التعليق على حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 5 لسنة 2021 الصادر في 16 فبراير 2022 بشأن عدم دستورية تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر(*)

د. أحمد عبداللطيف الجارالله
أستاذ القانون الجزائي المساعد
كلية سعد العبدالله للعلوم الأمنية
وكلية القانون الكويتية العالمية

د. معاذ سليمان الملا
أستاذ القانون الجزائي المشارك
ومدير برنامج دبلوم القانون
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

أثار حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 5 لسنة 2021، الصادر في 16 فبراير 2022، ردودَ أفعالٍ كبيرة في المجتمع الكويتي، وهو الحكم الذي قضى بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المُعَدَّلَة بالقانون رقم 36 لسنة 2007، فيما تضمنه النص على تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر[1]. وقد استندت إلى عدة أسباب وجدت فيها المحكمة تعارضًا لمبادئ كفلها الدستور الكويتي، وتتعارض مع مبادئ الحرية، وتطلق يد رجال الشرطة من دون ضوابط محددة.

من هذا المنطلق أراد الباحثان التعليق على هذا الحكم بمنهجية علمية، يسلطان فيها الضوء على الأسباب التي عولت عليها المحكمة في حيثياتها لإلغاء هذه العبارة من المادة، والآثار المترتبة على الحكم بعد هذا الإلغاء، ومدى إمكان النص على تجريم ظاهرة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وبيان ما يجب التوقف عنده من حدود وضوابط.

وقد انتهيا، في هذا التعليق، إلى أن الحكم قد جاء معيبًا من الناحية الموضوعية؛ فهو يعارض ما جاء بصريح المادة (2) من الدستور، بأن دين الدولة هو الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع. كما أن المحكمة الدستورية التفتت عن أحكام محكمة التمييز المتعلقة بإدانة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وأخيرًا التفات المحكمة الدستورية عن

(*) تم تقديمه للنشر في: 1 سبتمبر 2022 وتم قبوله للنشر في: 9 أكتوبر 2022

(1) تجدر الإشارة إلى أن ظاهرة التشبه بالجنس الآخر موجودة في كل المجتمعات، سواء كانت عربية أو إسلامية أو أجنبية. وإن من واجب المُشرِّع علاجها بكل الطرق التي تضمن تصحيح المسار للمجتمع؛ فمن يعاني أمراضًا نفسية أو عضوية يُعالج وفق أصول الصناعة الطبية، كما أنه من المفيد إشراك أهل التخصص والدراية في هذا الجانب حتى ينشأ الفرد في أسرة سليمة متوازنة.

قانون الأحداث الذي اعتبر أن الحدث المُتَشَبِّه معرضٌ للانحراف، ويرتب الحكم أثرًا خطرًا، باعتبار فعل التَّشَبُّه مباحًا ما لم يصدر قانون يُجرِّمه.

كلمات دالة: الفصل بين السلطات، والرقابة الدستورية، وصلاحيات رجال الشرطة، والإحالة للقضاء، والحقوق والحريات، والمادة (198) من قانون الجزاء.

المقدمة

تعتبر النصوص الدستورية مجموعة من المضامين المُعبِّرة عن إرادة الشعوب، والمُدوَّنة في وثيقة تكفل ممارسة حقوقهم وحرياتهم في مواجهة السلطة، أو أي طرف آخر. وقد خصص الدستور الكويتي الصادر سنة 1962 بابًا يعنى بتنظيم الحقوق والواجبات العامة، ومن الطبيعي أن تكون ممارسة هذه الحقوق وفق قيود تراعي النظام العام والآداب العامة[2]. ومما لا شك فيه أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية لها أهمية خاصة، وتعتبر المرجع الدستوري والقانوني للمُشَرِّع العادي، ومرجعًا للقضاء. كما أن أحكام المحكمة الدستورية ترتب العديد من الآثار التي تقع بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، على موضوع الدعوى بشكل خاص، وعلى أفراد المجتمع بشكل عام.

ولما كانت القوانين هي الأداة المنظمة لسلوكيات الأفراد، عند ممارسة حقوقهم وحرياتهم، فقد آثر الدستور أن يعهد القضاء بمراقبة تطبيق القوانين إلى محكمة خاصة تفصل في المنازعات الخاصة بتفسير النصوص القانونية، وبت مدى توافقها مع مبادئ الدستور؛ إما بتحصين النص وإما بإلغائه؛ عملًا بنص المادة (173) من الدستور[3].

يدور البحث حول التعليق على حكم المحكمة الدستورية الصادر في جلسة 16 فبراير 2022، بعد نظرها الدعوى رقم 5 لسنة 2021 دستوري، بعد إحالة لجنة فحص الطعون – في المحكمة – ملف الطعن رقم 9 لسنة 2021، في شأن عدم دستورية تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر، الواردة في نص المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المُعَدَّلَة بحكم القانون رقم 36 لسنة 2007.

---

(2) الدستور الكويتي كغيره من الدساتير، يضمن التوازن بين حقوق الأفراد وواجباتهم، والقيود التي تحول دون ممارستها بإطلاق لضمان عدم الفوضى وتهديد النظام العام للمجتمع، فلا توجد حريات مطلقة، ويتناغم ذلك مع مفردات أهم المواثيق الدولية، مثل: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (19) بند 3 التي نصت على أن ممارسة الحقوق في حرية التعبير تترتب عليها واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود، ولكن شريطة أن تكون محدَّدة بنص القانون، وأن تكون ضرورية (أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم؛ (ب) لحماية الأمن القومي، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة.

(3) نصت المادة (173) من الدستور الكويتي على أنه: «يُعيِّن القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقوانين واللوائح، ويُبيِّن صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها، ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح، وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يُعتبر كأن لم يكن». وقد صدر القانون رقم 14 لسنة 1973 بتكوين المحكمة الدستورية، وتحديد اختصاصاتها. للمزيد من التفاصيل حول ذلك، راجع: عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها: دراسة تحليلية مقارنة، لجنة التأليف والتعريب، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005، ص39.

يُعدُّ هذا الحكم مُنْتَقَدًا لأسباب موضوعية؛ حيث يتعارض حكم المحكمة الدستورية مع المبادئ المعززة في الدستور ذاته، لاسيما أن المحكمة استأنست برأي إدارة الفتوى والتشريع التي أوصت، في مذكرتها، برفض الدعوى، فضلًا على الآثار السلبية التي قد تترتب على هذا الحكم، وهو ما جعل الباحثان يطرحان عدة أسئلة، هي كالتالي: ما الأسباب التي نعت بها المحكمة على الحكم بعدم دستورية التَّشَبُّه بالجنس الآخر المنصوص عليه في المادة (198)؟ وما مدى تعارض هذا النص مع الحريات المكفولة في الدستور؟ وما الآثار المترتبة على إلغاء هذا الحكم؟ وهل استفادت المحكمة من الأحكام القضائية لتكوين رأيها؟ وهل للمحكمة صلاحية الإبقاء على النص، مع توصية المُشَرِّع بتحديد معيار موضوعي للتشبه بالجنس الآخر؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات هي جوهر ما نصبو إليه، لذلك سيكون التعليق على الحكم بالنقد والتحليل بعد عرض الوقائع وحيثيات الحكم ومنطوقه؛ حيث نستعرض الأسباب التي عوَّلت عليها المحكمة بدءًا بعبارة التَّشَبُّه بالجنس الآخر التي تتصف بالاتساع والعموم، وتعارض النص مع مبادئ كفلها الدستور، وسلطة تقدير النص لدى القائمين على تنفيذ القانون وتطبيقه؛ لننتهي إلى بيان الآثار المترتبة على عدم دستورية تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

أولًا: الوقائع ومنطوق الحكم

تتلخص الوقائع في أن الادعاء العام أقام ضد الطاعن (ح. أ.) دعوى جنحة رقم 565 لسنة 2021، «جنح عادية» رقم 302 لسنة 2020 جنح المباحث. وحيث إن المتهم في يوم 6 مارس 2020 تشبهه بالجنس الآخر (النساء). وفي أثناء نظر الدعوى قدم المتهم مذكرة دفع فيها بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المُعَدَّلَة بالقانون رقم 36 لسنة 2007، بخصوص تجريم التَّشَبُّه لمخالفة المادة أحكام الدستور.

وفي جلسة 24 أغسطس 2021 حكمت المحكمة حضوريًا برفض الدفع بعدم الدستورية، وتغريم الطاعن ألف دينار، عن تهمة التَّشَبُّه بالنساء؛ مما حدا بالمتهم إلى الطعن أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية. وفي 29 ديسمبر 2021 ألغت اللجنة الحكم المطعون فيه لقصور في التسبيب، وإخلال بحق الدفاع، وقررت إحالة النزاع إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه.

وفي حيثيات حكم المحكمة الدستورية قدرت أن أسباب الطاعن، فيما يتعلق بالمادة (198)، كانت تتعلق بعدم تحديد الفعل المُؤَثَّم بصورة قاطعة، وهذا من شأنه أن يحيط النص التشريعي بشبهات من الشك بشأن دستوريته. وتنص المادة (198) على

أنه: «من أتى إشارة أو فعلا مخلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

كما رأت المحكمة الدستورية، في حكمها، أن مبنى النعي على نص المادة (198) من قانون الجزاء سالفة البيان – فيما تضمنه من تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر، بأي صورة من الصور – يعتبر واسعًا وفضفاضًا، وهو نص غير مُحدِّد للأفعال المُؤَثَّمة بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسها بغيرها، حتى يكون المخاطبون بها على بيِّنة من حقيقة الأفعال التي يتعيَّن عليهم تجنبها، ولا يُترَك تقديرها للقائمين على تنفيذها وتطبيقها، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصدها محل مراميها؛ على نحو يفضي إلى المساس بحقوق كفلها الدستور.

وأشارت المحكمة الدستورية، في حيثياتها، إلى نص المادة (30) من الدستور التي أكدت على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، وكذلك إلى المادة (32) من الدستور التي نصت على أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، وبالتالي فإنه يجب أن تكون هذه الأفعال المُؤَثَّمة مُحدَّدة بصورة قاطعة؛ بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيِّقة لنواهيها، وأن تُعرَف هذه الأفعالِ وتُحدَّد ماهيتها لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئًا للإخلال بحقوق كفلها الدستور.

كما أوضحت المحكمة الدستورية أن إضافة فعل جديد للمادة (198)، وهو «التَّشَبُّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور» لم يتضمن معيارًا موضوعيًا منضبطًا تتعيَّن مراعاته لتحديد هذه الأفعال المُؤَثَّمة، وأن هذه العبارة جاءت بالغة العموم والاتساع، ويمكن تحميلها أكثر من معنى، على نحو تتعدد معه التأويلات، وأنها تفتقد الضبط والإحكام الموضوعي.

وانتهى حكم المحكمة إلى عدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المُعَدَّلَة بالقانون رقم 36 لسنة 2007، فيما تضمنه النص على تجريم «التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور».

ثانيًا: التَّشَبُّه بالجنس الآخر عبارة تتصف بالاتساع والعموم

قدرت المحكمة صواب ما أبداه الطاعن بعدم تحديد الفعل المُؤَثَّم للتشبه بالجنس الآخر، وفقًا للمادة (198) من قانون الجزاء؛ فقد جاءت بعبارات واسعة وفضفاضة تحول دون فهم حقيقتها لتجنب القيام بها، وبيَّنت أن النص المطعون فيه يفتقد عناصر الضبط والإحكام الموضوعي، والأصل أن تصاغ النصوص الجزائية في حدود ضيِّقة

تعريفًا بالأفعال المُجَرَّمة بشكل جازم؛ لضمان فهم محاذيره من قبل الجمهور، وضمان سلامة تطبيقه من قبل سلطات الضبط.

وتعليق الباحثين على ذلك أن مفهوم التَّشَبُّه بالجنس الآخر ليس هو الفكرة الوحيدة في قانون الجزاء التي تخلو من تحديد أفعالها، فهناك عبارات عديدة وردت بمفاهيم مرنة لم تُوضع لها ضوابط تحدد أفعالها، وقد حرص المُشَرِّع على ألاَ يجعل تلك العبارات واسعة، بقدر ما كان يريد حماية النظام العام والآداب العامة؛ استجابةً لما ورد في المادة (49) من الدستور الكويتي التي نصت على أن: «مراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الكويت».

وقد اجتهد الفقه لتعريف النظام العام والآداب العامة وخلُصَ إلى أنها: «مجموعة من الأفكار والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع في أنظمته المختلفة قانونية وسياسية واجتماعية تعبر عن مصالحه الأساسية، واتساع مفهوم النظام العام يُخضع الآداب العامة كإحدى صورها»[4].

ومن بين المفاهيم المرنة الواردة في قانون الجزاء، والتي لم تحدد أفعالها ما ورد في المادة (198) ذاتها من عبارات جاءت جميعها مرنة، وذلك في بيان الأنشطة المُجرَّمة التي تتعارض مع فكرة الآداب العامة، منها: الفعل الفاضح، والإخلال بالحياء العام. فلم يضع المُشَرِّع لهما تعريفًا يحدد أنشطتهما، بل اكتفى بالنص على العقاب، بل وأناط بالقاضي سلطة تفسير المقصود بها وبأنشطتها؛ مستهديًا بالأعراف والتقاليد السائدة في البلاد[5]، ومن بينها – بطبيعة الحال – القيم الدينية.

كذلك ما ورد من عبارات مرنة في المادة (21) من قانون المطبوعات والنشر الصادر سنة 2006، والمادة (11) من قانون المرئي والمسموع الصادر سنة 2007[6]، فقد نصت هاتان المادتان على مفاهيم عديدة لم يحدد المُشَرِّع أفعالًا لها، ومثل ذلك زعزعة الثقة بالوضع الاقتصادي للبلاد؛ فقد قالت محكمة التمييز «إن المرجع في تعرف حقيقة العبارات والألفاظ التي تؤدي إلى زعزعة الثقة بالوضع الاقتصادي للبلاد... هو بما

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، 2021، ص50.

(5) خدش، أو الإخلال بالحياء العام الواردة في المادة ذاتها، فقد عرَّفها البعض بأنها الأفعال التي تثير فكرة التمازج الجنسي، فلا تدخل في ذلك الأفعال المهينة لكرامة الشخص من دون أن تكون له تداعيات جنسية. حول ذلك راجع: فيصل الكندري وغنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي – القسم الخاص، ج2، ط3، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، 2012، ص130.

(6) نصت هاتان المادتان على مجموعة من الأفعال التي يحظر بثها، أو إعادة بثها، أو نشرها؛ سواء عبر الصحف التقليدية أو الإلكترونية، أو عبر شبكات التواصل الاجتماعي التي خصص المشرع لها القانون رقم 8 لسنة 2016 في شأن تنظيم الإعلام الإلكتروني.

تطمئن إليه محكمة الموضوع من تحصيلها لفهم الواقع في الدعوى، ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة التمييز؛ مادامت لم تخطئ في التطبيق القانوني للواقعة»[7].

كذلك العبارات والألفاظ المُتضمَّنة تطاولًا على مسند الإمارة؛ إذ جُرِّمت في المادة (25) من القانون رقم 31 لسنة 1970، المُعدِّل لأحكام قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، وهي استجابة لنص المادة (4) من الدستور التي بيَّنت شكل الإمارة وآلية تنظيمها. ونص المادة (54) التي بيَّنت أن ذات الأمير مصونة لا تمس، فقد جاءت عباراتهما من دون تحديد أفعال، واكتفى المُشَرِّع بتحديد العقوبة. والجدير ذكره أن المادة (25) دُفع بعدم دستوريتها للأسباب ذاتها التي نعى بها الحكم موضوع التعليق، حيث إن مبنى الطعن على هذا النص أن عباراته جاءت بالغة العموم من دون أن يكون لها مدلول محدَّد؛ مما يفتح مجالًا للتأويل، أو معنى معيَّنًا، أو التعريف بالطعن في حقوق الأمير وسلطته، وتعريف العيب في ذات الأمير، وتعريف التطاول على مسند الإمارة، وهذه الألفاظ تتعارض مع أحكام الدستور في مواده (30) و(32) و(36).

إلا أن المحكمة الدستورية بيَّنت أن للمحاكم سلطة تقديرية فيما «يعد طعنًا أو عيبًا أو تطاولًا أو لا يعد كذلك، لأنها الأقرب إلى استظهار هذا الأمر على ضوء الوقائع المادية والأحوال والظروف الملابسة»[8].

ونفهم من ذلك كله، أن العبارات التي استعان بها المُشَرِّع، وما تنطوي تحتها من مفاهيم أخرى، كثيرًا ما كانت مُعبِّرة عن غايته في حماية المجتمع من مظاهر سلبية تتعارض مع العرف السائد في دولة الكويت الذي أصّل فكرة النظام العام والآداب العامة، وبالتالي فإن تفسيرها ينبغي أن يكون على هذا الأساس.

ويعتبر التَّشَبُّه بالجنس الآخر ظاهرة تخل بالحياء العام؛ لتعارضها مع الشعور العام لدى المجتمع الكويتي؛ فتقدير الأمر لا يرجع إلى عاطفة وحياء من وقع عليه الفعل، أو الشعور لدى قلة منحرفة. ولما كانت هذه الظاهرة قد استشرت في دولة الكويت انعكس ذلك على رغبة المُشَرِّع في مواجهتها، من خلال تعديل حكم المادة (198) جزاء بالقانون رقم 36 لسنة 2007 التي عرَّفت التَّشَبُّه بالجنس الآخر بأنه تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه وفق العرف السائد في البلاد، أو تقمصه شخصية الآخر؛ فالتَّشَبُّه بالجنس الآخر سلوكيات تصدر من شخص على خلاف جنسه؛ فالذكر يأتي بسلوكيات أنثى، والأنثى تأتي بسلوكيات ذكر. وقد اشترط المُشَرِّع علانية ارتكاب الفعل، أي ارتكابه أمام الجمهور.

(7) الطعن بالتمييز رقم 248 لسنة 2014، جزائي، 5 نوفمبر 2015.
(8) طعن في الدعاوى رقم 20 و21 و22، دستوري، جلسة 2 ديسمبر 2013.

وتجريم التَّشَبُّه يتطلب قصدًا جنائيًا عامًا يتمثل في علم الرجل بأنه يرتدي ملابس نساء، أو يلبس الحلي التي تتزيَّن بها النساء، أو يضع أدوات الزينة (المكياج)، أو يقلد سلوك امرأة... أو غير ذلك، إلا أن ذلك لا يكفي لقيام الجريمة المنصوص عليها في المادة (198) إلا باتجاه إرادته إلى القيام بذلك كتعبير عن انتمائه إلى الجنس الآخر. وبمفهوم المخالفة لا تنهض الجريمة قِبل الشخص إذا كانت إرادته تتجه نحو المزاح، أو التمثيل، أو غير ذلك مما لا تنهض معه جريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

وفي ذلك تقول محكمة التمييز، في معرض حكمها في جريمة خدش الحياء والآداب العامة، عن طريق البث المرئي والمسموع: «استظهار توافر هذا القصد أو انتفاؤه من وقائع الدعوى وظروفها من اختصاص محكمة الموضوع دون معقب مادام موجب هذه الوقائع والظروف لا يتنافر مع هذا الاستنتاج، وليس بلازم أن يتحدث الحكم صراحة عنه على استقلال مادام قد أورد من الوقائع ما يدل عليه»[9].

وما نراه أن عبارة التَّشَبُّه بالجنس الآخر كغيرها من العبارات التي نص عليها المُشَرِّع ولم تختلف في طبيعتها كظاهرة سلبية تتعارض تمامًا مع فكرة النظام العام والآداب العامة، وتخل بالحياء العام، ومسألة تحديد ضوابط موضوعية من شأنها أن تقيِّد النص لأفعال قد تظهر في المستقبل، كما أنه ليس من المنطق أن نشغل المُشَرِّع بتعداد أفعال التَّشَبُّه بالجنس الآخر، أو بإعطاء أمثلة على ذلك، إذ يمكن إدراك ذلك من واقع الحال، فالجميع بات يعرف أن هذا السلوك يعد تشبُّهًا بالجنس الآخر، أو هذا الزي يخص الجنس الآخر، وبالتالي فإن عبارة «بأي طريقة كانت» التي تذيلت العبارة هي لمواجهة ما قد يستجد من مظاهر تدخل ضمن مفهوم التَّشَبُّه، وتعد ضمن الأفعال الفاضحة[10]، وهذا يتوافق مع نسبية فكرة النظام العام والآداب العامة، فهناك مظاهر كان المجتمع الكويتي يراها في السابق تشبُّهًا كلبس المرأة لباس الجينز، ولكن هذا أصبح الآن أمرًا متعارفًا عليه.

ثالثًا: تعارض النص مع مبادئ مكفولة في الدستور

استند الطاعن إلى أن النص يتعارض مع حكم المادة (30) من الدستور التي نصت على أن «الحرية الشخصية مكفولة»، واستند أيضًا إلى المادة (32) التي نصت على أن «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون». ورأت المحكمة أن ما نعى به الطاعن كان سديدًا لعدم وضوح الأفعال المُؤَثَّمة بصورة تحول دون التباسها، وهو ما يتعارض مع حقوق كفلها

(9) طعن تمييز رقم 507 لسنة 2010 جزائي، جلسة 9 مارس 2014.

(10) طارق إبراهيم الدسوقي عطية، شرح أحكام الجرائم في قانون الجزاء الكويتي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص370.

الدستور. ولا شك في أن المجتمع الديموقراطي يرتكز بشكل كبير على الحرية؛ فالحرية تتسع وتضيق بين الشعوب. فما يراه المواطن العربي مساسًا بالدين والعقيدة يراه المواطن الأجنبي ضربًا من ضروب الحرية التي يمكن للفرد التعبير عنها من دون تجريم.

إن الحريات العامة تعتبر من المواضيع التي لا تخلو منها القوانين والدساتير، وكلما تغيَّر النظام السياسي في البلاد تغيَّرت معه دائرة الحرية ضِيِّقًا واتساعًا؛ لذلك لا يمكن مناقشة مفهوم الحرية من دون التطرق إلى مفهوم الحق. فيتخذ الحق أبعادًا فلسفية متشعبة؛ منها المذهب الشخصي، أو نظرية السلطة، ومنها المذهب الموضوعي أو نظرية المصلحة، وأخيرًا المذهب المختلط الذي حاول التوفيق بين النظريتين. لذلك يمكن أن نختار تعريفًا للحق بأنه «ثبوت قيمة معيَّنة لشخص على شيء معيَّن يُخوِّل صاحبه الاستئثار بمزايا هذا الشيء تحقيقًا لمصلحة يحميها القانون»[11].

ويُعرِّفُ الفقهاء الحق بأنه: «تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يُخوَّل لشخص – على سبيل الانفراد والاستئثار – التسلط على شيء، بمعنى اختصاص الشخص بقيمة معيَّنة وحده دون غيره»[12]، بمعنى أن جوهر الحق يجب أن يكون مستندًا إلى القانون. وهذ الحق مشروط بعدم الإضرار بالغير. ويمكن تعريف الحرية: بأنها القيام بأي عمل لا يحظره القانون ومن دون التعدي على الآخرين. إن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في العام 1789م نص في المادة الرابعة على الحقوق والحريات وعرَّفها بأنها: «القدرة على إتيان كل عمل لا يضر بالآخرين».

وقد تنوعت تعريفات الحرية، ولم يضع الدستور الكويتي تعريفًا لها، أو يُبيِّن عناصرها، ولكن نص عليها في أكثر من ماده من الدستور الكويتي. ويمكن تعريف الحريات الشخصية بأنها «جميع الحقوق والحريات المتعلقة بكيان الإنسان وحياته»[13]. ويُعرِّف بعض الفقهاء الحرية الشخصية بأنها «تلك الطائفة من الحقوق التي لا تنفك عن الفرد بحكم كونه إنسانًا، ولطبيعته الآدمية، فأهمية هذه الطائفة من الحقوق والحريات تعدل أهمية الهواء والماء والطعام بالنسبة إلى الإنسان، فلا يُتصوَّر أن تكون للإنسان حياة أو بقاء من دون أي منها، وهو كذلك لا يمكن أن تستمر حياته أو – على أقل تقدير – تُحفَظ آدميته من دون أن يكون متمتعًا بهذه الطائفة من الحريات اللصيقة بطبيعتها

(11) أحمد المطيري ومحمد الرشيدي، المبادئ العامة للقانون، ط4، دار العلم، دولة الكويت، 2009، ص150.

(12) منى العدساني، الحقوق والحريات في الدستور الكويتي، بحث تحت إشراف د. عبدالقادر عثمان، منشور على الرابط: http://www.siironline.org/alabwab/lawaeh&wathaeqh(13)/017.htm، تاريخ الاطلاع: 2022/7/3

(13) محمد جمال الذنيبات، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، دار الثقافة للنشر، عمَّان، الأردن، 2003، ص235.

بشخصيته وآدميته»[14].

وعلية يمكن أن نُقسِّم الحرية الشخصية إلى ثلاثة أقسام رئيسة؛ فالنوع الأول: حريات متعلقة بالحق في الأمان. والنوع الثاني: حريات متعلقة بالذهاب والإياب واختيار محل الإقامة. والنوع الثالث: حريات متعلقة بالحياة الخاصة[15].

إن الأصل في جميع الأفعال هو الإباحة، إلا إذا نص القانون على حرمة الفعل، ووضع العقوبة المُحدَّدة له. ووفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة فإن «الأصل في إنشاء الجرائم وتحديد ما يناسبها من عقوبات وأحوال فرضها، والإعفاء منها، أنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المُشَرِّع وفقا لما يراه محققًا لمصلحة الجماعة، والحفاظ على قيمها، وصون النظام الاجتماعي، ودرء الضرر عن مجموع الناس، وأن تحديد مضمون الأفعال التي تقوم عليها الجرائم، من خلال بيان عناصرها، ضرورة يقتضيها اتصال هذا التجريم بالحرية الشخصية، كما أن شرعية الجزاء مناطها أن يكون متناسبًا مع الأفعال التي أثمها المُشَرِّع»[16].

وعلية فإن التَّشَبُّه بالجنس الآخر لا شك في أنه يهدم النظام الاجتماعي، وقد يزيد من التفكك الأسري لعدم قبول المجتمع هذه الفئة من منظور شرعي وأخلاقي، مع تأكيد ضرورة المعالجة النفسية والعضوية لمن لديه اضطراب في الهوية. أما من يتخذ أفعال التَّشَبُّه للفت الأنظار فهو من يستحق العقوبة المقرَّرَة في القانون.

إذن فالحرية الشخصية مكفولة لكن في حدود القانون؛ فالحرية لا تكون بلا قيود، وإلا سادت الفوضى وعم الضرر مصالح الناس. إن هذه القيود على الحرية الشخصية تستمد قوتها من المُشَرِّع الذي يحمي حريات بقية الأفراد في المجتمع. وعليه لا يجوز فرض أي قيد على الحرية إلا بقانون؛ فالفرد له حريته وكيانه، والدولة لها كامل السيادة في فرض الإطار العام، ووضع الضوابط لهذه الحرية؛ فالحرية إذن لا تعني الفوضى؛ فهي مُحدَّدَة ومنضبطة.

وتجدر الإشارة إلى أن المُشَرِّع الدستوري عندما أضفى سياجًا من الحماية على الحرية الشخصية فإنه يقصد بذلك المصلحة العامة، في حدود القوانين واللوائح، من

(14) محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، ط1، جامعة الكويت، 2006، ص187 و188.

(15) فهيد عبدالله العجمي، مفهوم الحريات الشخصية في الفقه وأحكام المحكمة الدستورية الكويتية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل، دولة الكويت، س12، ع21، فبراير 2019، ص184.

(16) حكم المحكمة الدستورية في الكويت رقم 6 لسنه 2006، الصادر بتاريخ 26 يوليو 2006.

دون انحراف أو تعسف في استعمال السلطة؛ فمن باب أولى عندما تلغي المحكمة نصًا، أو عبارة منه، أن تراعي ضوابط العرف السائد، وتقاليد المجتمع وآدابه، ونصوص الشريعة التي يستمد منها نصوصه[17].

ولعل من المفيد أن نذكر أنه عندما أُثيرت مسألة النقاب في قضاء مجلس الدولة المصري، رأت المحكمة أن ارتداء النقاب يعتبر من الحرية الشخصية، ولا يجوز حظره؛ لأن الحظر يتعارض مع الدستور، خصوصًا أن النقاب فيه رأي شرعي يسانده[18].

وعلى العكس من ذلك رأى القضاء في مجلس الدولة الفرنسي أن الحجاب في فرنسا يعد رمزًا دينيًّا يتناقض مع المبادئ العلمانية؛ فرأت حظره في المدارس والجامعات والمؤسسات التعليمية، وأي رمز يشير إلى أي ديانة، ورتبت على ارتداء النقاب في الأماكن العامة عقوبة الغرامة بمقدار 150 يورو، والسجن 5 سنوات، كما تم اعتقال ما يزيد على 1500 امرأة بهذا الشأن[19].

كما رأت المحاكم في فرنسا أن ارتداء «المايوه الإسلامي» الذي يغطي معظم الجسم، على شواطئها، يعد فعلًا محظورًا يمس الاقتناعات الدينية للآخرين، وبالتالي نتيجة المبادئ العلمانية ترى المحكمة أن الشاطئ يجب أن يخلو من المظاهر أو الرموز الدينية[20].

غير أن المحكمة الدستورية الكويتية، في حكمها في الطعن رقم 5 لسنة 2021، الصادر في 16 فبراير 2022، رأت جانبًا من الحرية في حق المُتَشَبِّه بالجنس الآخر، ولم ترَ حرية السواد الأعظم في المجتمع المسلم المحافظ على عاداته وتقاليده ودينه. وقد كفل الدستور الكويتي الحقوق والحريات في مختلف مجالات الحياة، وتعرضت نصوص الدستور الكويتي لتلك الحقوق والحريات بإشارات مباشرة، وغير مباشرة. ولا جدال في أن الحرية تعتبر من الحقوق الشخصية، وهي ما يمكن الإنسان من مزاولة نشاطه، مثل حرية التنقل والتملك والسكن والرخص العامة والتراسل[21].

فديباجة الدستور تنص على إرساء دعائم ما جُبلت عليه النفس العربية من اعتزاز بكرامة الفرد، وهذا ما أكدته أيضًا المادة (29)، عند إشارتها إلى الكرامة الإنسانية، وتساوي الناس فيها؛ لذلك أتى الدستور الكويتي ووضع القواعد والمبادئ العامة للحرية، ثم أتت

(17) حسني درويش عبدالحميد، ماهية القرار الإداري وقوته التنفيذية، ط1، معهد الكويت للدراسات القضائية، وزارة العدل، دولة الكويت، يونيو 2020، ص464.

(18) طعن قضائي مصري رقم 6572 لسنة 45 القضائية عليا، 20 أكتوبر 2007.

(19) حسني درويش عبدالحميد، مرجع سابق، ص469.

(20) المرجع السابق، ص470.

(21) أحمد المطيري ومحمد الرشيدي، مرجع سابق، ص168.

القوانين الأخرى، ومنها قانون الجزاء الكويتي؛ لكي يكفل ضمان استمرار هذه الحريات من دون تعدٍّ من أحد عليها.

ولا ريب في أن الدستور الكويتي نص في المادة (30) على أن «الحرية الشخصية مكفولة»؛ فالحرية الشخصية تشمل كل ما يلتصق بشخص الإنسان من حقوق وحريات، وبالتالي لا تخرج عن الإطار العام لقوانين الدولة؛ بل تجب مراعاة النظام العام والآداب، وهو واجب مفترض على الجميع من مواطنين وأجانب.

وعليه فإن الحرية المكفولة دستوريًّا يحدها الإطار العام من الدستور الكويتي الذي ينص في المادة (2) على أن دين الدولة هو الإسلام، وكذلك المادة (9) التي تنص على أن الأسرة أساس المجتمع، وقوامها الدين والأخلاق. وتحدها القوانين الأخرى التي تُجرِّم الفعل الفاضح، أو التحريض على الفسق والفجور.

ففي غالب نصوص القانون الجنائي عندما يتطرق المُشَرِّع إلى الجريمة يبيِّن عناصرها وأركانها، إلا أنه في بعض الأحيان يصف الفعل المادي في الجريمة من دون أن يُعرِّفَه، كما في هتك العرض والاغتصاب والفعل الفاضح، على اعتبار أن ذلك مما سيقوم به الفقه والقضاء وفقًا لظروف وملابسات الدعوى؛ فالتَّشَبُّه بالجنس الآخر مذموم ومُحرَّم شرعًا لما فيه من المفاسد.

كما أن ربط المحكمة الدستورية، في أسبابها، بإشارتها إلى المادة (30) بأن الحرية الشخصية مكفولة لا يفهم منه أنها دعوة لإطلاق العنان للشهوات أو الرذيلة، أو دعوة للتشبه بالجنس الآخر. وإنما كان المقصود أن الأصل هو عدم المساس بحرية الشخص عن طريق التجريم غير المنضبط. ومع ذلك فإننا نرى أن النص كان واضحًا ولا يحتمل التجهيل.

رابعًا: سلطة تقدير النص لدى القائمين على تنفيذ القانون وتطبيقه

بيَّنت المحكمة أن عبارة التَّشَبُّه بالجنس الآخر واسعة، وصياغتها تنطوي على غموض يجعلها تلتبس بغيرها، ويصبح تقدير الأمر متروكًا للجهات القائمة على تطبيق القانون، وفقًا لتقديرها ومن دون ضابط يُقيِّدها، وربما يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير لدى أعضاء الضبط، بسبب غياب معيارٍ منضبط لها. وعلية نطرح هذا التساؤل: هل يصلح العرف السائد أن يكون معيارًا ضابطًا للحرية؟

يعتبر العرف من أقدم مصادر القاعدة القانونية في تاريخ المجتمعات العربية والأجنبية، بل إن القوانين لم توضع بشكل مكتوب إلا بعد أن أحس الناس بضرورة

تدوين هذه الأعراف على شكل مكتوب؛ فالطريق الطبيعي لخروج القوانين كان أعرافًا شعر المجتمع بأهمية تدوينها.

وهذه دلالة واضحة على أن المصدر الرسمي الذي يجب اللجوء إليه هو التشريع المكتوب قبل أي مصدر آخر. والتشريع المكتوب يمكن تقسيمه إلى ثلاث درجات، هي: الدستور والقانون واللوائح؛ فالأدنى لا يخالف الأعلى. وإذا تعارض تشريعان يُطبَّق التشريع الأعلى، وهذه هي المصادر الرسمية. وإذا لم تكن واضحة فيمكن اللجوء إلى المصادر الاحتياطية، وهي أحكام الفقه الإسلامي والعرف. كما حددتها الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي. ويمكن تعريف العرف بأنه «مجموعه من القواعد القانونية غير المكتوبة التي تنشأ من اعتياد الناس على سلوك معيَّن، فترة زمنية طويلة، إلى درجة الاعتقاد بإلزامية هذا السلوك»[22].

فالعرف المُنْضَبط يمكن أن يتشكَّل من خلال تكون الركنين المادي والمعنوي في العرف؛ فالركن المادي للعرف يفترض أن هذا العرف مستمر ومطرد لفترة زمنية مستمرة ومطردة؛ فأولًا: يجب أن تكون العادة عامة، بمعنى ألَّا تقتصر على عدد محدود من الأفراد؛ فيكفي أن تكون هذه العادة متبعة من أغلبية الشعب. ثانيًا: أن تكون العادة العرفية قديمة، أي لا بد من اتصافها بالقدم، وهذا الأمر متروك تقديره للقضاء. ثالثًا: أن تكون العادة العرفية ثابتة ومستقرة، أي يطبقها المجتمع في كل الأوقات؛ فهي مستمرة وغير منقطعة. رابعًا: ألَّا تخالف العادة النظام العام؛ فإنّ أي عادة كانت ثابتة وقديمة في نفوس البشر أو سلوكياتهم لا يجوز لها أن ترقى إلى العرف إذا كانت تخالف النظام العام والآداب العامة[23].

فالعرف قد يعتبر مثل القانون، والقانون يجب أن يتوافق مع المبادئ العامة، الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية. وهو صريح ما ذكرته المذكرة التفسيرية للقانون المدني من أن العرف المعتبر هو الذي لا يخالف النظام العام، أو الآداب العامة التي تقوم عليها الجماعة.

وبمفهوم المخالفة فإن أي عرف يتنافى مع النظام العام والأخلاق التي تبنى عليها الجماعة لا يعد عرفًا معتبرًا، وإن طال الزمان به[24]. أما فيما يتعلق بالركن المعنوي فهو اعتقاد بإلزامية القاعدة العرفية التي تلزم بعقاب من يخالفها؛ فالعرف له دور كبير في

(22) محمد الألفي، نحو نظرية عامة للعرف في التشريع الإسلامي، مجلة المحامي، جمعية المحامين، دولة الكويت، س12، أبريل – يونيو، 1989، ص153.

(23) أحمد المطيري ومحمدالرشيدي، مرجع سابق، ص94.

(24) المذكرة التفسيرية للقانون المدني، ص9.

تحديد مجال الأفعال التي تدخل في فكرة الأسباب المباحة، مثل دور العرف في تحديد أفعال حق التأديب بالنسبة إلى الأب مع ابنه. أو الرسومات أو العبارات التي لا تدخل في باب السب والقذف؛ لأنها عرفٌ يدخل في نطاق النقد المباح، أو حرية النشر[25].

واستخلاصًا لما سلف بيانه؛ فرجل الشرطة – في أثناء ضبطه المُتَشَبِّه بالجنس الآخر – يراعي العرف في ذلك، وكما يستدل بالملابس ومساحيق التجميل والإشارات والحركات التي يقدم عليها من يتشبه بالنساء؛ فرجل الشرطة يطبق صحيح القانون ويده غير مطلقة في ذلك؛ فأي تعسف من رجل الشرطة بإحالة الأفراد إلى جهات تحقيق من دون استظهار مظاهر التَّشَبُّه على وجه الدقة يعرضه للمساءلة القانونية. فالحجة التي يسوقها البعض بأن المادة (198) تطلق يد السلطة، متمثلة في وزارة الداخلية، للقبض على النساء لمجرد لبس الملابس الرياضية، أو البنطال، هي أمر يخالف الواقع والقانون، وهي أقرب إلى المبالَغة.

فهناك تبعية مأموري الضبط القضائي للنيابة العامة، وخضوع أعمالهم لإشرافها. ويجب على مأمور الضبط القضائي، في حال التلبس بجناية أو جنحة، أن ينتقل فورًا إلى محل الواقعة. وفي حال القبض على أي متهم يجب على رجل الشرطة أن يخطر جهات التحقيق بالواقعة فورًا. وكل ذلك لا يمنع من إقامة دعوى جزائية، أو مدنية، أو الشكوى الإدارية على رجل الشرطة في حال تعسفه في استعمال صلاحياته.

فضلًا على ذلك إن العرف يعتبر قانونًا يخضع القاضي – في تطبيقه وتفسيره – لرقابة محكمة التمييز. وقد صدرت أحكام تمييز في حالات التَّشَبُّه بالجنس الآخر تدين ذلك وفقًا لصحيح القانون. وأحكام أخرى بالتعويض لمتهمين بالتَّشَبُّه نتيجة خطأ سلطات الضبط في تطبيق القانون. وبالتالي تمت مساءلة رجال الشرطة أمام القضاء، وجبر الأضرار الناجمة عما ارتكبوه من أخطاء أدت إلى الاعتداء على الحريات الشخصية.

ومن هذا المنطلق نشير إلى الطعن بالتمييز رقم 2015/623، مدني/ 1 المُؤرَّخ في 25 أكتوبر 2021، بإلزام وزارة الداخلية بتعويض مواطنة بـ 4 آلاف دينار على سبيل التعويض الأدبي، إزاء القبض عليها من دون دليل أو مقتضيات، بذريعة التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

وعليه نورد أهم الوقائع في الدعوى: إنه في العام 2012 استوقف ضابط شرطة ووكيل ضابط مواطنة، واصطحباها إلى مخفر الشرطة بدعوى ارتكابها جريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وتحفظا عليها، ثم حوَّلاها إلى المباحث الجنائية التي حوَّلتها إلى مباحث

(25) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات – القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص85.

الآداب، ثم أُخطرت بعدم انطباق التهمة في حقها، وأُخليت سبيلها بعد فترة من الاحتجاز والإجراءات.

ثم تقدمت المواطنة بشكوى إلى الإدارة العامة للرقابة والتفتيش بوزارة الداخلية، وتمت محاسبة – رجال الشرطة – إداريًا بسبب الخطأ، وقد أقامت المواطنة الدعوى لما ألحق بها ذلك الخطأ من أضرار مادية وأدبية. وحكمت محكمة الدرجة الأولى بإلزام المدعى عليهم بمبلغ 3000 دينار تعويضًا أدبيًا، واستأنفت المواطنة ووزارةُ الداخلية الحكم، فقررت محكمة الاستئناف رفع التعويض إلى 8 آلاف دينار، فتم الطعن على الحكم أمام التمييز، ثم حكمت محكمة التمييز بتعويض المواطنة بـ 4000 د. ك.

وقالت المحكمة، في حيثيات حكمها، إن موظفَيْ وزارة الداخلية استوقفا المواطنة بمبرر جريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وتم التحفظ عليها، وعرضها على المباحث الجنائية والآداب. ورأت محكمة التمييز أن ما أتاه رجال الشرطة من أعمال مادية ينطوي على سلوك معيب، وخروج عن مقتضيات الواجب الوظيفي. ولا مناص من القول إن الخطأ الموجب للمسؤولية عن التعويض يتحقق بالانحراف عن السلوك المألوف، وما يلتزم به الشخص العادي من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير في مثل الظروف المحيطة بالمنسوب إليه الخطأ.

كما أن أعمال الضبط التي لا تسأل الدولة عنها تقتصر على الأوامر والإجراءات التي تصدر، أو تتخذ من مأموري الضبطية القضائية، في نطاق الاختصاص الذي خوَّلهم إياه القانون، وهي التي تعد أعمالًا قضائية، أما مجرد ارتكاب أعمال مادية فلا يعد من هذا القبيل، ولو صدر من موظف عام.

إن الأعمال المادية الصادرة من رجال الشرطة، في أثناء، أو بسبب، تأديتهم أعمال وظيفتهم ليس هناك ما يحول دون تدخل القضاء لتقرير مسؤولية وزارة الداخلية عن جبر الأضرار الناجمة عما وقع من خطأ تابعيها أدى إلى الاعتداء على الحرية الشخصية، وما كانوا يساقون إليه لو تحروا الدقة في تنفيذ الأوامر الصادرة إليهم.

وتجدر الإشارة إلى نص المادة (45) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية في فقرتها الأولى التي جاء فيها أن «لرجال الشرطة عند قيامهم بالتحريات أن يستعملوا وسائل البحث والاستقصاء التي لا تضر بالأفراد ولا تقيِّد حرياتهم»، بمعنى أن أي قيد يرد على الحرية الشخصية في غير الحالات المقررة قانونًا، مثل عمليات القبض التي يقوم بها رجال الشرطة لدى قيامهم بالتحري أو جمع الاستدلال، يجب أن يتم وفقًا لأحكام القانون.

وأي خروج من رجال الشرطة على ذلك يستلزم مساءلتهم، بغض النظر عن حسن أو سوء نياتهم؛ لأن ما ارتكبوه لا يعدو أن يكون عملًا ماديًا غير مشروع تلزم المادة (2/227) من القانون المدني مرتكبه بالتعويض عما أحدثه فعله من ضرر بالغير، سواء تعمد هذا الإجراء أو رجع خطؤه إلى إهماله وتقصيره.

ولعل من نافلة القول بيان أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة إليها، وموازنة بعضها ببعض، وترجيح ما تطمئن إليه منها، واستخلاص ما تراه متفقًا مع واقع الدعوى، ومعرفة الخطأ الموجب للمسؤولية، وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، باعتبار أن ذلك من وسائل الواقع التي تستقل بها متى كان استخلاصها سائغًا ومردودًا إلى أصل ثابت في الأوراق، ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها[26].

إن خطأ رجل الشرطة في استعمال سلطته التقديرية، بإحالة المُتَشبِّه بالجنس الآخر، لا يبرر للمحكمة إلغاء النص؛ لأن البعض قد يعتبر أن المحكمة الدستورية انحرفت باستعمالها لسلطتها بالإلغاء. وبالقياس على ذلك إذن نتساءل: هل يتم إلغاء بعض القوانين الخاصة بالقبض والتفتيش التي غالبًا ما يكون فيها سوء تقدير من بعض أفراد الشرطة. إن تبرير إلغاء النص بسوء استعمال رجل الشرطة سلطته يُعد اتجاهًا منتقدًا؛ فأي تجاوز للسلطة التنفيذية، أو عدم وضوح الصلاحيات الممنوحة لا يعني إلغاء النص.

وبطبيعة الحال فإن رجال الشرطة مُقيَّدون بالقانون، ومتى ما تجاوزوا القانون فإن هناك مسؤولية جنائية ومدنية وإدارية في انتظارهم. وبالتالي فإن التسبيب الذي ساقته المحكمة الدستورية في الطعن رقم 5 لسنة 2021، الصادر في 16 فبراير 2022 بأن عدم تحديد التشبُّه يطلق العنان لسوء التقدير لدى أعضاء الضبط، بسبب غياب معيار منضبط له يكون قد جانبه الصواب؛ فالعرف يحكم هذه المسألة وأي خطأ من الشرطة يستدعي المساءلة.

خامسًا: الحكم يعارض ما جاء في صريح المادة (2) من الدستور بأن دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

نصت المادة الثانية من الدستور الكويتي على أن «دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع»، وأن أحكام الفقه الإسلامي والقواعد الفقهية مأخوذة من الشريعة الإسلامية التي تصلح لكل زمان ومكان. وهي تنظم شؤون البلاد والعباد في مختلف مناحي الحياة، وذلك بحسبان أن القانون المدني اعتبرها مصدرًا احتياطيًا أولًا إذا لم يجد النص في المسألة المعروضة عليه.

(26) الطعن لدى محكمة التمييز الكويتية رقم 2015/623، مدني/ 1، المؤرخ في 25 أكتوبر 2021.

ويمكن القول إن الدستور الكويتي، والقانون المدني الكويتي، وضعا القواعد العامة في الأخذ من الشريعة الإسلامية. وكما أن المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي أشارت إلى «توجيه المُشَرِّع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكمًا لها، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تماشيًّا مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن»[27].

ويرى الباحثان أن حكم المحكمة الدستورية، في الطعن رقم 5 لسنة 2021، الصادر في 16 فبراير 2022، والذي قضى بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء، فيما تضمنه النص من تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر، ينتقص من بعض المواد الدستورية التي وضعت اعتبارًا للشريعة الإسلامية. كما أن المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي لم تقف على المادة الثانية من الدستورعند حد النص على أن «دين الدولة الإسلام»، بل نصت كذلك على أن الشريعة الإسلامية – بمعنى الفقه الإسلامي – مصدر أساسي للتشريع.

إن هذا النص الوارد بالدستور، والذي قرر أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، هو ما يُحمِّل المُشَرِّع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما استطاع إلى ذلك سبيلًا. فلا لبس ولا غموض في دعوة المُشَرِّع إلى الاهتداء بأحكام الشريعة، سواء أخذ بها المُشَرِّع كاملة وفي كل الأمور، أو طبقها بشكل تدريجي على فترات زمنية متباعدة.

وبالتالي وجب على المُشَرِّع الكويتي أن يستهدي بأحكام الشريعة الإسلامية. ولا نقصد أحكام الشريعة الإسلامية بالمعنى الضيِّق من تطبيق الحدود أو العقوبات التعزيرية، بل إن المقصد من ذلك هو أن الحكم قد خالف القواعد الفقهية الشرعية في تفسير النصوص؛ فالقاعدة الفقهية تنص على «الأمور بمقاصدها»، والقاعدة الثانية «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني»، والقاعدة الثالثة «مقاصد اللفظ على نية اللافظ».

إن المذكرة الإيضاحية لنص المادة (198) من قانون الجزاء قد ساقت التبرير في تعديل المادة المذكورة آنفا، بسبب أن التَّشَبُّه أمر منهي عنه شرعًا، ومُستنكرٌ. وساقت المذكرة الإيضاحية الحديث «لَعَنَ رَسولُ اللَّه صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ المُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بالنِّسَاءِ، والمُتَشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بالرِّجَالِ»[28]. وقد وضعت بذلك معيارًا واضحًا في حدود التَّشَبُّه، وهو تزيي جنس بملابس الجنس الآخر، وفق العرف بالبلاد، أو تقمص شخصية الآخر.

(27) المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي.

(28) رواه عبدالله بن عباس، صحيح البخاري، رقم 5885.

كما أن إدارة الفتوى والتشريع أفادت بأنه لا جريمة في التشبه بالنساء في أداء ممثل دورًا مسرحيًا. على سند من القول إن التمثيل المقصود هنا يعتبر تنفيذًا لفكرة العمل المسرحي. وبالتالي يدخل في إطار التوظيف الإبداعي، وتوصيل الرسالة المجتمعية، من خلال العمل المسرحي. وهو فعل يخلو من الركن المعنوي، ولا يعكس انحرافاً في السلوك.

سادسًا: أنواع التفسير وقواعده والتفات المحكمة الدستورية عن اتجاهات محكمة التمييز بشأن جرائم التَّشَبُّه بالجنس الآخر

إن هناك العديد من أحكام الإدانة على المُتَشَبِّهين بالجنس الآخر، كان من الأجدى النظر فيها بتمعن، حيث إن قواعد التفسير الجزائي لا تخرج عن ثلاثة أمور؛ فهي إما تفسير تشريعي، وإما تفسير فقهي، وإما تفسير قضائي؛ فالتفسير عملية ذهنية تستهدف إدراك مضمون القاعدة القانونية ونطاقها؛ فليس مقبولاً أن يكون هذا التفسير ضيِّقًا أو واسعًا؛ فالتفسير يستدعي – بالضرورة – الكشف عن إرادة المُشَرِّع، والغاية والمصلحة التي أراد حمايتها.

إن التعديل التشريعي لنص المادة (198)، وإضافة تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر، كان بسبب وجود التَّشَبُّه كظاهرة بدأت في الانتشار، واعتُبرت من الظواهر السلبية الدخيلة على المجتمع الكويتي العربي المسلم. الذي وَرِثَ فيه الرَجلُ الشجاعةَ والإقدَامَ والشهامةَ والكَرمَ، لا التَّشَبُّه أو النعومة والكسل. ووفق الأصل فإن النص الجزائي يجب أن يكون واضح المدلول صريحًا، إلا أنه في بعض الأحيان قد يحتمل التأويل أكثر من وجه، وعندها يجب النظر في أنواع التفسير، ثم قواعد تفسير القانون الجنائي.

أ- أنواع التفسير

1- **التفسير التشريعي:** وهو نوع نادر الحدوث، يكون من خلال قيام المُشَرِّع بإصدار قانون لتفسير قانون سبق صدوره؛ فالقاعدة أن القانون المفسر يصدر عادة عن السلطة التي أصدرت القانون الغامض[29].

2- **التفسير الفقهي:** وهو ما يصدر من أساتذة الجامعات وشراح القانون، من خلال الكتب والمؤلفات والأبحاث والتعليق على الأحكام. ولا يحوز هذا التفسير أي قوة مُلزِمة[30].

(29) مبارك عبدالعزيز النويبت، شرح المبادئ العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط2، د.ن، دولة الكويت، 2010/ 2011، ص102.

(30) المرجع السابق، ص102.

3- **التفسير القضائي:** بمعنى آخر هو الاجتهاد القضائي، وهو أمر معتبر في القضاء، وحتى لا يكون هناك تعارض في الأحكام القضائية، تسعى الدول إلى إنشاء ما يسمى محكمة التمييز للفصل في أي قضية أُخطأ القاضي في تفسير القانون فيها[31].

ب- قواعد التفسير

غالبا ما يؤدي التفسير الحرفي لنصوص القانون إلى نتائج غير مقبولة، عقلًا ومنطقًا. وكما أنه يجب على القاضي أن يجتهد في تلمس غرض المُشَرِّع من التجريم، ويقارنه بالنصوص الأخرى[32]. فالراجح أن يكون التفسير كاشفًا لإرادة المُشَرِّع، ويبحث عنه القاضي بكل الوسائل؛ فلا يكون التفسير ضيِّقًا ولا واسعًا، وإنما يكون من خلال استظهار إرادة المُشَرِّع[33].

ونُفَرِّق بين حالتين:

الحالة الأولى: وضوح النص، بمعنى أن مقصود المُشَرِّع واضحٌ جليٌّ، فهنا لا يجوز للقاضي أن يحكم بما يخالف النص؛ لأن إرادة المُشَرِّع واضحة وظاهرة، حتى لو شعر القاضي بعدم العدل؛ فليس من سلطة القاضي تحريف مقصود النصوص.

الحالة الثانية: غموض النص، وهنا يلجأ القاضي إلى الأعمال التحضيرية، والظروف المحيطة بوضع النص، والنظر في المذكرات الإيضاحية الشارحة له. وبالتالي يمكن للقاضي تطبيق النص على الوجه الصحيح. وإن الناظر في المذكرة الإيضاحية لنص المادة (198) يرى – بكل وضوح – أن قصد المُشَرِّع في تجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر هو الحفاظ على الآداب العامة، والحفاظ على الأحداث من التعرض للانحراف.

وكان من الأولَى النظر إلى الغاية من تجريم التَّشَبُّه، لا النظر في عدم النص على حدود التَّشَبُّه. وإن النعي على أن عبارات النص جاءت واسعة وفضفاضة يعتبر غير سليم (من وجهة نظر الباحثين)، فلباس النساء واضح، ولباس الرجال كذلك معروف. كما أن القانون الجنائي لا يخلو من العموم في الألفاظ التي لم يحدد المُشَرِّع لها تحديدًا دقيقًا، مثل الآداب العامة، والنظام العام، والفعل الفاضح... وغيرها، وهو أمر طبيعي في النصوص القانونية أن تكون عامة ومجردة؛ فالنص العام يبقى على عمومه ما لم

(31) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(32) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1952، ص84 و85.

(33) مبارك النويبت، مرجع سابق، ص104.

يُخصَّص، والمطلق يبقى على إطلاقه ما لم يُقيَّد. وإنه من الواجب التحرز في تفسير القوانين الجزائية والتزام الدقة فيها، وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل؛ فالأصل النظر في قصد المُشَرِّع، والبحث عن إرادته الحقيقية ومقصوده[34].

وأشارت محكمة النقض، كذلك، إلى «أنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنه يجب أن تعد تعبيرًا صادقًا عن إرادة الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل، أيًّا كان الباعث إلى ذلك، ولا الخروج عن النص متى كان واضحًا جليَّ المعنى قاطعًا في الدلالة على المراد منه بدعوى الاستشهاد بالحكمة التي أملته؛ لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما تكون عند غموض النص، أو وجود لبس فيه، وإذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لا مع حكمتها، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه»[35]، ومن هنا نفهم أن غاية المُشَرِّع كانت حفظ الأسرة والنشء من التَّشَبُّه، والحرص على أخلاقهم وفطرتهم.

وحيث إن حكم المحكمة الدستورية أورد من أسباب إلغاء فقرة «التَّشَبُّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، فإن الأفعال المُؤَثِّمة يجب أن تحدَّد بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها. وإن الأصل في النصوص الجزائية أنها تصاغ في حدود ضيِّقة. إن هذا التسبيب منتقد من وجه «أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»؛ فالعرف والعادة محكمان في معرفة ما هو تشبه من عدمه، ولو افترضنا جدلا أن المُشَرِّع حدد الأفعال بما يعد تشبُّهًا بالجنس الآخر في قانون الجزاء، فهذا النص سيتغيَّر؛ لأن العبرة والغاية من التجريم هما التَّشَبُّه، وعلة التجريم هي المحافظة على الدين والأخلاق والأعراف؛ فالنص على أفعال التَّشَبُّه – على سبيل الحصر – لا يُتَصوَّر عقلًا. ويرى المؤلفان أن الأقرب إلى الصواب هو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية لنص المادة (198) من أن التَّشَبُّه بالجنس الآخر يُعرف من خلال التزيي وتقمص شخصية الآخر.

ومن زاوية أخرى فإن المحكمة الدستورية، في حكمها الصادر بالدعوى المقيَّدة برقم 20 و21 و22 لسنة 2013، قضت برفض الدعوى، وعكفت على شرح عناصر التجريم عندما قضت بدستورية نص المادة (25) المتعلق بتجريم المساس بالذات الأميرية، وبررت انضباط النص وعدم غموضه، بينما لم تقم بالأمر ذاته في نص المادة (198) المتعلق بتجريم التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وقضت بغموضه وعدم دستوريته.

(34) نقض 18 مايو 1965، مجموعة أحكام النقض المصرية، س16، رقم 98، ص482، 22 يونيو 1975، س26، رقم 123.

(35) نقض 22 يونيو 1975، مجموعة أحكام النقض المصرية، س26، رقم 123، ص528.

وبيَّنت المحكمة الدستورية، في حكمها الصادر بالدعوى المقيَّدة برقم 20 و21 و22 لسنة 2013، أنه يقصد بالعيب في ذات الأمير هو «التهجم الذي من شأنه أن يمثل انتهاكًا أو مساسًا بالاحترام الواجب لشخص رئيس الدولة»، وبيَّنت كذلك أن المقصود بالتطاول على مسند الإمارة هو «التعريض بنظام توارث الإمارة وكيان النظام الأميري القائم»، وليس المقصود هو حماية شخص الأمير؛ لأنه محمي بطبيعة الحال، وفق نص المادة (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 طعنًا أو عيبًا أو تطاولًا.

كما أسهبت المحكمة في حيثيات حكمها أنه، صونًا للمبادئ الصحيحة الكفيلة بوحدة الأمة وسلامة أمن البلاد من الداخل، وعدم الإضرار بها، أو تقويض نظامها، والبعد عن مظنة التعريض بالذات الأميرية، وإحلالها محلها اللائق بها من التوقير والاحترام، وفي إطار ما كفله الدستور من مقومات الحرية الشخصية وضماناتها، وإعمالا لمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون» الذي نص عليه الدستور في المادة (32)، فقد صدر القانون رقم 31 لسنة 1970، بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء، حيث نصت المادة (25) منه على «تأثيم الأفعال التي تنطوي على الطعن في حقوق الأمير وسلطته، والعيب في ذات الأمير، والتطاول على مسند الإمارة»، وحددت عقوبتها، وجعلت العلانية الركن الأول لها، فلا يقع التجريم حتى يعلن الرأي صاحبه، فإذا توافر ركن العلانية، وتوافرت معه سائر أركان الجريمة حق العقاب، والعلة الأصلية في ذلك ظاهرة؛ لأن لكل فرد حرية الرأي والتعبير، ولا عقاب على التفكير وتكوين الرأي، وإنما العقاب على إعلان الرأي المخالف للقانون، والجهر به بأي طريقة من طرق العلانية التي سردها نص هذه المادة على سبيل البيان، ولا وجه للاعتصام بأن حرية الرأي مكفولة وفقا للمادة (36) من الدستور.

وذكرت أن حرية الرأي تختلف عن بقية الحريات، في أن أثرها ليس مقصورًا على الفرد، وأن بعضها يرمي إلى تأثير الفرد في غيره، لذلك كان جانبُ تنظيمها أمرًا مباحًا لما تؤدي إليه من الفتنة والفوضى واضطراب الأمن وتفتيت السلطة؛ إذا هي قامت على وجهها المطلق، وقد حرص الدستور على تقريرها مع الإشارة إلى شأن القوانين المنظمة لها.

أما عن القصد الجنائي فهو الركن الثاني، ويستفاد حتمًا من الوقائع المكوِّنة للفعل المُؤَثَّم، والركن الثالث هو الطعن في حقوق الأمير وسلطته، والعيب في ذات الأمير والتطاول على مسند الإمارة، والمقصود حماية شخص الأمير مما عساه أن يوجه إليه من طعن في حقوقه وسلطته، ويشمل كل نقد منطوٍ على تجريح يمس الهيبة، ويؤذي الشعور، ويشتمل على التعريض، وعدم التوقير اللغوي الذي من شأنه أن يضعف من

سلطة رئيس الدولة، وينقض الحق الذي يستمده من الدستور[36].

ومما سبق بيانه يرى الباحثان أنه كان من المناسب أن تسهب المحكمة الدستورية في بيان الركن المادي والمعنوي للتشبه بالجنس الآخر، كما فعلت في حكم سابق لها في الدعوى المقيَّدة برقم 20 و12 و22 لسنة 3102، حتى تكون الأحكام متسقة ومنضبطة. ومما لا شك فيه أنَ للنصوص الجزائية خصوصيات معيَّنة، وبالتالي يجب ضبطها بشكل لا يغالي في تقييد حريات الأفراد، ولا ينتقص حقوقهم، ولا يتعدى على مبدأ البراءة المفترضة[37].

إن المحكمة الدستورية عندما تفسر نصًا من النصوص، فهي لا تفسر النص تفسيرًا حرفيًا معتمدة على المعنى اللغوي للألفاظ والمصطلحات فقط؛ فالمحكمة الدستورية لا تنظر إلى النص بمعزل عن النصوص الأخرى، بل تستظهر غاية المُشَرِّع من النص؛ فتراعي في التفسير الجانب الاجتماعي والاقتصادي والإنساني[38].

ولعل الناظر الفاحص لأحكام المحكمة الدستورية يتبيَّن أنها أرست عددًا من المبادئ التي لا يُستهان بها في تفسيرها القوانين أو مواد الدستور، ومن أهم هذه المبادئ التي قررتها المحكمة في تفسير الدستور هي تلك المتعلقة بالمرجعية القانونية للشريعة الإسلامية، كما ميَّزت المحكمة الدستورية بين الفقه والشريعة الإسلامية، وأخيرًا مبادئ الأمن القومي[39].

كما لا يفوتنا التنبيه إلى أن بعض الدول تُخوِّل المحكمة الدستورية فيها أن تصدر قرارات تفسيرية مستقلة عن الدعاوى القضائية، مثل المحكمة الدستورية في الكويت، والمحكمة الدستورية المصرية. وإن القانون المُنظِّم للمحكمة الدستورية الكويتية منحها مهمة إصدار قرارات تفسيرية لأي نص دستوري بناء على طلب مجلس الأمة، أو الحكومة إذا كان النص يثير خلافًا في التطبيق[40]. لذلك كان من باب أولى قبل تعديل نص المادة (198) من قانون الجزاء، من قبل السلطة التشريعية، أن يطلب مجلس الأمه تفسيرًا

(36) حكم المحكمة الدستورية الكويتية الصادر بالدعوى المقيَّدة برقم 20 و21 و22 لسنة 2013.

(37) بلال الصنديد، الفصل بين السلطات ورعاية الحقوق والحريات في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل، دولة الكويت، س12، ع21، فبراير 2019، ص148.

(38) يسري العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل، دولة الكويت، س12، ع21، فبراير 2019، ص10.

(39) المرجع السابق، ص34.

(40) المرجع السابق، ص27.

لحكم المحكمة الدستورية حتى يكون التعديل الجديد لجريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر مبنيًا على أسس وقواعد سليمة.

من جهة أخرى بدا واضحًا أن المحكمة الدستورية قد أعرضت عن النظر في الاتجاهات التي اتخذتها محكمة التمييز في قضايا التشبه بالجنس الآخر التي عرضت عليها، وهو ما نتبيَّنه من خلال عرض أهم أحكام محكمة التمييز في إدانة، أو براءة، المتهم بالتَّشَبُّه بالجنس الآخر، وبيان الأسس التي استندت إليها هذه الأحكام.

جـ- أحكام محكمة التمييز التي قضت بالإدانة في قضايا التَّشَبُّه بالجنس الآخر

1- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 17 سبتمبر 2020، المقيَّد بالجدول رقم 1239 لسنة 2019 جزائي/ 3، كان من ضمن التهم التي أُسندت إلى المتهم، في القضية رقم 215 لسنة 2019، حصر المخدرات والمقيَّدة برقم 211 لسنة 2019 جنايات المخدرات، أن المتهم قد تشبَّه بالجنس الآخر. وقضت محكمة الجنايات بجلسة 27 يونيو 2019 بالحبس ستة أشهر مع الشغل والنفاذ، كما أيدت محكمة الاستئناف الحكم؛ فطعن المتهم بالتمييز؛ فرفضت محكمة التمييز الطعن؛ لأنه قائم على غير أساس صحيح من القانون. ورأت المحكمة أن المتهم عندما استوقفه رجل الشرطة، كان قد أتى مجموعة من المظاهر المادية التي تقطع بحالة تشبهه بالنساء، ومنها ارتداء الملابس النسائية، ووضع باروكة شعر، ووضع مساحيق التجميل. كما أن المتهم قد أقر بذلك في التحقيقات. واطمأنت محكمة التمييز إلى أقوال ضابط الواقعة. وجاء في حكمها: «وكان من المقرر أن القانون لم يرسم شكلًا أو نمطًا يصوغ فيه الحكم بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها، متى ما كان مجموع ما أورده الحكم كافيًا في تفهم الواقعة بأركانها وظروفها، فإن ذلك يكون محققًا لحكم القانون».

كما أقرت محكمة التمييز بأن انفراد ضابط الواقعة بالشهادة لا ينال من سلامة أقواله وكفايتها كدليل في الدعوى، وأن التصوير الذي قام به الضابط يعتبر صحيحًا، كما أن محكمة الموضوع – بدرجتيها – اطمأنت إلى صحة ذلك، وعليه رُفِض الطعن بالتمييز.

2- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 15 أكتوبر 2020، المقيَّد بالجدول رقم 1139 لسنة 2019 جزائي/ 3، كان من ضمن التهم التي أُسندت إلى المتهم في القضية رقم 746 لسنة 2018، حصر حولي، والمقيَّدة برقم 256 لسنة 2018 جنايات السالمية، جنحة التَّشَبُّه بالنساء في مكان عام، صالون نسائي، وقام المتهم بهتك

عرض المجني عليها. وقضت محكمة الجنايات بحبسه خمس سنوات مع الشغل والنفاذ، ثم عدَّلت محكمة الاستئناف الاتهام، واكتفت بحبسه سنة عن التهمة الأولى، وسنة عن التَّشَبُّه بالنساء؛ فطعن المتهم بالتمييز؛ فرفضت المحكمة طعنه. ومن أهم الأسباب التي صاغتها المحكمة أن ثبوت الواقعة في حق المتهم «أنه انتقل ووصل إلى مكان الواقعة، وكان بمظهر النساء، ويرتدي ملابس نسائية، كما ورد على لسان شهود الإثبات، ومن ثم فقد توافرت جريمة التَّشَبُّه في مكان عام».

كما رأت محكمة التمييز أنه «لا يشترط في شهادة الشاهد أن تكون واردة على الحقيقة المطلوب إثباتها بأكملها، وبجميع تفصيلها على وجه دقيق، وإنما يكفي أن يكون من شأنها – في مجموعها – أن تؤدي إلى الحقيقة المطلوب إثباتها».

ويرى الباحثان أنه بإلغاء نص تجريم التَّشَبُّه من الممكن أن تزيد حالات دخول بعض الرجال من المُتَشَبِّهين بالنساء إلى الأماكن الخاصة بالنساء؛ مثل: الصالونات، ودورات المياه، والأماكن الترفيهية المخصصة للنساء؛ من نوادٍ رياضية، أو عيادات تجميلية، أو مراكز المساج... وغيرها؛ فالحكمة تقتضي تجريم التَّشَبُّه لخصوصية المجتمع النسائي. وعليه يرى الباحثان ضرورة إعادة التجريم على أساس علمي ونفسي، بحيث تكون العقوبة فيها شيء من التدابير العلاجية الإصلاحية للمُتَشَبِّه.

3- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 6 يناير 2022، المقيَّد بالجدول رقم 929 لسنة 2021 جزائي/ 3، كان من ضمن التهم التي أُسندت إلى المتهم في القضية رقم 27 لسنة 2021 جنايات المخدرات، والمقيَّدة برقم 37 لسنة 2021 حصر نيابة مخدرات، أن المتهم قد تشبَّه بالجنس الآخر؛ فحكمت محكمة الجنايات بالامتناع عن النطق بعقابه، واستأنف الحكم فتم تأييد الحكم المستأنف؛ فطعن بالتمييز، وتم رفض الطعن ومصادرة الكفالة. إن محكمة الموضوع، بدرجاتها، اطمأنت إلى صحة تصوير ضابط الواقعة، ووثقت بروايته المؤيدة ببقية أدلة الإثبات، وما ساقه من قرائن. إن محكمة الموضوع لها كامل السلطة في وزن الأدلة، وهو أمر لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز.

4- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 13 يونيو 2019 المقيَّد بالجدول رقم 119 لسنة 2017 جزائي/ 3، رقم 219 لسنة 2010 حصر المخدرات، والمقيَّدة برقم 210 لسنة 2010 جنايات المخدرات. وجاء في الحكم أن ضابط الواقعة أبصر المتهم في الساعة الرابعة والنصف صباحًا، في منطقة السالمية، وهو يرتكب مخالفة

مرورية؛ فطلب منه التوقف، وعندها لاحظ ضابط الواقعة أن المتهم مُتَشَبِّه بالنساء، من خلال المظاهر المادية، وهي تركيب عدسات، ووضع الكحل. ورأت المحكمة أن الاستيقاف صحيح، وتهمة التَّشَبُّه تعتبر جريمة مشهوده تبيح القبض والتفتيش، وعليه رُفِض الطعن بالتمييز.

5- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 6 يونيو 2021 المقيَّد بالجدول رقم 693 لسنة 2020 جزائي/ 1، أن المتهمين الثاني والثالث تشبَّها بالجنس الآخر. في هذا الحكم أشارت محكمة التمييز إلى قيام حالة التَّشَبُّه بالجنس الآخر واعتبرتها صحيحة، إلا أنها رأت أن الإجراءات الأخرى بإحالة المتهمين إلى النيابة، وطلب تحليل عيِّنات البول تعتبر تجاوزًا، وعللت ذلك بأن «تحليل البول لم يستهدف البحث عن دليل يتعلق بجريمة التَّشَبُّه بالنساء، وإنما يستهدف البحث عن دليل متعلق بجريمة أخرى». قبلت محكمة التمييز شكلاً، وفي الموضوع في شأن جريمة التشبه بالجنس الآخر. وألغي ما قضي به من حبس وغرامة، وقررت الامتناع عن النطق بالعقاب، وكفالة مالية قدرها ألف دينار، مع الالتزام بحسن السير والسلوك لمدة سنتين.

نلاحظ في هذا الحكم أن الطاعنين لم يقدما أي دليل يثبت على عدم ارتكابهما فعل التشبه، كما أن المحكمة اعتبرت الاستيقاف صحيحًا، وموافقًا للقانون.

6- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 12 يوليو 2020، المقيَّد بالجدول رقم 873 لسنة 2018 جزائي/ 1، أن المتهم السابع تشبه بالجنس الآخر. ولم تجد المحكمة صعوبة في وصف تهمة التَّشَبُّه؛ كون المتهم السابع قَدِم إلى المخيم لحضور حفلة، وكان قد جاء برداء عبارة عن بنطال جينز نسائي ضيق وبلوزة قصيرة يظهر منها بطنه وظهره، ووضع مساحيق التجميل، وأبرز صدره، وهي كلها مظاهر تقطع بحدوث فعل التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

وعليه يتبيَّن أن المحكمة تنظر في المظاهر الخارجية والأفعال المادية التي يكون المتهم قارفها، لاسيما إذا اقترنت هذه الأفعال بشهادة الشهود، أو تصوير مكان واقعة التَّشَبُّه، أو اعتراف المتهم، أو أقوال ضابط الواقعة. وتظهر الحكمة من تجريم التَّشَبُّه حيث إن المتهم السابع هُتك عرضه من قبل خمسة أشخاص تحت التهديد بسكين. وكل ذلك كان في وقت يعتبر التَّشَبُّه بالجنس الآخر جريمة.

ويرى الباحثان أن عدم التجريم سيفتح الباب أمام انتشار الظواهر السلبية التي لا ترضاها الفطرة السليمة، فضلاً على إتيان أفعال مجرمة في نصوص قانون الجزاء، غالبًا ما تكون مرتبطة في أحوال المُتَشَبِّهين بالجنس الآخر.

د- أحكام محكمة التمييز التي قضت بالبراءة في قضايا التَّشَبُّه بالجنس الآخر

تقتضي الأمانة العلمية الإشارة إلى أن هناك بعض الحالات التي قضت فيها محكمة التمييز بعدم توافر صفة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وهو ما تجلى في عدد من الأحكام من بينها:

- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 17 يناير 2021، المقيَّد بالجدول رقم 63 لسنة 2020 جزائي/ 1، أن المتهم تشبَّه بالجنس الآخر؛ ما استدعى من ضابط الواقعة ضبطه وتفتيشه، وأسفر التفتيش عن وجود مواد مخدرة في بنطاله. ورأت المحكمة «أن ما أورده الحكم، نقلًا عن شاهد الإثبات، من أن الطاعن عند استيقافه كان مُتَشَبِّها بالنساء من دون بيان مظاهر وصور التَّشَبُّه بالجنس الآخر، بما لا يوفر الدلائل التي تقطع بذاتها بارتكابه جريمة معينة». واعتبرت المحكمة أن في هذه الحالة لا تقوم حالة التلبس؛ فلا يجوز القبض أو التفتيش. وأن ما قام به رجل الشرطة من إجراءات تعتبر غير مشروعة، وقضت المحكمة ببراءة المتهم.

  نلاحظ في هذا الحكم أن المحكمة لم تطمئن إلى أقوال ضابط الواقعة، وأنها خلت من صور التَّشَبُّه، وبالتالي حكمت بالبراءة.

- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 17 أكتوبر 2021، المُقيَّد بالجدول رقم 631 لسنة 2021 جزائي/ 1 في القضية رقم 365 لسنة 2020 حصر المخدرات، والمقيَّدة برقم 355 لسنة 2020 جنايات المخدرات، أن محكمة الجنايات أسندت تهمة التَّشَبُّه خطأ؛ لأن أركانها كانت منتفية؛ فحمل المتهم باروكة الشعر في يده لا يبيح لرجل الشرطة اعتباره متلبسًا بجريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

  نلاحظ أن محكمة التمييز ترى أن حمل المتهم باروكة الشعر لا يعني أن المتهم مُتَشَبِّه بالنساء، كما أن في هذا الحكم اعتبرت محكمة الجنايات الفعل تشبُّها، وبرأت محكمة الاستئناف المتهم من جريمة التَّشَبُّه.

- في حكم محكمة التمييز المُؤرَّخ في 20 يونيو 2019، المقيَّد بالجدول رقم 67 لسنة 2017 جزائي/ 3، في القضية رقم 2112 لسنة 2013 جنايات المخدرات، والمقيَّدة برقم 2116 لسنة 2013 حصر المخدرات، أن المتهمة الثانية من المُتَشَبِّهين بالرجال، وفق ما يتبيَّن من ظروف الواقعة، ولم تسند المحكمة إلى المتهمة جريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر (ذكر)، وذلك لأن المتهمة الثانية أثبتت للمحكمة أنها تُعالَج في «الطب النفسي» من موضوع مرض التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

ويتبيَّن مما سبق التالي:

- إن جريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر واضحة المعالم محدَّدة الأركان، والأفعال المادية فيها ظاهرة تساند بعضها بعضًا.
- إن محكمة الموضوع لها كامل السلطة في وزن الأدلة، وهو أمر لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز.
- لم توجه المحكمة تهم التَّشَبُّه لبعض النساء المُتَشَبِّهات بالرجال، وذلك لوجود ما يثبت تلقيهن العلاج من التَّشَبُّه بالجنس الآخر في مراكز الطب النفسي.
- إن محكمة التمييز إذا لم تطمئن لأقوال ضابط الواقعة، أو إذا خلت الإحالة من صور التَّشَبُّه القاطعة، فستحكم بالبراءة.
- إن محكمة التمييز ترى أن حمل المتهم باروكة الشعر لا يعني أنه مُتَشَبِّهٌ بالنساء؛ فيجب أن يقترن ذلك بمجموعة من الأفعال تقطع بوجود التَّشَبُّه، ومنها: وضع مساحيق التجميل والكحل، والعدسات، ولبس ملابس النساء، وإبراز الصدر، وذلك لا يدع مجالًا للشك في أن المتهم يقوم بفعل التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

سابعًا: التفات المحكمة الدستورية عن قانون الأحداث رقم 111 لسنة 2015 الذي اعتبر أن الحدث المُتَشَبِّه معرضٌ للانحراف

تنص المادة (9) من الدستور الكويتي على أن «الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها، ويقوي أواصرها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة». وأصدر المُشَرِّع الكويتي قانون الأحداث رقم 111 لسنة 2015، وقد نص في المادة (1) على أن «الحدث المعرض للانحراف: كل حدث يوجد في إحدى الحالات الآتية: أ- إذا خالط المنحرفين أو المشتبه بهم أو الذين اشتهر عنهم سوء السيرة أو انضم لجماعات إرهابية أو متطرفة.. هـ - التَّشَبُّه بالجنس الآخر واعتناق أفكار ومعتقدات متطرفة كعبدة الشيطان والتطرف الديني».

ومما تنبغي الإشارة إليه أن الطاعن لم يشمل ما ورد في البند (ز) من المادة الأولى في القانون رقم 111 لسنة 2015 في شأن قانون الأحداث الجديد، حيث تناول المُشَرِّع حالة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، معبرًا عنها كحالة يكون فيها الحدث معرضًا للانحراف، وهو ما عبر عنه المُشَرِّع في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، بإضافة حالتين لحالات التعرض للانحراف، من بينها التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

نلاحظ أن القانون رقم 111 لسنة 2015 (الخاص بالأحداث) اعتبر التَّشَبُّه بالجنس الآخر أمرًا يستلزم الملاحظة والرعاية والعناية؛ فاعتبر الحدث معرضًا للانحراف إذا كان

مُتَشَبِّها بالجنس الآخر، وذلك أن التَّشَبُّه لا يأتي فجأة، وإنما غالبًا ما يكون مصحوبًا بسلوكيات وأمور تأنفها الفطرة السليمة، وقد يؤدي فيها تأخر إصلاح الحدث المُتَشَبِّه بالجنس الآخر إلى أمور مُجرَّمة قانونًا، وبالتالي تؤثر على الأسرة والحدث المنحرف والمجتمع ككل.

ويعتقد الباحثان أن الحكم بعدم التجريم لفعل التَّشَبُّه بالجنس الآخر للأسباب التي صاغتها المحكمة، يمكن أن يفتح الباب لمزيد من حالات التَّشَبُّه، وبالتالي قد تصاحبها مزيد من حالات العنف الأسري من قبل الأباء على أبنائهم، أو من يتولى رعايتهم، من منطلق مفهوم المسؤولية القانونية في التأديب، فضلا على أن يكون المُتَشَبِّه بالجنس الآخر عرضة للتنمر والنبذ الديني والمجتمعي.

إن القانون رقم 16 لسنة 2020، في شأن الحماية من العنف الأسري، نص في المادة الأولى على تعريف العنف الأسري بأنه: «كل شكل من أشكال المعاملة الجسدية، أو النفسية، أو الجنسية، أو المالية، سواء أكانت فعلًا أم امتناعًا عن فعل، أم تهديدًا بهما، يرتكب من أحد أفراد الأسرة ضد فرد أو أكثر منها، متجاوزًا ما له من مسؤولية قانونية، وذلك وفق الأفعال أو الجرائم المنصوص عليها في التشريعات الوطنية كافة».

ثامنًا: آثار الحكم التي يرتبها حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء بشأن التَّشَبُّه بالجنس الآخر

إن الآثار التي يرتبها حكم المحكمة الدستورية يمكن حصرها في خمسة آثار، وذلك على النحو الآتي:

1- الأثر الأول: يجب الإفراج عن جميع المحكومين المدانين بجريمة التَّشَبُّه بالجنس الآخر.

2- الأثر الثاني: إسقاط التهم المنسوبة إلى المتهمين بالتَّشَبُّه بالجنس الآخر، سواء كانوا رجالًا أو نساءً.

3- الأثر الثالث: العمل على تبرئة المتهمين المحالين على المحاكم الجزائية بهذا النوع من الاتهام.

4- الأثر الرابع: اعتبار فعل التَّشَبُّه مباحًا ما لم يصدر قانون يُجرِّمه. ونص الدستور الكويتي في المادة (30) «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون»[41]. ومعنى لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؛

(41) دستور دولة الكويت، المادة (30).

فالنص هو أساس التجريم، والقاضي لا يملك خلق جريمة، أو إضافة عقوبة لها. ويعتبر هذا الأثر من أخطر الآثار، حيث إن الفعل لا يعد جريمة في الوقت الحالي؛ مما قد يزيد من انتشار هذه الظاهرة مرة أخرى.

5- الأثر الخامس: على رجال الشرطة، ومن لهم سلطة الضبط القضائي، التفرقة بين الفعل الفاضح والتحريض على الفسق والفجور والتَّشَبُّه بالجنس الآخر؛ حيث إن الأخيرة لم تعد مُجرَّمَة، فلا يجوز فيها القبض والإحالة على جهات الاختصاص.

الخاتمة

لا ريب في أن مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث، وعدم تداخلها أمر جوهري؛ فالحفاظ على سمو وعلو الدستور مسؤولية الجميع، كما أن الحكم بعدم دستورية مادة من مواد القانون يجب أن يقوم على أسباب سائغة تشرح وتبيِّن الضوابط المتعلقة بالحرية، أو على الأقل تبيِّن حدود التَّشَبُّه التي لم تكن واضحة من وجهة نظر المحكمة. إن المتفحص للقانون الجنائي يجد كثيرًا من المواد التي لم توضع لها المعايير بشكل مفصل. وإنما يرجع ذلك إلى العرف السائد في البلاد، مثل: جرائم الفعل الفاضح، وهتك العرض... وغيرها.

وفي اعتقاد الباحثين أن المحكمة الدستورية لم تبيِّن ضوابط الحرية من جانب، وأشارت إلى المذكرة الإيضاحية للمادة (198) من قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، المُعَدَّلَة بالقانون رقم 36 لسنة 2007، التي بيَّنت هذه الضوابط، من خلال العرف السائد في البلاد، أو تقمص شخصية الآخر، وهو ضابط واضح ومعروف لدى سائر المجتمع، كأنها بذلك حمَّلت النص ما لا يحتمل. كما أن المحكمة في تسبيبها الحكم بأنه يخالف مبادئ الحرية التي كفلها الدستور لم تبيِّن ذلك بشكل مفصل، ولو تفحصنا جميع مواد الدستور نجد أن الحرية منضبطة في حدود الآداب العامة والنظام العام، فضلًا على العرف السائد في البلاد، وطبيعته العربية والإسلامية.

وفي النهاية يأمل الباحثان أن يكونا قدَّما ما يفيد وضع النقاط على الحروف، من خلال بيان التعليق على هذا الحكم بمنهجية علمية، سلطا فيها الضوء على الأسباب التي عوَّلت عليها المحكمة في حيثياتها، والآثار المترتبة عليها بعد الإلغاء، ومدى إمكان النص على تجريم ظاهرة التَّشَبُّه بالجنس الآخر، وبيان ما يجب التوقف عنده من حدود وضوابط.

قائمة المراجع

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، مطبوعات القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، 2021.
- أحمد المطيري ومحمد الرشيدي، المبادئ العامة للقانون، ط4، دار العلم، دولة الكويت، 2009.
- بلال الصنديد، الفصل بين السلطات ورعاية الحقوق والحريات في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل، دولة الكويت، س12، ع21، فبراير 2019.
- حسني درويش عبدالحميد، ماهية القرار الإداري وقوته التنفيذية، معهد الكويت للدراسات القضائية، ط1، يونيو 2020.
- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، شرح أحكام الجرائم في قانون الجزاء الكويتي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
- يسري العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل، دولة الكويت، س12، ع21، فبراير 2019.
- مبارك عبدالعزيز النويبت، شرح المبادئ العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط2، د.ن، دولة الكويت، 2010/ 2011.
- محمد الألفي، نحو نظرية عامة للعرف في التشريع الإسلامي، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، س12، أبريل – يونيو، 1989.
- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري.
- محمد جمال الذنيبات، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، دار الثقافة للنشر، عمَّان – الأردن، 2003.
- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات – القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015.
- محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، جامعة الكويت، 2006.

- منى العدساني، الحقوق والحريات في الدستور الكويتي، بحث تحت إشراف: عبدالقادر عثمان،
http://www.siironline.org/alabwab/lawaeh&wathaeqh(13)/017.htm
- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1952.
- عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها: دراسة تحليلية مقارنة، لجنة التأليف والتعريب، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005.
- فهيد عبدالله العجمي، مفهوم الحريات الشخصية في الفقه وأحكام المحكمة الدستورية الكويتية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل، دولة الكويت، س12، ع21، فبراير2019.
- فيصل الكندري وغنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي – القسم الخاص، ج2، ط3، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، 2012.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	371
المقدمة	373
أولًا: الوقائع ومنطوق الحكم	374
ثانيًا: التَّشَبُّه بالجنس الآخر عبارة تتصف بالاتساع والعموم	375
ثالثًا: تعارض النص مع مبادئ مكفولة في الدستور	378
رابعًا: سلطة تقدير النص لدى القائمين على تنفيذ القانون وتطبيقه	382
خامسًا: يعارض الحكم ما جاء بصريح المادة (2) من الدستور بأن دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع	386
سادسًا: أنواع التفسير وقواعده والتفات المحكمة الدستورية عن اتجاهات محكمة التمييز بشأن جرائم التَّشَبُّه بالجنس الآخر	388
أ- أنواع التفسير	388
ب- قواعد التفسير	389
جـ- أحكام محكمة التمييز التي قضت بالإدانة في قضايا التَّشَبُّه بالجنس الآخر	393
د- أحكام محكمة التمييز التي قضت بالبراءة في قضايا التَّشَبُّه بالجنس الآخر	396
سابعًا: التفات المحكمة الدستورية عن قانون الأحداث رقم 111 لسنة 2015 الذي اعتبر أن الحدث المُتَشَبِّه معرضٌ للانحراف	397
ثامنًا: آثار الحكم بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء بشأن التَّشَبُّه بالجنس الآخر	398
الخاتمة	400
المراجع	401