(ISSN: 2356 - 9492)

رقابة القاضي الدستوري على نصوص التجريم والعقاب

(تعليق على حكم المحكمة الدستورية الكويتية رقم 5 لسنة 2021 بجلسة 16 فبراير 2022)

بحث مقدم من

د. محمد زيد الهاجري

أستاذ مساعد – قسم المقررات القانونية

كلية الشرطة– أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية– دولة الكويت

Hajri_kw@hotmail.com

+965 90902525

المستخلص

"**التشبه بالجنس الأخر**" أو ما يقابله في الاصطلاح الإنجليزي Hermaphroditism، وفي الاصطلاح الفرنسي intersexuée يعبر عن حالة مرضية تعني وجود صفات الجنسين في شخص واحد، وقد تتطور إلى ما يعرف (transsexuel-le) كوصف للشخص المصاب بمرض ذهني هو التحول الجنسي. جرم المشرع الجزائي الكويتي هذه الصور إلا أن القضاء الدستوري انتهى إلى عدم دستورية نص التجريم لافتقاره إلى التحديد الدقيق لصور التشبه بالجنس الآخر. تعرضت الدراسة لفكرة ثنائي الجنس من الوجهة القانونية، على الرغم من تبيان النظم المقارنة بين الاعتراف القانوني بهذه الفكرة، أو عدم قبولها لمخالفتها قواعد الأهلية والحالة المدنية للأفراد. انتهت الدراسة إلى أن القاضي الدستوري يوازن بين الفعل المؤثم ومفهوم الحرية الشخصية المكفولة دستوريا. الزم الحكم الصادر بعدم دستورية تجريم "**التشبه بالجنس الأخر** "الجهات القائمة على تنفيذ القانون ترك حرية "**التشبه بالجنس الأخر**" إلى حين صدور قانون جديد. انتصر القاضي الدستوري للحرية الشخصية المكفولة دستوريا دون توجيه المشرع لتعديل نص التجريم. أوصت الدراسة المشرع الجزائي الكويتي بضرورة تعديل قانون تجريم "**التشبه بالجنس الأخر**" في ضوء الحرية الشخصية المكفولة دستوريا. يجب وضع معيار موضوعي منضبط لصور "**التشبه بالجنس الأخر**".

الكلمات المفتاحية: الحرية الشخصية– القاضي الدستوري– ثنائي الجنس.

(ISSN: 2356 - 9492)

Abstract

Hermaphroditism, in the French terminology intersexuée, expresses a pathological condition that means the presence of the characteristics of the sexes in one person. The description evolves into what is known in French (transsexuel-le) for a person with a mental illness, transsexuality. The Kuwaiti penal legislator criminalized these images, but the constitutional judiciary concluded that the criminalization text was unconstitutional because the text lacked the precise definition of Hermaphroditism. The study was exposed to the idea of bisexuality from a legal point of view, despite the difference in comparative systems between the legal recognition of this idea, or its non-acceptance due to its violation of the civil status of individuals. The study concluded that the constitutional judge It balances the sinful act with the concept of constitutionally guaranteed personal freedom. The ruling that the criminalization of Hermaphroditism is unconstitutional obliges law enforcement agencies to leave the freedom to "imitate the opposite sex" until a new law is issued. The constitutional judge triumphed over constitutionally guaranteed personal liberty without directing the legislator to amend the criminalization text. The study recommended that the Kuwaiti penal legislator should amend the law criminalizing Hermaphroditism in light of the constitutionally guaranteed personal freedom. An objective and disciplined standard should be established for images of Hermaphroditism.

Keywords: personal freedom - constitutional judge - Hermaphroditism

المقدمة

الحكم في الدعوى الدستورية هو إعلان لفكر القاضي الدستوري إزاء المسألة المطروحة أمامه، وهو حكم قطعي يستنفذ القاضي الدستوري بصدوره ولايته بشأن ما فصل فيه.

كما أن القاضي يقوم بتفسير القانون تفسيرا يستجيب للمصالح العامة المستمرة ويمنع السياسيين من تحقيق مصالحهم فيمارس سلطة تقديرية واسعه حين يستخدم حقه المقرر في الرقابة على دستورية القوانين ([1]).

وتتسع هذه السلطة التقديرية الى أن نصوص الدساتير نصوص لها طبيعة خاصة تميزها عن سائر النصوص القانونية، ومن ثم يجب ان تتفق الأخيرة وأحكام الدستوري، حتى لا توصم بشائبة عدم الدستورية.

وإذا ما طرحت أمام القضاء الدستورية مسالة عدم دستورية نص يقرر التجريم والعقاب على أفعال محددة، فيجب إلا يخالف الفعل المؤثم نصوص الدستور والحقوق الحريات المكفولة.

أهمية البحث:

تكتسب الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري أهمية مضاعفة بالنظر لطبيعته واختصاصاته الحصرية في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مما يكسبه مرجعية في إرساء القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية.

ومن هذا المنطلق يستمد البحث أهميته من تحليل لحكم المحكمة الدستورية الكويتي القاضي بعدم دستورية قانون تجريم التشبه بالجنس الأخر لما لهذا القضاء أثره في المجتمع الكويتي.

مشكلة البحث

قضت المحكمة الدستورية ([2]) بعدم دستورية القانون رقم (36) لسنة 2007 فيما تضمنته من تجريم فعل التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور "([3]). وأوضحت المحكمة في حيثيات حكمها أن النص لم يتضمن معياراً

1) د. محمد عبد المحسن المقاطع، تعليق على حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 6 لسنة 2018 الصادر في 2018/12/19، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8: العدد 3 ديسمبر 2020، ص 53.

2) المحكمة الدستورية الكويتية، جلسة 2022/2/16 في الدعوى رقم (5) لسنة 2021.

3) تنص المادة (198) من قانون الجزاء الكويتي الصادر بالقانون رقم (16) لسنة 1960 المعدل بالقانون رقم (36) لسنة 2007 على أنه" من أتى أشاره أو فعلا فاضحا مخلا بالحياء في مكان عام بحيث يراه او يسمعه من كان في مكان عام، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز الف روبية او بإحدى هاتين العقوبتين".

(ISSN: 2356 - 9492)

موضـوعياً منضـبطاً يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤاثم قانوناً، وما يعد تشـبهاً بالجنس الآخر وما لا يعد كذلك، وإن عبارات النص جاءت بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها.

وبصـــدور هذا الحكم أصـــبح ملزما للجهات القائمة على تنفيذ القانون، ولأفراد المجتمع، ترك حرية التشـــبه بالجنس الأخر دون أية قيود الأمر الذي يثير التساؤل عما إذا كان حكم القاضـي الدستوري قد انتصـر فقط للحريات الشـخصـية المكفولة دستوريا؟ وهل راع القاضـي الدستوري اعتبارات الصـالح العام ممثلة في تمسك المجتمع الكويتي بالعادات والتقاليد التي لا تقبل حرية التشـبه بالجنس الأخر على إطلاقها؟ أم أنه أطلق العنان للتشـبه بالجنس الأخر كما هو الحال في بعض المجتمعات الغربية؟ وهل يمكن التوازن بين الحريات الشـــخصـــية وعادات وقيم المجتمع الكويتي فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الأخر؟

لعل في الإجابة على تلك التساؤلات ما يوجه سبب اختبار الموضوع والوقوف على إشكالية الدراسة والوصول إلى نتائج تتيح التوازن بين عادات وتقاليد المجتمع دون انتهاك للحقوق والحريات.

خطة البحث

المبحث الأول: التشبه بالجنس الآخر بين التجريم والإباحة

المبحث الثاني: دور القاضي الدستوري في التوازن بين الحرية الشخصية وصور التجريم

المبحث الأول

التشبه بالجنس الآخر بين التجريم والإباحة

أولا: ضبط المصطلحات:

مصطلح التشبه بالجنس الأخر يرادف العديد من المصطلحات مثل: الخنوثة، والجنس الثاني، وثنائي الجنس، والعابر جنسيا، والمتحول جنسيا، فضلا عن المثلية الجنسية، وهي في مجموعها تدل على وجود خلل إما بيولوجي أو اجتماعي يجعل الشخص غير محدد جنسيا ذكرا أم أنثى.

أو الخنثى في اللغة العربية مصدر الفعل خنث بمعنى لأن فيقال لان الشاب وانكسر كالنساء أي على صورة الرجال وأحوال النساء، وخنث كلامه أي تشبه بكلام النساء (1).

كما تعرف الخنوثة من الوجهة الطبية أو ما يطلق عليها بالإنجليزية اصـــطلاحا (Hermaphroditism)، كحالة مرضـية تعني وجود صـفات الجنسـين في شـخص واحد وعلى وجه الخصـوص الأعضـاء التناسـلية الذكورية والأنثوية معا (2).

وفي اللغة الفرنســية نصـــادف ذات المعنى عند ترجمة مصـــطلح (intersexuée)، وكل ما في الأمر أن القضاء الفرنسي كان في السابق يعارض طلبات تعديل الجنس في الحالة المدنية للأشخاص، وكان هذا القضاء محلا للنقض بذريعة عدم احترام الحياة الخاص للمتشبه بالجنس الأخر (3).

---

1) معجم المعاني الجامع الالكتروني، منشور الموقع:https://www.almaany.com ، أخر زيارة 2023/9/12.

2) Donohoue PA. Disorders of sex development. In: Kliegman RM, St. Geme JW, Blum NJ, Shah SS, Tasker RC, Wilson KM, eds. *Nelson Textbook of Pediatrics*. 21st ed. Philadelphia, PA: Elsevier; 2020: chap 606.

3) -Civ. 1re, 16 déc.1975, n° 73-10.615, JCP 1976. II. 18503 ;

- civ. 1re 21 mai 1990, n° 88-12.829, D. 1991. 169, rapp. Massip ; JCP 1990. II. 21588, rapp. Massip, concl. Flippo ; RTD.
- civ. 1991. 289, obs. J. Hauser : par quatre arrêts, la Cour accepte le changement de prénom du transsexuel mais non la modification de la mention du sexe sur d'état civil, le transsexualisme, même médicalement reconnu, ne pouvant, selon elle, s'analyser en un véritable changement de sexe.
- CEDH 25 mars 1992, B. c. France, JCP 1992. II. 21955, note T. Garé ; D.1993.101, note J.-P. Marguénaud ; RTD civ.1992, obs. J. Hause.

(ISSN: 2356 - 9492)

وحتى عام 2010 كان المشرع الفرنسي يعتبر "المتحول جنسيا" أو كما يطلق عليه (transsexuel–le) هو شخص مصابا بمرض ذهني هو التحول الجنسي(1)، ثم صدر مرسوم 8 فبراير 2010 فحذف التحول الجنسي من قائمة الأمراض العقلية، ومنذ ذلك الحين أصبح استخدام مصطلح (une personne trans) بمعنى العابرين جنسيا([2]).

إلا أن القضاء الفرنسي، ومحكمة حقوق الإنسان الأوربية استخدما منذ عام 2015 مصطلح (sexe neutre) بمعنى الجنس المحايد الذي لا يميل إلى الذكورة كليا أو الأنوثة كليا، بدلا من الجنس الذكري، وطالب المشرع بتعميم هذا المصطلح على الحالة المدنية للشخص (3).

و4 مايو عام 2017 قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذا المصطلح يجب إلا يطلق على الحالة المدنية لعموم الأشخاص، ولا يؤخذ على إطلاقه، وإنما يطلق "الجنس المحايد: على هؤلاء الذين لديهم من الناحية البيولوجية عدم توافق مع الصور النمطية للمذكر والمؤنث (4).

ونعتقد أن موقف محكمة النقض، سالف البيان، فتح الباب أمام الآباء على تسجيل أطفالهم، إما ذكر أو أنثى، كما أتاح في ذات الوقت للوالدين بتحديد جنس الطفل الصغير عن طريق العمليات الجراحية.

ثانيا: تجريم التشبه بالجنس الأخر

جرمت المادة (198) من قانون الجزاء الكويتي رقم (11) لسنة 1960 المعدلة بالقانون رقم (36) لسنة 2007، والمقضي بعدم دستوريتها، فعل التشبه بالجنس الأخر.

وعلة التجريم في هذا النص أن تشبه أي الجنسين الذكر أو الأنثى بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه في الشريعة الإسلامية، لاسيما وأن النص في المادة الثانية من الدستور جرى على أن "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"، وهو " هو توجيه سياسي للمشرع للأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك،

1) Daniel, B. « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », Meritum, vol. 5, no 2, juillet-décembre, 2010 p. 259.

2) (Moron), P., « Le droit des personnes intersexuées », Socio, vol: 9, no 8 . Mars 2017, p 229.

3) CEDH 10 mars 2015, n° 14793/08, Y. Y. c/ Turquie, D. 2015. 1875, note P. Reigné ; AJ fam. 2015. 542, obs. P. Reigné ; RDSS 2015. 643, note S. Paricard ; RTD civ. 2015. 331, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 349, obs. J. Hauser.

4) note 14. À rapprocher de l’arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017.

باعتبارها مصدرًا موضوعيًا يستلهم منه القواعد القانونية التي يضعها فيما يعرض له من أمور"(1)، و" ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة"(2).

وقد ألحقت المادة 198 سالفة البيان صور تجريم خدش الحياء العام مع التشبه بالجنس الأخر، وأسست أركانها القانونية على النحو التالي:

1_ الركن المادي في جريمة التشبه بالجنس الأخر

صفة الجاني في هذه الجريمة هي ذات الصفة المقررة في جريمة خدش الحياء العام، والمعتدي على الشعور العام للحياء في جريمة الفعل الفاضح (3)، ومن ثم يتمثل الركن المادي في الجريمة في النشاط الذي يؤتيه الجاني خلال ارتكابه لها.

وهذا النشاط يختلف من جريمة إلى أخرى ففي حين يتمثل نشاط الجاني في الإخلال بالحياء والمقصود هنا حياء عرض المجني عليه في جريمة هتك العرض، فإن هذا النشاط يتمثل في الاعتداء على الشعور العام للحياء في جريمة الفعل الفاضح. (4).

ويشترط لتحقق السلوك المادي لجريمة التشبه بالجنس الأخر، ذات الشروط في جريمة الفعل الفاضح وخدش الحياء العام، وأهمها أن تقع الجريمة في مكان عام، يتسنى للكافة مشاهدة أو سماع هذا السلوك.

وبمفهوم المخالفة لو وقعت الأفعال المكونة لجريمة التشبه بالجنس الأخر في منزل المتهم، أو في حفل خاص يضم أصدقاؤه أو بين أفراد عائلته، فلا تقع الجريمة، احتراما للحق في حرمة الحياة الخاصة.

والأفعال المكونة للسلوك المادي في جريمة التشبه بالجنس الأخر هي الإشارة أو الفعل المخل بالحياء العام، كما لو تقمص الجاني وهو من الذكور دور الأنثى في طريقة المشي أو التحدث، أو قام بالفعل بارتداء الزي النسائي ووضع المكياج وتلوين الشفاه، مما يحقق خدش الحياء العام.

1) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن بجلسة 1992/11/28 رقم 2 لسنة 1992 دستوري.

2) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن الصادر بجلسة 2012/6/26 الطعن رقم 12 لسنة 2012.

3) د. أدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، القاهرة، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص 67.

4) د. غنام محمد غنام. جرائم العرض والحياء والزنا في القانون الكويتي، الكويت: مطبوعات ذات السلاسل ، 1995 ، ص 96 وما بعدها .

(ISSN: 2356 - 9492)

ويبدو أن المادة 198 جزاء كويتي قد عجزت إســباغ الســلوك المادي لجريمة خدش الحياء العام على ذات الأفعال بجريمة التشبه بالجنس الأخر فأوردت عبارة " ... أو تشبه بالجنس الأخر بأي صورة من الصور..."، وهو ما أسبغ عليها صفة العموم.

2 – الركن المعنوي في جريمة التشبه بالجنس الأخر

يتوافر الركن المعنوي أو القصد الجنائي في جريمة التشبه بالجنس الأخر بتوافر عنصرين: العلم والإرادة:

–اتجاه إرادة الجاني إلى إحدى صــور التشــبه: يتحقق الركن المعنوي للجريمة بانصــراف إرادة الجاني وقت ارتكاب فعلته إلى أنه يتشـبه بالجنس الأخر، تحقيقا لرغبته أو ميوله مقترنة باسـتعمال ما يؤكد على هذه الصـور من ارتداء ملابس مخالفة لجنسـه، أو قيام الذكر بتلوين الوجه والشـفاه بأدوات النسـاء، وهذه قرينة على القصـد في أغلب الأحوال.

ومن الأمثلة الصـريحة في المجتمع الكويتي، كما لو قامت الأنثى بارتداء الزي الوطني المعروف لدى الرجال بحسب العرف السائد في البلاد (الجلباب والغترة والعقال) في مكان عام، متعذرة بالحرية الشخصية المكفولة دستوريا، ففي هذا التصرف وقوع صورة صريحة من صور التشبه بالجنس الأخر.

ولا يعتد في تلك الأمثلة على الباعث أو العاطفة التي دفعت الشخص إلى التشبه بالجنس الأخر، ذلك أن أن الباعث على الجريمة ليس ركنا من أركانها أو عنصرا من عناصرها ولا عبرة به في توافر القصد الجنائي فيها"[1].

وفي حكم أخر ربطت المحكمة بين الباعث وبين القصد الجنائي فذهبت إلى أن:" القصد الجنائي أمر باطني يضمره الجاني ويدل عليه الأعمال المادية المحسوسة التي تصدر منه كما يستفاد من نوع الصلة بين الجناة والمعينة بينهم في الزمان والمكان ومقارفتهم الجريمة عن باعث واحد ..."[2].

وفي أحكام أخرى نجدها تفصل بين الباعث والقصد الجنائي كما في جريمة التزوير فقضت بأن:" جريمة التزوير في ورقة من أوراق البنوك هي من المحررات العرفية تتحقق بتعمد الجاني تغيير الحقيقة في هذه الأوراق بطريق الغش بالوسائل التي نص عليها القانون بصرف النظر عن الباعث..."[3]

---

1) طعن بالتمييز في 1995/6/10، الطعن رقم 41 لسنة 1995جزائي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص102

) طعن بالتمييز في 1993/2/10، الطعن رقم 11 لسنة 1993جزائي، مجموعة القواعد المجلد الثالث القسم الثاني، ص2189

) طعن بالتمييز في 1995/3/20، الطعن رقم 44 لسنة 1995جزائي، محلة القضاء والقانون، العدد الأول، السنة 23، ص3154

-علم الجاني بعناصر الواقعة الإجرامية: يتعين أن يعلم الجاني بأنه يمارس صور تشبه غير مشروعة ومخالفة لجنسه المذكور في بطاقة المعلومات المدنية، "ويترتب على اشتراط العلم بهذه العناصر أنه إذا وقع الجاني في غلط في شأن أمرها انتفى القصد لديه"(1).

ومن أمثلة الغلط الذي ينتفي معه القصد الجنائي او الركن المعنوي للجريمة، أن يضع الجاني عطر نسائي نفاذ معتقدا أنه يناسب الجنسين أو يرتدي ملابس هي بالفعل يرتديها الأولاد والبنات.

3 – العقوبة

اعتبر المشرع أن جريمة التشبه بالجنس الأخر من جرائم الجنح فالعقوبة الأصلية المقررة في هذه الجريمة هي الحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة، وبعقوبة تكميلية هي الغرامة التي لا تجاوز ألف دينار.

وقد خير المشرع القاضي بين العقوبتين، لفه ان يقضي بالحبس فقط أو الحبس والغرامة، وعلى الرغم من أن أحكام القضاء الكويتي تذهب إلى أن تقدير العقوبة في الحدود المقررة في القانون مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع بغير أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التي دعتها إلى توقيع العقوبة بالقدر الذي ارتأته (2)، فإذا كانت هذه العقوبات وجوبية، التزم القاضي بتوقيعها أما إذا كانت تخييرية أو جوازية ففي هذه الحالة تتدخل السلطة التقديرية للقاضي بين العقوبة الأصلية أو التكميلية.

1) د. أدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مرجع سابق، ص 72.

2) أنظر على سبيل المثال الطعن بالتمييز في 1994/10/3 الطعن رقم 90 لسنة 1994 جزائي، مجلة القضاء والقانون، العدد الثاني السنة 22، ص610

(ISSN: 2356 - 9492)

المبحث الثاني

دور القاضي الدستوري في التوازن بين الحرية الشخصية وصور التجريم

يحرص الدستور على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود الكفيلة بصون الحقوق والحريات العامة، (1)، وتسمح النظم الدستورية المقارنة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح توصلاً إلى الحكم بعدم دستورية التشريعات المخالفة للدستور سواء صدرت هذه التشريعات من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية".

وعلى هذا النحو يقوم القضاء الدستوري بدور بارز في وضع أسس وضمانات حماية حقوق الإنسان، المكفولة "وصد أي اعتداء يشكل مساسا بها " (2)، ومن ثم إذا كان تجريم التشبه بالجنس الأخر يتعارض مع الحماية الدستورية للحرية الشخصية، فإن للمجتمع أيضا الحفاظ على عاداته وقيمه لاسيما إذا كانت أحكام الأهلية في القانون المدني وقوانين الأحوال الشخصية لا تعترف صراحة بثنائي الجنس.

وفي الحكم محل التعلق حاولت المحكمة الدستورية الكويتية البحث عن التوازن بين الحقوق الشخصية على إطلاقها، وبين العادات والتقاليد المتبعة في المجتمع الكويتي، فهل نجحت في ذلك التوازن؟ هذا ما نتطرق له في النقاط التالية:

أولا: تمسك القاضي الدستوري بالحقوق الشخصية المكفولة

إذا ما استعرضنا الحقوق والحريات التي وردت في الدستور الكويتي المعاصر الصادر في عام 1962 نجدها أربعة أقسام وهي: «الحريات اللصيقة بشخصية الفرد»، و«الحريات الفكرية» و«الحريات التي لها بعد اقتصادي واجتماعي»، و«الحريات ذات المضمون السياسي المباشر». (3)

---

1) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 160 لسنة 36 قضائية جلسة 3 سبتمبر 2016.

2) د. خالد فايز الحويلة، " الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري والمحاكم العليا بشأن حماية الحقوق السياسية والحريات الفكرية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 7، العدد 27 سبتمبر 2019، ص 22.

3) راجع: – د. محمد عبد المحسن المقاطع ، دور الدساتير في تحديد هوية الأفراد ، مجلة الحقوق (تصدر عن جامعة ، يونيو الكويت) العدد الأول : السنة 19 ، مارس 1999، ص12.

ومن خلال تنظيم الدستور الكويتي للحقوق والواجبات والحريات العامة لم يقف موقفا موحدا فهناك حقوق مقيدة ترك أم تنظيمها للقانون كالحقوق السياسية مثلا، وأخرى كفلها الدستور بشكل مطلق ولا يسمح بالمساس بها فهي حقوق وحريات مطلقة مثل: الحرية الشخصية (1).

وفي الحكم محل التعليق استندت المحكمة على نص المادة 30 من الدستور الكويتي التي تؤكد على الكفالة المطلقة للحرية الشخصية، فذهبت إلى أن صور التشبه بالجنس الأخر يجب لكي تكون مؤثمة، يجب أن تصاغ بصورة لا تصطدم والحرية الشخصية (2).

كما أن المحكمة قيدت نص التجريم من حيث المضمون والمحتوى بضرورة كفالة الحرية الشخصية، دون تصادم بينهم، أو التباس بين صور التجريم، يوقع الخلط بين نص التجريم وحماية الحرية الشخصية المكفولة دستوريا.

ونتصور أن المحكمة الدستورية قد نظرت للحرية الشخصية المكفولة بمفهوم واسع، ولعل المثال الذي أوردناه، سلفا، بالنسبة لارتداء الأنثى للزي الوطني الذي يرتديه الرجال بذريعة الحرية الشخصية، يتفق مع هذا المفهوم الواسع الذي ذهبت اليه محكمتنا الدستورية.

ثانيا: رقابة القاضي الدستوري على الصياغة التشريعية

تطرقت المحكمة في حيثيات حكمها إلى غموض صور التشبه بالجنس الأخر، إذ ورد بالمادة 198 عبارة" وباي صور أخرى.."، والواقع أن المحكمة فسرت ماورد في هذه الصياغة التشريعية بانها مطاطة وواسعة.

وعلى الرغم من ضرورة التفسير إلا أنه يعد من العمليات الصعبة التي تتطلب دقة وتجربة ومهارة وسيطرة مادية وضعية على روح النص مع تفادي أية حماسة أو الانحياز إلى فكرة معينة يتصور وجودها في النص وإلا اعتبرت من إبداعات وتأملات المفسر [3].

---

[1]) د. علي الباز، الحقوق والحريات والواجبات العامة في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بالدستور المصري ، الإسكندرية : المكتبة القانونية ، دون تاريخ نشر ، ص 137.

2) المحكمة الدستورية الكويتية، جلسة 2022/2/16 في الدعوى رقم (5) لسنة 2021.

3) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007ص 280.

(ISSN: 2356 - 9492)

والأصل في النصوص التشريعية هو افتراض تطابقها مع أحكام الدستور ويتعين بالتالي إعمالًا لهذا الافتراض – وكشرط مبدئي لإنفاذ محتواه – فإذا ما وجهت مطاعن إلى هذه النصوص طلبا لتفسيرها، يجب أن تكون تلك المطاعن جلية في معناها واضحة الدلالة على المقصود منها، لا يحيطها التجهيل أو يكتنفها الغموض [1].

ونتفق مع موقف المحكمة الدستورية، في عدم وجود معيار موضوعي منضبط يتعين مراعاته لتحديد صور التجريم في التشبه بالجنس الأخر، وبذلك تركت المحكمة الباب للمشرع لإمكانية تعديل النص، دون أن تقضي بأن فكرة التجريم للتشبه بالجنس الأخر تتعارض وأحكام الدستور.

ثالثا: الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص التجريم

يرتد الحكم بعدم دستورية نص تجريم التشبه بالجنس الأخر بأثر رجعي لا إلي يوم صدور الحكم، وإنما يوم صدور القانون نفسه، مما يستوجب تصفية كافة الآثار التي ترتبت على صدوره.

والواقع أن العدالة لا يمكن أن تتحقق بصورة كاملة إلا بإصلاح الأخطاء التي ترتبت على تطبيق نص التجريم المخالف للدستور، وذلك عن طريق إهدار جميع الآثار التي نجمت عن تطبيقه من تاريخ العمل به.

والنصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، لا يجوز تطبيقها اعتباراً من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لا يعنى أن لهذه الأحكام أثر مباشر لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلاقات السابقة عليها.

1) المحكمة الدستورية العليا، القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 25 لسنة 37 قضائية "دستورية، جلسة 7 مارس 2015 ومما ورد في حيثيات هذا الحكم:

(وكان النعي المجمل بعدم الدستورية الذي أبداه المدعى على المواد سالفة الذكر، لا يتضمن تحديدًا قاطعًا لما قصده من مخالفة أحكامها للدستور وبالتالي فإن دعوة هذه المحكمة للخوض في دستورية النصوص التشريعية المطعون عليها وبحث أوجه عوارها لازمه – وعلى ما تطلبه نص المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر – أن تتضمن صحيفة الدعوى الدستورية، أوجه مخالفة تلك النصوص للنص الدستوري المدعى مخالفته وإذ خلت صحيفة الدعوى الماثلة من بيان ذلك، فإن القضاء أيضًا بعدم قبول هذا الشق من الدعوى يكون متعينًا)

غاية الأمر، أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص المادة 198 من قانون الجزاء، لا يعدو تجريد نص هذه المادة التي قضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقراراها أو إصدارها،" لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها "(1).

) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 48 لسنة 3 قضائية جلسة 6/11/ 1983، وحكمها في جلسة 30 نوفمبر 1996 ، القضية رقم 32 **1** لسنة 18 قضائية (دستورية) .

(ISSN: 2356 - 9492)

الخاتمة

تعرض البحث لفكرة ثنائي الجنس من الوجهة القانونية، على الرغم من تعدد مصـــطلحاتها، والتعارض في النظم المقارنة بين الاعتراف القانوني بهذه الفكرة، وبين عدم القبول لاعتبارها تخالف الأهلية والحالة المدنية للأفراد.

وعلى الرغم من أن المجتمع الكويتي يتمتع بعادات وتقاليد عربية وإسـلامية محافظة، إلا أن تأثر المجتمع بما يحيط به من حوله من عادات وتقاليد غربية، اقتضـت أن يحافظ المشرع الكويتي على المكتسبات العربية والإسـلامية للمجتمع بوضع النصوص اللازمة لتأثيم التشبه بالجنس الآخر.

وقد لاحظنا ان المشرع الفرنسي، وعلى النقيض من موقف المشرع الكويتي، لم يسع إلى تأثيم صور التشبه بالجنس الآخر، بل اعترف "بالجنسية المحايدة" التي فرضتها الظروف البيولوجية للشخص.

والواقع أنه بالرغم من الأثار التي رتبها حكم المحكمة الدســـتورية الكويتية الذي انتهى بعدم دســـتورية نص تجريم التشـــبه بالجنس الآخر الوارد بالمادة 198 جزاء، إلا أن المحكمة لم ترفض فكرة التجريم لإيمان القاضـــي الدستوري أن فعل التشبه بالجنس الآخر لا يتفق مع عادات وتقاليد المجتمع الكويتي، وكل ما في الأمر أن المحكمة وجدت عدم وضوح النص وافتقاره إلى المعيار الموضوعي الدقيق.

نتائج البحث

1. يوازن القاضي الدستوري بين الفعل المؤثم ومفهوم الحرية الشخصية المكفولة دستوريا.
2. أصبح ملزما للجهات القائمة على تنفيذ القانون ترك حرية التشبه بالجنس الأخر إلى حين صدور قانون جديد.
3. علة تجريم التشبه بالجنس الآخر أنه أمر مستنكر ومنهي عنه في الشريعة الإسلامية
4. انتصر القاضي الدستوري للحرية الشخصية المكفولة دستوريا دون توجيه المشرع لتعديل نص التجريم
5. لم يطلق حكم المحكمة الدستورية العنان للتشبه بالجنس الأخر في حين اعترف القاضي الفرنسي بفكرة الجنس المحايد.

توصيات البحث:

1. على المشرع الجزائي تعديل قانون تجريم التشبه بالجنس الأخر في ضوء الحرية الشخصية المكفولة دستوريا.
2. يجب وضع معيار موضوعي منضبط لصور التشبه بالجنس الأخر
3. انتصر القاضي الدستوري للحرية الشخصية المكفولة دستوريا دون توجيه المشرع لتعديل نص التجريم
4. فكرة الجنس المحايد في القانون والقضاء الفرنسي لا تتوافق وقيم المجتمع الكويتي

(ISSN: 2356 - 9492)

المراجع

- **المراجع العربية:**

1. أدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، القاهرة، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر.
2. خالد فايز الحويلة، " الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري والمحاكم العليا بشأن حماية الحقوق السياسية والحريات الفكرية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 7، العدد 27 سبتمبر 2019.
3. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.
4. علي الباز، الحقوق والحريات والواجبات العامة في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بالدستور المصري، الإسكندرية: المكتبة القانونية، دون تاريخ نشر.
5. غنام محمد غنام. جرائم العرض والحياء والزنا في القانون الكويتي، الكويت: مطبوعات ذات السلاسل، 1995.
6. محمد عبد المحسن المقاطع، دور الدساتير في تحديد هوية الأفراد، مجلة الحقوق (تصدر عن جامعة ، يونيو الكويت) العدد الأول : السنة 19 ، مارس 1999.
7. محمد عبد المحسن المقاطع، تعليق على حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 6 لسنة 2018 الصادر في 2018/12/19، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8: العدد 3 ديسمبر 2020.
8. معجم المعاني الجامع الالكتروني، منشور الموقع:https://www.almaany.com ، أخر زيارة 2023/9/12.

- **مصادر الأحكام القضائية:**

1. المحكمة الدستورية العليا، سنوات متفرقة.
2. المحكمة الدستورية الكويتية، سنوات متفرقة.
3. محكمة التمييز الكويتية، سنوات متفرقة.
4. محكمة النقض الفرنسية، سنوات متفرقة.
5. المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، سنوات متفرقة.

- **القوانين والتشريعات:**

1. قانون الجزاء الكويتي الصادر بالقانون رقم (16) لسنة 1960
2. القانون الكويتي رقم 36 لسنة 2007 بتعديل قانون الجزاء.
3. القانون الكويتي رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية.

- **المراجع الأجنبية:**

1. (Daniel), B. « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », Meritum, vol. 5, no 2, juillet-décembre, 2010.
2. (Donohoue), PA. Disorders of sex development. In: Kliegman RM, St. Geme JW, Blum NJ, Shah SS, Tasker RC, Wilson KM, eds. *Nelson Textbook of Pediatrics*. 21st ed. Philadelphia, PA: Elsevier; 2020.
3. (Moron), P., « Le droit des personnes intersexuées », Socio, vol : 9, no 8 . Mars 2017.

(ISSN: 2356 - 9492)

ملحق البحث

(الحكم في الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (5) لسنة 2021 دستوري بعد أن أحالت لجنة فحص الطعون ملف الطعن رقم (9) لسنة 2021)

المحكمة

(بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.... وحيث إنه من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية المبدئ أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي تقدر فيها المحكمة التي أحالت الدفع جديته، وكانت لجنة فحص الطعون قد أحالت الدفع بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء المعدلة بالقانون رقم (36) لسنة 2007 فيما تضمنته من تجريم التشبه بالجنس الآخر، بعد أن قدرت أن ما أبداه الطاعن من أسباب تدفعه تتعلق بعدم تحديد الفعل المؤثم بصورة قاطعة بما يحول دون التباسه بغيره ، من شأنه أن يحيط النص التشريعي بشبهات تلقي بظلال من الشك حول مدى دستوريته، محددة حكم الإحالة نطاق جدية الدفع في هذا الإطار، وبالتالي فإن الدعوى الدستورية تكون محددة بهذا النطاق وحده.

وحيث إن المادة (198) من قانون الجزاء رقم (11) لسنة 1960 المعدلة بالقانون رقم (36) لسنة 2007 تنص على أنه من أتي إشارة أو فعلا مخلا 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 تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وقد ساقت المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد تبريرا لهذا التعديل أن تشبه أي الجنسين الذكر أو الأنثى بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعة فقد قال صلى الله وعليه وسلم (لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال) ولما كان قانون الجزاء لم ينص صراحة على تجريم هذا الفعل، فقد أتي هذا القانون لسد هذه الثغرة ونص بصورة صريحة على تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ومنها تزي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر

وحيث إن مبنى النعي على نص المادة (198) من قانون الجزاء سالفة البيان فيما تضمنته من تجريم التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، أن عبارات النص قد جاءت واسعة فضفاضة غير محددة

للأفعال المؤثمة بصـــورة قاطعة بما يحول دون التباســـها بغيرها حتى يكون المخاطبون بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها ولا يترك تقديرها للقائمين على تنفيذها وتطبيقها، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصدها محل مراميها على نحو يفضي إلى المساس بحقوق كفلها الدستور.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن 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 ... يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الذي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية – التي يمارسـها وفقا للدسـتور – الحق في إنشـاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسـبها، وإن اتخذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشـــخصـــية بنيانة لإقراره، وأســـاســـا لتأكيده، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد محتواه ومضمونه، بحيث لا يكون إنفاذه إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها، ولازم ذلك أنه يجب أن تكون الأفعال المؤثمة محددة بصـورة قاطعة بما يحول دون التباسـها بغيرها، وأن تكون واضـحة في بيان الحدود الضـيقة لنواهيها حتى يكون المخاطبون بها على بينة من حقيقة تلك الأفعال التي يتعين عليهم اجتنابها، ذلك أن الأصل في النصوص الجزائية أن تصاغ في حدود ضيقة تعريفة بالأفعال التي تجرمها، وتحديدا لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئة للإخلال بحقوق كفلها الدستور.... لما كان ذلك، وكان التعديل الذي جاء به القانون رقم (36) لســـنة 2007 على المادة (198) من قانون الجزاء قد أضـــاف إلى الأفعال المعاقب عليها بموجب تلك المادة فعلة جديدة هو التشـبه بالجنس الآخر بأي صـورة من الصـور، دون أن يتضـمن النص معيار موضـوعية منضـبطة يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانونا، وما يعد تشـبها بالجنس الآخر وما لا يعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتسـاع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها، وما أوردته المذكرة الإيضـاحية للقانون من صـور التشـبه التي اعتبرت منها (تزي جنس بملابس الجنس الآخر المقصـــورة عليه بحســـب العرف الســـائد في البلاد أو تقمصـــه شخصية الآخر) يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمل عليه هذه العبارة ، وافتقادها إلى عناصر الضبط والإحكام الموضوعي، وانطوائها على خفاء وغموض قد يقع معه الكثير في دائرة التأثيم ، إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكة للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقا لتقديرها ودون ضابط يقيدها، وبما

(ISSN: 2356 - 9492)

قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، وهو ما يتأبى مع ما حرص عليه الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها.

الأمر الذي يكون معه النص المطعون فيه بالصيغة التي أفرغ فيها، قاصراً عن تحديد الأفعال المؤثمة من خلال معيار منضبط لها، مفتقدة التحديد الجازم لضوابط تطبيقه، فيكون بذلك قد أخل بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور طبقا للمادة (30) منه، بما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته.

لذلك/// حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم (16) السنة 1960 المعدل بالقانون رقم (36) لسنة 2007 فيما تضمنته من تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور.)