مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

التعليق على حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (198) من قانون الجزاء رقم (16) لسنة 1960م والمعدلة بالقانون رقم (36) لسنة 2007م «التشبه بالجنس الآخر»

د. أبرار أحمد هادي

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي

ISSN: 1029-8908

العدد ١٢٩ - السنة ٣٧

ذو القعدة: ١٤٤٣هـ - يونيو ٢٠٢٢م

البحث السابع

التعليق على حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة١٩٦٠م والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة٢٠٠٧م «التشبه بالجنس الآخر»

د. أبرار أحمد هادي

أستاذ مساعد بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

10.34120/0378-037-129-007

التعليق على حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة١٩٦٠م والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة٢٠٠٧م «التشبه بالجنس الآخر»

د. أبرار أحمد هادي *

تاريخ استلام البحث:فبراير ٢٠٢٢م تاريخ إجازة البحث:مارس٢٠٢٢م

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى دراسة حكم المحكمة بعدم دستورية المادة (١٩٨)» التشبه بالجنس الآخر» من قانون الجزاء رقم (١٦لسنة١٩٦٠م) والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦لسنة٢٠٠٧م) والتعليق عليه، وقد احتوى البحث على مقدمة وأربعة مطالب وخاتمة اشتملت على أهم النتائج والتوصيات، مستخدمة في ذلك المزج بين المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن لأنه يلائم محتوى الدراسة ويحقق أهدافها، وقد تمثلت أهم النتائج في أن الإسلام حرم تَشَبُّه الجنسين بالآخر وفصّل في أحكامه، أما القانون فقد جرم الفعل وبين حكم العقوبة فقط، وإن القانون ينص على تجريم كل شَكْل من أشكال التَّشَبُّه بعمومه دون تفصيل، وقد عللت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) لعدم تضمن النص معيارا موضوعيا منضبطا يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانونيا، ولضمان أن لا يكون التجهيل بها موطئا للإخلال بحقوق كفلها الدستور وإن كان القانون أساسا لايزال يجرم أي فعل يخل بالحياء ومن ضمنه التشبه بالجنس الآخر، وإن القانون يقلص صلاحية القضاة في التزامه بنص القانون حال إسقاطه على الواقعة وأن ليس له سلطة تقديرية إلا في حدود الحدين الأعلى والأدنى للعقوبة، بينما نرى أن الشريعة الإسلامية قد جاءت ببيان سلطة ولي الأمر، ومن ضمنهم القضاة في تقدير مدى تحقق الجرائم والعقوبات التعزيرية، وإن القانون قبل الحكم بعد دستوريته كان سليما بعمومه، كما أن المفاسد التي ستترتب على عدم دستوريته أكبر من إبقائه على صياغته القديمة.

الكلمات المفتاحية: التشبه بالجنس الآخر -المتشبه -الفقه الإسلامي-القانون الكويتي- المحكمة الدستورية.

(*) أستاذ مساعد بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت منذ عام ٢٠١٧م. حاصلة على شهادة الدكتوراة في الفقه وأصوله من الجامعة الأردنية عام ٢٠١٧م، والماجستير في الفقه المقارن وأصول الفقه من جامعة الكويت عام ٢٠٠٩م، والليسانس من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت ٢٠٠١م، حاصلة على درجة الإجازة الأكاديمية في برنامج أكاديمية الشريعة التدريسية، لها عدة أبحاث علمية في مجال التخصص منشورة في مجلات علمية محكمة، شاركت في إعداد " الموسوعة الفقهية النسائية" ٢٠٢١م.
الاهتمامات البحثية: النوازل الطبية والمعاصرة، الأبحاث الفقهية المقارنة بالقانون الكويتي، الأحوال الشخصية.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي الصادق الوعد الأمين، وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

حرص الإسلام كل الحرص على المحافظة على كرامة الإنسان وعرضه، وجعل ذلك من المقاصد الكلية العليا التي جاءت الشريعة بتحقيقها، وهي- أي: المقاصد الكلية-: حفظ النفس والعرض والعقل والمال والدِّيْن، وهي مقاصد جاءت بالمحافظة عليها كل الملل والشرائع، فما مِن إنسان إلَّا وله حقوق كتبها الله سبحانه وتعالى له، ومقابل ذلك فإن عليه واجبات.

وقد أرسل الله تعالى الرسول ﷺ بشريعة كاملة متسقة تمام الاتساق مع الفطرة السوية، وقد خلق الله سبحانه وتعالى النوع الإنساني على صنفين ذكر وأنثى؛ فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ﴾ (الحجرات:١٣)، ويعد اعتداء كل من الجنسين على تلك الفطرة بتقمص شخصية الآخر بتشبه كل من الرجل بالمرأة والعكس خروجا عن القانون الإلهي لهذا الكون. ولما لهذا التشبه من أضرار على الفرد والمجتمع أغلق الإسلام الباب دونه، وجاءت الأحاديث النبوية صريحة في لعن الواقعين فيه، فعن ابن عباس ﷺ قال: «لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»، وفي لفظ: «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمُتَرجِّلات من النساء»[(١)].

وقد نصت المادة (١٩٨) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) على تجريم التشبه بالجنس الآخر والذي ينص على: «من أتى إشارة أو فعلًا مُخِلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور؛ يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»، إلا أنه صدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص (تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور) من المادة المذكورة.

ومن هذا المنطلق جاءت الدراسة لتبين أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي

(١) أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب اللباس، بَابُ إِخْرَاجِ الْمُتَشَبِّهِينَ بِالنِّسَاءِ مِنَ الْبُيُوتِ، حديث رقم (٥٨٨٥) و (٥٨٨٦)،٧/ ١٥٩.

والقانون الكويتي دراسة فقهية مقارنة وبيان حكم المحكمة الدستورية مع التعليق عليه والنقد وبيان رأي الباحثة في ذلك.

مشكلة الدراسة:

حكمت المحكمة الدستورية مؤخرا بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) فيما تضمنته من تجريم (من تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور)، الذي ينص على: «من أتى إشارة أو فعلًا مخُلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور؛ يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»، مما أثار ضجة في الإعلام ووسائل التواصل الاجتماعي وبين فئات المجتمع الكويتي، وترك فراغا تشريعيا بعد الحكم بعدم دستورية الحكم، فكان لزاما على السلطة التشريعية سن قانون جديد يسد هذا الفراغ.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة من موضوعها، فهي تهتم بعدة جوانب:

الأول: توعية ومعرفة المجتمع المسلم عامة بأحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي مع الحفاظ على الهوية الإسلامية والاعتزاز بالانتماء الوجداني إليها والتمسك بها، واحترام قيمها الحضارية والثقافية، إضافة إلى الشعور بالتميز والاستقلاليّة الفرديّة والجماعيّة عن المفاهيم الغربية، فهي من أهم الأمور التي يجب على المسلم الحفاظ عليها.

الثاني: توعية ومعرفة المجتمع الكويتي خاصة والمهتمين بالقضايا القانونية والدولية وحقوق الإنسان بأحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي وحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦لسنة٢٠٠٧م).

الثالث: حث السلطة التشريعية على ضبط الصياغة القانونية غير المخلة منعا لإبطالها مستقبلا.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف، علاوة على ما تم ذكره من أهمية يمكن ذكرها كالآتي:

١. بيان مفهوم التشبه بالجنس الآخر.
٢. بيان أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي.
٣. بيان ما سنته السلطة التشريعية من مواد قانونية متعلقة بالتشبه بالجنس الآخر.
٤. المقارنة بين كل من الفقه الإسلامي والقانون الكويتي فيما يتعلق بأحكام التشبه بالجنس الآخر.
٥. بيان ودراسة حكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م)، مع توضيح المقصود منه ومن ثم التعليق عليه ونقده.
٦. وضع حلول لتفادي النتائج المترتبة على حكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م).

حدود الدراسة:

اختصت هذه الدراسة في الفقه المقارن بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون والدستور الكويتي فقط

منهج الدراسة:

المزج بين المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن.

الدراسات والجهود السابقة:

تعد هذه الدراسة الأولى من نوعها من خلال الجمع بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي وحكم المحكمة الدستورية، فلم أجد بحثا قد تكلم عن أحكام التشبه بين الجنسين مقارنًا بالقانون الكويتي، كما أن حكم المحكمة الدستورية قد صدر مؤخرا بتاريخ ١٦/ ٢/ ٢٠٢٢م، فهو محل للدراسة والنقد والتعليق من قبل المتخصصين.

إلا أنّ هناك دراسات سابقة تناولت أحكام التشبه بالجنس الآخر في الشريعة الإسلامية منها كتاب (**التشبه بين الجنسين مفهومه وأحكامه ومظاهره وأسبابه**) وأصله كتاب صادر عن دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي-إدارة البحوث٢٠٠٩م تأليف

محمد سعد الشحيمي، تناول قضية التشبه بين الجنسين الذي يهدد وينذر خطر الشذوذ فقط، متناولاً حكمه الشرعي وضوابطه وأسبابه.

الجديد في الدراسة:

إن هذه الدراسة قد تناولت أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، وقد خص القانون الكويتي فقط دون غيره من القوانين، وبيان ودراسة حكم المحكمة الدستورية الذي صدر بتاريخ ١٦/ ٢/ ٢٠٢٢م الخاص بشأن المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦لسنة٢٠٠٧م) الذي يخص التشبه بالجنس الآخر، الذي أظهر وأثار ضجة بين فئات المجتمع الكويتي، ثم المقارنة بين الأحكام والتعليق والنقد، مع ذكر مقترح يسد الفراغ الذي تركته المحكمة الدستورية.

خطة الدراسة:

قسمت البحث إلى مقدمة، وأربعة مطالب، وخاتمة.

المطلب الأول: مفهوم التشبه بالجنس الآخر

المطلب الثاني: أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي وفي القانون الكويتي

المطلب الثالث: المقارنة بين الأحكام المتعلقة بالمتشبه في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: بيان وتقييم حكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦لسنة٢٠٠٧م).

الخاتمة: واشتملت على أهم النتائج والتوصيات

التمهيد:

إنه في الجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة الدستورية في دولة الكويت بتاريخ ١٥ من رجب ١٤٤٣ه الموافق ١٦ فبراير ٢٠٢٢م برئاسة السيد المستشار رئيس المحكمة الدستورية، وعضوية السادة المستشارين، وحضور السيد أمين سر الجلسة، جاء في مضمونه الآتي:

في الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٥) لسنة ٢٠٢١م «دستوري» بعد أن أحالت لجنة فحص الطعون ملف الطعن رقم (٩) لسنة ٢٠٢١م: المرفوع من: (ح إ) ضد الادعاء العام.

حيث إن حاصل الوقائع –حسبما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق– أن الادعاء العام أقام ضد الطاعن الجنحة رقم (٥٦٥) لسنة ٢٠٢١م جنح عادية – (٣٠٢) ٢٠٢٠م جنح المباحث: لأنه في يوم ٢٠٢٠/٣/٦ بدائرة اختصاص الإدارة العامة للمباحث الجنائية: تشبه بالجنس الآخر (النساء) على النحو المبين بالتحقيق.

وطلب الادعاء العام عقابه بالمادة (١٩٨) من قانون الجزاء الذي ينص على: «من أتى إشارة أو فعلًا مُخِلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور؛ يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

وأثناء نظر الدعوى قدم الحاضر عن المتهم (الطاعن) مذكرة دفع فيها بعد دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ فيما تضمنه من النص على تجريم التشبه بالجنس الآخر، لمخالفة تلك المادة أحكام الدستور.

وبجلسة ٢٠٢١/٨/٢٤ حكمت المحكمة حضوريا: برفض الدفع بعدم الدستورية وبتغريم المتهم (الطاعن) مبلغ (ألف) دينار عن التهمة المنسوبة إليه.

وإذ لم يرتض الطاعن قضاء الحكم في شقه المتعلق برفض الدفع بعدم الدستورية، فقد طعن فيه أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، وإذ تبين للجنة أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لوجه النعي الذي أبداه الطاعن تأييداً للدفع المبدى منه، مما يعيب الحكم بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع، فقد قضت بجلسة ٢٠٢١/١٢/٢٩ بإلغاء الحكم المطعون فيه وذلك فيما تضمنه من رفض الدفع بعدم دستورية المادة (١٩٨) لسنه

٢٠٠٧ في شقها المتعلق بتجريم التشبه بالجنس الآخر، وبإحالة النزاع إلى المحكمة الدستورية – بكامل هيئتها– للفصل فيه، وحددت الجلسة لنظره، وحيث جرى قيد الدعوى في سجل المحكمة الدستورية برقم (٥) لسنة ٢٠٢١ «دستوري»، وتم إخطار الخصوم بالجلسة المحددة لنظرها.

وقد نظرت هذه المحكمة الدعوى بجلسة ٢٦/ ١/ ٢٠٢٢ على الوجه المبين بمحضرها، وقدمت إدارة الفتوى والتشريع مذكرة طلبت في ختامها رفض الدعوى، وقررت المحكمة إصدار الحكم في الدعوى بجلسة يوم ١٦/ ٢/ ٢٠٢٢م ومنطوقه:

(حكمت المحكمة بعدم دستورية 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»).[1]

وانطلاقاً من هذا الحكم جاءت الدراسة لتبين مفهوم التشبه بالجنس الآخر، وأحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي قبل حكم المحكمة الدستورية بعدم دستوريته مع المقارنة، ومن ثم التعليق على الحكم والنقد وبيان رأي الباحثة في ذلك، ووضع حلول لتفادي النتائج المترتبة على هذا الحكم، ولما كانت هذه أهم المسائل المتعلقة بحكم المحكمة الدستورية فقد وضعت كل منها في مطلب مستقل على النحو الآتي:

(١) للنظر في حيثيات الحكم يرجى الاطلاع على أصل الحكم، والاطلاع على البحث من ص ١٩ وما بعدها.

المطلب الأول
مفهوم التشبه بالجنس الآخر

لما كان الحكم على الشيء فرعا عن تصوره[١]، والتصور العلمي الدقيق عن الشيء لا يكون إلا عن طريق الضبط العلميِّ المنهجي لحقيقة الشيء وماهيَّتِه، فانطلاقا من ذلك علينا بيان مفهوم التشبه لغة واصطلاحا:

الفرع الأول
تعريف التشبه لغة

لغة: التَّشَبُّه في اللغة من مادة (شَبَه) المكونة من الشين والباء والهاء، وهي أصل يدل على تشابه الشيء وتشاكله، فيقال: شِبْه وشَبَه وشَبيه، أي مثل أو مثيل، والجمع أشباه، وأشْبَه الشيءُ الشيءَ: ماثله، وفي المثل: من أشبه أباه فما ظلم... وبينهما شَبَه بالتحريك، والجمع مَشابِهُ على غير قياس... وأشْبَهْتُ فلانًا وشابَهْتُه واشتبه عليّ وتشابه الشيئان واشتبها: أشبه كل واحد منهما صاحبَه... وتشبّه فلان بكذا، وتقول: في فلان شَبَهٌ من فلان، وهو شِبهُهُ وشَبَهُه وشبيهُهُ [٢].

الفرع الثاني
تعريف التشبه اصطلاحا

اصطلاحا: التَّشَبُّه هو محاولة الإنسان أن يكون شبه المتشبه به، وعلى هيئته، وحِليته، ونَعته، وصفته، أو هو تَكَلُّف ذلك، وتقصُّده، وتعمُّله [٣].

وفي شرح حديث: «مَن تَشَبَّه بقوم فهو منهم» [٤]، ذَكَر صاحب فيض القدير الإمام المناوي في معنى التَّشَبُّه أنَّه: «أي تَزَيَّا في ظاهره بزيهم، وفي تعريفهم بفعلهم، وفي تَخَلُّقه بخلقهم، وسار بسيرتهم، وهديهم في ملبسهم، وبعض أفعالهم، أي وكان التشبه بحق قد

(١) السبكي، **الأشباه والنظائر**، ٢/ ٣٨٨. ابن أمير الحاج، **التقرير والتحرير في علم الأصول**، ٢/ ٣٠٠.
(٢) انظر: ابن فارس، **مجمل اللغة**٩٨/ ٥٢٠.ابن منظور، **لسان العرب**،١٣/ ٥٠٣.إبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط** ١/ ٤٧١.
(٣) الغزي، **حسن التنبه لما ورد في التشبه** ١/ ١٥.
(٤) أخرجه أبو داود في **السنن**، كتاب اللبس، باب في لبس الشهرة، حديث رقم: (٤٠٣١). [حكم الألباني): حسن صحيح،٤/ ٤٤.

طابق فيه الظاهر الباطن»[١].

ومن الألفاظ التي لها معنى التشبه "التَّخَنُّث"[٢]؛ وهو في اللغة: التَّثَنِّي والتَّكَسُّر، وتَخَنَّث الرجل إذا فعل فعلاً لُمخَنَّث، وخنث الرجل كلامه: إذا شبهه بكلام النساء لينًا ورخامة [٣].

أمَّا التَّخَنُّث – التشبه بالجنس الآخر– **اصطلاحًا** فهو: «التَّزَيي بزِيِّ النساء، والتَّشَبُّه بهن في تليين الكلام عن اختيار، أو الفعل المُنْكَر» [٤]. فالمخنثون من الرجال هم الذين يتشبهون بالنساء في حركاتهم ومشيهم ولباسهم وكلامهم ونحو ذلك[٥].

والتشبه يشمل نوعين: الأول: تشبه الرجال بالنساء، والثاني: تشبه النساء بالرجال، وتسمى بالمترجلات و (البوية)[٦]،. وهن النساء المتشبهات بالرجال زيًّا وهيئة ومشية وصوتًا، ويمكن أن يصل بها الحال إلى الميل لمعاشرة النساء (الشذوذ الجنسي)[٧].

ويقصد بالتشبه في هذه الدراسة: تعمد فعل كل من الذكور والإناث من البشر ما هو خاص بفعل الآخر، ومشاركته في صفةٍ من صفاته الخاصّة به، أو ما يغلب عليه فعلها، سواءً أكانت المشابهة على مستوى الصفات المادية أو المعنوية[٨] المستنكرة والمستهجنة شرعا وعرفا وقانونا.

---

(١) المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**،٦/ ١٠٤.

(٢) يعد هذا المصطلح من مصطلحات التشبه بالجنس الآخر، ولا يقصد من التخنث في هذا البحث الخنثى الذي يعرف: بمن اجتمع فيه العضوان التناسليان عضو الذكورة، وعضو الأنوثة، أو من لم يوجد فيه شيء منهما أصلاً؛ لأنه غير مجرم شرعا أو قانونا، وهو قسمان، الأول: هو الخنثى الواضح الذي تَرجَّحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه رجل أو امرأة، والثاني: وهو الذي لم تظهر له علامات الذكورة أو الأنوثة، أو تعارضت فيه العلامات. الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**،١٠/ ٥٢٨.

(٣) انظر: ابن منظور، **لسان العرب**،٢/ ١٤٥.الفيومي، **المصباح المنير**،١/ ١٨٣.

(٤) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**،١١/ ٦٢. انظر: ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**،٦/ ٣٧٣.الأزهري، **جواهر الإكليل**،٢/ ٦٠. المحلي، **شرح منهاج الطالبين**٤/ ٣٢١.ابن قدامة، **المغني**،٧/ ١٠٤.

(٥) التويجري، **موسوعة الفقه الإسلامي** ٥/ ١٢٩.

(٦) البوية: كلمة أصلها انجليزي وهي مكونة من كلمة (boy) ومضاف إليه تاء التأنيث.

(٧) وردت في اللغة العربية ألفاظ وعبارات كثيرة استُخدمت في التعبير عن الشذوذ الجنسي منها (اللواط) و (المساحقة). واللواط: هو إيلاج ذَكَرٍ في دُبُرٍ ذكرًا أو أنثى»، أما المساحقة: هي أَنْ تَفْعَل المرأة بالمرأة مثل صورة ما يَفْعَل بها الرَّجُل. انظر: ابنُ منظور: **لسان العرب**،١٠/ ١٥٣.الهيتمي، **الزواجر عن اقتراف الكبائر**،٢/ ٢٣٥.البهوتي، **كشاف القناع**،١/ ١٤٣.

(٨) بتصرف: الشحيمي، **التشبه بين الجنسين** ص٢٦.

وقد نص قانون الجزاء الكويتي في المادة (١٩٨) رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) على معنى التشبه ونصه: «من تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور»[(١)]. وعليه فإن القانون الكويتي جعل معنى التشبه عاما ليشمل جميع أنواع وصور التشبه.

المطلب الثاني

أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

الفرع الأول

أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي

خلق الله سبحانه وتعالى النوع الإنساني على صنفين ذكر وأنثى؛ فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ﴾(الحجرات: ١٣)، ولقد مَيَّز الإسلام الرجل عن المرأة، فمن خلال النظر في الفقه الإسلامي نجد أن لكل جنس منهما أحكامًا تميزه عن الآخر؛ لاختلاف تكوينه الخَلقي والخُلقي والعقلي والنفسي والعاطفي، وذلك لأنَّ لكل منهما خصائص ينفرد بها عن الآخر في تكوينه الخَلْقِي، وفي طباعه وصفاته النفسية والعقلية، وعليه جاء الإسلام بتحريم تَشَبُّه كل منهما بالآخر والنهي عنه؛ ومن الأدلة الصريحة على ذلك عن ابن عباس ﷺ، قال: «لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»، وفي لفظ: «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمُتَرجِلات من النساء»[(٢)].

أولا: أنواع التشبه بالجنس الآخر:

قبل الكلام عن أحكام التشبه يجب التنبيه على أنه ليس كل تشبه محرمًا؛ لأنه نوعان ويتعدد بحسب الدافع من هذا التشبه وهو كالآتي:

الأول: يصدر عن صاحبه خلقة دون تصنع.

وهو أن يكون الرجل في كلامه لين وتكسر وذلك إنما هو خلقة وليس تعمدا لذلك الفعل،

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون الجزاء والقوانين المكملة**، ص ٦١.

(٢) أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب اللباس، بَابُ إِخْرَاجِ المُتَشَبِّهِينَ بِالنِّسَاءِ مِنَ البُيُوتِ، حديث رقم (٥٨٨٥) و (٥٨٨٦)،٧/ ١٥٩.

أو أن تكون المرأة في كلامها غلظة وخشونة، دون التشبه باللبس والثياب والزينة لأن ذلك من الأفعال الاختيارية، علاوة على أنهم حاولوا جاهدين الإقلاع عن ذلك مع محاولة الترك والمعالجة، كما أنهم لم يشتهروا بشيء من الأفعال الرديئة، فهؤلاء الأشخاص لا يعتبرون فساقا ولا يدخلون في الذم ولا اللعن.(١)

والثاني: يفعله متعمدًا مختارًا. وهو المقصود به في هذه الدراسة أي النوع الثاني.

وهو تخلق الرجل بخلق النساء حركة وهيئة ويتشبه بهن في تليين الكلام وتكسر الأعضاء واللباس والزينة، وتخلق النساء بخلق الرجال في الحركة والهيئة واللبس والصوت والمشي، وذلك بالفعل المتعمد المختار في التشبه، فمثلا يجد الرجل متعة لمجرد ارتدائه ملابس النساء على الرغم من علمه اليقيني بحقيقة نوع الجنس الذي ينتمي إليه وتمتعه بقدراته الجنسية العادية الطبيعية، فهذه عادة قبيحة ومعصية ويعتبر فاعلها آثماً وفاسقاً.(٢)

قال الإمام النووي: « قال العلماء : المخنث ضربان:

أحدهما: من خلق كذلك ولم يتكلف التخلق بأخلاق النساء وزيهن وكلامهن وحركاتهن، بل هو خلقة خلقه الله عليها، فهذا لا ذم عليه ولا عتب ولا إثم ولا عقوبة لأنه معذور لا صنع له في ذلك...

الضرب الثاني من المقصود بالمخنث: هو من لم يكن له ذلك خلقة بل يتكلف أخلاق النساء وحركاتهن وهيئاتهن وكلامهن ويتزيّى بزيهن.

فهذا هو المذموم الذي جاء في الأحاديث الصحيحة لعنُه وهو بمعنى الحديث الآخر لعن الله المتشبهات من النساء بالرجال والمتشبهين بالنساء من الرجال، وأما الضرب بالأول فليس بملعون»(٣).

(١) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٦٣/١١. الشبل، **ظاهرة التخنث عند الرجال وأهم أسبابها**، ص ٤١

(٢) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٦٣/١١. الشبل، **ظاهرة التخنث عند الرجال وأهم أسبابها**، ص ٤١

(٣) النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم** ٣١٧/٧.

ثانيا: الأحكام المتعلقة بالمُتَشَبِّه بالجنس الآخر متعمداً مختاراً:

إن الأحكام المتعلقة بالمُتَشَبِّه بالجنس الآخر متعمداً مختاراً كثيرة أذكر منها إجمالاً ما يأتي:

أولاً: الإمامة، يرى الحنفية والشافعية كراهة إمامة المتخلق بخلق النساء حركة وهيئة؛ لأنه فاسق والفاسق تكره إمامته، أما الحنابلة وفي رواية للمالكية فيرون بطلان إمامة الفاسق.(١)

ثانياً: الشهادة: صرَّح الفقهاء بعدم قبول شهادته حال تعمده لهذا التشبه؛ لأن فعله محرم فترد به الشهادة، أما إذا كان اللين والتكسر في الكلام والأفعال ونحوه من أفعال المتشبهة فيه خلقة، وهو الخنثى، ولم يشتهر بشيء من الأفعال الرديئة التي يقوم بها المخنثون، فتقبل شهادته (٢).

ثالثاً: النظر للنساء: فقد اتفق الفقهاء على حرمة نَظَر المتشبه إلى النساء كما هو الحال بالنسبة للذَّكَر؛ لأنه فحل فاسق. (٣)

رابعاً: اللباس: فيَحْرُم على المُتَشَبِّه لباس الزينة المتعلقة بالنساء؛ ومن ذلك لبس الحرير والذهب لما روي عن علي ﷺ قال: أخذ رسول الله ﷺ ذهبًا بيمينه، وحريرًا بشماله، ثم رفع بهما يديه فقال: «هذان حرام على ذكور أمتي» (٤).

وكذلك يَحْرُم على المُتَشَبِّهين من الرجال والنساء ما اختص به أحدهما عُرْفًا (٥) فعَنْ أَبِي

(١) الشرنبلالي، **مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح** ص١١٥. الأزهري، **جواهر الإكليل**، ١/ ٧٨-٨٢. الشربيني، **مغني المحتاج**، ١/ ٢٤٢. البهوتي، **كشاف القناع**، ١/ ٤٧٥.

(٢) انظر: الحصكفي، **الدر المختار**، ٥/ ٤٧٩. الحطاب، **مواهب الجليل**، ٦/ ١٥٢. المحلي، **شرح منهاج الطالبين**، ٤/ ٣٢١. ابن قدامة، **المغني**، ١٠/ ١٥٤.

(٣) انظر: الحصكفي، **الدر المختار مع حاشية ابن عابدين**، ٦/ ٣٧٣. الأنصاري، **أسنى المطالب**، ٣/ ١١٢. ابن قدامة، **المغني**، ٧/ ٤٦٣.

(٤) أخرجه البيهقي في **السنن الكبرى**، باب الرخصة في الحرير والذهب للنساء حديث رقم (٤٢١٩). والإمام أحمد **في المسند**، مسند علي بن أبي طالب، حديث رقم (٧٥٠). قال شعيب الأرنؤوط: صحيح لشواهده. ٢/ ١٤٦. والنسائي في **السنن** كتب الزينة باب تحريم الذهب على الرجال حديث رقم (٥١٤٤)، قال الألباني: حديث صحيح. وأبو داود في **السنن** حديث رقم (٢٣٦٧)..

(٥) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** ٢٢/ ١٥٥.

هُرَيْرَةَ ﷺ قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّجُلَ يَلْبَسُ لِبْسَةَ الْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةَ تَلْبَسُ لِبْسَةَ الرَّجُلِ»"[1]، فما كان خاصًا في اللباس بالنساء في حكم العرف فقد نهي عنه الرجال والعكس صحيح، والنهي عن هذا يتغير بتغير العرف والعادات، فأعراف اللباس تختلف باختلاف البلاد والأحوال[2].

خامساً: العقوبة: فالتشبه معصية لا حد فيها ولا كفارة إنما يعاقب عليها عقوبة تعزيرية تناسب حاله[3]؛ وقد ورد عن النبي ﷺ والصحابة من بعده كعمر بن الخطاب أنهم عزروا المخنثين بالنفي وأمر ﷺ بإخراجهم من المدينة فعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ قَالَ: لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْمُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ، وَالْمُتَرَجِّلاَتِ مِنَ النِّسَاءِ، وَقَالَ: «أَخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ».[4]

(١) أخرجه أبو داود في **السنن**، كِتَاب اللِّبَاسِ بَابٌ فِي لِبَاسِ النِّسَاءِ، حديث رقم: (٤٠٩٨)، [حكم الألباني): صحيح،٤/ ٦٠.

(٢) ابن حجر، **فتح الباري** ١٠/ ٣٣٢،

(٣) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ١١/ ٤٦.

(٤) أخرجه البخاري في **صحيحه** كِتَابُ اللِّبَاسِ، بَابُ إِخْرَاجِ المُتَشَبِّهِينَ بِالنِّسَاءِ مِنَ البُيُوتِ، حديث رقم (٥٨٨٦)، ٧/ ١٥٩.

الفرع الثاني
أحكام التشبه بالجنس الآخر في القانون الكويتي

نصت المادة (١٩٨) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) على: «من أتى إشارة أو فعلًا مُخِلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور؛ يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»(١).

وقد نصت المذكرة الإيضاحية على: (أن تشبه أي الجنسين الذكر أو الأنثى بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعا فقد قال ﷺ لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال)، ولما كان قانون الجزاء لم ينص صراحة على تجريم هذا الفعل، فقد أتى القانون لسد هذه الثغرة ونص بصورة صريحة على تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر)(٢).

وقد ألقت شرطة وزارة الداخلية في دولة الكويت القبض على ثلاثة أشخاص من الرجال يرتدون ملابس الجنس الآخر في سوق تجاري، وأمرت بحلق شعر رؤوسهم وباشرت التحقيق معهم.(٣)

كما ألقت الشرطة القبض على مجموعة من الشباب قادوا مركبة تحت تأثير مواد مؤثرة عقليا مع ارتكاب قائد المركبة فعلا مخلا بالآداب العامة حال قيادته برفع صوت المذياع وتشبه زميله بالجنس الآخر حال كونه ذكرا.(٤)

وأما بالنسبة لموضوع شهادة المتشبه فإن القانون لم ينص على أن المتشبه من الحالات

---

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون الجزاء والقوانين المكملة**،٧/ ٦١.

(٢) مجلس الأمة الكويتي، **دليل القوانين الصادرة خلال الفصل التشريعي الحادي عشر (٢٠٠٦/٧/١٢- ٢٠٠٧/٣/١٩)**، ص١٣٣، الموقع: http://www.kna.kw/research/١١law-١/ ٢١.pdf، تاريخ الاستفادة ٢٠٢٢/٣/١٦م.

(٣) انظر: **تقرير الخارجية الأمريكية حول حقوق الإنسان٢٠١٦م** ص٢٢.

(٤) حكم محكمة التمييز الدائرة الجزائية الأولى الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٦/٦.

التي لا تؤخذ شهادتها والمذكورة في **المادة ٤٣ من مرسوم القانون ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد التجارية والمدنية من قانون المرافعات المدنية والتجارية** وهي: "لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة سن أو مرض"[1]، إلا أن التشبه يعتبر من الأفعال التي لها وجهان من التجريم، أحدهما كون ذلك فعلاً فاضحًا والآخر كونه مجرمًا بذاته، ويكفي تواجد المتشبه في المكان العام لقيام الجريمة، وعليه فإن حضور المتشبه للشهادة في قاعة المحكمة وسراي النيابة –وهي أماكن عامة– يترتب عليه قيام جريمة التشبه، والتي تحول دون قدرته على الشهادة.

المطلب الثاني

المقارنة بين الأحكام المتعلقة بالمتشبه في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

من خلال ما سبق من بيان أحكام المتشبه في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي نجد أن الفقه قد فصل في أحكام المتشبه، سواء كان صادرا من الرجال أو النساء، فقد شمل العبادات والمعاملات والعقوبات وغيرها، ونجد من الناحية الأخرى أن القانون الكويتي قد بين حكم المتشبه من حيث العقوبة؛ لأن القانون يدرس المسائل من الجانب المدني والجنائي فهو جامد، أما الفقه فهو منهج حياة.

وقد سنت السلطة التشريعية قانونا يجرم كل شَكْل من أشكال التَّشَبُّه بعمومه دون تفصيل، حيث إنه لم يُفَرِّق بين ما كان خاصًا بالنساء أو الرجال، فنَصُّ المادة كما ذُكِر: «مَن أتى إشارة أو فِعْلًا مُخِلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»؛ كما أنه لم يُفَصّل بين ما يعتبر تَشَبُّهًا مَحرَّمًا محظورًا وبين ما لا يُعَدُّ كذلك.

إلا أن المذكرة الإيضاحية قد نصت على تجريم تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر، وأن تشبه أي الجنسين الذكر أو الأنثى بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعا، **ونصها:** (أن تشبه

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**٣ / ٣٤٩.

أي الجنسين الذكر أو الأنثى بالجنس الآخر أمر مستنكر ومنهي عنه شرعا فقد قال ﷺ: (لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال)، ولما كان قانون الجزاء لم ينص صراحة على تجريم هذا الفعل، فقد أتى القانون لسد هذه الثغرة ونص بصورة صريحة على تجريم من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، ومنها تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر)[١].

ومن ناحية أخرى نجد أن دستور دولة الكويت قد نص على أن العدل والحرية والمساواة هي صفات ودعامات أساسية للمجتمع الكويتي لا يجوز لأحد التعدي عليها، فجاء نص المادة (٧) من الدستور بأن: «العدل والحرية والمساواة دعامات المجتمع والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين»[٢]، ثم جاءت المادة (٨) تؤكد على حماية الدولة لهذه الأساسيات والدعامات، فنصت على أنه: «تصون الدولة دعامات المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص للمواطنين».[٣]

لكن هذا لم يمنع دولة الكويت من مواجهة ما يؤدي إلى الإخلال بهذه الدعامات والأساسيات، ولذلك نَصَّت في قانون الجزاء الكويتي وذلك فيما يتعلق بجانب الأحكام الخاصة بالمُتَشَبِّه، على أَنَّ مَن يقوم بفعل التَشَبُّه بالجنس الآخر يُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز السنة الواحدة، وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار.

كما نص الدستور الكويتي في مادته الثانية والثلاثين فيما يتعلق بالحقوق والحريات والضمانات العامة أنه: **(لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها)**[٤]، وهو بهذا قد وافق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال المادة (٢) والمادة (٧) ونصهما كما يلي:

---

(١) مجلس الأمة الكويتي، **دليل القوانين الصادرة خلال الفصل التشريعي الحادي عشر (٢٠٠٦/٧/١٢- ٢٠٠٧/٣/١٩)**، ص١٣٣، الموقع: http://www.kna.kw/research/١١-law/١/٢١.pdf، تاريخ الاستفادة ٢٠٢٢/٣/١٦م.

(٢) مجموعة التشريعات الكويتية، **الدستور الكويتي** ١/١٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

فتنص المادة (٢) على أن: «لكلِّ إنسان حقُّ التمتُّع بجميع الحقوق والحرّيات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أيِّ نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدِّين، أو الرأي سياسيًا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أيِّ وضع آخر.»[١].

وتنص المادة (٧) على أن: «الناسُ جميعًا سواءٌ أمام القانون، وهم يتساوون في حقِّ التمتُّع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حقِّ التمتُّع بالحماية من أيِّ تمييز ينتهك هذا الإعلانَ ومن أيِّ تحريض على مثل هذا التمييز»[٢].

وهذا الإعلان يوافق الشرع والقانون في كفالة الحرية وعدم التمييز، مع عدم الإخلال بالنظام العام، مع التنبيه والأخذ في الاعتبار أن هذا النظام يبنى على أسس دينية قومية، تكفل للجميع الحرية، مع عدم التجاوز في هذه الحرية إلى ما يخالف الشرع والقانون.

أما بالنسبة لشهادة المتشبه فأقول: الأصل أنه لا يجوز قانونًا أن يأتي بفعل مخل بالحياء في مكان عام، وأنه يعاقب المتشبه على فعله عند حضوره للمحكمة أمام القاضي للإدلاء بالشهادة فهو أغلظ من الأماكن العامة لحرمة المكان.

ثم جاء مؤخرا حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) فيما تضمنته من تجريم من **« التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور».**

المطلب الرابع

بيان وتقييم حكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦ لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦لسنة٢٠٠٧م)

الفرع الأول: نبذة عن المحكمة الدستورية:

أُنشئت المحكمة الدستورية وفق القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣م، واختصها دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين ولوائح، وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم،

(١) الأمم المتحدة، **الإعلان العالمي لحقوق الإنسان**.
(٢) المرجع السابق.

ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم.

ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن «تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري، كما يختار عضوين احتياطيين ويشترط أن يكونوا من الكويتيين ويصدر مرسوم بتعيينهم».

وتصدر المحكمة أحكامها بأغلبية آراء الحاضرين، ويجب أن يتضمن الحكم أسبابه مفصلة، مع إرفاق رأي الأقلية أو آرائها وما تستند إليه من أسباب. وتنشر الأحكام ومرفقاتها في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من صدورها.[١]

الفرع الثاني

حكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (١٩٨):

حكمت المحكمة الدستورية بتاريخ ١٦/ ٢/ ٢٠٢١ بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) فيما تضمنته من تجريم من «**التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور**»، الذي ينص على: «من أتى إشارة أو فعلًا مُخِلًّا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، أو تَشَبَّه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور؛ يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

(١) **الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية**. الموقع: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx ، تاريخ الاستفادة ١٧/ ٢/ ٢٠٢٢.

أولا: أسباب الحكم:

وقد بينت المحكمة الدستورية أن سبب إصدار هذا الحكم ما يأتي:

١. إنّ مبنى النعي على نص المادة (١٩٨) أن 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.

٢. إنّ النص من مادة (٣) من الدستور **(الحرية الشخصية مكفولة)**، وفي المادة (٣٢) منه كما نص الدستور الكويتي في مادته (٣٢) على أن: (**لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها**)[١] يدل على أن شرعية الجريمة والعقوبة التي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية ـ التي يمارسها وفقا للدستور– الحق في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، وإن اتخاذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشخصية بنيانا لإقراره، وأساسا 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 بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها حتى يكون المخاطبون بها على بينة من حقيقة تلك الأفعال التي يتعين عليهم اجتنابها، ذلك أن الأصل في النصوص الجزائية أن تصاغ في حدود ضيقة تعريفا بالأفعال التي تجرمها، وتحديدا لماهيتها، لضمان أن لا يكون التجهيل بها موطئا للإخلال بحقوق كفلها الدستور.

وعليه فإنه لما كان التعديل الذي جاء به القانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء قد أضاف إلى الأفعال المعاقب عليها بموجب تلك المادة فعلا جديدا وهو **(التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور)** دون أن يتضمن النص معيارا موضوعيا منضبطا يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانونيا، وما يعد تشبها بالجنس

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **الدستور الكويتي** ١/١٨.

الآخر ومالا يعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه التأويلات، كما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون من صور التشبه التي اعتبرت منها (تزيي جنس بملابس الجنس الآخر المقصورة عليه بحسب العرف السائد في البلاد أو تقمصه شخصية الآخر) يكشف عن مدى الاتساع الذي يمكن أن تحمل عليه هذه العبارة، وافتقادها إلى عناصر الضبط والإحكام الموضوعي، إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكا للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقاً لتقديرها، ودون ضابط يقيدها، وبما قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، وهو ما يتأبى مع حرص الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها.

ومادام هذا القانون قاصرا عن تحديد الأفعال المؤثمة من خلال معيار منضبط لها، مفتقدا التحديد الجازم لضوابط تطبيقه، فيكون بذلك قد أخل بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور طبقا للمادة (٣٠) منه، بما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته.

ثانيا: التعليق على الحكم وبيان رأي الباحثة:

وبعد بيان الحكم وذكر أسباب الحكم يمكن التعليق على هذا الحكم من عدة وجوه:

الوجه الأول: نص الدستور الكويتي في المادة (٢) على أن: (**دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع**)[١]، ونص في المادة (٩): (**الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها، ويقوي أواصرها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة**)، والدين الإسلامي يجرم التشبه بالجنس الآخر تعمدا، وعليه يمكن سن قانون جديد بحيث يتضمن تفاصيل وبيان أشكال التشبه المجرم بناء على رأي الدين الإسلامي في مسألة التشبه بالجنس الآخر.

الوجه الثاني: إن موضوع التشبه المذموم بالجنس الآخر له ضوابط وأحكام ثابتة في الشريعة الإسلامية وأخرى متغيرة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأعراف والعادات والتقاليد[٢]، وعليه يمكن ضبط القانون من خلال ذكر تفصيل أشكال التجريم للتشبه بالجنس الآخر بناء على ما يتعارف عليه المجتمع كشأن جريمة الفعل الفاضح والتي تعتمد

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **الدستور الكويتي** ١/ ١٨.

(٢) انظر: الشحيمي، **التشبه بين الجنسين مفهومه وأحكامه ومظاهره وأسبابه** ص ٨٥ وما بعدها.

على العرف، فإذا ما تم ذلك سهل على الناس تجنب هذا المؤثم والمجرم قانونا، كما يسهل على الجهات المختصة تطبيق القانون دون المساس بالحريات وحقوق الإنسان.

الوجه الثالث: أين سلطة القاضي في إسقاط النص القانوني على واقعة التشبه بالجنس الآخر والحكم على المتشبهين بالجنس الآخر بهذه الجريمة بما يستلزمه النص القانوني وتقييم الإجراءات التي تم من خلالها توجيه الاتهام وتحديدهم أوجه التشبه؟

وإن كان القاضي الجنائي ملتزماً بحدود النص القانوني فإن بعض نصوص القوانين الجزائية فضفاضة وليست محكمة الضبط في وصف بعض الجرائم، إلا أننا نجد أن الشريعة الإسلامية جاءت ببيان سلطة ولي الأمر ومن ضمنهم القضاة في تقدير مدى تحقق الجرائم والعقوبات التعزيرية.

الوجه الرابع: بعد صدور حكم المحكمة الدستورية المشار إليه آنفاً بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م)، فإنه يجب على مجلس الأمة الكويتي الاستعجال بتشريع قانون جديد منضبط يؤثم التشبه بالجنس الآخر بحيث يصاغ بصياغة تمنع إبطاله مستقبلا، لسد الفراغ الذي تركه هذا الحكم.

تنبيه: يجب التنبيه على أن المحكمة الدستورية وإن كانت قد حكمت بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م)، إلا أن القانون لا يزال يجرم أي فعل يخل بالحياء ويخالف الآداب العامة والعادات الإسلامية ومن ضمنه التشبه بالجنس الآخر، علاوة على أن هناك قوانين كثيرة تؤثم ما يترتب على هذا الفعل من ظواهر وأمور سلبية محرمة، حيث جاء هذا في المادة (١٩٣) المعدلة بالقانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦م في باب الجرائم الواقعة على العرض والسمعة ما يخص المواقعة الجنسية وهتك العرض ما يلي: «إذا واقع رجلًا رجلٌ آخر بلغ الحادية والعشرين، وكان ذلك برضائه، عوقب كل منهما بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات»[1].

كما جاء في المادة (٢٠١) باب الجرائم الواقعة على العرض والسمعة فيما يخص التحريض على الفجور والدعارة والقمار ما يلي: «كل من حمل ذكرًا أو أنثى على ارتكاب

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون الجزاء والقوانين المكملة**، ٧/ ٦٠.

الفجور والدعارة، عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت سن المجني عليه تقل عن الثامنة عشرة، كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات والغرامة التي لا تجاوز سبعة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»[١].

وقد أَقَرَّ قانون الجزاء الكويتي في باب التحريض على الفجور والدعارة والقمار مادة رقم (٢٠٠) معاقبة مَن يُسَاعد أو مَن يُحرِّض ذَكَرًا أو أنثى على ارتكاب أفعال الفجور والدعارة بالحبس والغرامة، ومعاونة المثليين معاونة على الفجور والدعارة؛ فجاء نص المادة رقم (٢٠٠) كما يلي: «كل مَن حَرَّض ذَكَرًا أو أنثى على ارتكاب أفعال الفجور والدعارة، أو ساعده على ذلك بأية طريقة كانت، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت سن المجني عليه تقل عن الثامنة عشرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»[٢].

وقد جاء في حكم المحكمة الدستورية النص على مادة (٣) من الدستور (**الحرية الشخصية مكفولة**)، فتبادر إلى أذهان كثير من الناس أن موضوع التشبه بالجنس الآخر من الحريات المطلقة، ويمكن توجيه هذا الأمر من خلال ما يأتي:

التوجيه الأول: أنه عند النظر في نص الحكم نجد أن المحكمة الدستورية قد أوضحت أن هذه الحرية تقيد من خلال السلطة التشريعية بموجب سلطتها التقديرية التي تمارسها وفقا للدستور، وذلك عند تشريع قانون يؤثم ويجرم أفعال الشخص وبناء عليه يعاقب عليها كما نص الدستور الكويتي في مادته (٣٢) على أن: (**لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها**)[٣]، وإن كان هذا التشريع كذلك مقيد المحتوى والمضمون من قبل الحرية ذاتها، بحيث لا يكون إنفاذه إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها، فهو تقيد متبادل.

(١) المرجع السابق، مادة (٢٠١)، ص ٦١.
(٢) مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون الجزاء والقوانين المكملة**،٧/ ٦١.
(٣) مجموعة التشريعات الكويتية، **الدستور الكويتي** ١/ ١٨.

التوجيه الثاني: إن في عدم وضوح الأفعال المؤثمة في المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) بصورة قاطعة بما يحول التباسها بغيرها كما قررت المحكمة الدستورية أدى ذلك إلى أن يصبح الأمر متروكا للجهات القائمة على تطبيق القانون وفقا لتقديرها ودون ضابط يقيدها، وبما قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء التقدير كما هو موضح في حيثيات الحكم. وهو ما يتأبى مع ما حرص عليه الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها.

ويمكن الرد على ذلك بما يأتي:

١. إنّ الإسلام جاء لحفظ الحريات بضوابط شرعية وحدود إلهية، فالصحيح أنه لم يحجر على الحرية الشخصية ولكن بالضوابط الشرعية ومنها عدم تهديد أركان النّظام العام وسلامته، أو تفويت حقوق أعظم منها، لذا لا بد من النّظر إلى قيمها ونتائجها ورتبتها وذاتها.

٢. ويمكن الرد كما تم سابقا: التأكيد على سلطة القاضي في إسقاط النص القانوني على واقعة التشبه بالجنس الآخر والحكم على المتشبهين بالجنس الآخر بهذه الجريمة بما يستلزمه النص القانوني وتقييم الإجراءات التي تم من خلالها توجيه الاتهام وتحديدهم أوجه التشبه، وإن كان القاضي الجنائي ملتزماً بحدود النص القانوني فإن بعض نصوص القوانين الجزائية فضفاضة وليست محكمة الضبط في وصف بعض الجرائم، بينما نجد أن الشريعة الإسلامية جاءت ببيان سلطة ولي الأمر ومن ضمنهم القضاة في تقدير مدى تحقق الجرائم والعقوبات التعزيرية.

٣. إن التشبه بالجنس الآخر يعد اعتداء على خصوصية الآخر المتشبه به، وما دام الدستور الكويتي يكفل الحريات الشخصية فلا يجوز التشبه بالجنس الآخر مادام يشكل اعتداء عليه.

٤. إن فعل التشبه بالجنس الأخر يمكن أن يستغل في خرق الأمن العام باختفاء شخصية المجرم الذي ارتكب جريمة إذ لو رؤي أو صورته كاميرات المراقبة لن يعرف على حقيقته.

وأخيرا: أرى أن القانون قبل الحكم بعد دستوريته كان سليما بعمومه، وأنه كان من المفترض تحضير السلطة التشريعية نصا قانونيا جديدا قبل الحكم بعدم دستوريته حتى

يسن بدلا عنه ولا يترك فراغا قانونيا، وأن المفاسد التي ستترتب على هذا الحكم أكبر من إبقائه على صياغته القديمة، مثال ذلك اعتقاد البعض أن المحكمة الدستورية قد حكمت بعدم دستورية القانون لأن التشبه بحد ذاته مكفول في الدستور الكويتي ومن قبيل الحريات الشخصية للأفراد، وخروج بعض المتشبهين بعد صدور الحكم بالتبجح بفعلهم والإعلان عن إقامة حفلات خاصة بهم اعتقادا منهم بعدم تجريم فعلهم، كما أعلنت دول عن هذا الحكم بناء على اعتقاد خاطئ أن الكويت لا تجرم هذا الفعل[١].

وعليه فإن في بقائه مصلحة والمصلحة المعتبرة هنا هي مصلحة درء الفتنة والمفسدة، وإن أسند حكم عدم دستوريته على أن هذا القانون سيصبح تقدير التنفيذ والتطبيق فيه متروكا للجهات القائمة على تطبيق القانون وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه وهذا أمر مخالف للقانون قطعا، وبما قد يؤول في التطبيق إلى إطلاق العنان لسوء تقدير العقوبة، وهو ما يتأبى مع حرص الدستور من كفالة الحرية الشخصية وصونها، فضرورة حفظ الدين مقدم على حفظ النفس- في الغالب- فيكون الترجيح حينئذ بارتكاب أخف الضررين وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما[٢] واحتمال الضرر الخاص لدفع الضرر العام[٣]، فالمصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة[٤]، والمصلحة المتعدية مقدمة على المصلحة القاصرة.[٥] علاوة على أن الحكم بعدم دستوريته سيؤدي إلى تساهُلِ الكثير من الناس في هذا الموضوع ، وما دام نص الدستور الكويتي في المادة (٢) ينص على أن: (**دين**

(١) قالت لين معلوف، نائبة مديرة المكتب الإقليمي للشرق الأوسط وشمال أفريقيا في منظمة العفو الدولية في بيان، « إن قرار المحكمة الدستورية الكويتية بإلغاء المادة ١٩٨ من قانون العقوبات في شقّها المتعلّق بتجريم التشبّه بالجنس الآخر تطوّر جدير بالترحيب، وبمثابة إنجاز بارز بالنسبة لحقوق العابرين جنسياً في المنطقة. فالمادة ١٩٨ تتّسم بالتمييز المجحف للغاية، والغموض المفرط، وما كان ينبغي قبولها في القانون أصلاً»، وفق ما جاء في بيان المنظمة. انظر: حاطوم، مقال: **العابرون جنسيا: ماذا وراء إلغاء الكويت قانونا يجرم «التشبه بالجنس الآخر»؟**، موقع: بي بي سي (BBC)، تاريخ زيارة الموقع: ١٤/٣/٢٠٢٢.

(٢) الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ١/ ٣٤٩

(٣) ابن نجيم، **الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ**، ١/ ٧٤.

(٤) داود وصلاحين، **ضوابط تزاحم المصالح** ص٣٠.

(٥) المرجع السابق ص٤٤.

الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع)[1]، خاصة أن المحكمة قد استدلت بحديث النبي حيث قال ﷺ: (لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال)، فعليه فإن نص القانون القديم كان جامعا مانعا، وأن الحكم قد نسف استدلاله بحديث النبي ﷺ.

وبناء عليه أتقدم بمقترح قانون جديد يؤثّم ويجرّم التشبه بالجنس ويسد الفراغ التشريعي الذي تركه حكم المحكمة الدستورية ونصه:

(من أتى إشارة أو فعلا مخلا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في المكان العام، أو تشبه بالجنس الآخر في الشكل أو الملبس أو الصفات الجسدية أو الجنسية أو ما دل شرعاً أو قانوناً أو عرفاً على التشبه أو التلبس بصفات شكلية بالجنس الآخر بأي صورة من الصور بغير علة طبية، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين).

فقد جاء نص القانون المقترح يرسم حدود الفعل الجزائي المجرم والمؤثم – التشبه بالجنس الآخر– بوضوح ووضع معايير موضوعية منضبطة ليس فيه لبس مقيدا بالشرع والقانون والأعراف، بحيث لا يترك رهينة التأويلات والتفسيرات المتضاربة، وأُخرج من كان به علة طبية كالخنثى وغيره من دائرة التجريم وذلك بتقرير طبي مع وجوب علاجه، وموضحاً العقوبة المترتبة على التشبه بالجنس الآخر.

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، **الدستور الكويتي** ١/١٨.

أهم النتائج:

بعد الانتهاء من الدراسة بذكر أحكام التشبه بالجنس الآخر في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي وحكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦لسنة١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦لسنة٢٠٠٧م)، ثم المقارنة والنقد والتوجيه ظهر للباحثة ما يأتي:

١. يقصد بالتشبه في هذه الدراسة: تعمد فعل كل من الذكور والإناث من البشر ما هو خاص بفعل الآخر، ومشاركته في صفةٍ من صفاته الخاصّة به، أو ما يغلب عليه فعلها، سواءً أكانت المشابهة على مستوى الصفات المادية أو المعنوية المستنكرة والمستهجنة شرعا وعرفا وقانونا.

٢. حرم الإسلام تَشَبُّه كل من الرجل والمرأة بالآخر ونَهَى عنه؛ ومن الأدلة الصريحة على ذلك عن ابن عباس ﷺ، قال: «لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»، وفي لفظ: «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمُترَجِّلات من النساء»[(١)].

٣. إن الفقه الإسلامي قد فصل في أحكام المتشبه سواء كان صادرا من الرجال أو النساء، فقد شمل العبادات والمعاملات والعقوبات وغيرها، أما القانون الكويتي فقد جرّم الفعل وبين حكم العقوبة فقط.

٤. إن السلطة التشريعية قد سنت قانونا يجرّم كل شَكْل من أشكال التَّشَبُّه بعمومه دون تفصيل، حيث لم يُفَرِّق بين ما كان خاصًا بالنساء أو الرجال، كما أنه لم يُفَصّل بين ما يعتبر تَشَبُّهًا مَحرَّمًا محظورًا وبين ما لا يُعَدُّ كذلك.

٥. عللت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (١٩٨) من القانون رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م) فيما تضمنته من تجريم "التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور" – وإن كان هذا الفعل مجرَّماً ومعاقباً عليه من باب الإخلال بالحياء العام–، بعدم تضمن النص معيارا موضوعيا منضبطا يتعين

(١) أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب اللباس، بَابُ إِخْرَاجِ الْمُتَشَبِّهِينَ بِالنِّسَاءِ مِنَ الْبُيُوتِ، حديث رقم (٥٨٨٥) و (٥٨٨٦)،٧/ ١٥٩.

مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانونيا، حيث جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه التأويلات، ولضمان أن لا يكون التجهيل بها موطئا للإخلال بحقوق كفلها الدستور في مادة (٣) (الحرية الشخصية مكفولة).

٦. إن القانون يقلص صلاحية القضاة في التزامه بنص القانون حال إسقاطه على الواقعة وليس له سلطة تقديرية إلا في حدود الحدين الأعلى والأدنى للعقوبة، بينما نجد أن الشريعة الإسلامية قد جاءت ببيان سلطة ولي الأمر ومن ضمنهم القضاة في تقدير مدى تحقق الجرائم والعقوبات التعزيرية.

٧. إن المحكمة الدستورية وإن كانت قد حكمت بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦ لسنة ١٩٦٠م)، والمُعدَّلة بالقانون رقم (٣٦ لسنة ٢٠٠٧م)، إلا أن القانون لا يزال يجرّم أي فعل يخل بالحياء ومن ضمنه التشبه بالجنس الآخر، علاوة على أن هناك قوانين كثيرة تؤثّم ما يترتب على هذا الفعل من ظواهر وأمور سلبية محرمة.

٨. بناء على عدم دستورية القانون فقد أطلق العنان لمن تسول له نفسه وذهنه من غير المتخصصين والعوام إلى عدم تأثيم التشبه بالجنس الآخر.

٩. تم التعليق على حكم المحكمة الدستورية وتوجيهه وتأويله بعدة توجهات وتأويلات يمكن الاطلاع عليها.(١)

١٠. إن القانون قبل الحكم بعد دستوريته كان سليما بعمومه وأن المفاسد التي ستترتب على هذا الحكم أكبر من إبقائه على صياغته القديمة.

التوصيات:

١. أوصي السلطة التشريعية بالاستعجال بتشريع قانون جديد منضبط يؤثّم التشبه بالجنس الآخر بحيث يصاغ بصياغة تمنع إبطاله مستقبلا.

٢. أوصي السلطة التشريعية بضبط الصياغة القانونية غير المخلة منعا لإبطالها مستقبلا.

٣. أتقدم بمقترح قانون جديد يؤثّم ويجرّم التشبه بالجنس الآخر واضحاً بمعايير

(١) انظر صفحة (١٩ – ٢٣) من البحث.

موضوعية منضبطة يسد الفراغ التشريعي الذي تركه حكم المحكمة الدستورية ونصه:

(من أتى إشارة أو فعلا مخلا بالحياء في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في المكان العام، أو تشبه بالجنس الآخر في الشكل أو الملبس أو الصفات الجسدية أو الجنسية أو ما دل قانونا أو عرفا على التشبه أو التلبس بصفات شكلية بالجنس الآخر بأي صورة من الصور بغير علة طبية، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين).

٤. في خضم الحملات التغريبية على البلدان الإسلامية التي تدعم التشبه بالجنس الآخر والمثلية، أوصي الجهات الحكومية ذات العلاقة ومنظمات المجتمع المدني والغيورين التصدي لمثل هذه الحملات بحملات مضادة من شأنها بيان الحكم الشرعي والضرر الاجتماعي والسلوكي.

المصادر والمراجع

١. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، المعجم **الوسيط**، محمد النجار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (د.ط)، دار الدعوة.

٢. الأزهري، صالح عبد السميع الآبي، **جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل**، (د.ط)، دار الفكر.

٣. ابن أمير الحاج، أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد الحنفي (ت: ٨٧٩هـ)، **التقرير والتحرير في علم الأصول**، (د.ط)، دار الفكر: بيروت ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.

٤. الأنصاري، زكريا بن محمد (ت:٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، (د.ط)، دار الكتاب الإسلامي.

٥. البهوتي، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، (د.ط)، دار الكتب العلمية.

٦. الأمم المتحدة، **الإعلان العالمي لحقوق الإنسان**، الموقع:
./https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights
تاريخ الاستفادة ١٨/ ٢/ ٢٠٢٢م.

٧. **تقرير الخارجية الأمريكية حول حقوق الإنسان** ٢٠١٦م
./https://kw.usembassy.gov/ar/our-relationship-ar/official-reports-ar
تاريخ الاستفادة ١٨/ ٢/ ٢٠٢٢م.

٨. التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله (٢٠٠٩)، **موسوعة الفقه الإسلامي**، (ط ١)، الناشر: بيت الأفكار الدولية

٩. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحنبلي (ت:٧٢٨هـ)، **مجموع الفتاوى**، (د.ط)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية: المملكة العربية السعودية١٤١٦هـ،١٩٩٥م.

١٠. حاطوم، نسرين (٢٠٢٢)، **مقال: العابرون جنسيا: ماذا وراء إلغاء الكويت قانونا يجرم "التشبه بالجنس الآخر"؟ نشر في تاريخ ١٨/ ٢/ ٢٠٢٢م**، موقع: بي بي سي (BBC)، الموقع
https://www.bbc.com/arabic/middleeast-60437023 :

تاريخ الاستفادة من الموقع: ١٤/٣/٢٠٢٢م.

١١. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت:٨٥٢ه)، **فتح الباري**، (د.ط)، دار المعرفة– بيروت١٣٧٩هـ.

١٢. الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحِصْني (ت:١٠٨٨ه)، **الدر المختار مع حاشية ابن عابدين**، ط٢، دار الفكر– بيروت،١٤١٢هـ،١٩٩٢م.

١٣. الحطاب، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد الطرابلسي المالكي (ت:٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ط٣. دار الفكر١٤١٢هـ،١٩٩٢م.

١٤. داود، هايل عبدالحفيظ، والصلاحين، عبد المجيد (٢٠١٣م)، **ضوابط تزاحم المصالح دراسة أصولية فقهية تطبيقية**، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد٧، العدد١.

١٥. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين (ت: ٧٧١ه)، **الأشباه والنظائر**، (ط ١) دار الكتب العلمية: بيروت ١٤١١هـ– ١٩٩١م.

١٦. الشبل، رحمة (٢٠٢١)، **ظاهرة التخنث عند الرجال وأهم أسبابها**، مجلة مداد، جامعة زيان عاشور الجزائر: الجلفة، الموقع
https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/327/11/1/156026 :
تاريخ الاستفادة ١٢/٣/٢٠٢٢م.

١٧. الشحيمي، محمد (٢٠٠٩م)، **التشبه بين الجنسين مفهومه وأحكامه ومظاهره وأسبابه**، ط١، ص٢٦.

١٨. الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت:٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج في شرح المنهاج**، ط١، دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ،١٩٩٤م.

١٩. الشرنبلالي، حسن بن عمار بن علي المصري الحنفي (ت:١٠٦٩هـ) **مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح**، ط١، المكتبة العصرية١٤٢٥هـ–٢٠٠٥م.

٢٠. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الحنفي (ت:١٣٠٦هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط٢، دار الفكر– بيروت١٤١٢هـ،١٩٩٢م.

٢١. الغزي، محمد بن محمد العامري القرشي (ت:١٠٦١ه)، **حسن التنبه لما ورد في التشبه**، ط١، دار النوادر، سوريا١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.

٢٢. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت:٣٩٥هـ)، **مجمل اللغة**، ط٢، مؤسسة الرسالة- بيروت١٤٠٦هـ،١٩٨٦م.

٢٣. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (ت:٧٧٠هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، (د.ط) المكتبة العلمية-بيروت. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت:٨١٦هـ)، **التعريفات**، ط١. دار الكتب العلمية بيروت- لبنان١٤٠٣هـ،١٩٨٣م.

٢٤. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد المقدسي (ت:٦٢٠ه)، **المغني**، (د.ط)، مكتبة القاهرة،١٣٨٨هـ،١٩٦٨م.

٢٥. مجلس الأمة الكويتي (أكتوبر ٢٠١٠م)، **دليل القوانين الصادرة خلال الفصل التشريعي الحادي عشر (٢٠٠٦/٧/١٢- ٢٠٠٧/٣/١٩)**، الكويت: إدارة الدراسات والبحوث بمجلس الأمة. الموقع الرسمي:

http://www.kna.kw/research/law11-1/21.pdf

تاريخ الاستفادة ١٦/ ٣/ ٢٠٢٢م.

٢٦. المحلي، جلال الدين (ت:٨٦٤ه)، **شرح منهاج الطالبين**، (د.ط)، دار الفكر-بيروت ١٤١٥هـ،١٩٩٥م.

٢٧. مجموعة التشريعات الكويتية، **الدستور الكويتي والمذكرة التفسيرية**، ط١، وزارة العدل-الكويت، فبراير ٢٠١١.

٢٨. مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون المرافعات المدنية والتجارية والمذكرة التفسيرية، مرسوم بالقانون رقم ٣٩لسنة١٩٨٠بشأن الإثبات في المواد المدنية والقانونية**، ط١، وزارة العدل، الجزء الثالث، فبراير ٢٠١١.

٢٩. مجموعة التشريعات الكويتية، **قانون الجزاء والقوانين المكملة**، ط١، وزارة العدل- الكويت، فبراير ٢٠١١.

٣٠. المناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف (ت:١٠٣١هـ)، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، ط١، دار المعرفة-بيروت،١٣٧٥ه.

٣١. الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية،

https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx

تاريخ الاستفادة ١٧/ ٢/ ٢٠٢٢.

٣٢. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على (ت:٤١٤ ١هـ)، **لسان العرب**، ط٣، دار صادر- بيروت،٢/ ١٤٥.

٣٣. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد (تـ٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر**، (ط ١)، بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية ١٤١٩ هـ- ١٩٩٩ م

٣٤. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف (ت:٦٧٦هـ) **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، (ط٢)، بيروت: دار إحياء التراث العربي٣٩٢ ١ه.

٣٥. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط٢، الكويت: دار السلاسل.

AlmrAjç:

1. ĂbrAhym mSTfŶ- ÂHmd AlzyAt- HAmd çbd AlqAdr- Almçjm AlwsyT- mHmd AlnjAr mjmç Allγħ Alçrbyħ bAlqAhrħ- (d.T)- dAr Aldçwħ.
2. AlÂzhry -SAlH çbd Alsmyç AlĀby- jwAhr AlĂklyl ŝrH mxtSr AlçlAmħ xlyl- (d.T)- dAr Alfkr.
3. Abn Âmyr AlHAj -Âbw çbd Allh- ŝms Aldyn mHmd bn mHmd bn mHmd AlHnfy (t: 879h)- Altqryr wAltHryr fy çlm AlÂSwl- (d.T)- dAr Alfkr: byrwt 1417h - 1996m.
4. AlÂnSAry -zkryA bn mHmd) t926:h)- ÂsnŶ AlmTAlb fy ŝrH rwD AlTAlb- (d.T)- dAr AlktAb AlĂslAmy.
5. Albhwty -mnSwr bn ywns) t1051:h)- kŝAf AlqnAç çn mtn AlĂqnAç- (d.T)- dAr Alktb Alçlmyħ.
6. AlÂmm AlmtHdħ- AlĂçlAn AlçAlmy lHqwq AlĂnsAn- Almwqç: https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights tAryx AlAstfAdħ 18/2/2022.
7. tqryr AlxArjyħ AlÂmrykyħ Hwl Hqwq AlĂnsAn 2016m. https://kw.usembassy.gov/ar/our-relationship-ar/official-reports-ar ./tAryx AlAstfAdħ 18/2/2022.
8. Altwyjry -mHmd bn ĂbrAhym bn çbd Allh (2009)- mwswçħ Alfqh AlĂslAmy- (T1)- AlnAŝr: byt AlÂfkAr Aldwlyħ
9. Abn tymyħ- ÂHmd bn çbd AlHlym AlHnbly (t:728h)- mjmwç AlftAwŶ- (d.T)- mjmç Almlk fhd lTbAçħ AlmSHf Alŝryf- Almdynħ Alnbwyħ: Almmlkħ Alçrbyħ Alsçwdyħ1416h- 1995m.
10. HATwm -nsryn2022))- mqAl: AlçAbrwn jnsyA: mAðA wrA›

ĂlγA› Alkwyt qAnwnA yjrm «Altŝbh bAljns AlĀxr ؟"nŝr fy tAryx 18/2/2022 m- mwqç: by by sy (BBC)- Almwqç: https://www.bbc.com/arabic/middleeast-60437023 tAryx AlAstfAdħ mn Almwqç: 14/3/2022.

11. Abn Hjr -ÂHmd bn çly bn Hjr Âbw AlfDl Alçsqlany AlŝAfçy (t:852h)- ftH AlbAry- (d.T)- dAr Almçrfħ- byrwt1379h.
12. AlHSkfy -mHmd bn çly bn mHmd AlHSny (t:1088h)- Aldr AlmxtAr mç HAŝyħ Abn çAbdyn- T2- dAr Alfkr- byrwt-1412h-1992m.
13. AlHTAb -ŝms Aldyn Âbw çbdAllh mHmd bn mHmd AlTrAblsy AlmAlky (t:954h)- mwAhb Aljlyl fy ŝrH mxtSr xlyl- T3. dAr Alfkr1412h-1992m.
14. dAwd -hAyl çbdAlHfyĎ- wAlSlAHyn- çbd Almjyd (2013m)- DwAbT tzAHm AlmSAlH drAsħ ÂSwlyħ fqhyħ tTbyqyħ- mjlħ Alçlwm Alŝrçyħ- jAmçħ AlqSym- mjld7- Alçdd1.
15. Alsbky -tAj Aldyn çbd AlwhAb bn tqy Aldyn (t:771h)- AlÂŝbAh wAlnĎAŶr- (T1) dAr Alktb Alçlmyħ: byrwt 1411h-1991m.
16. Alŝbl- rHmħ (2021)- ĎAhrħ Altxnθ çnd AlrjAl wÂhm ÂsbAbhA- mjlħ mdAd- jAmçħ zyAn çAŝwr AljzAŶr: Aljlfħ- Almwqç: https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/327/11/1/156026- tAryx AlAstfAdħ 12/3/2022m.
17. AlŝHymy- mHmd (2009m)- Altŝbh byn Aljnsyn mfhwmh wÂHkAmh wmĎAhrh wÂsbAbh- T1- S26.
18. Alŝrbyny- ŝms Aldyn mHmd bn ÂHmd AlxTyb (t:977h)- mγny AlmHtAj fy ŝrH AlmnhAj- T1- dAr Alktb Alçlmyħ 1415h-

1994m.

19. AlŝrnblAly- Hsn bn çmAr bn çly AlmSry AlHnfy (t:1069h) mrAqy AlflAH ŝrH mtn nwr AlĂyDAH- T1- Almktbħ AlçSryħ1425h-2005m.
20. Abn çAbdyn- mHmd Âmyn bn çmr AlHnfy (t:1306h)- rd AlmHtAr çlŶ Aldr AlmxtAr- T2- dAr Alfkr- byrwt1412h-1992m.
21. Alγzy- mHmd bn mHmd AlçAmry Alqrŝy (t:1061h)- Hsn Altnbh lmA wrd fy Altŝbh- T1- dAr AlnwAdr- swryA1432h-2011m.
22. Abn fArs -ÂHmd bn fArs bn zkryA ‹Alqzwyny AlrAzy)t395:h)- mjml Allγħ- T2- mŵssħ AlrsAlħ- byrwt1406h-1986m.
23. Alfywmy -ÂHmd bn mHmd bn çly (t:770h)- AlmSbAH Almnyr fy γryb AlŝrH Alkbyr- (d.T) Almktbħ Alçlmyħ–byrwt. Aljrjany- çly bn mHmd bn çly Alzyn Alŝryf (t:816h)- AltçryfAt- T1. dAr Alktb Alçlmyħ byrwt– lbnAn1403h-1983m.
24. Abn qdAmħ- Âbw mHmd mwfq Aldyn çbdAllh bn ÂHmd Almqdsy (t:620h)- Almγny- (d.T)- mktbħ AlqAhrħ-1388h-1968m.
25. mjls AlÂmħ Alkwyty (Âktwbr 2010m)- dlyl AlqwAnyn AlSAdrħ xlAl AlfSl Altŝryçy AlHAdy çŝr (12/7/2006–19/3/2007) - Alkwyt: ĂdArħ AldrAsAt wAlbHwθ bmjls AlÂmħ. Almwqç Alrsmy: http://www.kna.kw/research/law11-1/21.pdf - tAryx AlAstfAdħ 16/3/2022 m.
26. AlmHly -jlAl Aldyn) t864:h)- ŝrH mnhAj AlTAlbyn- (d.T)-

dAr Alfkr-byrwt 1415h-1995m.

27. mjmwçh Altŝryçat Alkwytyħ- Aldstwr Alkwyty wAlmðkrħ Altfsyryħ- T1- wzArħ Alçdl-Alkwyt- fbrAyr2011.
28. mjmwçh Altŝryçat Alkwytyħ- qAnwn AlmrAfçAt Almdnyħ wAltjAryħ wAlmðkrħ Altfsyryħ- mrswm bAlqAnwn rqm 39lsnħ1980bŝÂn AlĂθbAt fy AlmwAd Almdnyħ wAlqAnwnyħ- T1- wzArħ Alçdl- Aljz› Alθalθ- fbrAyr2011.
29. mjmwçh Altŝryçat Alkwytyħ- qAnwn AljzA› wAlqwAnyn Almkmlħ- T1- wzArħ Alçdl-Alkwyt- fbrAyr2011.
30. AlmnAwy -zyn Aldyn mHmd Almdçw bçbd Alrŵwf (t:1031h)- fyD Alqdyr ŝrH AljAmç AlSγyr- T1- dAr Almçrfħ-byrwt-1375h.
31. Almwqç Alrsmy llmHkmħ Aldstwryħ- https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/default.aspx tAryx AlAstfAdħ 17/2/2022.
32. Abn mnĎwr- mHmd bn mkrm bn çlŶ (t:1414h)- lsAn Alçrb-T3- dAr SAdr–byrwt-2.145/
33. Abn njym -zyn AlçAbdyn bn ĂbrAhym bn mHmd) t970-h-(AlÂŝbAh wAlnĎAŶr- (T1)- byrwt: lbnAn- dAr Alktb Alçlmyħ 1419 h 1999 - m
34. Alnwwy -mHyy Aldyn yHyŶ bn ŝrf (t:676h) AlmnhAj ŝrH SHyH mslm bn AlHjAj- (T2)- byrwt: dAr ĂHyA› AltrAθ Alçrby1392h.
35. wzArħ AlÂwqAf wAlŝŶwn AlĂslAmyħ ldwlħ Alkwyt-Almwswçħ Alfqhyħ Alkwytyħ- T2- Alkwyt: dAr AlslAsl.