مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

مشروع قانون تعديل المادة (٢٩٨) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر من القانون الكويتي دراسة فقهية مقاصدية

د. وسن سعد الرشيدي (باحث رئيس)
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

د. سارة متلع القحطاني (باحث مشارك)
كلية الشريعة والدراسات الإسلامي
جامعة الكويت

مجلس
النشر العلمي

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029-8908

العدد ١٣٦ - السنة ٣٩

شعبان: ١٤٤٥هـ - مارس ٢٠٢٤م

البحث االخامس

مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر من القانون الكويتي دراسة فقهية مقاصدية

د. وسن سعد الرشيدي (باحث رئيس)
الأستاذ المشارك بجامعة الكويت
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

د. سارة متلع القحطاني (باحث مشارك)
الأستاذ المشارك بجامعة الكويت
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

للاستشهاد :

الرشيدي، وسن سعد، والقحطاني، سارة متلع. (٢٠٢٤). مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر من القانون الكويتي دراسة فقهية مقاصدية. *مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية*، ٣٩ (١٣٦)، ١٧١– ٢١٠

To cite :

Alresheedi, W. S., & Alqahtani, S. M. (2024). Draft law amending Article 198 of Law No. 16 of 1960 Regarding the Penal Code in relation to imitating the opposite sex From Kuwaiti law Intentional jurisprudence study. *Journal of Sharia and Islamic Studies*, *39*(136),171- 210.

Doi: 10.34120/0378-039-136-006

مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر من القانون الكويتي دراسة فقهية مقاصدية(١)

د. وسن سعد الرشيدي(باحث رئيس) *
د. سارة متلع القحطاني (باحث مشارك) **

تاريخ الاستلام: يونيو ٢٠٢٣م تاريخ الإجازة: يوليو ٢٠٢٣م

ملخص البحث

فكرة البحث الرئيسية تتلخص في التعليق على مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس

(١) هذا البحث مدعوم من قطاع الأبحاث مشروع رقم HJ01 / 22

(*) **وسن سعد فالح دبيس الرشيدي** :تحمل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن وأصول الفقه من جامعة الكويت، عام ٢٠٠٨م. والماجستير في الفقه المقارن وأصول الفقه من جامعة الكويت، عام ٢٠٠٠م. والليسانس في الشريعة الإسلامية من جامعة الكويت، عام ٢٠٠١م. تعمل عضو هيئة تدريسية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية قسم الفقه وأصوله، منذ عام ٢٠١٦م. وهي عضوة في العديد من اللجان في قسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة –جامعة الكويت–، ومحاضرة في العديد من المؤسسات الحكومية والجمعيات الخاصة، ومشرفة على عدد من الطلبة في مرحلتي الماجستير والدكتوراه في الكلية. حائزة على عدد من الجوائز العلمية. لها ١٠ أبحاث علمية محكمة منشورة، ولها عدد من الأنشطة البحثية والمقالات المنشورة، ولها مشاركات عديدة في المؤتمرات العلمية في داخل الكويت وخارجها .
الاهتمامات البحثية: فقه النوازل، قضايا المرأة، المعاملات المالية المعاصرة، المقاصد الشرعية.
البريد الإلكتروني: wasan.alrashidi@ku.edu.kw

(**) **سارة متلع القحطاني :** تحمل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن واصول الفقه من جامعة الكويت، عام ٢٠٠٩م. والماجستير في الفقه المقارن وأصول الفقه من جامعة الكويت، عام ٢٠٠٤م. والليسانس في الشريعة الإسلامية من جامعة الكويت، عام ٢٠٠١م. تعمل عضو هيئة تدريسية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية قسم الفقه وأصوله، منذ عام ٢٠١٦م. ولها عدد من المؤلفات المشتركة طبع أحدها واثنان منها تحت الطبع وعشرة بحوث علمية محكمة .
الاهتمامات البحثية: أصول الفقه ومقاصد الشريعة –المالية الإسلامية والصناعة المصرفية – الفقه المقارن والسياسة الشرعية والقانون –التربية وعلم النفس والاجتماع.
البريد الإلكتروني: sarah.alqahtani@ku.edu.kw

حقوق الطبع والنشر محفوظة – مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت

الآخر، وتكمن **أهمية البحث** في أن المادة (١٩٨) والتي نصت على تجريم التشبه بالجنس الآخر، قد صدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية عبارة (أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور) من المادة المذكورة –مما ترك فراغًا تشريعيًّا– قام على أثره مجموعة من نواب مجلس الأمة الكويتي باقتراح تعديل للمادة، ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة للتعليق على حكم المحكمة الدستورية، وتنقيح نص القانون المقترح. و**تتمثل إشكالية** البحث في الإجابة عن الإشكالات القانونية والفقهية فيما يخص حكم المحكمة الدستورية، وهل من الممكن إضافة بعض الفقرات على القانون المقترح بما يتوافق مع المقاصد الشرعية ويخدم أمن المجتمع الكويتي؟ **ويهدف هذا البحث** إلى بيان معنى التشبه بالجنس الآخر، وضوابطه، وحكم التشبه بالجنس الآخر وعقوبته، بالإضافة إلى توضيح الإشكالات القانونية والفقهية فيما يخص حكم المحكمة الدستورية، والتعليق على نص مشروع القانون المقترح. **واتُّبِع في ذلك المنهج** الوصفي، والمنهج النقدي التحليلي، **ومن أبرز النتائج التي خلص إليها البحث:** أن الإشكالات القانونية التي تم استناد حكم المحكمة الدستورية إليها في إبطال المادة (١٩٨) كانت لتزول إذا ما تم اتباع قواعد التفسير المعتبرة لنصوص الدستور، ودون الحاجة لإلغاء دستوريتها، بالإضافة إلى تهذيب نص مشروع القانون المقترح بما يتوافق مع الرؤية الفقهية والاجتهاد المقاصدي. **لذلك يرى البحث:** أن على السلطة التشريعية المسارعة بتشريع القانون الجديد المجَرِّم للتشبه بالجنس الآخر آخذًا بعين الاعتبار الملاحظات الشرعية الواردة في الدراسة.

الكلمات المفتاحية: التشبه بالجنس الآخر، اضطراب الهوية الجنسية، القانون الكويتي، المحكمة الدستورية.

Draft law amending Article 198 of Law No. 16 of 1960 Regarding the Penal Code in relation to imitating the opposite sex From Kuwaiti law Intentional jurisprudence study

Dr. Wassan Saad Alresheedi (Author) *

Dr. Sarah Mutlea Alqahtani (Research Associate) **

Research received date : June 2022 Research authorized date: July 2022

Abstract

The main research idea is to comment on the proposed amendment to Article (198) of Kuwaiti Law No. (16) of the year (1960) regarding criminal law related to resembling the opposite sex. **The significance of this research** lies in the fact that Article (198), which criminalized resembling the opposite sex, was deemed unconstitutional by the Constitutional Court due to the phrase "or resembling the opposite sex in any way" in the mentioned article. This legal vacuum led a group of Kuwaiti National Assembly members to propose an amendment to the article. This study aims to comment on the Constitutional Court's ruling and to refine the text of the proposed law. **The research problem revolves** around addressing

(*) Associate Professor at Kuwait University - College of Sharia and Islamic Studies - Department of Fiqh and its Fundamentals. Email: wasan.alrashidi@ku.edu.kw.

(*) Associate Professor at Kuwait University - College of Sharia and Islamic Studies - Department of Fiqh and its Fundamentals. Email: sarah.alqahtani@ku.edu.kw

Published by the Academic Publication Council of Kuwait University. All Rights Reserved.

the legal and jurisprudential issues concerning the Constitutional Court's ruling. It seeks to answer whether it is possible to add certain paragraphs to the proposed law that align with religious principles and contribute to upholding the societal and ethical well-being of Kuwaiti society. **The objective of this research** is to clarify the meaning of resembling the opposite sex, its criteria, the court's ruling, and consequences for such resemblance, as well as to elucidate the legal and jurisprudential issues surrounding the Constitutional Court's ruling. Additionally, the study comments on the text of the proposed law. The research followed a **descriptive and critical-analytical methodology. Among the notable findings** are that the legal issues on which the Constitutional Court's ruling was based in nullifying Article (198) could have been resolved by adhering to established rules of constitutional interpretation, without necessarily annulling its constitutionality. The research also suggests refining the text of the proposed law in line with the jurisprudential vision and purposive reasoning. Therefore, the research suggests that the legislative authority should expedite the enactment of the new law criminalizing resembling the opposite sex, taking into consideration the religious observations outlined in the study.

Keywords: Resembling the Opposite Sex, Gender Identity Disorder, Kuwaiti Law, Constitutional Court.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرا، وبعد:

خلق الله النوع الإنساني من ذكر وأنثى؛ قال تعالى: ﴿يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى﴾ [الحجرات: ١٣]، ولذا جاءت الشريعة الإسلامية بالحفاظ على كرامة الإنسان وصيانة عرضه، واعتبرت أي اعتداء لأي من الجنسين على خصائص الجنس الآخر –بتجاوز حدوده وتقمص صفاته– اعتداء على الكرامة الإنسانية والفطرة السوية.

أهمية البحث:

نصت المادة (١٩٨) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) والمعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة (٢٠٠٧م) على تجريم التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، وعلى إثر صدور حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص (أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور) من المادة المذكورة –مما ترك فراغًا تشريعيًّا واضحًا– قام مجموعة من نواب مجلس الأمة الكويتي باقتراح تعديل المادة (١٩٨) من قانون الجزاء في شأن تجريم التشبه بالجنس الآخر.

ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة لتبين حكم التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، وبيان الإشكالات القانونية في حكم المحكمة الدستورية. والتعليق على مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي.

مشكلة البحث: بعد صدور حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص (أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور)، وقيام مجموعة من نواب مجلس الأمة الكويتي باقتراح تعديل على المادة (١٩٨)، **برز لنا عدة تساؤلات:**

١- ما المقصود بالتشبه بالجنس الآخر؟ وما ضوابط التشبه المنهي عنه؟
٢- ما حكم التشبه بالجنس الآخر في الشريعة الإسلامية؟ وما عقوبته؟
٣- ما الإشكالات القانونية والفقهية فيما يخص حكم المحكمة الدستورية؟
٤- هل القانون المقترح يغطي الثغرات التي وجدت في القانون القديم؟

٥- هل من الممكن إضافة بعض الفقرات على القانون المقترح بما يتوافق مع المقاصد الشرعية ويخدم أمن المجتمع الكويتي؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى التعليق على مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي، عن طريق:

١- بيان معنى التشبه بالجنس الآخر، وبيان ضوابطه التي نص عليها الفقهاء.

٢- بيان حكم التشبه بالجنس الآخر في الشريعة الإسلامية.

٣- توضيح الإشكالات القانونية والفقهية فيما يخص حكم المحكمة الدستورية.

٤- التعليق على مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي.

٥- إضافة بعض الفقرات على القانون المقترح بما يتوافق مع المقاصد الشرعية ويخدم أمن المجتمع الكويتي.

حدود الدراسة:

يقتصر موضوع الدراسة على التعليق على مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي، ودراسة التشبه بالجنس الآخر على المذاهب الفقهية الأربعة، وبيان الإشكالات الواردة على حكم المحكمة الدستورية، بالقانون والدستور الكويتي فقط.

منهج الدراسة:

تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج الوصفي، والمنهج النقدي التحليلي.

الدراسات السابقة: لم أطلع -حسب علمي- على دراسة فقهية أو قانونية تناولت التعليق على مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي.

لكن هناك بعض الدراسات التخصصية التي تناولت بعض جزئيات البحث:

كبحث: التشبه بين الجنسين؛ مفهومه وأحكامه ومظاهره وأسبابه، لمحمد الشحيمي، تحدث فيه الباحث عن معنى التشبه وأحكامه الفقهية بالتفصيل.

وبحث: اضطراب الهوية الجنسية، للدكتور: عبد الله الربعي، والذي فصل فيه الباحث فقهيًّا وطبيًّا أحكام التشبه بالجنس الآخر، ولم يتعرض للجانب القانوني.

وبحث: التعليق على حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠م) والمعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة (٢٠٠٧م) "التشبه بالجنس الآخر" للدكتورة أبرار عبد الهادي، والتي علقت فيه الباحثة على حكم المحكمة الدستورية، ولم يكن صدر في حينها مقترح المشروع القانوني محل الدراسة.

ما يضيفه هذا البحث هو الجمع بين بيان الحكم الشرعي للتشبه بالجنس الآخر، والدراسة القانونية لحكم التشبه في القانون الكويتي من خلال الرد التفصيلي على الإشكالات التي أثارها حكم المحكمة الدستورية، والتعليق على القانون الذي اقترحه مجموعة من نواب مجلس الأمة الكويتي بتعديل المادة (١٩٨) من قانون الجزاء في شأن تجريم التشبه بالجنس الآخر.

خطة البحث: اشتملت خطة البحث على ثلاثة مباحث على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: التشبه بالجنس الآخر في الشريعة الإسلامية؛ مفهومه، وحكمه، وضوابطه:

المطلب الأول: في تعريف التشبه بالجنس الآخر:

المطلب الثاني: في حكم التشبه بالجنس الآخر وعقوبته:

المطلب الثالث: في ضوابط التشبه بالجنس الآخر:

المبحث الثاني: التشبه بالجنس الآخر في نصوص القانون الكويتي بين الإشكالات القانونية وحكم المحكمة الدستورية:

المطلب الأول: التشبه بالجنس الآخر في نصوص القانون الكويتي، وحكم المحكمة الدستورية:

المطلب الثاني: الإشكالات القانونية الواردة في حكم المحكمة الدستورية:

المبحث الثالث: مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون الكويتي رقم (١٦)

لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي:

المطلب الأول: نص مقترح مشروع قانون تجريم التشبه بالجنس الآخر:

المطلب الثاني: دراسة نص مقترح مشروع قانون تجريم التشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي:

المبحث الأول

التشبه بالجنس الآخر في الشريعة الإسلامية؛ مفهومه، وحكمه، وضوابطه

المطلب الأول

مفهوم التشبه بالجنس الآخر

الفرع الأول

تعريف مفردات المصطلح لغة واصطلاحًا

التشبه لغة: مصدر تشبه، يقال تشبه فلان بفلان؛ إذا تكلف أن يكون مثله. والتشبيه التمثيل، والمشابهة بين الشيئين الاشتراك بينهما في معنى من المعاني[(١)].

جاء في معجم مقاييس اللغة أن الشين والباء والهاء أصل يدل على تشابه الشيء وتشاكله في اللون والوصف[(٢)].

واصطلاحًا: أن يتكلف الإنسان في مشابهة غيره، في كل أو بعض ما يتصف به[(٣)].

وفي الحديث: «مَنْ تَشَبَّهَ بِقَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ»[(٤)]، قال ابن عبد البر: «من تشبه بهم في أفعالهم

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح.** (بيروت: مكتبة لبنان، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ١/١٣٨. محمد بن مكرم ابن منظور، **لسان العرب**. (بيروت: دار صادر، د.ت) باب الهاء فصل الشين.

(٢) أحمد بن فارس، **مقاييس اللغة**، (بيروت، دار الفكر، ١٩٧٩)، ٣/٢٤٣.

(٣) وائل الظواهري، **التشبه؛ قواعده، وضوابطه، وبعض تطبيقاته المعاصرة**، (كلية الشريعة، جامعة الأزهر)، ص٢٢.

(٤) رواه سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني أبو داود، **سنن أبي داود**. (دار الفكر، د.ت) في سننه، باب في لبس الشهرة، حديث رقم ٤٠٣١، قال ابن حجر في فتح الباري: أخرجه أبو داود بسند حسن. ١٠/ ٢٧١.

أو هيئاتهم»[(١)]، وقال ﷺ: «لَعَنَ اللهُ المَرْأَةَ تَلْبَسُ لِبْسَةَ الرَّجُلِ، وَالرَّجُلَ يَلْبَسُ لِبْسَةَ المَرْأَةِ»[(٢)].

الجنس لغة: من التجانس، وهو التآنس، وهو المشابهة والمشاكلة، والجنس أيضا الأصل[(٣)].

والجنس هو: المثل والصنف والنوع من كل شيء، والجنسان من البشر هما الذكر والأنثى وهو المقصود في البحث[(٤)].

الفرع الثاني

مفهوم التشبه بالجنس الآخر باعتباره مركبًا إضافيًّا

إن التشبه بالجنس الآخر يقصد به: تعمد فعل كل من الذكور والإناث من البشر ما هو خاص بفعل الآخر، ومشاركته في صفة من صفاته الخاصة به، أو ما يغلب عليه فعلها، سواء أكانت المشابهة على مستوى الصفات المادية أم المعنوية المستنكرة والمستهجنة شرعا وعرفا وقانونا[(٥)].

فالمقصود ببحثنا يشمل نوعين:

الأول: تشبه الرجال بالنساء، وفاعله يعد مخنثا، **وهو الرجل** يتزيى بزي النساء، ويتشبه بهن في تليين الكلام عن اختيار، والفعل المنكر[(٦)]. أو الرجل يشبه خلقه خلق النساء في الحركات[(٧)].

والتخنث في اللغة: مشتق من الفعل خَنَث، بمعنى مال وتثنى وتكسر. وفي الاصطلاح:

---

(١) يوسف بن عبد الله ابن عبد البر، **التمهيد**، (وزارة عموم الأوقاف، د. ت)، ٦/ ٨٠.

(٢) رواه محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**. (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ)، كتاب اللبس، حديث رقم (٧٤١٥)، ج٤/ ٢١٥، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) محمود بن عمر الزمخشري، **أساس البلاغة**. (القاهرة: الهيئة العامة لقصور الثقافة، سلسلة الذخائر ٩٥)، ١/ ١٣٧.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ٦/ ٤٣. المعجم الوسيط، (مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٥)، ١٤٠.

(٥) محمد سعد خلف الله الشحيمي، **التشبه بين الجنسين؛ مفهومه، وأحكامه ومظاهره، وأسبابه**. (دبي: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، ط ١، ٢٠٠٩م)، ص٢٦.

(٦) محمد أمين ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**. (بيروت: دار الفكر، ١٤٢١هـ)، ٥/ ١١.

(٧) أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي ابن حجر، **فتح الباري**. (بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ٩/ ٣٣٤.

هو فعل ما يغلب على الخنثى من التثني والتكسر في الكلام والمشي والحركات.

والمخنث: يطلق في الاستعمال اللغوي والشرعي على الرجل الذي يقوم بهذا الفعل. وقد يطلق في الاستعمال العرفي على من تفعل به الفاحشة[(١)].

الثاني: تشبه النساء بالرجال، وفاعلته تسمى مترجلة: وهي المرأة تشبه أخلاقها وحركاتها ومشيتها ولباسها أخلاق الرجال وحركاتهم ومشيهم ولبسهم[(٢)].

وفي الحديث: «لَعَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْمُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ الَّذِينَ يَتَشَبَّهُونَ بِالنِّسَاءِ، والْمُتَرَجِّلَاتِ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِي يَتَشَبَّهْنَ بِالرِّجَالِ»[(٣)].

وليس المقصود ببحثنا الخنثى[(٤)] صاحب العلة الجسدية والمعروف في الطب بمرض «الانترسكس»؛ بل شخص محقق الذكورة أو الأنوثة إلا أن علته نفسية تتمثل في حب التشبه بالجنس الآخر والمعروف في الطب بمرض « الترانسكس» أو «اضطراب الهوية الجنسية»، لكنه لا يعمل اللواط أو السحاق.

قال ابن حجر في معرض كلامه عن عقوبة المتشبه: «إن المراد بالمخنثين المتشبهون بالنساء لا من يؤتى فإن ذلك حده الرجم لا النفي،...-وأضاف-: ولم يثبت عن أحد ممن

(١) بدر الدين أحمد العيني، **عمدة القاري**. (بيروت: دار إحياء التراث، د.ت)، ٢١/ ٤٢.

(٢) زكريا بن محمد الأنصاري، **أسنى المطالب**. (دار الكتاب الإسلامي)، ١/ ٣٧٩. علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف**. (بيروت: دار إحياء التراث). علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف**. (بيروت: دار إحياء التراث)، ٣/ ١٥٢.

(٣) رواه أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي ابن أبي شيبة، **مصنف ابن أبي شيبة**، (الرياض، مكتبة الرشد، ١٤٠٩هـ)، حديث رقم ٢٥٩٠٦. وفي محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**. (بيروت: دار ابن كثير، ط٣، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م): «لعن رسول الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء». أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي ابن حجر، **فتح الباري**. (بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ١٠/ ٣٣.

(٤) الخنثى عرفه الفقهاء بأنه من له آلة ذكر الرجال وفرج النساء، أو من ليس له شيء منهما وله ثقب يبول منه ولا يشبه واحدًا من الفرجين، انظر: زين الدين ابن نجيم، **البحر الرائق**. (بيروت: دار المعرفة، (د.ت). ط٢)، (٨/ ٥٣٨)، محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي**. (بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٤/ ٤٨٨. محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**. (بيروت: دار الفكر)، ٣/ ٢٨. عبدالله المقدسي ابن قدامة، **المغني**. (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥هـ)، ٦/ ٢٢١. وعرفه الأطباء بأنه الشخص الذي تكون أعضاؤه التناسلية الظاهرة غامضة، انظر: كمال سيد نصر، **التحول الجنسي وعقوبته في الفقه الإسلامي**. (مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم: جامعة المنيا)، ص ٤٨٠.

أخرجهم النبي ﷺ أنه كان يؤتى»[(١)].

واضطراب الهوية الجنسية: هو مرض نفسي ينتاب الشخص يتمثل في رغبته الشديدة في تغيير جنسه على الرغم من مظهره الخارجي والتكويني الواضح، ولا يخل هذا المرض بقدرات صاحبه الذهنية والمهنية إذ لا يعتبر من قبيل الأمراض العقلية[(٢)].

وإن من أصيب بهذا المرض عادةً يبدأ بالتشبه بالجنس الآخر ظاهرا، ثم النفور والاشمئزاز من أعضائه التناسلية، ثم ينتهي بطلب إجراء عملية جراحية تمكنه من التخلص من أعضائه التناسلية وتملك أعضاء الجنس الآخر[(٣)].

وتنحصر أساليب علاج هذا المرض بالعلاج النفسي، أو التدخل الجراحي بتغيير جنسه[(٤)].

المطلب الثاني

حكم التشبه بالجنس الآخر وعقوبته

الفرع الأول

حكم التشبه بالجنس الآخر

اختلف الفقهاء في حكم تشبه الرجال بالنساء، وتشبه النساء بالرجال على قولين:

القول الأول: إن تشبّه الرّجال بالنّساء، وتشبّه النّساء بالرّجال، من الأمور المحرمة في الدين والتي يُلعن صاحبها وبهذا قال جمهور الفقهاء[(٥)].

---

(١) ابن حجر، فتح الباري، ١٢:١٥٩/ ١٦٠.

(٢) محمد سامي الشواط، **مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات**. (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢-٢٠٠٣ م)، ص ١٨٣.

(٣) أحمد محمود سعد، **تغيير الجنس بين الحظر والإباحة**. (القاهرة: دار النهضة العربية، (١٩٩٣)، ص ١٩٨.

(٤) الشواط، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص ١٨٥.

(٥) محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**. (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١ هـ)، ٣/ ٢٠٦. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، **الذخيرة**. (بيروت: دار الغرب، ١٩٩٤م)، ١٣/ ٢٦٧. يحيى بن شرف النووي، **روضة الطالبين**. (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، (١٤٠٥ هـ)، ٢/ ٢٦٢. إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق ابن مفلح، **المبدع**. (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ)، ٢/ ٢٧٥. منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**. (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ)، ٢/ ٢٣٩.

القول الثاني: قالوا: إن التشبه بالجنس الآخر لا يحرم لكن يكره.

وبه قال بعض المالكية[(١)]، والشافعية **في قول**[(٢)]، وبعض الحنابلة[(٣)].

قال ابن عبد البر في الكافي: «ويكره للرجال التزين بزينة النساء»[(٤)].

ونقل النووي عن صاحب المعتمد أن كون المرأة تلبس ملابس الرجال مكروها لا محرما، ونقل عن الشافعي في الأم قوله: ولا أكره للرجل لبس اللؤلؤ إلا للأدب وأنه من زي النساء لا للتحريم، فلم يحرم زي النساء وإنما كرهه[(٥)].

وقال البهوتي: «فأما تشبه الرجل بالمرأة وعكسه فيحرم، واحتج أحمد بلعن المتشبهات من النساء، وجزم جماعة بالكراهة»[(٦)].

أدلة القول الأول:

١- قوله تعالى:﴿**ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن واسألوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما**﴾ [سورة النساء: الآية ٣٣].

وجه الدلالة: قال الطبرى: أن ذلك نزل في نساء تمنين منازل الرجال، فنهى الله عباده عن الأماني الباطلة، وأمرهم أن يسألوه من فضله إذ كانت الأماني تورث أهلها الحسد، والبغي بغير الحق[(٧)].

فإذا كان تمني الرجال خصائص النساء، وتمني النساء خصائص الرجال منهي عنه، فمن باب أولى يحرم العمل على التشبه بالجنس الآخر.

---

(١) يوسف بن عبد الله ابن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة**. تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني. (الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٩٨٠م) ١/ ٢٣.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٢/ ٢٦٢. يحيى بن شرف النووي، **المجموع**. (بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٦/ ١.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٢/ ٢٣٩، ابن مفلح، المبدع ٢/ ٣٧٥.

(٤) ابن عبد البر، الكافي ١/ ٢٣.

(٥) النووي، روضة الطالبين ٢/ ٢٦٣.

(٦) البهوتي، كشاف القناع ٢/ ٢٣٩. انظر: ابن مفلح، المبدع ٢/ ٣٧٥.

(٧) محمد بن جرير الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن**. تحقيق: أحمد محمد شاكر. (الناشر: مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٠م)، ٨/ ٢٦٩.

١- روى البخاري عن ابن عباس ﷺ أنه قال: «**لعَن رسولُ اللهِ ﷺ المُتَشَبِّهينَ من الرّجالِ بالنّساءِ، والمُتَشَبِّهاتِ من النّساءِ بالرّجالِ**»(١).

٢- وروى البخاري عن ابن عباس قال: "لَعَنَ النبيُّ ﷺ المُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالمُتَرَجِّلَاتِ مِنَ النِّسَاءِ، وقال: «أَخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ»، قال: فأخرج النبي ﷺ فلانا، وأخرج عمر فلانا"(٢).

٣- وعن أبي هريرة ﷺ قال: "**لَعَنَ رسولُ اللهِ الرجلَ يلبسُ لِبْسَةَ المرأةِ، والمرأةَ تلبس لِبْسَةَ الرجُلِ**»(٣).

٤- وعنه ﷺ: «**لَعَنَ رسول الله ﷺ الرَّجُلَةَ مِنَ النِّسَاءِ**»(٤).

٥- عن ابن عباس ﷺ أن رسول الله ﷺ لعن المذكرات من النساء والمخنثين من الرجال(٥).

ووجه الدلالة واضح من الأحاديث السابقة في تحريم التشبه بالجنس الآخر وترتيب اللعن على هذا الفعل المذموم؛ واللعن هو الطرد من رحمة الله، ولا يكون إلا بفعل محرم من ضابط الكبيرة(٦).

قال في فتح الباري: «لا يجوز للرجال التشبه بالنساء في اللباس والزينة التي تختص بالنساء ولا العكس»(٧). وقال النووي: «حرمة تشبه الرجال بالنساء، وعكسه؛ لأنه إذا حرم في اللباس ففي الحركات والسكنات والتصنع بالأعضاء والأصوات أولى بالذم والقبح»(٨).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب المتشبهين بالنساء والمتشبهات بالرجال، حديث رقم (٥٥٤٦) ج٥/ ٢٢٠٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، حديث رقم (٥٥٤٧) ج٥/ ٢٢٠٧.

(٣) رواه أبو داود في سننه، حديث رقم ٤٠٩٨، ٤/ ٣٥٥، وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب اللباس، رقم ٧٤١٥، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ٤/ ٢١٥.

(٤) رواه أبو داود في سننه، حديث رقم ٤٠٩٩.

(٥) محمد بن حبان بن أحمد ابن حبان، **صحيح ابن حبان**، تحقيق: أحمد شاكر. (دار المعارف، ١٩٥٢م)، حديث رقم (٥٧٥٠)، ١٣/ ٦١.

(٦) محمد بن أحمد القرطبي، **تفسير القرطبي**. (القاهرة: دار الشعب، د.ت)، ٥/ ١٦٠. أحمد بن عبد الحليم الحراني أبو العباس ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**. (مكتبة ابن تيمية، ط٢) ١/ ٦٥.

(٧) ابن حجر، فتح الباري ١٠/ ٣٣٢.

(٨) المناوي، فيض القدير ٥/ ٢٦٩.

قال ابن حجر[(١)] : والحكمة فيمن تشبه إخراج الشيء عن الصفة التي وضعها الله وهو أحكم الحاكمين، وقد أشار إلى ذلك عند لعن الواصلات بقوله ﷺ :» المغيرات خلق الله «.

أدلة القول الثاني:

قالوا: إن أحاديث لعن المتشبه بالجنس الآخر ليس المراد منها حقيقة اللعن؛ بل التنفير فقط ليرتدع من سمعه عن مثل فعله، ويحتمل كونه دعاء بالإبعاد، وقد قيل: إن لعن المصطفى لأهل المعاصي كان تحذيرا لهم عنها قبل وقوعها، فإذا فعلوها استغفر لهم ودعا لهم بالتوبة، وأما من أغلظ له ولعنه تأديبا على فعله، فقد دخل في عموم شرطه حيث قال: «**سَأَلْتُ رَبِّي أَنْ يَجْعَلَ لَعْنِي لَهُ كَفَّارَةً وَرَحْمَةً**»[(٢)].

ونوقش: بأن اللعن الصادر من النبي ﷺ على ضربين، أحدهما: يراد به الزجر عن الشيء الذي وقع اللعن بسببه، وهو مخوف فإن اللعن من علامات الكبائر، والآخر يقع في حال الحرج وذلك غير مخوف بل هو رحمة في حق من لعنه بشرط ألا يكون الذي لعنه مستحقا لذلك[(٣)].

والراجح -والله أعلم- هو القول الأول بتحريم التشبه بالجنس الآخر؛ لصحة أدلتهم ووضوح دلالتها، ولذا قال النووي: «والصواب أن تشبه النساء بالرجال وعكسه حرام»[(٤)]، فهي من كبائر الذّنوب التي تُهلك صاحبها، وهذه الأفعال منافية للفطرة السليمة، وفيها من المفاسد الدينيّة والدنيويّة ما لا يخفى على كل عاقل؛ وقد يؤدي التشبه بالظاهر إلى ما هو أبعد من الوقوع بالمحظور من الفاحشة، واعتبار مآلات الأفعال مقصود ومعتبر.

قال ابن تيمية: «إن الرجل المتشبه بالنساء يكتسب من أخلاقهن بحسب تشبهه حتى يفضي به الأمر إلى التخنث المحض، والتمكين من نفسه كأنه امرأة»[(٥)].

(١) ابن حجر، فتح الباري ١٠/ ٣٣٣.
(٢) المناوي، فيض القدير ٥/ ٢٦٩.
(٣) ابن حجر، فتح الباري ١٠/ ٣٣٣.
(٤) النووي، المجموع ٤/ ٣٣٥.
(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٢/ ١٥٤.

الفرع الثاني
عقوبة التشبه بالجنس الآخر

إن عقوبة المتشبه بالجنس الآخر عقوبة تعزيرية لا حد فيها ولا كفارة[(١)].

قال الحنفية: إن المخنث يعزر ويحبس حتى يحدث توبة[(٢)].

وقال الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]: إن نفي المخنث فعل للمصلحة.

قال ابن القيم: «من السياسة الشرعية نص عليه الإمام أحمد، قال في رواية: المخنث ينفى لأنه لا يقع منه إلا الفساد والتعرض له وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فساد أهله وإن خاف عليه حبسه»[(٥)].

والأدلة على ذلك:

١- ما ورد من أن النبي ﷺ والصحابة من بعده كعمر بن الخطاب أنهم عزّروا المخنثين بالنفي وأمر ﷺ بإخراجهم من المدينة فعن ابن عباس ﷺ قال: «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء وقال: «**أَخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ**» قال: فأخرج النبي ﷺ فلانا، وأخرج عمر فلانا»[(٦)].

٢- عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ أتي بمخنث قد خضب يديه ورجليه، فقيل: يا رسول الله: هذا يتشبه بالنساء، فنفاه إلى البقيع، فقيل: ألا تقتله، فقال: «**إِنِّي نُهِيتُ عَنْ قَتْلِ الْمُصَلِّينَ**»[(٧)].

٣- عن أم سلمة أن النبي ﷺ كان عندها وفي البيت مخنث، فقال المخنث لأخي أم سلمة عبد الله

---

(١) السرخسي محمد بن أحمد شمس الأئمة، **المبسوط**. (بيروت: دار المعرفة)، ٢٧/ ٢٠٥. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٧. الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ١٩٢. علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف**. (بيروت: دار إحياء التراث)، ١٠/ ٢٥٠، البهوتي، كشاف القناع ٦/ ١٢٨.

(٢) السرخسي، المبسوط٢٧/ ٢٠٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٧.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ١٩٢

(٤) المرداوي، الإنصاف ١٠/ ٢٥٠، البهوتي، كشاف القناع ٦/ ١٢٨.

(٥) ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد ٣/ ٦٩٤.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، حديث رقم (٥٥٤٧)، ٥/ ٢٢٠٧.

(٧) رواه أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، **سنن البيهقي الكبرى**. (مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، ١٩٩٤م)، كتاب الحدود، باب ما جاء في نفي المخنثين، رقم ١٦٧٦٤، ٨/ ٢٢٤.

بن أبي أمية: إن فتح الله لكم الطائف غدا أدلك على ابنة غيلان، فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان، فقال النبي ﷺ: «**لَا يَدْخُلَنَّ هَذَا عَلَيْكُنَّ**»(١). وفي رواية ابن ماجه: «**أَخْرِجُوهُ مِنْ بُيُوتِكُمْ**»(٢).

وفي رواية أن النبي ﷺ أجلاه من المدينة إلى الحمى(٣).

ووجه الدلالة من الأحاديث السابقة أن النبي ﷺ أمر بإخراج المخنثين من البيوت حتى لا يطلعوا على عورات البيوت فيصفوها، فيسقط معنى الحجاب(٤)، وألحق العلماءُ بهم المتشبهين بالنساء، فقد بوب البخاري لحديث أم سلمة بقوله: «باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت».

قال ابن حجر: «وفي الحديث تعزير من يتشبه بالنساء بالإخراج من البيوت والنفي إذا تعين ذلك طريقًا لردعه، وظاهر الأمر وجوب ذلك»(٥).

قال ابن حجر: «ويحمل النفي الوارد في الحديث على السجن أو التغريب"(٦).

والحاصل: أن النبي ﷺ رتب على تشبه الرجال بالنساء، وعكسه العقوبة الأخروية وهي اللعن والطرد من رحمة الله، والعقوبة الدنيوية وهي النفي والتعزير بقدر ما يرى الإمام، وهذا يدل على تجريم هذا العمل، وفي ذلك يقول الماوردي: «الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير»(٧).

المطلب الثالث: ضوابط التشبه المنهي عنه:

١- **القصد والاختيار**: أي أن يصدر التشبّه من صاحبه وهو قاصد له، مختار غير مكره، قال ابن حجر: «وتشبه النساء بالرجال، والرجال بالنساء من قاصد مختار حرام

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب ما ينهى من دخول المتشبهين بالنساء على المرأة، حديث رقم: ٤٩٣٧، ٥/ ٢٠٠٦.
(٢) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب في المخنثين، حديث رقم ١٩٠٢، ١/ ٦١٣.
(٣) ابن عبد البر، الاستذكار ٧/ ٢٨٧.
(٤) بدر الدين أحمد العيني، **عمدة القاري**. (بيروت: دار إحياء التراث، د.ت)، ٢٠/ ٢١٦.
(٥) ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٣٣٦.
(٦) ابن حجر، فتح الباري ١٢/ ١٥٩.
(٧) علي بن محمد بن حبيب الماوردي، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**. (بيروت: دار الكتب العلمية) ١ / ٣٣٢.

اتفاقا»[1].

"أما مجرد التوافق بدون قصد وتعمد فهذا تشابه لا تشبه، والناس بأجناسها تتفق في أمور مشتركة، وكذا من كان في أصل خلقته، فهذا يؤمر بتكلف تركه تدريجيا، فإن لم يفعل لحقه ذم، أما إن عجز عن التغيير فلا لوم ولا يعد متشبها"[2].

٢- **أن يكون التشبه فيما اختص به أحدهما عرفا:** فما اختص به الرجال عرفا نهيت عنه النساء، والعكس صحيح.

قال في فيض القدير: "فيحرم على الرجال التشبه بالنساء وعكسه في لباس اختص به المشبه؛ بل يفسق"[3]

والنهي عن مثل هذا يتغير بتغير العادات والأعراف، فهيئة اللباس مثلا قد تختلف باختلاف عادة كل بلد[4].

قال الأسنوي: «إن العبرة في لباس وزي كل من النوعين –حتى يحرم التشبه فيه– بعرف كل ناحية»[5].

وقال ابن حجر: «فأما هيئة اللباس فتختلف باختلاف عادة كل بلد، فرب قوم لا يفترق زي نسائهم من رجالهم في اللبس لكن يمتاز النساء بالاحتجاب والاستتار»[6]. بل إن الزمان والمكان لهما أثر في تحديد كون الفعل تشبها أو غير تشبه[7]، قال ابن عبد البر: «صار أهل عصرنا لا يحبس الشعر منهم إلا الجند عندنا لهم الجمم والوفرات، وأضرب عنها أهل الصلاح والستر والعلم، حتى صار ذلك علامة من علاماتهم وصارت الجمم اليوم عندنا تكاد تكون علامة السفهاء»[8].

٣- **أن يكون التشبه فيما خص به أحدهما بالنص:** كلبس الحرير أو الذهب؛ فهو محرم

(١) ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٣٣٦.
(٢) ابن حجر، فتح الباري ١٠/ ٣٣٢.
(٣) المناوي، فيض القدير ٥/ ٢٦٩.
(٤) العيني، عمدة القاري ٢٢/ ٤١.
(٥) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٦٢.
(٦) ابن حجر، فتح الباري ١٠/ ٣٣٢
(٧) الظواهري، التشبه قواعده وضوابطه، ص٢٢.
(٨) ابن عبد البر، التمهيد ٦/ ٨٠

على الرجال بنص الحديث، وفاعله يعد متشبها بالنساء. فعن البراء بن عازب قال: «نهانا النبي ﷺ عن خاتم الذهب وعن الحرير والإستبرق»[(١)].

وقد حرص الشارع الحكيم على تمييز الرجل عن المرأة فخص الرجل بالقوة والخشونة والصلابة وخص المرأة بالنعومة والأنوثة والرقة ورتب على ذلك أعمالا وأحكاما وآدابا ليقوم كل جنس بوظيفته واهتماماته ومسؤولياته وفق طبيعته التي خلقه الله عليها قال تعالى :﴿ أَوَمَنْ يُنَشَّأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ . قال ابن عباس: هن النساء فرق بين زيهن وزي الرجال[(٢)].

المبحث الثاني

التشبه بالجنس الآخر في نصوص القانون الكويتي بين الإشكالات القانونية وحكم المحكمة الدستورية

المطلب الأول

التشبه بالجنس الآخر في نصوص القانون الكويتي، وحكم المحكمة الدستورية

نصت المادة (١٩٨) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠)، والمعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة (٢٠٠٧) على: «من أتى 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».

ونصت المذكرة الإيضاحية على: «أن تشبه أي الجنسين الذكر أو الأنثى بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعا فقد قال ﷺ: «لَعَنَ اللهُ الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ والْمُتَشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ».

وقد أصدرت المحكمة الدستورية في الكويت بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء[(٣)]، وجاء ذلك القرار للفصل في الطعن المقدم على المادة، وكان الطاعن يعترض على

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب خواتيم الذهب، حديث رقم ٥٥٢٥، ٥/ ٢٢٠٢، حد

(٢) عبد الرحمن جلال الدين السيوطي، **الدر المنثور**. (بيروت: دار الفكر، ١٩٩٣)، ٧/ ٣٧٠.

(٣) – وثيقة نص حكم المحكمة الدستورية: الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠٢١ دستوري على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٧ فيما تضمنته من تجريم من

المادة لأنه يجد أن (التشبه بالرجال يُعد مرضًا، وكيف يُجرم المرض؟)[1].

فحيث أن المادة (١٩٨) تضمنت إدانة المتقمص شخصية الآخر عن طريق تزين جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد، إلا أنها أتاحت تقدير الأمر في النهاية وفقًا لرؤية الجهات القائمة على تطبيق القانون دون ضابط يقيدها بما لا يضمن تطبيقها بشكل عادل، وذلك يتعارض مع كفالة الدستور الكويتي للحرية الشخصية للمواطنين. وعليه فإن «عبارات النص قد جاءت واسعة فضفاضة غير محددة للأفعال المؤثمة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها 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»[2].

المطلب الثاني

الإشكالات القانونية الواردة في حكم المحكمة الدستورية، والرد عليها

إن الناظر بما ورد في حكم المحكمة الدستورية؛ يجد أن تسبيبها للحكم لم يخرج عن ثلاثة أمور، نتناولها من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول: غياب العنصر الموضوعي:

حيث جاء في تسبيب الحكم ما نصه: «دون أن يتضمن النص معيارًا موضوعيًّا منضبطًا يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانونا، وما يعد تشبها بالجنس الآخر وما لايعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها».

وللإجابة على ذلك نقول :

تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور(moj.gov.kw) pdf.

(١) – المحكمة الدستورية الكويتية تقضي بعدم دستورية المادة التي تُجرم «التشبه بالجنس الآخر» (almasryalyoum.com)

(٢) – وثيقة نص حكم المحكمة الدستورية: الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠٢١ دستوري على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٧ فيما تضمنته من تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور(moj.gov.kw) pdf.

أولا: إن المعيار الموضوعي، وهو : تحديد مفهوم التشبه بالجنس الآخر موجود وواضح.

إذ الفطرة هي الأصل فيه، والفطرة لا تحتاج لتفسير، إذ توضيح الواضحات محال. ومع ذلك فالعرف (السليم) فيه محكم، والمعروف عرفا كالمنصوص[(١)].

يقول ابن عاشور: "إن الإنسان مخلوق على حالة الفطرة الإنسانية التي فطر الله النوع ليتصف بآثارها، وهي الفطرة الإنسانية الكاملة الموافقة لحقائق الأشياء "[(٢)].

- والاستناد إلى وجود علة نفسية تقضي أن يكون المعيار الموضوعي غائبًا منتقضًا من جهة: أن العلة النفسية –التي استند إليها النعي– لا تلغي وجود التمييز والإدراك (للجنس الأصلي) ولا تنفي (التعمد والقصد) لإتيان ما يختص بالجنس الآخر في أحد صفاته المادية أو المعنوية.

وعليه فإن الاستناد إلى غياب المعيار الموضوعي ساقط من جهة أن هذا المفهوم واضح فطرة، وأن التعمد في إتيان ما يخص الجنس الآخر مع وجود الإدراك والتمييز بالجنس الأصلي ينفي غياب المعيار الموضوعي.

ثانيا: إن قولهم :» إن عبارة القانون بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها». **يجاب عنه بما يلي:**

أ- إن الصيغة اللغوية المفيدة للعموم في نص المادة (١٩٨) هي لفظ «**أي**» الشرطية الواردة في جملة: «**أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»، وهي تعد من صيغ العموم التي تدل على العموم بنفسها من غير احتياج إلى قرينة.** وقد صرح بكونها من صيغ العموم جمع من العلماء [(٣)].

---

(١) سارة القحطاني، **ندوة التشبه بالجنس الآخر بين حكم الشريعة الإسلامية والمحكمة الدستورية**. (مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مج٣٧ ،ع١٢٩، ٢٠٢٢)، ٣٨٠-٣٨٦.

(٢) محمد الطاهر ابن عاشور، **التحرير والتنوير**. (تونس: الدار التونسية، ١٩٨٤)، ٣٠ / ٤٢٥.

(٣) أبو إسحاق بن إبراهيم الشيرازي، **اللمع في أصول الفقه**. (مطبعة مصطفى الحلبي)، ص١٤. محمد بن عمر التيمي الرازي، **المحصول**. تحقيق: د. طه جابر فياض. (مؤسسة الرسالة، ١٩٩٧م) ٢/ ٣١١. عبد الله بن أحمد ابن قدامة، **روضة الناظر وجنة المناظر**. تحقيق: د. شعبان إسماعيل. (المكتبة المكية، ٢٠٠٨، ط٢) ٢/ ٥٩٣. سيف الدين علي بن محمد الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**. (بيروت: دار الكتب العلمية)، ٢/ ٤١٥. صلاح الدين العلائي، **تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم**. تحقيق: علي

ب- إن نص المادة (١٩٨) ينطبق في حقها: **أنها من العموم الذي يراد به العموم قطعا** لكونه يتعلق في الآداب العامة والفطرة، فتحمل دلالته على القطعية في شمولها لكل أفراده.

ج- **إن السياق** الذي تم فيه تعديل المادة (١٩٨)، لتشمل عبارة: «أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور» يدل على قصد المشرع لعمومه، والقرينة الدالة على ذلك أن نص المادة الذي جرى تعديله كان «من أتى إشارة أو فعلا مخلا بالحياء في مكان عام أو بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين» يشمل بعمومه جريمة التشبه بالجنس الآخر باعتباره فعلا مخلا بالآداب، **إلا أن التنصيص على خصوص هذا الفعل والتأكيد على عمومه قرينة تدل على قطعية قصد المشرع إرادة العموم**.

الفرع الثاني
تعارض النصوص القانونية

ويقصد به تعارض نصوص المواد القانونية بين المادة (٣) التي تكفل الحرية الشخصية، والمادة (١٩٨) التي تجرم التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ويجاب عنه: **بنفي حقيقة وجود التعارض بين القانونين**

ذلك أن ادعاء عموم نص المادة (٣) يقيد عموم نص المادة (١٩٨) ساقط من جهة:

أ- أنه يستحيل أن تكون الحرية الشخصية مكفولة للجميع بشكل مطلق، لما يلزم منه - عقلا- تعارض المصالح والوقوع في الخلافات بلا شك. فيكون العام المقصود بنص المادة (٣) هو بعض أفراده مما لم يدخل في دائرة التجريم، وقد تم تجريم التشبه بالجنس الآخر بنص المادة (١٩٨).

ب- أن تفسير نصوص القانون يتم باعتبار ضم مواد القانون لبعضها، فالدستور الكويتي كما كفل الحرية الشخصية بنص المادة (٣)، قد كفل حقوقا أخرى؛ فقد نص في المادة (٢) على أن: "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع" ونص في المادة (٩) على أن: "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها، ويقوي أواصرها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة"، وبالنظر

معوض، وعادل عبد الموجود، (دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط ١، ١٩٩٧م)، ص ٣٤٠- ٣٤١.

في هذه النصوص مجتمعة لا يصح أن يرجح كفة أحد الحقوق بما يخل بباقي الحقوق بلا مرجح معتبر.

الفرع الثالث

ترك تقدير الأمر وفقا لرؤية الجهات القائمة على تطبيق النص قد يؤدي إلى الإخلال بالحقوق الأخرى التي كفلها الدستور[(١)]

وحقيقة هذا التسبيب يرجع إلى قاعدة سد الذرائع في الدراسات الأصولية، ويمكن الحكم على هذا التسبيب بالخطأ من خلال "إسقاط دعوى" وجود الذريعة المحوجة إلى سدها بإبطال دستورية المادة من وجهين:

الأول: إن تقدير السلطة التنفيذية لصور التشبه بالجنس الآخر محكوم بالعرف، والمعروف عرفا كالمنصوص نصا. والحكم على مدى صحة تقدير السلطة التنفيذية في تنفيذ المادة راجع للقاضي باعتباره محققا لمناط النص.

فالإبطال يتجه لتقدير السلطة التنفيذية في تنفيذ نص المادة لا لإبطال نص المادة نفسه، فالتذرع بسوء تنفيذ السلطة التقديرية ساقط بحكم العرف من جهة، وبحكم القاضي في تقدير صحة تنفيذ السلطة التنفيذية للمادة (١٩٨) في القضية محل النظر من جهة أخرى.

الثاني: الأصل أن التشبه بالجنس الآخر مما يخالف الفطرة من جهة كما يهدد دعامات الدين والأسرة والأمومة التي كفلها الدستور بالحماية والرعاية من جهة أخرى، وهذه المعاني والدعامات مما يستدعيها الوازع الجبلي ثم الديني، والأصل أن من واجبات ولاة الأمور حراسة الوازع الديني من الإهمال –وهو ما استدعى سن القوانين التي ترعاها ومنها المادة ١٩٨–، فإن خيف إهماله أو سوء استعماله وجب عليهم تنفيذه بالوازع السلطاني[(٢)] –وهو ما يستدعي تنفيذه بقوة القانون–، والتذرع بإبطال المادة لسوء تنفيذ السلطة القانونية يعتبر إفراغًا للقانون من قوته السلطانية من جهة

(١) حيث جاء في تسبيب الحكم من المحكمة ما نصه: «إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكًا للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقًا لتقديرها ودون ضابط يقيدها، وبما قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، وهو ما يتأبى مع ما حرص عليه الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها».

(٢) محمد الطاهر ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**. (بيروت: دار الكتاب اللبناني، ٢٠١١م)، ٢٢٦.

وهدرًا للمعاني التي راعتها باقي مواد الدستور في سبيل مراعاة أحدها من جهة أخرى.

وبعد بسط المناقشة فيما تم الاستناد إليه في حكم المحكمة الدستورية للحكم بعدم دستورية المادة (١٩٨) باعتبارها إشكالات قانونية، يظهر أن هذه الإشكالات كانت لتزول بدون الحاجة إلى الترجيح بين نصي المادة (٣) والمادة (١٩٨) إذا ما تم اتباع قواعد التفسير اللغوي والتكاملي والواسع والديناميكي لنصوص الدستور[(١)]، ودون الحاجة لإلغاء دستورية مادة تم صياغتها بشكل دقيق يعبر عن قصد المشرع الصريح.

المبحث الثالث

مشروع قانون تعديل المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بشأن قانون الجزاء فيما يتعلق بالتشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصدي.

المطلب الأول

نص مقترح مشروع قانون تجريم التشبه بالجنس الآخر

بعد صدور حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ٥ لسنة ٢٠٢١ «دستوري»، بعدم دستورية التعديل الذي جاء به القانون على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء، قام على أثر ذلك **مجموعة من النواب باقتراح تعديل المادة (١٩٨)** من قانون الجزاء، يتلافى ما أوردته المحكمة الدستورية من أسباب لإسقاط اعتباره القانوني والدستوري من جهة ويحكم صياغته التشريعية من جهة أخرى.

تضمن المقترح لمشروع القانون مادتين تفصيلهما كالآتي:

مادة أولى: يستبدل بنص المادة (١٩٨) مكرر من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) المشار إليه النص التالي:

(١) جابر محمد حجي، **تفسير النصوص في القضاء الدستوري** «دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر». (مجلة القانونية، ع ٣، يناير ٢٠١٥م، البحرين: هيئة التشريع والإفتاء القانوني)، ص ١٥٥ وما بعد.

«من أتى إشارة أو فعلا مخلا بالحياء في مكان عام، أو بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبه عمدا بالجنس الآخر في خصوصية صفاته وسماته الجنسية المحددة له بغير علة طبية متحققة.

أو تزيى بملابسه المقصورة عليه بحسب العرف السائد والآداب العامة والعادات المرعية في البلاد عدا ما كان لأغراض ثقافية في الأماكن المعدة لذلك.

يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وللمحقق أو المحكمة –حسب الأحوال– أن يتحقق من العلة الطبية إن كان لذلك مقتضى عبر المراكز الطبية المختصة.

وللمحكمة أن تأمر بإخضاع المتشبه للعلاج أو إيداعه في الأماكن المعدة لذلك بحسب الأحوال.

فإذا عاد إلى أفعال التشبه بالجنس الآخر خلال ثلاث سنوات من صدور الحكم البات بالإدانة تكون العقوبة بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

مادة ثانية: «على رئيس مجلس الوزراء والوزراء –كل فيما يخصه– تنفيذ هذا القانون وينشر في الجريدة الرسمية»[(١)].

المطلب الثاني

دراسة نص مقترح مشروع قانون تجريم التشبه بالجنس الآخر في المنظور الفقهي المقاصد

الفرع الأول

الضوابط التي راعاها المقترح مما له اعتبار

أضاف هذا المقترح للقانون الملغي مجموعة من العناصر المهمة التي لها اعتبار شرعي وعرفي وحقوقي:

(١) https://www.berwaz.com.k/

١- اعتبار القصد والتعمد في فعل التشبه مما يعد خصوصية وسمة للجنس الآخر.

وقد بين البحث سابقا أن القصد والتعمد يعتبر أحد ضوابط مفهوم التشبه بالجنس الآخر شرعا.

٢- الاستناد إلى العرف السائد في البلاد بالنسبة للباس لتحديد ما يعد تشبها وما لا يعد.

وقد بين البحث سابقا أن مستند ما ينسب لأحد الجنسين هو العرف فهو الضابط الفصل في تحديد مشمولات: التشبه بالجنس الآخر.

٣- قيد الحكم على الفعل بالتجريم فيما إذا تم بمكان عام أو فيما يمكن الاطلاع عليه من كان بمكان عام.

وهذا يتوافق مع رؤية الشرع لجريمة المجاهرة بالمعصية، فقد توعد المولى عز وجل من يحب انتشار الفواحش بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، إذ قال سبحانه:﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [النور: ١٩].

إلا أن الباحثتين تقترحان إضافة: العلنية أيضا، وعدم الاكتفاء بكون الجريمة تتم في مكان عام؛ لأن التعزير هنا يتناول أمرين: الفعل ذاته من حيث هو معصية و»فعل فاضح»، ومن حيث إن فعله فيه اعتداء على الحق العام.

وهذا يتوافق مع القواعد الأصولية التشريعية ؛ إذ إن « «أفعال المكلفين التي تعلقت بها الأحكام الشرعية، إن كان المقصود بها مصلحة المجتمع عامة فحكمها حق خالص لله وليس للمكلف بها خيار، وتنفيذه لولي الأمر. وإن كان المقصود بها مصلحة المكلف خاصة، فحكمها حق خالص للمكلف وله في تنفيذه الخيار» ((١))

فركن (العلنية) للجريمة لا بد أن يكون محل تجريم، خصوصا مع الواقع الذي يشهد تطورا تكنولوجيا أفرز العديد من الوسائل التي **يتحقق بها ركن العلنية وإن تمت في مكان خاص**، ويكفي أن تكون المشاهدة محتملة وغير متحققة.

فيكون نص القانون كالآتي: «من أتى إشارة أو فعلا مخلا بالحياء **علنا** أو في مكان عام،

(١) عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع.** (القاهرة : دار الفكر العربي(١٩٦٦م، ط٧). ص١٩٨

أو بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبه عمدا بالجنس الآخر...».

٤- **أقرت المادة عقوبة تتلاءم مع الفعل باعتباره معصية شرعية حيث حددت العقوبة بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين**. وهذا يتلاءم مع رؤية الشرع للعقوبة التعزيرية[(١)]، قال ابن القيم: «إن التعزير لا يتقدر بقدر معلوم، بل هو بحسب الجريمة في جنسها وصفتها وكبرها وصغرها، وعمر بن الخطاب قد تنوع تعزيره في الخمر: فتارة بحلق الرأس، وتارة بالنفي، وتارة بزيادة أربعين سوطا على الحد الذي ضربه رسول الله ﷺ وأبو بكر»[(٢)].

٥- **أتاحت المادة المقترحة للمحكمة -في سبيل معالجة الاختلالات الصحية أو النفسية للمتشبه بالجنس الآخر- أن تأمر بإخضاعه للعلاج أو إيداعه في الأماكن المعدة لذلك بحسب الأحوال**.

وهذه الإضافة تتوافق مع:

أ- قصد الشارع في العقوبات التعزيرية من جهة تشوفها إلى تأديب الجاني، يقول ابن تيمية: «ورحمة الله بالجاني أن العقوبة تأديب له وتصحيح لسلوكه، علاج له من الانحراف كما يقصد الطبيب في معالجة المريض»[(٣)].

ب- قصد الشارع في حفظ الوازع الديني للأمة بمجموعها من جهة إيعاز تلك المهمة للسلطان[(٤)].

ج- كما تتوافق من جهة ثالثة مع مراعاة واقع الحال في سياق الدعوات إلى إلغاء التمييز الجندري والمطالبة بسن قوانين تراعي رغبات المثليين والمتحولين وغيرها من صور انتكاسة الفطرة.

(١) التعزير اصطلاحا هو: تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة، فهو عقوبة شرعية غير مقدرة على ذنب لم تضع له الشريعة عقوبة محددة. أحمد بن عبد الحليم الحراني أبو العباس ابن تيمية، **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية**. (الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨م، ط ١)، ص ٧٩.

(٢) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. (بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣م)، ٢/ ٢٣٢.

(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٥ / ٥٢١.

(٤) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٣٥٧ وما بعد.

٦- أضافت المادة المقترحة عقوبة مغايرة للعقوبة الأصلية، في حال العودة إلى فعل التشبه، فقد نصت على: «**فإذا عاد لأفعال التشبه المجرِّمة خلال ثلاث سنوات من صدور الحكم البات بالإدانة، تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين**». وهذه الإضافة تتوافق مع مقصد الشارع في تغليظ العقوبة عند عدم الانزجار، يقول ابن عاشور: «تكرر الجناية يوجب التغليظ كما هو ظاهر من مقاصد الشرع»[(١)].

وتقترح الباحثتان: **أنه ينبغي النظر عند تنفيذ العقوبة بالسجن** أن يراعى عدم إدخال المتشبه بالنساء -المخنث- في سجن الرجال، وأيضا عدم إدخال المتشبهة بالرجال -المسترجلة- في سجن النساء، وهو السبب الذي من أجله نادى البعض بإسقاط العقوبة عن المتشبه[(٢)].

ذلك أن في إدخالهم من الفتن والإفساد الكبير والضرر عليهم وعلى باقي السجناء مما هو معلوم لكل عاقل، فكيف لعاقل أن يدخل رجلا يتشبه بالنساء وظهرت عليه مظاهر الأنوثة من كلام ولباس لسجن مليء بالرجال؟؟

الأصل أن العقوبة تكون للإصلاح والردع، وألا يترتب عليها مفسدة. ولهذا قال علي رضي الله تعالى عنه: «كفى بالنفي فتنة»، وقد نفى عمر رضي الله تعالى عنه شخصا فارتد ولحق بدار الحرب[(٣)]، فحلف ألا ينفى بعده أبدا، وخصوصا أن النفي أو الحبس بطريق السياسة والتعزير.

---

(١) ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير ٢/ ١٤٤.

(٢) وسن الرشيدي، **ندوة التشبه بالجنس الآخر بين حكم الشريعة الإسلامية والمحكمة الدستورية**. (مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مج٣٧، ع١٢٩، ٢٠٢٢) ٣٨٨-٣٨٩. وتجدر الإشارة أنه في العام ٢٠١٩ تم القبض على متشبه في النساء، وحكم بسجنه لمدة سنتين تنفيذا لنص المادة ١٩٨، وقد أثارت قضيته جدلا واسعا بين المنظمات الحقوقية لحبسه في سجن الرجال وادعائه الاعتداء عليه، وكان من تداعيات هذه القضية صدور حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية عبارة (أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور) من المادة المذكورة انظر: العربية، ١٦فبراير ٢٠٢٢، https://arabic.cnn.com/middle-east :

(٣) العيني، عمدة القاري، ج١٣/ ٢٧٣.

ويمكن إيجاد بدائل لردع هذه الفئة مع الحرص على تقويمهم، فيلزمون بحضور جلسات تعديل سلوكي وجلسات مع علماء دين أجلاء لتذكيرهم ووعظهم فتكون مدة عقوبتهم مجدية وليس فيها إضرار بالآخرين[(١)].

كما يمكن تطبيق نظام المراقبة بالسوار الإلكتروني[(٢)]،وهو تطبيق كويتي لفكرة إطلاق سراح المحكوم عليهم بعقوبات بسيطة ليمضوها في منازلهم، بدلا من دخولهم المؤسسات العقابية والسجون، منعا لتعاملهم مع المجرمين عتيدي الإجرام وتأثرهم بهم، وكذلك يحد هذا التطبيق من التكدس داخل السجون، وينهي تماما الحاجة لإنشاء سجون جديدة، وما يلحقها من تكاليف مالية لتشغيلها والإنفاق على المسجونين بداخلها.

وهذا الاقتراح يتوافق مع شروط العمل بالمصلحة العامة عند تعارضها مع المصلحة الخاصة حيث إن المصلحة الخاصة هنا (وهي الإصلاح والردع) قابلة للجبر والتعويض (بوضع السوار الإلكتروني وحضور جلسات تقويم السلوك والوعظ) في حالة تقديم المصلحة العامة عليها وهي (حماية المجتمع) من دون أن يكون تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مضيعا للمصالح الخاصة للناس والتي راعاها الإسلام في تشريعاته .[(٣)]

الفرع الثاني

ما راعاه المقترح مما لا اعتبار شرعي وعرفي وطبي له

١- استبعد من به علة طبية –صحية كانت أم نفسية–، وأوجب التحقق عبر المراكز الطبية المختصة.

والحقيقة أن تحديد مفهوم التشبه بالجنس الآخر، يستبعد الخنثى بأنواعه – كما سبق بيانه–

وهذا الصنف لا غبار في استثنائه من النص سواء تم اعتباره علةً طبيةً بدنيةً صحيةً أو عيبًا خلقيًّا، لأنه لا يتعارض مع قواعد الشرع ونصوصه.

(١) الرشيدي، ندوة التشبه بالجنس الآخر، ٣٨٩.

(٢) https://www.marefaah.com ، وخصوصا مع انطباق الشروط في جريمة التشبه بالجنس الآخر.

(٣) – إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان (دار ابن عفان:١٩٩٧)، ط١، ج،ص:٥٧.

لكن الاعتراض يتجه إلى: شمول النص المقترح لمن كانت به علة نفسية، فهو ما لا يتوافق مع رؤية الشرع والطب فيمن يتعمد التشبه بالجنس الآخر دون عيب خلقي يستدعي التدخل الطبي، وإنما مجرد الرغبة والإحساس –**وهو ما يعرف اليوم بمرض التنراسكس أو اضطراب الهوية الجنسية.**

فالعلة النفسية لا تبيح لصاحبه التشبه بالجنس الآخر شرعا.

وقد قررت الشريعة كفاية المعيار الحسي الظاهر في تحديد جنس الشخص، ووافقها العقل، والفطرة، ومنازعة الأطباء النفسيين في هذا لا اعتداد له شرعا وعقلا((١)).

وإنه لمن العجب أن يقرر الطب النفسي حقيقة علمية تجريبية بناء على وهم نفسي ويجعلها معيارا في تحديد الهوية الجنسية((٢)).

إن الأحكام الشرعية في حق مضطرب الهوية الجنسية هي أحكام جنسه الذي خلقه الله عليه، ولا تأثير لاضطراب هويته في تغيير شيء من ذلك((٣)). فيحرم على مضطرب الهوية الجنسية التشبه بمن يخالف جنسه الخلقي من لباس أو سلوك أو غيره، ومن باب أولى يحرم عليه تعاطي هرمونات تخالف جنسه الخلقي، كما يحرم عليه إجراء جراحة طبية لتغيير جنسه بما يوافق مشاعره النفسية، وهذا التصرف لو حصل فهو من المثلة وتغيير خلق الله وهو أعلى درجات التشبه وأعظمها إثما، وقد صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بتحريم وتجريم هذا النوع من العمليات((٤)).

وتقترح الباحثتان إعادة صياغة العبارة بالتالي: «... أو تشبه عمدا بالجنس الآخر

---

(١) إن معيار تحديد جنس الشخص طبيا هي: الخصائص الخلقية التناسلية لكل من الذكر والأنثى، أو جينات الذكر، وجينات الأنثى، أو هرمونات الذكورة، وهرمونات الأنوثة، ويزيد أطباء نفسيون علامتين أخريين على ما في المعيار الطبي، هما: الجنس المخي، والسلوكي، ويترتب على هذه الإضافة: أنه لا حرج في تشبههم بالجنس الآخر، وتحوله الهرموني أو الجراحي وممارسته الجنسية حسب ما صنفوه، وهو محل النزاع بين علماء الشرع والطب من جهة والأطباء النفسيين من جهة أخرى.
انظر: عبد الله بن محمد بن صالح الربعي، **اضطراب الهوية الجنسية، دراسة فقهية طبية**. (مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ١٩٩٧م)، ص ٣٥٧، ٣٧٦، ٣٩٨، ٤٠٣.

(٢) الربعي، اضطراب الهوية الجنسية، ص ٣٩٩.

(٣) خالد بن سالم الحربي، **اضطراب الهوية الجنسية وآثاره من منظور فقهي**. (مجلة الفقه والقانون، ع ٥٧، يوليو ٢٠١٧ م)، ص ٦٢.

(٤) القرار رقم ٦ في دورته الحادية عشرة.

في خصوصية صفاته وسماته الجنسية المحددة له **بغير عيب خلقي**..... **وللمحقق أو المحكمة -حسب الأحوال- أن يتحقق من وجود علة طبية نفسية إن كان لذلك مقتضى عبر المراكز الطبية المختصة.**

وللمحكمة أن تأمر بإخضاع المتشبه للعلاج -إن بانت علته نفسية- أو إيداعه في الأماكن المعدة لذلك بحسب الأحوال.

٢- استبعد المقترح ما كان تشبها لغرض ثقافي في مكانه المعد لذلك كالمسرح أو الأعمال التمثيلية عموما.

وإذا ما رجعنا إلى الحكم الشرعي للتمثيل فيما يخص المسألة المذكورة[(١)]:

فقد اتفق العلماء المعاصرون على تحريم التمثيل المشتمل على كل ما يخالف الآداب والأخلاق أو يشجع على الفاحشة.

وإذا جرد التمثيل من هذه المحرمات المذكورة، ولم يشتمل على أي صورة من صور الفساد والانحراف، فقد اختلفوا في ذلك بين محرم ومبيح بضوابط.

والذي يترجح للباحثتين: كون التمثيل وسيلة تعليم وإرشاد بل يعد من أهم الوسائل وأعمقها أثرا، وأنه يجوز استعماله عند الحاجة إليه بضوابط.

وعليه: يمكن القول إن الأغراض الثقافية لا تعد عذرا شرعيا ولا عرفيا يبيح التشبه بالجنس الآخر.

ولذا يقترح البحث حذف عبارة «عدا ما كان لأغراض ثقافية في الأماكن المعدة لذلك».

وعليه: يكون نص المقترح للمشروع كما تقترحه الباحثتان مع بعض التعديلات الشرعية هو: «من أتى إشارة أو فعلا مخلا بالحياء **علنا** أو في مكان عام، أو بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبه عمدا بالجنس الآخر في خصوصية صفاته وسماته الجنسية المحددة له **بغير عيب خلقي.**

أو تزيى بملابسه المقصورة عليه بحسب العرف السائد والآداب العامة والعادات المرعية في البلاد.

(١) محمد بن موسى بن مصطفى الدالي، **أحكام التمثيل في الفقه الإسلامي**. (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٩هـ)، ص١٧٣ وما بعدها.

يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وللمحقق أو المحكمة –حسب الأحوال– أن يتحقق من وجود علة طبية نفسية إن كان لذلك مقتضى عبر المراكز الطبية المختصة.

وللمحكمة أن تأمر بإخضاع المتشبه للعلاج –**إن بانت علته نفسية**– أو إيداعه في الأماكن المعدة لذلك بحسب الأحوال.

فإذا عاد إلى أفعال التشبه بالجنس الآخر خلال ثلاث سنوات من صدور الحكم البات بالإدانة تكون العقوبة بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

الخاتمة

١- مفهوم التشبه بالجنس الآخر: هو تعمد فعل كل من الذكور والإناث من البشر ما هو خاص بفعل الآخر، ومشاركته في صفة من صفاته الخاصة به، أو ما يغلب عليه فعلها، سواء أكانت المشابهة على مستوى الصفات المادية أم المعنوية المستنكرة والمستهجنة شرعا وعرفا وقانونا.

٢- اختلف الفقهاء في حكم التشبه بالجنس الآخر بين الكراهة والتحريم، والذي ترجح للباحثتين أن حكمه التحريم.

٣- إن عقوبة المتشبه في الشريعة الإسلامية عقوبة تعزيرية لا حد فيها ولا كفارة.

٤- للتشبه المذموم ضوابط محددة، وهي: العمدية والاختيار، وأن يكون التشبه فيما اختص به أحدهما عرفا أو نصا.

٥- إن الإشكالات القانونية التي تم استناد حكم المحكمة الدستورية إليها في إبطال المادة (١٩٨) كانت لتزول دون الحاجة إلى الترجيح بين نصي المادة (٣) و(١٩٨) إذا ما تم اتباع قواعد التفسير اللغوي والتكاملي والواسع والديناميكي لنصوص الدستور، ودون الحاجة لإلغاء دستورية مادة تم صياغتها بشكل دقيق يعبر عن قصد المشرع الصريح.

٦- **النص المقترح للمشروع مع التعديلات التي تقترحها الباحثتان هو**: «من أتى إشارة

أو فعلا مخلا بالحياء **علنا** أو في مكان عام، أو بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تشبه عمدا بالجنس الآخر في خصوصية صفاته وسماته الجنسية المحددة له **بغير عيب خلقي.**

أو تزيى بملابسه المقصورة عليه بحسب العرف السائد والآداب العامة والعادات المرعية في البلاد.

يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وللمحقق أو المحكمة -حسب الأحوال- أن يتحقق من وجود علة طبية نفسية إن كان لذلك مقتضى عبر المراكز الطبية المختصة.

وللمحكمة أن تأمر بإخضاع المتشبه للعلاج -**إن بانت علته نفسية**- أو إيداعه في الأماكن المعدة لذلك بحسب الأحوال.

فإذا عاد إلى أفعال التشبه بالجنس الآخر خلال ثلاث سنوات من صدور الحكم البات بالإدانة تكون العقوبة بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

التوصيات:

١- توصي الباحثتان السلطة التشريعية ممثلة بمجلس الأمة الكويتي بالمسارعة بتشريع القانون الجديد المجَرِّم للتشبه بالجنس الآخر آخذًا بعين الاعتبار الملاحظات الشرعية الواردة على نص القانون المقترح.

المصادر والمراجع:

الآمدي، سيف الدين علي بن محمد. (د.ت). *الإحكام في أصول الأحكام*. دار الكتب العلمية.

الأنصاري، زكريا بن محمد. (د.ت). *أسنى المطالب*. دار الكتاب الإسلامي.

البخاري، محمد بن إسماعيل. (١٩٨٧). *صحيح البخاري* (ط.٣). دار ابن كثير.

البهوتي، منصور بن يونس. (١٤٠٢هـ). *كشاف القناع*. دار الفكر.

البيهقي، أحمد بن الحسين أبو بكر. (١٩٩٤). *سنن البيهقي الكبرى*. مكتبة دار الباز.

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني. (د.ت). *السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية*. وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد.

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني. (د.ت). *مجموع الفتاوى* (ط.٢). مكتبة ابن تيمية.

ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد. (١٩٥٢). *صحيح ابن حبان* (أحمد شاكر، تحقيق). دار المعارف.

ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل الشافعي. (د.ت). *فتح الباري*. دار المعرفة.

حجي، جابر محمد. (٢٠١٥). تفسير النصوص في القضاء الدستوري: دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر. *مجلة القانونية*، (٣). هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

الحربي، خالد بن سالم. (٢٠١٧). اضطراب الهوية الجنسية وآثاره من منظور فقهي. *مجلة الفقه والقانون*، (٥٧).

خلاف، عبد الوهاب. (١٩٦٦). *علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع* (ط.٧). دار الفكر العربي.

الدالي، محمد بن موسى. (١٤٢٩هـ). *أحكام التمثيل في الفقه الإسلامي*. مكتبة الرشد.

الدسوقي، محمد عرفة. (د.ت). *حاشية الدسوقي*. دار الفكر.

الرازي، محمد بن أبي بكر. (١٩٩٥). *مختار الصحاح*. مكتبة لبنان.

الرازي، محمد بن عمر التيمي. (١٩٩٧). *المحصول*. (د. طه جابر فياض، تحقيق). مؤسسة

الرسالة.

الرشيدي، وسن سعد، والقحطاني، سارة متلع. (٢٠٢٢). ندوة التشبه بالجنس الآخر بين حكم الشريعة الإسلامية والمحكمة الدستورية. *مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية*، *٣٧* (١٢٩)، ٣٦٩-٣٨٩.

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي. (١٤١١هـ). *شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك*. دار الكتب العلمية.

الزمخشري، محمود بن عمر. (د.ت). *أساس البلاغة*. الهيئة العامة لقصور الثقافة، سلسلة الذخائر.

السجستاني، سليمان بن الأشعث. (د.ت). *سنن أبي داود*. دار الفكر.

السرخسي، محمد بن أحمد. (د.ت). *المبسوط*. دار المعرفة.

سعد، أحمد محمود. (١٩٩٣). *تغيير الجنس بين الحظر والإباحة*. دار النهضة العربية.

السيوطي، عبد الرحمن جلال الدين. (١٩٩٣). *الدر المنثور*. دار الفكر.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى. (١٩٩٧). *الموافقات* (أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، تحقيق). دار ابن عفان.

الشحيمي، محمد سعد. (٢٠٠٩). *التشبه بين الجنسين؛ مفهومه، وأحكامه ومظاهره، وأسبابه*. دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري.

الشربيني، محمد الخطيب. (د.ت). *مغني المحتاج*. دار الفكر.

الشواط، محمد سامي. (٢٠٠٣). *مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات*. دار النهضة العربية.

ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله. (١٤٠٩هـ). *مصنف ابن أبي شيبة*. مكتبة الرشد.

الشيرازي، أبو إسحاق بن إبراهيم. (د.ت). *اللمع في أصول الفقه*. مطبعة مصطفى الحلبي.

صالح، عبد الله بن محمد. (١٩٩٧). اضطراب الهوية الجنسية، دراسة فقهية طبية. *مجلة الجمعية الفقهية السعودية*، (٢٧)، ٤٢٥-٣٣١.

الطبري، محمد بن جرير. (٢٠٠٠). *جامع البيان في تأويل القرآن* (أحمد محمد شاكر، تحقيق). مؤسسة الرسالة.

الظواهري، وائل. (د.ت). *التشبه؛ قواعده، وضوابطه، وبعض تطبيقاته المعاصرة*. كلية الشريعة، جامعة الأزهر.

عظيم آبادي، محمد شمس الحق. (١٩٩٥). *عون المعبود في شرح سنن أبي داود* (ط.٢). دار الكتب العلمية.

ابن عابدين، محمد أمين. (١٤٢١هـ). *حاشية ابن عابدين*. دار الفكر.

ابن عاشور، محمد الطاهر. (١٩٨٤). *التحرير والتنوير*. الدار التونسية.

ابن عاشور، محمد الطاهر. (٢٠١١). *مقاصد الشريعة الإسلامية*. دار الكتاب اللبناني.

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله . (د.ت). *التمهيد*. وزارة عموم الأوقاف.

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله. (١٩٨٠). *الكافي في فقه أهل المدينة* (ط.٢) (محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، تحقيق). مكتبة الرياض الحديثة.

العلائي، صلاح الدين. (١٩٩٧). *تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم* (علي معوض، وعادل عبد الموجود، تحقيق). دار الأرقم بن أبي الأرقم.

العيني، بدر الدين أحمد. (د.ت). *عمدة القاري شرح صحيح البخاري*. دار إحياء التراث.

ابن فارس، أحمد بن فارس الرازي. (١٩٧٩). معجم *مقاييس اللغة*(عبد السلام محمد هارون، محقق). دار الفكر.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. (٢٠٠٨). *روضة الناظر وجنة المناظر* (ط.٢) (د. شعبان إسماعيل، محقق). المكتبة المكية.

ابن قدامة، عبدالله المقدسي. (١٤٠٥هـ). *المغني*. دار الفكر.

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. (١٩٧٣). *إعلام الموقعين عن رب العالمين* (طه عبد الرؤوف سعد، تحقيق). دار الجيل.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. (١٩٩٤). *الذخيرة*. دار الغرب.

القرطبي، محمد بن أحمد. (د.ت). *تفسير القرطبي*. دار الشعب.

الماوردي، علي بن محمد. (د.ت). *الأحكام السلطانية والولايات الدينية*. دار الكتب العلمية.

مجمع اللغة العربية. (٢٠٠٥). *المعجم الوسيط*. مكتبة الشروق الدولية.

المرداوي، علي بن سليمان. (د.ت). *الإنصاف*. دار إحياء التراث.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد. (١٤٠٠هـ). *المبدع*. المكتب الإسلامي.

ابن منظور، محمد بن مكرم. (د.ت). *لسان العرب*. دار صادر.

المناوي، عبد الرؤوف بن تاج العارفين. (١٤٠٨هـ). *التيسير بشرح الجامع الصغير* (ط.٣). مكتبة الإمام الشافعي.

ابن نجيم، زين الدين. (د.ت). *البحر الرائق* (ط.٢). دار المعرفة.

نصر، كمال سيد. (د.ت). التحول الجنسي وعقوبته في الفقه الإسلامي. *مجلة الدراسات العربية*، *٣٨* (١)، ٤٥٣-٥٥٠.

النووي، يحيى بن شرف. (١٤٠٥هـ). *روضة الطالبين* (ط.٢). المكتب الإسلامي.

النووي، يحيى بن شرف. (د.ت). *المجموع*. دار الفكر.

النيسابوري، محمد بن عبد الله. (١٤١١هـ). *المستدرك على الصحيحين*. دار الكتب العلمية.

المواقع الالكترونية:

https://www.berwaz.com.kw

وثيقة نص حكم المحكمة الدستورية: الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠٢١م دستوري على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م المعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٧ فيما تضمنته من تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور. pdf (moj.gov.kw)

المحكمة الدستورية الكويتية تقضي بعدم دستورية المادة التي تُجرم «التشبه بالجنس الآخر» (almasryalyoum.com)

الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠٢١م دستوري على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م المعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٧م فيما تضمنته من تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور.(moj.gov.kw) pdf.

JOURNAL OF SHARIA AND ISLAMIC STUDIES

A refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

Draft law amending Article 198 of Law No. 16 of 1960 Regarding the Penal Code in relation to imitating the opposite sex From Kuwaiti law Intentional jurisprudence study

Dr. Wassan Saad Alresheedi
(Author)
College of Sharia and Islamic Studies
Kuwait University

Dr. Sarah Mutlea Alqahtani
(Research Associate)
College of Sharia and Islamic Studies
Kuwait University

Academic
Publication Council

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029-8908

Volume 39- Issue No.136

shaaban: 1445 A.H. Mar, 2024