحكم بعدم الدستورية؟ هل هي الحرية الشخصية في مفهومها الواسع، أم في مفهومها الضيق؟ وإذا كانت كذلك فأى عنصر من عناصر الحرية الشخصية تم بموجبه الحكم بعدم الدستورية؟ ولماذا لم تتعرض المحكمة للشريعة الإسلامية في حكمها، لاسيما أن الدستور الكويتي يؤكد أن دين الدولة هو الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع؟ خاصة أن هذا الموضوع يمس الشريعة الإسلامية بشكل مباشر، وهل ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية في السوابق القضائية متوافق مع ما انتهى إليه الحكم؟ أم يعد هذا الحكم توجهاً جديداً للمحكمة؟ ويبقى السؤال الرئيسي في هذا الموضوع هو: هل ما وصل إليه الحكم من نتيجة يعد أمراً منطقياً بالنسبة لمعطيات ووقائع النزاع بشكل يحقق التوازن بين مصالح الأطراف والصالح العام للمجتمع؟ لذلك سوف نبحث في المباحث الآتية ما يجيب عن هذه التساؤلات التي تشكل في مجموعها إشكاليات الحكم.

المبحث الأول الحرية الشخصية

استند الحكم على الحرية الشخصية لبناء قضائه، فما مفهوم الحرية الشخصية، وما وضع الحرية الشخصية في القانون الدولي لحقوق الإنسان والدساتير الوطنية؟ وما موقف المحكمة الدستورية منها في الحكم محل التعليق؟ نجيب عن هذه التساؤلات في المطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم الحرية الشخصية

الحرية بشكل عام لا تعريف محدد لها، على الرغم من الاتفاق على عناصر معينة لها، لأنه معنى يختلف من زمان إلى آخر، ومن مكان إلى آخر، فالحرية في النظام اليوناني القديم تختلف عن مفهوم الحرية لدى مفكري الثورة الفرنسية، وعن مفهومها في عصرنا الحالي، فالحرية نسبية المفهوم. من جانب الفقه الغربي، فإن أغلب رواده، أمثال لوك ومونتسكيو وغيرهما، يرون أن الحرية هي الحق في فعل أي شيء يسمح به القانون، وفي ذات المعنى تقريباً، يميل الفقه العربي لمفهوم الحرية⁽⁴⁾؛ لذلك تتجنب القوانين - على مختلف درجاتها من قمتها في الدستور إلى أدناها في اللوائح - أن تتوسع في الكلمات عند الحديث عن الحرية الشخصية؛ لذلك نجد أن أغلب الدساتير تنص على أن الحرية الشخصية مكفولة أو مصونة ليس أكثر.

وتؤثر وتتنافس مختلف القوى والعوامل في المجتمع - بشكل مباشر - على هوية كل شخص، الأمة، والقبيلة، والدولة، والجماعة «العرقية»، أو الاجتماعية، أو الثقافية، بما في ذلك الأديان في مفهوم الحرية الشخصية، فيبرز نوع من التنافر في الوقت الحاضر، حيث إنه قد يكون للفرد أكثر من انتماء، ويمكن اتخاذ خيارات الانتماء بشكل متزايد ومتقلب من قبل الأفراد الذين يتصرفون بشكل مستقل، بالشكل الذي يؤثر في مفهوم الحرية الشخصية⁽⁵⁾.

(4) كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 24 - 29. كذلك حول مفهوم الحرية الشخصية وأنواعها، راجع: Peter Levine, Six Types of Freedom, A Blog for Civic Renewal, this entry was posted on October 11, 2013, <https://peterlevine.ws/?p=12571>, Accessed on: March 9, 2022.

(5) حول ذلك راجع: Thomas M. Franck, Is Personal Freedom a Western Value?, American Journal of International Law, Cambridge University Press, Volume 91, Issue 4, October 1997, p. 593.

والحرية الشخصية، أو الحرية الفردية - كما يطلق عليها الفقه الفرنسي - مفهومان، الأول: مفهوم ضيق، والآخر مفهوم واسع. أما بالنسبة للمفهوم الأول فهو ينصرف إلى الحق في الأمن، بمعنى أن يكون الشخص بمنأى عن الحرمان المادي من الحرية من دون وجه حق، وذلك بالألا يكون عرضة للقبض أو الحبس من دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون حال توافر حالاتها. أما المفهوم الآخر فيتجه إلى توسيع نطاق الحرية الشخصية؛ فيدخل في نطاقها الحق في الأمن، وحرية الحياة الخاصة والحرية الجسدية، وحرية الذهاب والإياب، وهذا المعنى هو الغالب لدى أغلب الفقه والقضاء، وعلى وجه الخصوص القضاء الدستوري المصري⁽⁶⁾.

ويدخل في نطاق الحرية الشخصية حرية الحياة الخاصة، ويرى جانب كبير من الفقهاء أن القانون لم يحدّد المقصود بالحياة الخاصة، ويمكن أن يتسع مجال هذه الحرية، ومن الممكن أن يضيق، حسب الزمان والمكان والظروف والثقافة المجتمعية. ويمكن القول إن حرية الحياة الخاصة هي حق الشخص في أن يكون له مجاله المحيط به بشكل لا يجوز التدخل فيه⁽⁷⁾. وعادة ما يتجه الفقه غير القانوني إلى إعطاء هذه الحرية مفهوماً يتجه إلى التحرر من القيود والضوابط التي من شأنها ألا تؤثر على سير الحياة الخاصة، والتي تتعلق بمحيطه، من دون إخلال بحقوق الآخرين⁽⁸⁾.

وفي هذا الصدد تشير المادة (4) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي إلى أن الحرية هي أن يمارس الفرد كل ما يريد بشرط عدم الإضرار بالآخرين، ومن ثم إن ممارسة كل إنسان حقوقه الطبيعية تكون بلا حدود إلا إذا أعاققت هذه الممارسة أفراد المجتمع الآخرين عن التمتع بالحقوق نفسها، وبناء على ذلك فإن هذه الحدود لا ترسم إلا بالقانون⁽⁹⁾.

أما الحرية الشخصية (من منظور الشريعة الإسلامية) فهي مكفولة في القرآن والسنة النبوية بضوابط معينة، أهمها أن تكون قائمة على أساس التوحيد والعبودية، ومنضبطة

(6) محمد عبداللطيف، الحريات العامة: دراسة مقارنة، ط1، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، جامعة الكويت، 1995، ص 125؛ راجع حول المفهوم الواسع للحرية: عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية، الدار الجامعية، بيروت، د.ت، ص 398.

(7) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص 179.

(8) حول مفهوم الحرية الشخصية في هذا الجانب راجع: وفاء بنت أحمد الغامدي، مفهوم الحرية الشخصية لدى طالبات جامعة أم القرى في ضوء المتغيرات المعاصرة، المجلة التربوية، جامعة سوهاج، المجلد 81، العدد التسلسلي 81، يناير 2021، ص 387.

(9) إعلان حقوق الإنسان والمواطن: صدر بقرار من الجمعية التأسيسية الوطنية في جلسات 20 و 21 و 25 و 26 أغسطس 1789، بموافقة الملك.

بحدود الشرع والمقاصد الإسلامية، وألا تؤدي إلى الإضرار بالمجتمع وحرية وحقوق الآخرين⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني

الحرية الشخصية في القانون الدولي لحقوق الإنسان والدساتير الوطنية

في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان تنص المادة (3) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: «لكل فرد الحق في الحياة والحرية، وفي الأمان على شخصه»، في حين تنص المادة (11) من الإعلان على أن: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفّرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه. ولا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل، أو امتناع عن عمل، لم يكن في حينه يشكّل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أي عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي». ونصت المادة (12) من الإعلان ذاته على أنه: «لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو في شؤون أسرته، أو مسكنه، أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات»⁽¹¹⁾. كذلك نصت المادة (9) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن: «لكل فرد حقاً في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون، وطبقاً للإجراء المقرّر فيه»⁽¹²⁾.

(10) حول الحرية الشخصية في الإسلام راجع: وفاء بنت أحمد الغامدي، مرجع سابق، ص 383-432؛ أحمد محمد عذب موسى، الأدلة الشرعية وعلاقتها بضبط الحرية الشخصية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد 35، ج 1، سنة 2020، ص 1. وحول نظرة الغرب للحريات وحقوق الإنسان في الإسلام راجع:

Ann Elizabeth Mayer, Islam and Human Rights - Tradition and Politics, 5th Edition, Routledge, UK, 2012, p. 37.

(11) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس، في 10 ديسمبر 1948، بموجب القرار رقم 217 ألف.

(12) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 مارس 1976، وفقاً لأحكام المادة (49). انضمت دولة الكويت إلى العهد بموجب القانون رقم 12 لسنة 1996، وذلك وفق أحكام المادة (70) من الدستور الكويتي التي نصت على أن: «يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغ مجلس الأمة بها فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون =

ويرى جانب من الفقه أن الحرية الشخصية أساس حقوق الإنسان، وترتبط بها ارتباطاً وثيقاً⁽¹³⁾، لكن كما هو واضح مما تقدم من نصوص قانونية دولية أن القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يتعرض لمصطلح «الحرية الشخصية»، وعادة ما يشير إلى مصطلح «الحق في الحرية والأمان الشخصي» الذي ينصرف إلى مفهوم الحرية المادية للفرد وحقه في عدم التوقيف والاعتقال غير القانوني⁽¹⁴⁾.

وبالنسبة للدساتير، فإنه يلاحظ أنها تتناول النص على الحرية الشخصية بأكثر من طريقة: الأولى أن تجعلها في مادة مستقلة، كما فعل الدستور الكويتي في نص المادة (30) عندما نص على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، من دون أن تبين المذكرة التفسيرية للدستور توضيحاً للحرية الشخصية. كذلك نص الدستور الأردني في المادة (7) منه على أن: «الحرية الشخصية مصونة - كل اعتداء على الحقوق والحريات العامة أو حرمة الحياة الخاصة للأردنيين جريمة يعاقب عليها القانون»، ثم تناول الحرية المادية في مادة مستقلة، هي المادة (8) منه.

أما الطريقة الثانية، فتتمثل في أن عدداً من الدساتير يعمد - عند النص على الحرية الشخصية - إلى دمجها في المواد التي تتعرض للحرية المادية والحماية من التوقيف أو الاعتقال التعسفي، كما فعل الدستور المصري، وكذلك الدستور البحريني⁽¹⁵⁾.

= للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. على أن معاهدات الصلح والتحالف والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة، أو ثروتها الطبيعية، أو بحقوق السيادة، أو حقوق المواطنين العامة والخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزائن الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية، أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن تصدر بقانون. ولا يجوز - في أي حال - أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية».

(13) حول علاقة الحرية الشخصية بحقوق الإنسان راجع:

Jill Marshall, Personal freedom through human rights law: Autonomy, identity and integrity under the European convention on human rights, Brill Nijhoff, Leiden, Netherland, 2008, p.13.

(14) حول تفاصيل الحق في الحرية والأمان الشخصي وفقاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان، راجع: محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج2، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2014، ص 208.

(15) تنص المادة (54) من الدستور المصري لسنة 2014 على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تُمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق. ويجب أن يُبلَّغ فوراً كل من تقييد حريته بأسباب ذلك، ويحاط بحقوقه كتابة، ويُمكن من الاتصال بذويه وبمحاميه فوراً، وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته. ولا يبدأ التحقيق معه إلا في حضور محاميه، فإن لم يكن له محام، نُدب له محام، مع توفير المساعدة اللازمة لذوي الإعاقة، وفقاً للإجراءات المقررة في القانون. ولكل من تقييد حريته، ولغيره، حق التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء، والفصل فيه =

وهناك طريقة ثالثة، نجدها في بعض الدساتير التي لا تنص بشكل صريح على الحرية الشخصية، وإنما تقتصر نصوصها على متطلبات وعناصر الحرية المادية، كما فعل الدستور المغربي في الفصل (23) منه، لكنه نص في الفصل (24) على الحق في حماية الحياة الخاصة.

وقد يرجع هذا التفاوت بين الدساتير في طريقة النص على مسألة الحرية الشخصية إلى عدة احتمالات، بالنسبة للدساتير التي تناولت كفالة الحرية الشخصية في مادة مستقلة،

= خلال أسبوع من ذلك الإجراء، وإلا وجب الإفراج عنه فوراً. وينظم القانون أحكام الحبس الاحتياطي، ومدته، وأسبابه، وحالات استحقاق التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الاحتياطي، أو عن تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذ بموجبه. وفي جميع الأحوال لا يجوز محاكمة المتهم في الجرائم التي يجوز الحبس فيها إلا بحضور محام موكل أو مُنتدب». وينص الدستور البحريني في المادة (19) منه على أن: «أ- الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون. ب- لا يجوز القبض على إنسان، أو توقيفه، أو حبسه، أو تفتيشه، أو تحديد إقامته، أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء. ج- لا يجوز حجز أو الحبس في غير الأماكن المخصصة لذلك في قوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لرقابة السلطة القضائية. د- لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي، أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك. كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب، أو بالإغراء، أو لتلك المعاملة، أو التهديد بأي منها».

ومن جهته، ينص الدستور الأردني في المادة (8) على أنه: «1- لا يجوز أن يُقبض على أحد أو يوقف أو يحبس أو تقييد حريته إلا وفق أحكام القانون. 2- كل من يقبض عليه أو يوقف أو يحبس أو تقييد حريته يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز تعذيبه، بأي شكل من الأشكال، أو إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حجزه في غير الأماكن التي تجيزها القوانين، وكل قول يصدر عن أي شخص تحت وطأة أي تعذيب أو إيذاء أو تهديد لا يعتد به».

وينص الدستور المغربي، في الفصل (23) منه، على أنه: «لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون. الاعتقال التعسفي أو السري والاختفاء القسري، من أخطر الجرائم، وتعرض مقترفيها لأقصى العقوبات. يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله، على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت. ويحق له الاستفادة، في أقرب وقت ممكن، من مساعدة قانونية، ومن إمكانية الاتصال بأقربائه، طبقاً للقانون. قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان. يتمتع كل شخص معتقل بحقوق أساسية، وبظروف اعتقال إنسانية. ويمكنه أن يستفيد من برامج للتكوين وإعادة الإدماج. يحظر كل تحريض على العنصرية أو الكراهية أو العنف. يعاقب القانون على جريمة الإبادة وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وكافة الانتهاكات الجسيمة والمنهجة لحقوق الإنسان». وأكد الدستور المغربي في الفصل (24) على أن: «لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة. لا تنتهك حرمة المنزل. ولا يمكن القيام بأي تفتيش إلا وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون. لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلاً أو بعضاً، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون. حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفق القانون».

فإنها قد تعطي إحياءاً إلى تبنيها المفهوم الواسع للحرية الشخصية الذي تمت الإشارة إليه، أو أنها تنص عليه بهذا الشكل كمبدأ عام ترتكز عليه كل الحقوق والحريات الأخرى التي ينص عليها الدستور، والتي من بينها الحرية المادية. أما بالنسبة للدساتير التي نصت على الحرية الشخصية في نطاق مادة فصلت الحرية المادية، فإنها تعطي مؤشراً إلى المفهوم الضيق للحرية الشخصية الذي يكون في إطار الحرية المادية كأساس لها. وأما بالنسبة للدساتير التي التزمت الصمت عن إيراد النص على كفالة الحرية الشخصية، فقد يكون الأمر راجعاً إلى افتراض أنها من المبادئ المستقرة المسلّم بها، وبالتالي لا حاجة للنص عليها دستورياً، أو إنها لا ترغب في منح المفهوم الواسع للحرية.

المطلب الثالث

موقف المحكمة الدستورية من الحرية الشخصية

في الحكم محل التعليق

عندما قرّرت المحكمة الدستورية عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المعدّل بالقانون رقم 36 لسنة 2007، فيما تضمنه من تجريم «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، وضعت نصب عينها نص المادة (30) من الدستور الذي جاء فيها أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، وكذلك نص المادة (32) منه التي أكدت أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون...».

ويثور التساؤل هنا عن موقف المحكمة الدستورية من الحرية الشخصية؟ بمعنى كيف فسّرت المحكمة الحرية الشخصية كأساس لحكمها؟ كما بيّنا في المطلب السابق فإن للحرية الشخصية مفهومين، الأول: ضيق. والآخر واسع. حيث ينصرف المفهوم الضيق إلى الحق في الأمن، بمعنى أن يكون الشخص في مأمن من الحرمان المادي من الحرية بدون وجه حق، وذلك بالألا يكون عرضة للقبض أو الحبس من دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون حال توافر حالاتها. أما المفهوم الواسع فيدخل في نطاقه الحق في الأمن، وحرية الحياة الخاصة، والحرية الجسمانية، وحرية الذهاب، والإياب. فهل تتجه المحكمة إلى المفهوم الضيق أم إلى المفهوم الواسع للحرية الشخصية، أم لها مفهوم خاص؟

عندما أشار الحكم إلى مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أشار إليه بوصفه مبدأ مهماً تكفله الحرية الشخصية بنياناً وأساساً، وأكد أن الحرية الشخصية هي التي تقيد محتوى

ومضمون هذا المبدأ، بحيث لا يكون إنفاذه إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها، وبذلك لم تكن الحرية الشخصية - بمفهومها الواسع - هي أساساً للحكم. وبهذا المعنى لم يكن الحكم يرى أن هذا التجريم يتنافى مع حرية الشخص في أن يفعل ما يريد ويلتفت عما لا يريد، أو أن ذلك من قبيل الحياة الخاصة المحيطة به؛ يقرر فيها رغباته من دون تدخل، بل اعتمد على مفهوم الحرية الشخصية الضيق الذي يتصل بالحرية المادية، والتي تتصل بالتوقيف والاعتقال، مركزاً على أساس هذا المفهوم الضيق المتمثل في مبدأ مشروعية الجريمة والعقاب كمبدأ يفترض ضبط النصوص بموضوعية، بالشكل الذي لا يترك للقائمين على تطبيق القانون سلطة تقديرية في مجال التجريم.

المبحث الثاني

مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة

لقد بنى الحكم قضاءه على أساس المفهوم الضيق للحرية الشخصية المتمثل في مبدأ شرعية الجريمة والعقاب، حيث أكد أن: «مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة يفترض أن تكون الأفعال المؤتمة محدّدة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، حتى يكون المخاطبون بها على بينة من حقيقة تلك الأفعال التي يتعيّن عليهم اجتنابها، ذلك أن الأصل في النصوص الجزائية أن تصاغ في حدود ضيقة تعريفا بالأفعال التي تجرّمها، وتحديدًا لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها مواطناً للإخلال بحقوق كفلها الدستور». في هذه الفقرة يشير الحكم - بشكل واضح - إلى الصياغة القانونية، فما مفهوم الصياغة القانونية؟ وما موقف المحكمة من الصياغة القانونية في نص المادة المطعون في عدم دستوريّتها؟ نوضح ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

ماهية الصياغة القانونية

ناقش الحكم - كما بيّنا - مسألة الصياغة القانونية للمادة المطعون في عدم دستوريّتها⁽¹⁶⁾، ومن المعلوم أن الصياغة القانونية عنصر رئيسي في تكوين القاعدة القانونية، ويفترض أن يكون لكل نص قانوني أسلوب معيّن يضع في الاعتبار مدى أثره على القيم التي يحميها القانون⁽¹⁷⁾. والصياغة القانونية تعتمد على الألفاظ والمصطلحات، بهدف الوصول إلى أهداف معيّنة يقصدها المشرّع، فهي العملية التي يتم فيها تحويل القيم أو المصالح كمادة أولية (المضمون التشريعي)، من خلال مجموعة من الوسائل والقواعد، إلى نصوص قانونية قابلة للتطبيق العملي، بألفاظ منضبطة، ومحدّدة، وواضحة بالشكل الذي يحقق الغرض المنشود من السياسة القانونية.

(16) حول الصياغة القانونية بشكل عام راجع: خالد جمال أحمد حسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع، (القانون ... أداة للإصلاح والتطوير)، 10 و 11 مايو 2017، العدد 2، الجزء الأول، مايو 2017، ص 113 وما بعدها.

(17) آدم سميان الغريبي، أساليب صياغة النص الإجرائي الجزائي، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة 12، العدد 3، سنة 2020، ص 36.

وللصيافة القانونية، خصوصاً الجزائية منها، دور مهم جداً في حياة الأفراد وحماية حقوقهم وحرّياتهم، فكلما كانت الصياغة سليمة، خالية من العيوب، وكانت دقيقة، وواضحة، ومكتملة من ناحية أركان الجريمة، وشروط تطبيق النص، كانت الحماية المتوخاة مضمونة، من خلال تقليص نسبة الخطأ في التطبيق، وعدم اتساع دائرة التجريم على النحو الذي يخالف إرادة المشرّع⁽¹⁸⁾.

وكما هو معلوم لدى المختصين، فإن الصياغة القانونية قد تكون مرنة أو جامدة⁽¹⁹⁾، بحسب السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من قبل المشرّع، فتكون الصياغة جامدة عندما لا يترك المشرّع للمخاطبين بالنص، والقائمين على تنفيذه مجالاً للتقدير، فيكون الفرض، أو الواقعة، محدداً، والعقوبة محدّدة لا تختلف باختلاف الظروف والملابسات، فلا يكون هناك مجال للتفسير أو التأويل أو التقدير، ويكون ذلك عادةً في الجرائم المهمة، أو التي بطبيعتها لا تقبل الاختلاف في تحديد عناصرها وأركانها.

ويُعبأ على الصياغة الجامدة أنها تبتعد عن طبيعة حقائق الحياة المتغيّرة والمستجدات التي تدخل في إطار الجريمة بأساليب معيّنة قد لا يستوعبها النص، وقد يكون النص جامداً في شق التجريم أو شق العقاب أو كليهما، هذا النوع من الصياغة ينسجم مع مبدأ شرعية التجريم والعقاب الحرفي، أما الصياغة المرنة التي لجأت إليها التشريعات الجنائية الحديثة لتجنب عيوب الصياغة الجامدة، ومواكبة التطورات واستيعاب الوقائع التي تدخل في إطار الجرائم، فهي تعتمد على إعطاء القاضي معياراً مرناً حسب الظروف والملابسات.

وقد تكون الصياغة مرنة في شق التجريم، عندما تصعب صياغة الفعل المجرّم بشكل دقيق بسبب طبيعة الفعل، لذلك يحدّد المشرّع النتيجة ويحدّد العلاقة السببية من أجل تحديد الفعل، بالإشارة إلى كون هذا الفعل يعد صالحاً لأن يحقّق هذه النتيجة، بسبب صعوبة تحديد الفعل وملامحه بشكل دقيق، وهنا في هذه الحال يطلق عليها البعض النصوص الشخصية التي تتطلب من القاضي تدخلاً شخصياً لتحديد العناصر المكونة للنموذج القانوني، على عكس النصوص الموضوعية التي لا يلزم تدخل شخص القاضي في تحديد مضمونها.

(18) نوفل علي عبدالله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 2، العدد 6، سنة 2013، ص 56 - 60.

(19) حول الصياغة المرنة والجامدة، راجع: نوفل علي عبدالله الصفو، المرجع السابق، ص 61 - 70؛ ميثم فالح حسين ومحمد جبار تويه، صياغة القواعد الجنائية وأثرها في تعزيز ثقة المواطن بالدولة، مجلة التربية والعلوم الاجتماعية، جامعة ميسان، العراق، المجلدان 5 و6، مايو 2019، ص 548 - 551.

المطلب الثاني

موقف المحكمة من الصياغة القانونية لنص المادة

المطعون في عدم دستوريته

في إطار بحثنا هذا كانت الصياغة في نص المادة المطعون في عدم دستوريته صياغة مرنة، وذلك بتحديد الفكرة العامة عن مضمون الفعل، تاركاً تحديد المضمون الدقيق والمعالَم للقاضي، وحدوده للمعنى الاجتماعي، أو الشرعي، أو اللغوي، أو الثقافي في المجتمع، فكان للقاضي معيار مرن حسب الظروف والملابسات في شقّ التجريم، بسبب صعوبة صياغة الفعل المجرّم بشكل دقيق لطبيعة الفعل الذي قد يأخذ عدة أشكال، لذلك حدّد المشرع النتيجة والعلاقة السببية من أجل تحديد الفعل، بالإشارة إلى كون هذا الفعل يعد صالحاً لأن يحقق هذه النتيجة.

من هنا يمكن القول إن المحكمة الدستورية الكويتية تميل إلى الصياغة الجامدة بشأن هذه الجريمة، بحيث ترى أن الأفعال المؤتمة ينبغي أن تكون محدّدة بصورة قاطعة، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، على اعتبار أن الأصل في اعتقاد المحكمة أن النصوص الجزائية ينبغي أن تصاغ في حدود ضيقة تعريفاً بالأفعال التي تجرّمها، وتحديداً ماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها مواطناً للإخلال بحقوق كفلها الدستور، وأن النص لم يتضمن معياراً موضوعياً منضبطاً تتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤتم قانوناً، وما يعد تشبهاً بالجنس الآخر وما لا يعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع، يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدّد معه تأويلاتها، مستشهدة بما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون من صور التشبه التي اعتبرت منها: (تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر)، حيث ترى أن هذا المثال يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمل عليه عبارة «التشبه بالجنس الآخر»، وبالتالي تفتقر الصياغة إلى عناصر الضبط والأحكام الموضوعية، وتنطوي على خفاء وغموض قد يقع معه الكثير في دائرة التأثيم دون وجه حق؛ إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكاً للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقاً لتقديرها دون ضوابط تقيدها، الأمر الذي يفتح الباب أمام سوء التقدير.

ومن المؤكد أنه يجب أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون تباين الآراء حول مقاصدها، مهما كان نوع الصياغة، ويرتبط ذلك بالسياسة الجنائية للمشرّع، إلا إننا

نختلف مع الحكم في هذه التوجه؛ بسبب أن طبيعة الفعل المؤثّم تتطلب صياغة مرنة، حيث إنه من الصعب ضبط هذا الفعل بمعيار محدّد دقيق، وقد اكتفى المشرّع بالنتيجة، وتحديد العلاقة السببية من أجل تحديد الفعل، بالإشارة إلى كون هذا الفعل يعد صالحاً لأن يحقّق هذه النتيجة بسبب صعوبة تحديد الفعل وملامحه بشكل دقيق، بل وضع المشرّع مثلاً يسهل عملية القاضي في تكييف الواقعة، وكان النص بذلك يتفق مع الصياغة المرنة التي لجأت إليها التشريعات الجنائية الحديثة لتجنب عيوب الصياغة الجامدة؛ لتواكب التطورات وتستوعب الوقائع حسب الظروف والملابسات.

إن ما المثال الذي استشهدت به المحكمة والوارد في المذكرة الإيضاحية بشأن المثال التوضيحي (تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر)، وما ارتأت أنه يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمل عليه عبارة «التشبه بالجنس الآخر»، وبالتالي تفتقد عناصر الضبط والأحكام الموضوعية، وتنطوي على خفاء وغموض قد يقع معه الكثير في دائرة التأميم دون وجه حق، أمر لا نتفق معه؛ إذ يعد هذا المثال مسهلاً لعملية القاضي في تكييف الواقعة، ولا يعكس مدى الاتساع، بل يعكس الوضوح والدقة في الصياغة بحسب طبيعة الفعل الذي يتطلب هذا النوع من الصياغة، ثم إنه لا يستقيم مع السياسية الجزائية وسياسة صياغة النصوص أن تكون تفصيلية بطريقة تُوضع فيها تفاصيل ما يعد تشبهاً بالجنس الآخر، وما لا يعد كذلك.

المبحث الثالث

الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

تعتبر مسألة التشبه بالجنس الآخر من المسائل المحرمة شرعاً، في الوقت الذي ينص الدستور الكويتي على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، فما مفهوم مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع؟ وما موقف المحكمة من هذا المبدأ في الحكم محل التعليق؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، سنبحث مفهوم المبدأ، وموقف المحكمة منه في المطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

وعلاقته بالنص المطعون في عدم دستوريته

ينص الدستور الكويتي في المادة (2) منه على أن: «دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع». وحسب ما جاء في المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي بأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع كان المقصود به أن يكون الفقه الإسلامي مصدر التشريع بشكل توجيهي للمشرع، حيث يوجهه وجهة إسلامية أساسية من دون أن يكون ذلك مانعاً من استحداث أحكام من مصادر أخرى، في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها، أو يكون من الأفضل تطوير الأحكام في شأنها تماشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، فهذا النص الدستوري يحتمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك، ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ، عاجلاً أو آجلاً، بالأحكام الشرعية كاملة، وفي كل الأمور، إذا رأى المشرع ذلك.

وبالتطبيق على حالة تجريم التشبه بالجنس الآخر، من المتفق عليه شرعاً - كما تمّ بيانه في المذكرة التفسيرية للنص المطعون في عدم دستوريته - أن هذا الفعل مجرم ولا مجال للمشرع في خيارات أخرى قد تؤدي إلى عكس ذلك، وهذا يتفق مع النص الدستوري الخاص بمرجعية الشريعة الإسلامية والتفسير الوارد بالمذكرة التفسيرية للدستور.

وهذا لا ينفى إقرار الشريعة الإسلامية بوجود إشكاليات تتعلق بالجنس وتعديله بحسب طبيعة الشخص، لذلك نجد أن القانون رقم 70 لسنة 2020، بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة وحقوق المرضى والمنشآت الصحية، أجاز عمليات تصحيح الجنس، حيث تشير المادة (19) منه إلى جواز إجراء عمليات تصحيح نوع الجنس، في المستشفيات الحكومية التابعة للوزارة فقط، ووفقاً لضوابط وإجراءات معينة، تتوافق جميعها مع توجهات الشريعة الإسلامية⁽²⁰⁾.

المطلب الثاني

موقف المحكمة من مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي

للتشريع في الحكم محل التعليق

عندما أشارت المحكمة إلى المذكرة الإيضاحية الخاصة بالتعديل الذي طرأ على المادة (198)، والذي أضاف جريمة «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، بغرض بيان مبرراته، حيث إن هذا التعديل جاء مبرراً في أن: «تشبه أي من الجنسين، الذكر أو الأنثى، بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعاً، فقد قال صلى الله عليه وسلم (لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال)، ولما كان قانون الجزاء لم ينص صراحة على تجريم هذا الفعل، فقد أتى هذا القانون لسد هذه الثغرة ونص بصورة صريحة على تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر».

لم تبتدِ المحكمة الدستورية تعليقاً على هذه المذكرة الإيضاحية أو تفسيراً، ولم تبحث أهداف التعديل ومراده، وإنما اكتفت بذكره كما ورد فيها، بعد ذلك تبين أن الغرض من إيراد ذلك للاستشهاد به بأن عبارته بالغة العموم والاتساع، ويمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها، وتحديداً بصور التشبه التي اعتبرت منها (تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه، بحسب العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر)، والتي أشارت إليها في هذا الخصوص.

(20) حول تلك الضوابط والشروط راجع: المادة (19) من القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة وحقوق المرضى والمنشآت الصحية، الجريدة الرسمية الكويتية، العدد 1506، السنة 66، بتاريخ 2020/10/25م.

لم يبحث الحكم شرعية التشبه بالجنس الآخر من عدمها من الناحية الإسلامية كأساس لحكمه، ولم يؤسس حكمه على الحرية الشخصية بمفهومها الواسع، بل اقتصرته حيثياته على الصياغة القانونية اللازمة لمبدأ شرعية التجريم والعقاب، وهذا ما يفسر عدم تطرق المحكمة للمادة الدستورية التي تقر بأن دين الدولة هو الإسلام، وأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، حيث لا اختلاف حول حرمة التشبه بالجنس الآخر من ناحية الدين الإسلامي.

المبحث الرابع

السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الكويتية

وعلاقتها بالحكم محل التعليق

نظرت المحكمة الدستورية عدداً من القضايا التي تدور حول الطعن في نصوص جزائية، على أساس مخالفتها الدستور، من حيث الحرية الشخصية، ومبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، ونعرض لأهم هذه الأحكام وعلاقتها بالحكم محل التعليق في المطالب الآتية:

المطلب الأول

حكم المحكمة الدستورية رقم 5 لسنة 2019 (دستوري)

من أحكام المحكمة الدستورية المتصلة بالموضوع، الحكم الخاص بالدفع بعدم دستورية نص المادة (230) من قانون الجزاء⁽²¹⁾ التي تنص على أن: «كل من استغل حاجة شخص أو طيشه أو هواه وأقرضه نقوداً برّياً فاحش يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسة وسبعين ديناراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين»، وذلك لعدم تحديد الفعل المؤثم قانوناً بصورة واضحة بالمخالفة للمواد (7) و(29) و(30) و(32) من الدستور، حيث قالت المحكمة في ذلك: «إن مبنى النعي على نص هذه المادة - حسبما يتبين من حكم الإحالة - أنه قد جاء غامضاً مبهماً في تحديد المقصود بالربا الفاحش، ودلالة تلك العبارة، وما إذا كان لفظ فاحش صفة للربا في حد ذاته، أم أن المقصود بها وصف ما يتحصل عليه المقرض زيادة على أصل الدين، وهي زيادة لم يُكشَف عن مقدارها، مما يؤدي إلى الاختلاف في تطبيق النص الجزائي، وفقاً لمفهوم القائم على تطبيقه، فلا يكون الفعل المؤثم محدداً بصورة قاطعة، وهو ما يخل بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، ويتعارض مع مبدأ المساواة بالمخالفة للمواد (7) و(29) و(30) و(32) من الدستور».

وردت المحكمة النعي بالقول: «إنّ ما جرى به قضاء هذه المحكمة من أنّ المشرّع يملك - بما له من سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والواجبات، وبما لا إخلال فيه بالمصلحة

(21) حكم المحكمة الدستورية رقم 5 لسنة 2019 (دستوري) بتاريخ 17 فبراير 2021م، أيضاً نظرت المحكمة الدستورية (غرفة المشورة) الطعن على ذات المادة في الطعن المباشر رقم 4 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 24 فبراير 2021، وجاء الحكم بذات المعنى، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية الكويتية، على الرابط:

<https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/section5.aspx?sectionid=5>

العامة - أن يحدّد وفق أسس موضوعية، ومن خلال النظم العقابية التي يقرّها، أركان كل جريمة من دون أن يفرض عليه الدستور طرائق بذاتها لضبطها تعريفاً بها، ومن دون إخلال بضرورة أن تكون الأفعال التي جرّمتها هذه النظم قاطعة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، فلا يشوبها الغموض، أو تتداخل معها أفعال مشروعة يحميها الدستور، والمقصود بغموض النص الجزائي هو أن يجهل المشرّع بالأفعال التي أتمّها، فلا يكون بيانها واضحاً جلياً، ولا تحديدها قاطعاً، ولا فهمها مستقيماً مع عباراتها، بل مبهماً خافياً على أوساط الناس باختلافهم حول فحوى النص الجزائي المؤتم لهذه الأفعال، ودلالته، ونطاق تطبيقه، وحقيقة ما يرمى إليه، ليصير إنفاذ ذلك النص مرتبطاً بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه الحقيقة، بيد أنّه من المقرّر أنّ الأصل في تفسير النصوص التشريعية بصفة عامة، والنصوص الجزائية بصفة خاصة، هو ألاّ تحمل على غير مقاصدها، وألاّ تفسر عباراتها بما يُخرجها عن معناها، أو تؤوّل إلى الالتواء بها عن سياقها، بل يجب أن تعطى كل عبارة دلالته، فلا تحمل قسراً على غير المعنى المعتاد لها»، «فالواضح من عبارة (الربا الفاحش) أنّها لا يمكن أن يُحمل فهمها إلاّ على الفوائد المبالغ في مقدارها، وهو مفهوم يدركه أوساط الناس ولا يختلفون حول فحواه، الأمر الذي تكون معه عبارة النص الطعين المشار إليها قد جاءت واضحة بصورة لا التباس أو غموض فيها، تنبئ بجلاء عن ماهية الأفعال المنهي عنها، فإنّ الادعاء بمخالفة النص الطعين للدستور، على النحو سالف البيان، يكون قائماً على غير أساس، وبالترتيب على ما تقدم يتعيّن القضاء برفض الدعوى».

ويتضح جلياً من هذا الحكم أنّ المحكمة حدّدت معايير وضوح النص الجزائي وحدود السلطة التقديرية للمشرع في هذا المجال، حيث بيّنت أنّ المشرّع له سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والواجبات حسب مقتضيات المصلحة العامة في تحديد أركان كل جريمة، من دون أن يفرض عليه الدستور طرائق بذاتها لضبطها تعريفاً بها، وفق أسس موضوعية، ومن خلال النظم العقابية التي يقرّها، إلاّ أنّ هذه السلطة مقيدة بأن تكون الأفعال التي جرّمت قاطعة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، فلا يكتنفها غموض، أو تتداخل مع أفعال مشروعة يحميها الدستور.

وأوضحت المحكمة المقصود بغموض النص الجزائي، بأنه: «هو أن يجهل المشرّع بالأفعال التي أتمّها، فلا يكون بيانها واضحاً جلياً، ولا تحديدها قاطعاً، ولا فهمها مستقيماً مع عباراتها، بل مبهماً خافياً على أوساط الناس، باختلافهم حول فحوى النص الجزائي المؤتم لهذه الأفعال، ودلالته ونطاق تطبيقه». ويتضح من هذا المفهوم أنّ المحكمة اعتمدت على معيار الوضوح بكامل العناصر التي بيّنتها المحكمة، بأن يكون ذلك واضحاً بين أوساط الناس على اختلافهم.

ثم بيّنت الهدف من ذلك بالألا يرتبط إنفاذ النص الجزائي بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه الحقيقة، وبيّنت المحكمة ألا تُحمل النصوص على غير مقاصدها عند تفسير النصوص التشريعية بصفة عامة، والنصوص الجزائية بصفة خاصة، وألا تفسر بما يُخرجها عن معناها، أو يؤدي إلى الالتواء بها عن سياقها، بل يجب أن تعطى كل عبارة دلالتها على النحو المعتاد لها.

لذلك اعتبرت المحكمة أنّ عبارة «الربا الفاحش» مفهوم لدى أوساط الناس، ولا يختلفون بشأن فحواه، وينصرف إلى الفوائد المبالغ في مقدارها، وبذلك تكون عبارة النص الطعين المشار إليها قد جاءت واضحة بصورة لا التباس أو غموض فيها، تنبئ بجلاء عن ماهية الأفعال المنهي عنها، ومن ثم ينتفي أساس الطعن، ويتعين القضاء برفض الدعوى.

ولئن كان هذا الحكم يتفق مع الحكم محل التعليق، في أنّ المحكمة حدّدت معايير وضوح النص الجزائي وحدود السلطة التقديرية للمشرّع في هذا المجال، إلا أنّه من الواضح أنّ للمحكمة الدستورية سلطة تقديرية واسعة في تقدير ما يعد نصاً واضحاً أو لا يعد كذلك، حيث اعتبرت أنّ عبارة «الربا الفاحش» مفهوم لدى أوساط الناس، على عكس عبارة «التشبه بالجنس الآخر» التي لم تعتبرها كذلك، حيث أشارت إلى أنّها عبارة مطاطة تحمل في طياتها العديد من التأويلات التي من الممكن أن تدخل الكثير في دائرة التجريم من دون وجه حق.

المطلب الثاني

حكم المحكمة الدستورية رقم 12 لسنة 2010 (دستوري)

نظرت المحكمة بالدفع بعدم دستورية المادة (49/ ثالثاً) من قانون الجزاء، التي تنص على أن: «يعد شريكاً في الجريمة بعد وقوعها من كان عالماً بتمام ارتكاب الجريمة وصدر منه فعل من الأفعال الآتية: ... (ثالثاً) حصول الشريك، بوجه غير مشروع، وهو عالم بذلك، على منفعة لنفسه، أو لشخص آخر من وراء ارتكاب الجريمة»، بالمخالفة للمواد (30) و(32) و(33) من الدستور⁽²²⁾، حيث جاء في الحكم: «أنّ النص في المادة (30) من الدستور على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، وفي المادة (32) منه على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، وفي المادة (33) منه على أن: «العقوبة شخصية» يدل على أنّه، وإن كان سلطة المشرّع في مجال إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، أنها سلطة

(22) حكم المحكمة الدستورية رقم 12 لسنة 2010 (دستوري)، بتاريخ 15 مارس 2010، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الكويتية على الرابط:

<https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/section5.aspx?sectionid=5>

تقديرية، إلا أن هذه السلطة حدّها قواعد الدستور، ولازم ذلك أنه يتعيّن على المشرّع - في هذا الصدد - تحقيق التوازن بين كفالة أمن المجتمع من ناحية، وحفظ حقوق الأفراد وحرّياتهم من ناحية أخرى، وبالتالي فإنّه في مجال تأثيم المشرّع أفعالاً بذاتها حال وقوعها ينبغي - إعمالاً لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة - تعيين حدود هذه الأفعال بما ينفي التجهيل بأبعادها؛ صوناً للحرية الشخصية التي كفلها الدستور، باعتبارها حقوقاً طبيعية تكمن في النفس البشرية لا يتصوّر فصلها عنها، وألا يكون من شأن النصوص الجزائية التي يضعها المشرّع أن تعرقل حقوقاً وحرّيات كفلها الدستور للأفراد، من خلال انفلات عباراتها، أو تعدد تأويلاتها، أو افتقارها التحديد الجازم لضوابط تطبيقها، تحقيقاً لهدف المشرّع من تأثيم هذه الأفعال وتقرير العقوبة عنها، وهو الزجر الخاص للمجرم جزاءً وفاقاً لما اقترفته يده من جرم، والردع العام لغيره لحمله على الإعراض عن إتيان هذا الجرم، كذلك فإنّ مراعاة الحرية الشخصية تقتضي عدم إعمال نصوص عقابية يُساء تطبيقها في المراكز القانونية القائمة للمخاطبين بها».

وتتضح من هذا الحكم - كسابقه - مسألة ضبط النص الجزائي بالشكل الذي يكون فيه جلياً عن الغموض، إلا أن المحكمة الدستورية زادت على مسألة السلطة التقديرية للمشرّع الجزائي معيار تحقيق التوازن بين كفالة أمن المجتمع من ناحية، وحفظ حقوق الأفراد وحرّياتهم من ناحية أخرى⁽²³⁾، وهذا ما لم تناقشه المحكمة في الحكم محل التعليق، حيث إنّ مسألة التوازن بين أمن المجتمع بكل عناصره، وحفظ حقوق وحرّيات الأفراد مسألة جديرة بالمناقشة في مثل هذا النوع من الموضوعات التي تمس جانباً أخلاقياً مهماً في حياة الأفراد.

المطلب الثالث

حكم المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية

رقم 20 و21 و22 لسنة 2013 (دستوري)

من الأحكام الأخرى للمحكمة الدستورية المرتبطة بالموضوع حكمها في الدعوى الدستورية رقم 20 و21 و22 لسنة 2013 (دستوري)، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013، بشأن الطعن في عدم دستورية نص المادة (25) من القانون رقم 31 لسنة 1970، بتعديل

(23) كذلك من الأحكام التي أصدرتها المحكمة بشأن غموض النص الجزائي، الطعن رقم 20 لسنة 2019، لجنة فحص الطعون، بتاريخ 11 ديسمبر 2019، والطعن رقم 14 لسنة 2017، لجنة فحص الطعون، بتاريخ 15 نوفمبر 2017، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية الكويتية على الرابط: <https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/section5.aspx?sectionid=5>

بعض أحكام قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، التي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات كل من طعن علناً أو في مكان عام، أو في مكان يستطيع فيه سماعه أو رؤيته من كان في مكان عام عن طريق القول أو الصياح أو الكتابة أو الرسوم أو الصور أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الفكر، في حقوق الأمير وسلطته، أو عاب في ذات الامير، أو تناول على مسند الإمارة» لمخالفتها المواد 30 و32 و36 من الدستور.

وكان النعي مبنياً على أن هذا النص قد تمت صياغته بعبارات عامة من دون أن يكون لها مدلول واضح، أو معنى معيّن، أو تعريف بالطعن «في حقوق الأمير وسلطته» أو تعريف بالعيب «في ذات الأمير» أو تعريف بالتناول «على مسند الإمارة»، الأمر الذي يطلق العنان في عملية التجريم وسوء التقدير المحتمل حال التطبيق.

وقد رفضت المحكمة الدستورية الدعوى - بعدما ساقّت المحكمة تفصيلاً حول أهمية النص والحفاظ على رمز الدولة ورأسها - على مجموعة من الأسس، كان من بينها عدم غموض النص، وأنه لا يدع مجالاً للتقدير من قبل القائمين على تنفيذ القانون، حيث ذكرت المحكمة أن المادة حدّدت الأركان بشكل واضح لا لبس فيه، حيث ذكرت أن الركن الأول هو العلانية، والركن الثاني هو القصد الجنائي المستفاد من الوقائع المكونة للفعل المؤثّم، وقالت: «إن الركن الثالث هو الطعن في حقوق الأمير وسلطته، والعيب في ذات الأمير، والتناول على مسند الإمارة».

وبيّنت المحكمة المقصود بهذه العبارات بقولها: «حيث بيّنت أن المقصود حماية شخص الأمير مما عساه أن يوجه إليه من طعن في حقوقه وسلطته، ويشمل كل نقد منطوق على تجريح يمس الهيبة ويؤذي الشعور ويشتمل على التعريض وعدم التوقير اللغوي الذي من شأنه أن يضعف من سلطة رئيس الدولة، وينقص الحق الذي يستمده من الدستور، وليس من شأن ذلك أن يؤثر في حرية الرأي ونقد أعمال الحكومة، بل هي حرية مكفولة على الدوام، ما دام الأمير لا يزوج باسمه ولا يقحم، ونقد أعمال الحكومة لا يمكن أن يوجه إلا إلى المسؤولين عنها بحكم الدستور، ويقصد بالعيب التهجم الذي من شأنه أن يمثل انتهاكاً أو مساساً بالاحترام الواجب لشخص رئيس الدولة. كما أن المقصود بالتناول على مسند الإمارة، التعريض بنظام توارث الإمارة وكيان النظام الأميري القائم، وليس المقصود هو حماية شخص الأمير لأنها محمية بالمادة (54) من الدستور، بل يشمل كل ما من شأنه أن يمس كرامة الإمارة، بحيث يضعف احترام الناس لها، أو يقلل من هيبتها ونفوذها الأدبي لدى الأمة، وللمحاكم سلطة التقدير فيما يعد طعناً أو عيباً أو تناولاً،

أو لا يعد كذلك، لأنها أقرب إلى استظهار هذا الأمر على ضوء الوقائع المادية والأحوال والظروف والملابسات».

في هذا الحكم يتبين لنا أن المحكمة تميل إلى الصياغة المرنة في النص، على عكس ما انتهت إليه في الحكم محل التعليق، وبررت ذلك بسبب طبيعة صعوبة تعديد الأفعال التي من شأنها أن تعد طعنًا أو عيبًا أو تطاولاً، وتركت لمحنة الموضوع تقدير ذلك، بل إنها حددت مفاهيم لتلك العبارات بشكل صريح، وافترضت أن يكون ذلك واضحاً بين أوساط الناس باختلافهم حسب معيار الوضوح الذي اعتمده في أحكامها السابقة، وهذا الاتجاه للمحنة كان من الأحرى تبنيه في الحكم محل التعليق، بسبب صعوبة تعديد الأفعال كذلك في جريمة التشبه بالجنس الآخر، وكان في إمكانها تحديد المفاهيم التي تفترض وضوحها بين أوساط الناس، كما فعلت في هذا الحكم .

الخاتمة

تناول البحث التعليق على حكم المحكمة الدستورية الكويتية في الدعوى رقم 5 لسنة 2021، الصادر بتاريخ 16 فبراير 2022 بشأن عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، فيما يخص «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور» باعتباره موضوعاً بالغ الحساسية، من حيث أساسه وإشكالياته في إطار القواعد والأصول القانونية المستقرة، بغية استنتاج توجه وفلسفة المحكمة بهذا الشأن وخيارتها الأخرى المتاحة بهذا الخصوص، وذلك بالقياس على توجهاتها السابقة.

عندما قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المعدل بالقانون رقم 36 لسنة 2007 فيما تضمنه من تجريم «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور» كانت تضع نصب عينيها نص المادة (30) من الدستور الذي نص على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، والمادة (32) منه التي نصت على أن: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون...»، وعندما أشار الحكم إلى مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أشار إليه بوصفه مبدأ مهماً تكفله الحرية الشخصية، وبذلك لم تكن الحرية الشخصية - بمفهومها الواسع - هي أساساً للحكم، بمعنى لم يكن يرى الحكم أنّ هذا التجريم يتنافى مع حرية الشخص في أن يفعل ما يريد ويلتفت عن ما لا يريد، أو أنّ ذلك من قبيل الحياة الخاصة المحيطة به، يقرّر فيها رغباته دون تدخل، بل اعتمد على مفهومها الضيق الذي يتصل بالحرية المادية، مركزاً على أساس هذا المفهوم الضيق المتمثل في مبدأ مشروعية الجريمة والعقاب كمبدأ يفترض ضبط النصوص بموضوعية، بالشكل الذي لا يترك للقائمين على تطبيق القانون سلطة تقديرية في مجال التجريم.

وبذلك كان حكم المحكمة يدور حول الصياغة القانونية من ناحية المرونة أو الجمود، وتبين لنا أنّ المحكمة الدستورية الكويتية تميل إلى الصياغة الجامدة بشأن هذه الجريمة، بحيث تكون محدّدة بصورة قاطعة واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، وأن يكون لها معيار موضوعي منضبط تتعيّن مراعاته لتحديد ذلك الفعل، وما يعد تشبهاً بالجنس الآخر وما لا يعد كذلك.

من المؤكد أنّه يجب أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون تباين الآراء حول مقاصدها، مهما كان نوع الصياغة، إلا إنّنا نختلف مع الحكم في هذه التوجه؛ بسبب أن طبيعة الفعل المؤثم تتطلب صياغة مرنة، حيث من الصعب ضبط هذا الفعل بمعيار محدّد دقيق، واكتفى المشرّع بالنتيجة وتحديد العلاقة السببية من أجل تحديد الفعل بالإشارة إلى كون هذا الفعل صالحاً لأن يحقق هذه النتيجة بسبب صعوبة تحديد الفعل وملاحمه

بشكل دقيق، بل وضع المشرع مثلاً يسهل عملية القاضي في تكييف الواقعة، وكان النص بذلك يتفق مع الصياغة المرنة التي لجأت لها التشريعات الجنائية الحديثة لتجنب عيوب الصياغة الجامدة؛ لتواكب التطورات، وتستوعب الوقائع حسب الظروف والملابسات.

ويفسر تأسيس المحكمة حكمها على الحرية الشخصية بمفهومها الضيق عدم بحث المحكمة شرعية التشبه بالجنس الآخر من عدمها من الناحية الإسلامية، وهذا ما يفسر كذلك عدم تطرق المحكمة للمادة الدستورية التي تقرّ بأنّ دين الدولة هو الإسلام، وأنّ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، رغم عدم الاختلاف حول حرمة التشبه بالجنس الآخر من ناحية الدين الإسلامي.

وبيّنت المحكمة الدستورية أن حكمها هو امتداد لما جرى به قضاؤها، وبالنظر إلى السوابق القضائية للمحكمة، نجدها نظرت فعلاً في الكثير من القضايا التي تدور حول الطعن في نصوص جزائية؛ بسبب غموض النص أو اتساعه، أو عدم انضباطه بالمخالفة لأحكام الدستور فيما يخص الحرية الشخصية في شقها المتعلق بشرعية التجريم والعقاب، فهي تبحث - من حيث المبدأ - في هذا النطاق فقط، ومن قضائها ما انتهى إلى دستورية النص المطعون في عدم دستوريته، ومنها ما حكمت بعدم دستوريته، فهي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة لتقدير ما إذا كان النص يحتاج إلى صياغة جامدة أو صياغة مرنة.

ويتضح جلياً من أحكامها السابقة أنها حددت معايير وضوح النص الجزائي بأن يكون ذلك واضحاً بين أوساط الناس على اختلافهم، وبيّنت حدود السلطة التقديرية للمشرع في هذا المجال؛ بهدف ألا يرتبط إنفاذ النص الجزائي بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه الحقيقة، وبيّنت المحكمة ألا تُحمل النصوص على غير مقاصدها عند تفسير النصوص التشريعية بصفة عامة، والنصوص الجزائية بصفة خاصة، وألا تُفسّر بما يُخرجها عن معناها، أو يؤدي إلى الالتواء بها عن سياقها، بل يجب أن تعطى كل عبارة دلالتها على النحو المعتاد لها، وأكدت أنّ مسألة السلطة التقديرية للمشرع الجزائي ينبغي أن تكون في حدود معيار تحقيق التوازن بين كفالة أمن المجتمع من ناحية، وحفظ حقوق الأفراد وحياتهم من ناحية أخرى.

كما كان لدى المحكمة خيار آخر في الحكم، بحيث كان لديها مجال في الحكم بدستورية النص المطعون فيه، وتساعد في ذلك مجموعة من الأمور، منها تبنيها الصياغة المرنة بشأن النص المطعون في عدم دستوريته، والرجوع إلى الدستور ومذكرته التفسيرية

بخصوص أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، والاستعانة على ذلك بالذاكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه.

لذلك نوصي المحكمة الدستورية الكويتية بالتوسع في تبني الصياغة المرنة بشكل أوسع مما هي عليه الآن، تماشياً مع السياسية الجنائية الحديثة في الجرائم غير التقليدية التي من الصعب تحديد عناصرها بشكل منضبط وجامم.

وفي الختام فإن ما وصلت إليه المحكمة من حكم - حسب حيثياته - لا يمنع من تجريم الفعل بتشريع آخر يراعي الصياغة الجامدة التي تطلبها الحكم في الصياغة التشريعية تحقيقاً لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، وهذا ما كان ليتحقق لو بنت المحكمة حكمها على الحرية الشخصية في مفهومها الواسع.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- أحمد محمد عزب موسى، الأدلة الشرعية وعلاقتها بضبط الحرية الشخصية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد 35، ج 1، سنة 2020.
- آدم سميان الغريزي، أساليب صياغة النص الإجرائي الجزائري، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة 12، العدد 3، سنة 2020.
- وفاء بنت أحمد الغامدي، مفهوم الحرية الشخصية لدى طالبات جامعة أم القرى في ضوء المتغيرات المعاصرة، المجلة التربوية، جامعة سوهاج، مصر، المجلد 81، العدد التسلسلي 81، يناير 2021.
- كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج2، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2014.
- محمد عبداللطيف، الحريات العامة .. دراسة مقارنة، ط1، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، جامعة الكويت، 1995.
- ميثم فالح حسين ومحمد جبار تويه، صياغة القواعد الجنائية وأثرها في تعزيز ثقة المواطن بالدولة، مجلة التربية والعلوم الاجتماعية، جامعة ميسان، العراق، المجلدان 5 و6، مايو 2019.
- نوفل علي عبدالله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 2، العدد 6، السنة 2013.
- عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية، الدار الجامعية، بيروت، د.ت.
- خالد جمال أحمد حسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون .. أداة للإصلاح والتطوير)، 10 و 11 مايو 2017، العدد 2، الجزء الأول، مايو 2017.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Ann Elizabeth Mayer, Islam and Human Rights - Tradition and Politics, 5th Edition, Routledge, UK, 2012.
- Jill_Marshall, Personal freedom through human rights law: Autonomy, identity and integrity under the European convention on human rights, Brill Nijhoff, Leiden, Netherland, 2008.
- Peter Levine, six types of freedom, A Blog for Civic Renewal, this entry was posted on October 11, 2013, <https://peterlevine.ws/?p=12571>.
- Thomas M. Franck, Is Personal Freedom a Western Value?, American Journal of International Law, Cambridge University Press, Volume 91, Issue 4, October 1997.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
533	الملخص
534	المقدمة
536	المبحث التمهيدي: تفاصيل الحكم (الوقائع والحجيات) وإشكالياته
539	المبحث الأول: الحرية الشخصية
539	المطلب الأول: مفهوم الحرية الشخصية
541	المطلب الثاني: الحرية الشخصية في القانون الدولي والداستير الوطنية
544	المطلب الثالث: موقف المحكمة الدستورية من الحرية الشخصية في الحكم محل التعليق
546	المبحث الثاني: مبدأ شرعية الجريمة والعقاب
546	المطلب الأول: ماهية الصياغة القانونية
548	المطلب الثاني: موقف المحكمة من الصياغة القانونية لنص المادة المطعون بعدم دستوريته
550	المبحث الثالث: الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع
550	المطلب الأول: مفهوم مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وعلاقته بالنص المطعون في عدم دستوريته
551	المطلب الثاني: موقف المحكمة من مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع في الحكم محل التعليق
553	المبحث الرابع: السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الكويتية وعلاقتها بالحكم محل التعليق
553	المطلب الأول: حكم المحكمة الدستورية رقم 5 لسنة 2019 (دستوري)
555	المطلب الثاني: حكم المحكمة الدستورية رقم 12 لسنة 2010 (دستوري)
556	المطلب الثالث: حكم المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية رقم 20 و21 و22 لسنة 2013 (دستوري)
559	الخاتمة
562	قائمة المراجع