STATE OF KUWAIT
THE CONSTITUTIONAL COURT

دولة الكويت
المحكمة الدستورية

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم صاحب السمو أمير الكويت

الشيخ نواف الأحمد الجابر الصباح

المحكمة الدستورية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ١٥ من رجب ١٤٤٣هـ الموافق ١٦ فبراير ٢٠٢٢م

برئاسة السيد المستشار / محمد جاسم بن ناجي رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين / صالح خليفة المريشد و عبدالرحمن مشاري الدارمي

و إبراهيم عبدالرحمن السيف و وليد إبراهيم المعجل

وحضور السيد / عبد الله سعد الرخيص أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي :

في الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٥) لسنة ٢٠٢١ "دستوري"

بعد أن أحالت لجنة فحص الطعون ملف الطعن رقم (٩) لسنة ٢٠٢١:

المرفوع من: [redacted]

ضد :

الادعاء العام.

الوقائع

حيث إن حاصل الوقائع ـ حسبما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق ـ أن الإدعاء العام أقام ضد المطعون [redacted] الجنحة رقم ([redacted])

لسنة ٢٠٢١ جنح عادية – ([redacted]) لسنة ٢٠٢٠ جنح المباحث: لأنه في يوم ٢٠٢٠/٣/٦ بدائرة اختصاص الادارة العامة للمباحث الجنائية: تشبه بالجنس الآخر (النساء) على النحو المبين بالتحقيقات.

وطلب الادعاء العام عقابه بالمادة (١٩٨) من قانون الجزاء.

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

وبجلسة ٢٠٢١/٨/٢٤ حكمت المحكمة حضورياً: 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 والاخلال بحق الدفاع، فقد قضت بجلسة ٢٠٢١/١٢/٢٩ بإلغاء الحكم المطعون فيه وذلك فيما تضمنه من رفض الدفع بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ في شقها المتعلق بتجريم التشبه بالجنس الآخر، وبإحالة النزاع إلى المحكمة الدستورية – بكامل هيئتها – للفصل فيه، وحددت جلسة

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 ٢٠٢٢/١/٢٦ على الوجه المبين بمحضرها، وقدمت إدارة الفتوى والتشريع مذكرة طلبت في ختامها رفض الدعوى، وقررت المحكمة إصدار الحكم في الدعوى بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

وحيث إنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية المبدى أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي تقدر فيها المحكمة التي أحالت الدفع جديته، وكانت لجنة فحص الطعون قد أحالت الدفع بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء المعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ فيما تضمنته من تجريم التشبه بالجنس الآخر، بعد أن قدرت أن ما أبداه الطاعن من أسباب لدفعه تتعلق بعدم تحديد الفعل المؤثم بصورة قاطعة بما يحول دون التباسه بغيره، من شأنه أن يحيط النص التشريعي بشبهات تُلقي بظلال من الشك حول مدى دستوريته، محدداً حكم الإحالة نطاق جدية الدفع في هذا الإطار، وبالتالي فإن الدعوى الدستورية تكون محددة بهذا النطاق وحده.

وحيث إن المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدلة بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ تنص على إنه " من أتى اشارة أو فعلا مخلا بالحياء

في مكان عام بحيث يراه أو يسمعه من كان في مكان عام، **أو تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور** يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

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

وحيث إن مبنى النعي على نص المادة (١٩٨) من قانون الجزاء سالفة البيان فيما تضمنته من تجريم التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور، أن عبارات النص قد جاءت واسعة فضفاضة غير محددة للأفعال المؤثمة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها حتى يكون المخاطبون بها على بينه من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها ولا يترك تقديرها للقائمين على تنفيذها وتطبيقها، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصدها محل مراميها على نحو يفضي إلى المساس بحقوق كفلها الدستور.

وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن النص في المادة (٣٠) من الدستور على أن "**الحرية الشخصية مكفولة**" وفي المادة (٣٢) منه على أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ..." يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن مبدأ

شرعية الجريمة والعقوبة الذي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية - التي يمارسها وفقاً للدستور - الحق في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، وإن اتخذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشخصية بنياناً لإقراره، وأساساً 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 تعريفاً بالأفعال التي تجرمها، وتحديداً لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئاً للإخلال بحقوق كفلها الدستور.

لما كان ذلك، وكان التعديل الذي جاء به القانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ على المادة (١٩٨) من قانون الجزاء قد أضاف إلى الأفعال المعاقب عليها بموجب تلك المادة فعلاً جديداً هو "**التشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور**"، دون أن يتضمن النص معياراً موضوعياً منضبطاً يتعين مراعاته لتحديد ذلك الفعل المؤثم قانوناً، وما يعد تشبهاً بالجنس الآخر وما لا يعد كذلك، بل جاءت عبارته بالغة العموم والاتساع يمكن تحميلها بأكثر من معنى، على نحو قد تتعدد معه تأويلاتها، وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون من صور التشبه التي اعتبرت منها (تزي 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، وانطوائها على خفاء وغموض قد يقع معه الكثير في دائرة التأثيم ، إذ يصبح تقدير الأمر في النهاية متروكاً للجهات القائمة على تطبيق القانون

وفقاً 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.

الأمر الذي يكون معه النص المطعون فيه بالصيغة التي أفرغ فيها، قاصراً عن تحديد الأفعال المؤثمة من خلال معيار منضبط لها، مفتقداً التحديد الجازم لضوابط تطبيقه، فيكون بذلك قد أخل بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور طبقاً للمادة (٣٠) منه، بما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته.

لـــذلـــك

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٩٨) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٧ فيما تضمنته من تجريم من "تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من الصور".

أمين سر الجلسة **رئيس المحكمة**

الهيئة التي أصدرت الحكم ونطقت به هي الهيئة المبينة بصدره، أما الهيئة التي سمعت المرافعة وتداولت في الحكم ووقعت على مسودته فهي الهيئة المشكلة على الوجه التالي:

برئاسة السيد المستشار / محمد جاسم بن ناجي رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين / فؤاد خالد الزويد و صالح خليفة المريشد

و عبدالرحمن مشاري الدارمي و وليد إبراهيم المعجل

أمين سر الجلسة **رئيس المحكمة**