جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس

- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

من إعداد الطالبة:

مكرلوف وهيبة

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

لجنة المناقشة :

– أ.د. بوعزة ديدن	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
– أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– أ.د. بموسات عبد الوهاب	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
– د. كريم زينب	أستاذة محاضرة	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية : 2015-2016

قـــــــائمـــــــة أهـــــــم المختـصـــــــرات

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ Fam	L'Actualité Juridique Famille
A.M.M	Autorisation de mise sur le marché
Art	Article
B.S.T.C	Noyau du plancher de la stria Terminalis de l'hypothalamus
Bull	Bulletin
C.A	Cour d'Appel
C.D	Code déontologie
C.f	Se Conformer
CIM 10:	Classification Internationale des troubles mentaux et troubles du comportement
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européen de Droit de l'Homme
Circ.	Circulaire
CJUE (avant c'étais CJCE)	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNCDH	Commission Nationale Conseille Des Droit de l'Homme
D	Dalloz (France)
D.P	Dalloz Périodique
DSM IV	Diagnostic and Statistical Manual of mental discorders
Ed	Edition
Encycl	Encyclopédie
Gaz.Pal	Gazette du palais
HALDE	La Haute autorité de lutte contre les discriminations Et pour l'égalité
JAF	Juge des Affaires Familiales
J.C.P	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique) édition générale
L.G.D.J	Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence
OIP	L'Observatoire international des prisons
OP.Cit	Ouvrage cité
P.U.F	Presses Universitaires de France
R.T.D.Civ	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RJPF	Revue Juridique Personnes & Famille
Somm	Sommaire
T.G.I	Tribunal de Grande Instance
UE	Union Européenne.

إهـــــــداء و تـشكـــرات

أول كلمة هي **إهداء** إلى **روح والـــدي** الذي فارق الحياة قبل أن أناقش هذه الرسالة، أرجو من الله عز و جل، أن يتغمده برحمته الواسعة و يسكنه فسيح جنانه.

أشكر **والدتي الكريمة** -أطال الله في عمرها- على تحملها لي طيلة فترة دراستي، خاصة صبرها علي أثناء تحضيري لهذه الأطروحـة.كما أشكر كل **إخوتي** و**أخواتي** و كل أفراد عائلتي من كبيرها إلى صغيرها على مساندتهم المعنوية أثناء تحضير هذه الرسالة.

أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى أساتذتي في كل مراحل الدراسة الذين بفضلهم توصلت إلى هذا المستوى من الدراسة.

كما أتقدم بشكري الكبير للأستاذ الدكتور **تشوار جيلالي**، على قبوله الإشراف على رسالتي بدون تردد و تقديمه لي يد العون و تشجيعه للبحث العلمي.كما أشكر أعضاء اللجنة العلمية الذين قبلوا مناقشة هذه الرسالة.

و أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى زملائي في مكتب الشركة المدنية للمحاماة الأستـــاذ شناني جمال، و الأستاذة ترباق ربيعة على المساندة المعنوية التي قدماها إلي، و كذا كاتبة المكتب.
و إلى كل زميلاتي و زملائي الأساتذة الذين شجعوني معنويا على تحقيق هذا العمل، دون أن أنسى الأستاذة دندان نصيرة على مساعدتي معنويا في إتمام هذا العمل على خير.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أوجه شكري الجزيل إلى بنات أخواتي، كلا من **" بوطالب شهيناز "** و **" بن صخرية فتيحة "**، على الجهود القيمة التي بذلاها في كتابة و طباعة هذه المذكرة، و على تحملهم و صبرهم علي أثناء إعدادها.

مقـــــدمـــــــــة:

لقد خلق الله سبحانه و تعالى سيدنا آدم عليه السلام، بشرا سويا خاليا من الأمراض البدنية و النفسية، وهبط به إلى الأرض وجعله خليفة له فيها ليعمر هذا الكون، مع حواء فأنجبا الذكور و الإناث.و ذلك بعد أن لحقت بويضة المرأة بنطفة الرجل لتبدأ مراحل تكوين الجنين داخل الرحم و تتواصل على مدار أشهر معدودة، ليخرج المولود ذكرا أو أنثى، لقوله تعالى:"...**و أنه خلق الزوجين الذكر و الأنثى من نطفة إذا تمنى....**".[1]وقوله عزوجل " **يا أيها الناس إتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بثّ منهما رجالا كثيرا ونساء....**",[2] و هذا ما يدل أن الله خلق الذكر و الأنثى و لا يوجد جنس ثالث.

إلا أن حكمة الله اقتضت أن تكون هناك حالات خلقية، ولدت و هي مصابة بخلل أو غموض جنسي وظيفي تحتاج لإجراء عمليات جراحية لإزالة الإلتباس، و تحديد إنتمائها إلى جنس معين، يكون للطب فيها دور لتصحيح هذا الغموض بأعمال طبية يتوافر فيها قصد العلاج، و تحقق مصلحة المجتمع و الفرد معا.إلا أنه بالمقابل انتشرت بعض الحالات و الميول التي تظهر بعض الاضطرابات في الهوية الجنسية لدى بعض الأشخاص مكتملي التكوين البيولوجي جنسيا، و لكن تسيطر عليهم أفكار و معتقدات أنهم خلقوا في الجنس الخطأ، و أنهم ضحية خطأ الطبيعة و جعلتهم يرغبون في استئصال أعضائهم التناسلية، و استبدالها بأخرى مصطنعة لجعل جنسهم يتطابق مع الجنس الآخر الذي يرغبون فيه، و أطلق على هذه الظاهرة مصطلح تغيير الجنس و هي ترجمة لعبارة Transsexualisme[3].

و يرجع تاريخ ظهور عبارة تغيير الجنس إلى سنة 1869، عندما نشر Krafft-Ebing كتابه المعنون ب Psychopathia sexualis تحدث فيه عن تصنيف معقد و متغير للأمراض النفسية الجنسية، و عالج بصفة مطولة الشذوذ الجنسي الذي له عدة أشكال.إحداها بعض حالات تغيير الجنس. سنة 1949، يقتبس هذه العبارة Cauldwell، و ينشر هو أيضا كتاب بعنوان Psychopathia transsexualis؛ يتحدث فيه عن تغيير الجنس و أنه يختلف عن الذهان و الإنحرافات الجنسية الأخرى، و يعطي توضيحات شأن أعراض مرض تغيير الجنس.و يصف من يصاب بهذه الأعراض بالمغير لجنسه transsexuel، و هو ليس متشبه بالجنس الآخر له توله جنسي (un travesti fétichiste).[4] و لا شاذ جنسيا متشبه بالنساء. و لا يشده أي إرضاء جنسي بتشبهه بالجنس الآخر و لا بإقامة علاقات من نفس الجنس: إنما هو إمرأة في جسم رجل أو رجل في جسم إمرأة.[5]

سنة 1918 يؤسس Hirshfield مؤسسة العلوم الجنسية في Berlin مخصصة لدراسة، علاج، إقامة المرضى الذين يعانون من إضطرابات في التصرفات الجنسية، و قد توافد عليها العديد؛ منهم متشبهين بالجنس الآخر جسديا الذين يرغبون في الحصول على تحول كلي لأعضائهم التناسلية، و يريدون قبل كل شيء الحصول على جنس مرتبط بذهيتهم.بالمقابل أيضا Hamburger، Sturup و Dahl-Iversen، نشروا بكوبنهاجن سنة 1953 عن حالة التشبه بالجنس الآخر، بقولهم أنه عولج بتناول الهرمونات و الجراحة.و قد نشرت إحدى الجرائد اليومية بتاريخ 3 ديسمبر 1953، قصة تغيير جنس إحدى مرضاهم، Christine Jorgensen التي كان لها صدى كبير خلال سنة1953، إلى درجة أن Hamburger قال أنه تلقى عدد لا يقل عن 465 رسالة من مختلف مناطق العالم يرغبون في تغيير

---

[1] سورة النجم، الآيتين 45-46.

[2] سورة النساء، الآية 01.

[3] Voir, Jean BRETON, Le transsexualisme etude nosographique et médico-légale, congrès de Psychiatrie et de Neurologie, rapport de médecine légale, Masson, 1985, p33. et suite.

[4] حسب قاموس المنهل، الفتشي هو من يركز الشهوة الجنسية على جزء من الجسد مثل القدم أو على ما يلبس.

[5] Voir, Agarra Jean-Pierre, Aspect médico-légal et social du transsexualisme, Thèse, Faculté de médecine de Marseille,1991, p.07.

جنسهم.و تبعا لذلك اهتم العديد من الكتاب بهذه المشكلة و اقترحوا نفس الحلول التي قدمها Benjamin نذكر منهم؛ Stoller، Burger-Printz و آخرون.[6]

في سنة 1959 أيضا، يطرح المشكل على القضاء عندما المحامي العام Lindon بحث في الجوانب القانونية لتغيير الجنس Les Aspects juridiques du transsexualisme، و استنتج أن الجراح الذي يجيز لنفسه أن يجري لمغير لجنسه جراحة في فرنسا سيكون معاقبا بالمادة 316 من قانون العقوبات الفرنسي بجريمة الخصاء[7].و كانت أول بروز لموقف موضوعي من طرف القضاء الذي لم يكن يستوعب آنذاك فكرة أن إنسانا يغير جنسه، لجهلهم الطابع المرضي لتغيير الجنس[8].

وسائل الإعلام أيضا كان لها دور في نشر العديد من الأخبار المتعلقة بتغيير الأشخاص لجنسهم و غرائب متعلقة برجل حامل و ينتظر مولودا، أو عسكري يستبدل قبعته بحجاب[9]. و قد كانت طريقة عرضهم للخبر فيها جذب للقارئ، الذي قد يتعاطف مع هؤلاء المرضى أحيانا، و يؤمن أنهم بحاجة للإستجابة لمطالبهم الجراحية ليتمكنوا من التكيف مع المجتمع، فيشجع إنتشار مثل هذه الظواهر، و في نفس الوقت هناك من ينظر إليهم نظرة سخط، و إستهزاء، و يعتبر ما يطالبون به درب من الجنون و الخلل النفسي و التطاول على خلق الله تعالى، الذي يجب سد أي ذريعة أمامه.لأن فيه هدم للقيم و الأخلاق و الثوابت الدينية التي بنيت عليها الأمم.و من تم أحيانا الإعلام قد يخلق تشوه، و هدم للقيم العلمية و يخرجها من الإطار العلمي الذي يحتاج إلى بحث و تدقيق لمعرفة أسباب هذا المرض و يحاول إيجاد حل ناجع له، و يحول دون تدخل رجال الفقه الشرعي و القانوني لإعطاء حكم يتماشى مع هذه الحالات المرضية، و إعطاء تحليل دقيق للآثار المترتبة على جميع المجالات من جراء تغيير الشخص لجنسه.

و لهذا يعد موضوع تغيير الجنس من الموضوعات المستحدثة في الساحة القانونية، في وقتنا الحالي، و المتشعبة في نفس الوقت لتعلقه بعدة مجالات، فهو مرض يجب أن تعرف أسبابه من طرف الطب، و يؤثر على نفسية المريض فلابد من الاستعانة بأخصائيين في علم النفس و الطبيب النفسي، و لم يتفق الفقهاء على مدى مشروعيته بين البلدان العربية و الأجنبية مما يجعله يحتاج إلى دراسة من فقهاء الشريعة للوقوف على الجوانب الشرعية لحالات تغيير الجنس، سواء التي تعود لأسباب عضوية في تكوين الأعضاء التناسلية للشخص أو التي تعود لأسباب نفسية، لا علاقة لها بالبناء العضوي للإنسان الذي يكون مكتمل من ناحية التكوين العضوي، و لكن تسيطر عليه فكرة ذهنية بالإعتقاد الراسخ أنه من أشخاص الجنس المقابل، و أنه ولد في الجنس الخطأ. كما يحتاج الموضوع إلى تأصيل قانوني لهذه الظاهرة التي أدت إلى بروز فكرة وهمية لتغيير الجنس، كما وصفتها الكاتبة Patricia Mercader في مؤلفها المعنون ب L'illusion Transsexuelle.[10]
بالرغم من أن هناك العديد من الدراسات القانونية المختلفة التي انصبت حول مدى المساس بسلامة الجسم البشري و مختلف الأعمال الطبية و التجارب العلمية التي تقع على جسد الإنسان، إلا أن موضوع المساس بالأعضاء التناسلية و تغييرها، لم يتم تناوله من طرف الفقه القانوني الجزائري عدا بعض الأسطر في عدد قليل من الصفحات[11].

---

[6] Voir, H.P. KOLTZ, Etat actuel de la question du transsexualisme, droit et éthique médicale, groupe d'études du droit médical, textes rassembler par le Dr.Odile diamant-Berger, Masson, Paris,1984, p.23.
Jean Breton, le transsexualisme étude nosographique…, Op.Cit, p.22 à 25.

[7] هذه الجريمة استبدلها المشرع بجريمة العنف المؤدي للبتر أو العجز الدائم و هذا بموجب المادة 9-222 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

[8] Voir, Jean Breton, étude nosographique…, Op.Cit, p.27.

[9] أنظر، جريدة الخبر في الجزائر بتاريخ 16 إلى 22 جوان 2008، العدد 175.و كذا جريدة الخبر في الجزائر بتاريخ 13 سبتمبر 2013، ص 08.

[10] Voir, Mercader Patricia, l'illusion transsexuelle, Harmattan, Paris, 1994.

[11] علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص من 259 إلى267،
ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة،الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، الجزائر، سنة 2003،
تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي و الإستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية بجامعة الجزائر، سنة 1998، ص. من 27 إلى 36،
تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، عدد خاص بالملتقى الوطني المتعلق بالحقوق الشخصية يومي 13 و 14 ديسمبر 2008، جامعة تلمسان، رقم 06-2008، ص من 60 إلى 74.

و ربما لم تظهر فكرة الكتابة في هذا الموضوع لأنه لم يطرح أي إشكال قضائي في الجزائر، على عكس ما حدث في دولة مصر عندما أثارت قضية طالب الأزهر "سيد" الذي تحول جنسيا إلى أنثى تدعى "سالي" سنة 1988[12]، و القضية التي طرحت على القضاء الكويتي سنة 2003[13] و ما طرح على عدة جهات قضائية منها التونسي[14] و اللبناني[15] و حتى المغربي.[16]

و كان لهذه القضايا الفضل في فتح باب الخوض في هذا الموضوع، و ظهرت أهمية البحث في هذا المجال الحساس الذي يمس الإنسان في رجولته و يجعله يرغب في إجراء تغيير تشريحي في عضوه التناسلي، لإحداث توازن بين ما يحسه و بين مظهره الخارجي.خاصة و أنه لا يقف الأمر عند هذا الحد، إنما يطالب بالحصول على كافة الحقوق التي يتمتع بها الأفراد الطبيعيون تماما في الجنس الذي تحول إليه، و هذا ما يتعارض مع العديد من الأحكام الشرعية و المبادىء المستقرة قانونا.

ليس من السهل الخوض في جمع الأحكام القانونية المتعلقة بموضوع تغيير الجنس، و التي إختلفت فيها الآراء من عدة زوايا، و لا يمكن إعطاء رأي يتماشى مع المنطق أي ما يتقبله العقل البشري من أفكار و حلول، معتمدا على الأحكام الشرعية التي تحدثت عن حالة الخنثى الذي له غموض في أجهزته التناسلية، دون أن تتطرق لتغيير الجنس في إفتراض آخر عندما يعود لأسباب نفسية، عدا أنه يحتاج إلى تربية سلوكية و دينية.و لذلك يبدو أن البحث في هذا الموضوع، لا يخلو من الخطورة لتعلقه بشق هام من الأمور الطبية التي يجهلها رجل القانون.و لأن الدراسة تنصب على جزء مهم من جسم الإنسان و هي أعضائه التناسلية، و أن الآراء التي يمكن أن يقدمها الباحث يمكن أن تصطدم مع قواعد الشريعة الإسلامية، و ما قد يوجه له من النقد.و الصعوبة أكثر هي أن دراسة تغيير الجنس من الجانب القانوني تتطلب معالجته من جانبين و في إفتراضين بالتوازي و هما :

الأول : يتعلق بحالة تغيير الجنس لوجود أسباب عضوية يعاني منها الخنثى نتيجة غموض جنسي أو تشوه في أعضائه التناسلية باطنيا أو ظاهريا يؤثر على العديد من حقوقه و واجباته، و بحاجة لإزالة هذا الإلتباس تحقيقا لمصلحة الفرد و المجتمع معا.لأن كل فرد يجب أن يكون لديه جنس محدد ليسجل في سجلات الحالة المدنية ضمانا لإستقرار مركزه القانوني، و تفاديا للمشاكل المترتبة على ذلك. و هو ما يعرف بالتصحيح الجنسي لأن الشخص لم يغير جنسه و إنما كشف عن أعضائه المغمورة، و حدد انتمائه إلى جنس محدد بعدما كان غامضا.

الثاني : يتعلق بحالة تغيير الجنس لوجود أسباب نفسية، تتمثل في أن الشخص مكتملا البنية جسديا، يشعر أنه يريد أن يعترف به في الجنس مقابل لجنسه البيولوجي.و هو الأمر الذي لا يعرفه النظام القانوني. فنكون أمام معارضة بين النظام العام و الحرية الفردية، و القانون لا يعطي إعتبار لوضعية هؤلاء الأشخاص المنقسمين بين المظهر الجسدي و التصور النفسي.و هؤلاء يرغبون في أن يتم إستئصال أعضائهم الجنسية و تستبدل بأعضاء الجنس الآخر الذي يشعرون نفسيا بالإنتماء إليه، و هو ما وصفه الأطباء الفرنسيين بجراحة إعادة التحديد الجنسي.[17]

---

[12] أنظر، أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر و الإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1993، ص.70 و ما بعدها.

[13] أنظر، فهد سعد الرشيدي، أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي و بيان ما أخذ به القضاء الكويتي، مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد 23 الجزء الثاني، سنة 2008، ص.46 إلى 51.

[14] أنظر، قرار إستئنافي مدني، عدد 10292 مؤرخ في 22 ديسمبر 1993، مجلة القضاء و التشريع بتونس، عدد يناير 1994، ص 109 إلى 122.

[15] أنظر، الرئيس رلي جدايل، الأساس رقم 92/147 بتاريخ 1992/05/22 رقم 61 عن القاضي المنفرد في بيروت، أحوال شخصية، قيود سجلات النفوس،تصحيح بيانها- التحول من جنس إلى آخر، المجلة العربية للفقه و القضاء، جامعة الدول العربية، العدد 15، أفريل 1994، مصر، ص. 163-169.

[16] أنظر، محكمة إستئناف تطوان تحت رقم 91/306 بتاريخ 08-03-1991. ملف مدني، مذكور في أحمد أدريوش،العقد الطبي تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، سنة 2009، ص من 196 إلى 199.

[17] Voir, Haute Autorité de Santé, Service Evaluation des actes professionnels, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, novembre 2009, http/ www.has-sante.fr., p.55.

و تثار إشكالات منها ما يتعلق بالآثار المترتبة على مثل هذا التغيير في جميع المجالات من الناحية القانونية، و مصير علاقاته السابقة هل تتأثر بهذا التغيير، بالأخص إذا كان هذا الشخص الراغب في تغيير جنسه متزوجا و لديه أولاد فما مصير زواجه ؟
و كان هذا التساؤل هو الذي لفت إنتباهنا للبحث في هذا الموضوع من خلال قرائتنا لمقال بقلم الأستاذ Laurence Mauger-Vielpeau، بعنوان le "survivre" au transsexualisme d'un epoux ? mariage peut il[18] هل يمكن للزواج أن يحيا و يعيش إذا غير أحد الزوجين جنسه ؟

و مجرد تفكيرنا في هذا الأمر ليس من السهل تقبله، و لهذا تحمسنا للبحث فيه حتى و إن كان البحث يتعلق بفئة قليلة من المجتمع أو بمسألة لم تطرح على الساحة القضائية بشكل بارز في الجزائر، إلا أننا نشك أنها تطرح يوميا على القضاء تحت ستار تصحيح الأخطاء المادية في بيان الجنس، دون أن ينتبه رجل القانون لخطورة الوضع، و لم يتبادر إلى ذهن وكلاء الجمهورية بإعتبارهم أصحاب الإختصاص بالدرجة الأولى بتصحيح الأخطاء المادية المدونة في عقود الحالة المدنية، عندما تقدم لهم هذه الطلبات لتصحيح الخطأ المادي الوارد في بيان الجنس، فلا يفكر إذا ما كان أمام حالة تغيير للجنس لأسباب نفسية لمجرد الرغبة في الإنتماء إلى الجنس المقابل دون دواع عضوية.و هنا يدق ناقوس الخطر.

الأمر ليس متعلق بالدول الأجنبية التي عرفت إنتشار لمثل هذه الحالات المرضية، و إنما حتى المواطنين الجزائريين يلجأون إلى إجراء عمليات تغيير الجنس في الدول التي أجازت مثل هذه الجراحات و قد تفاجأنا أن الوجهة كانت نحو فرنسا عندما قدموا طلبات لتكفل دولة فرنسا بمصاريف علاجهم ليتمكنوا من إجراء جراحة تغيير الجنس.و رفضت طلباتهم من طرف المحاكم الإدارية و تم ترحيلهم لبلدهم الأصلي بالجزائر.[19]

و بهذا أحسست بخطورة الوضع، و إنجذبت للبحث في موضوع لا يريد أحد النقاش فيه، لكي لا توجه له سهام من بأمور من المسلم تحريمها و إستهجانها بدون معرفة خباياها.و هو الخطأ الذي يلام عليه رجال الطب بالدرجة الأولى لعدم توعية الناس بحقيقة هذا المرضى الذي يفتك التفكير، و يجعله حبيس معتقدات راسخة تدفعه إلى بتر أعضائه بدون دواع طبية، رغم أنه لا يعاني من أي خلل في أعضائه التناسلية و تجعله لا يحس بارتياح في جنسه البيولوجي. و إلى جانبهم رجال القانون و الشريعة الذين لا يجتهدون في إيجاد حلول لمثل هذه لأفكار التي تتسرب إلى مجتمعاتنا العربية، و تؤدي إلى فساد أخلاق أبناءنا، لو تركوا بدون تربية دينية و أخلاقية.

إن مجرد ذكر عبارة تغيير الجنس يظهر أن الأمر يتعلق بالجنس، و ميول جنسية الأمر الذي جعل البعض يتحدث عن حق الجنس أو جنس القانون sexe du droit et droit du sexe و عن نظرية النوع.[20]و أمور مثل هذه تشغل باب الدول الأجنبية و يتحدثون عنها من جميع النواحي و بكل تفتح. إلا أن الأمر بالدول العربية يجعل الضوء الأحمر يشتعل، و يدق ناقوس المحظور، و يرفض الحديث في هذا الموضوع استهجانا من المجتمع و ظنا من الناس أن كل ما يتعارض مع أحكام الشريعة لا يجوز الخوض فيه، و هنا يتعمق المشكل أكثر.

---

[18] Voir, Laurence MAUGER-VIELPEAU, Le mariage peut il «survivre» au transsexualisme d'un époux?, Dalloz, 2002, n° 02, p.124 à 127.

[19] Voir, Du pays de destination d'un étranger transsexuel reconduit à la frontière, Recueil des decisions du conseil d'Etat, Arrêt rendu par conseil d'état 28 avril 2004, n° 252621, Recueil Lebon 1 avril 2005.
Du pays de destination d'un étranger transsexuel reconduit à la frontière, Recueil des décisions du conseil d'Etat, Arrêt rendu par conseil d'état Arrêt 30 janvier 2006,n° 05PA03076, inédit au recueil Lebon, sur site www.lextenso.fr, le 22/09/2014.

[20] Voir, Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE, Entre droit du sexe et le sexe du droit de la différenciation sexuelle en droit à la féminisation des organes sociétaires par le droit, revue de la recherche juridique droit prospectif, 2013-3, Aix Marseile, PUAM, 2014, p.1397à1420.

إذا كنا سنكتفي بالإطلاع على ما يجري في الدول الغربية، و نقف كالمتفرجين و نظن أننا محميين لمجرد أن الظاهرة لم تصل إلينا و لم تطرح في بلدنا و أن القول بمخالفتها لأحكام الشريعة كاف.فإن هذا الخطأ بعينه، لأن المخيف أن المصاب بأعراض تغيير الجنس سيلجأ إلى دول تبيح مثل هذه الجراحة و ترتب آثار عليها، و تسمح له بتغيير حالته المدنية، و سيدخل إلى بلده الأصلي و هو بجنس جديد، و يأتي للمطالبة بحقوقه حسب الوضع الجديد فهل سنقبله أم أننا سنغلق الأبواب أمامه، بحجة عدم شرعية تغييره لجنسه تبعا لشعوره النفسي ؟ و هذا ما يظهر دور القانون الذي عليه أن يقدم حلولا في كلا الحالتين و سواء بالمنع أو بالإيجاز، و لا يترك سلوك الأفراد بدون تنظيم و إلا ستعم الفوضى. فإذا أحجم رجل القانون عن البحث في المواضيع الحساسة، و المتعلقة بإشكالات عملية، قد تبدأ بحالة فردية إلا أنها قد تتطور لتهدم المجتمع.و لابد أن نغلب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد عند تعارضهما.و لا يمكن لمجتمعنا السماح بكل الأفكار المتحررة التي وصل إليها الغرب أن تتسرب إلينا، كسماحهم الزواج بين شخصين من نفس الجنس الذي تنبذه شريعتنا عندما لعن الله قوم لوط.

و البحث في موضوع تغيير الجنس ليس أمر هينا لأنه يعتبر من الطابوهات (Tabou) أي من المواضيع المحظور الخوض فيها.و لا يمكن لرجل القانون أن يقف مكتوف الأيدي، و إنما علينا البحث في مواضيع جديدة لم تكن محلا لأبحاث موسعة و تكون عرضة للحدوث في بلدنا في أي وقت مادامت تتعلق بالنوع الإنساني الذي خلقه الله و لا يمكن تغيير مشيئته.

كما أن الموضوع يتطلب منا الإلمام بالجانب الطبي و علم النفس، و الفتاوى الشرعية التي تكاد تنعدم في موضوع بحثنا و تعتبر غير كافية لوحدها لحل كل المشاكل التي تترتب على تغيير الشخص لجنسه.و أمام قلة المؤلفات الطبية في مجال بحثنا و الكتابات القانونية فإن أهمية البحث في هذا الموضوع تزيد، و تتطلب منا إلقاء الضوء على المجتمعات التي نظمت أحكامه و الإستفادة من تجربتها مع أعراض هذا المرض، التي تختلف بين مرضى مصابين بخلل عضوي، و هم بحاجة لعلاجهم للعيش بصورة طبيعية، و في نفس الوقت سد الذريعة أمام المصابين بهوس نفسي، و فكرة متسلطة و شعور قهري بأنهم ضحية خطأ الطبيعة.و محاولة وضع نصوص قانونية تتماشى مع النظام العام في بلدنا.

و مادام أن تغيير الشخص لجنسه يمس عدة جوانب قانونية، و لا يقتصر عليه وحده و إنما تمتد آثاره لتمس أشخاص آخرين لهم علاقة به.فإن الأمر يتطلب منا طرح عدة تساؤلات تحتاج إلى توضيح، هل يمكن إعتبار التدخل الجراحي علاج مشروع لتخليص المريض من آلامه البدنية و النفسية التي يدعي أنه يعاني منها ؟
هل يمكن إعتبار أن رضا المريض وحده كاف للمساس بسلامة جسمه و تغيير جنسه إستجابة لرغبته أمام غياب نصوص قانونية تحكم و تنظم هذا الموضوع ؟
ما موقف النظم القانونية المختلفة من حكم مسألة تغيير الجنس ؟ و هل يعتبر التدخل الجراحي للطبيب على من يرغب في تحويل جنسه لأي سبب كان تبرره ضرورة طبية تحمي الطبيب من المسؤولية ؟

و إذا قلنا أن من سيغير جنسه يحتاج إلى جعل حالته المدنية متطابقة مع مظهره الجديد ألا يتعارض ذلك مع مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص، و مبدأ ثبات الحالة المدنية ؟

و هل يحق لمن يغير جنسه إما لأسباب عضوية أو نفسية أن يطالب بأن يتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها أفراد الجنس الذي أصبح عليه و أن يتحمل واجباتهم ؟ و هل لمسؤولية الطبيب أن تقوم إذا نتج عن جراحة تغيير الجنس فقدان الشخص لقدرته على الإنجاب و التناسل التي وجدت من أجلها البشرية؟

و إذا إرتكب أي خطأ أثناء علاجه فما هي المسؤولية التي يمكن أن تكون على عاتقه، و إذا كان من الجائز تبرير خطئه بأنه كان برضا من المريض كسبب لإباحة فعله و إبعاد المسؤولية عليه ؟

و الإجابة على هذه التساؤلات ستجعلنا نعطي إلمامه على كل ما يتعلق بتغيير الجنس و نضع مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بنظام تغيير الجنس الذي شغل ساحة الدول الأوربية و حتى القضاء الدولي، و جعله يضع عدة مبادىء، و يفرض على العديد من الدول أن تعيد النظر في قانونها الداخلي و جعله يقضي على أشكال التمييز المبني على الجنس، وقد وصلت التطورات التي عرفتها الدول الأجنبية في مجال تغيير الجنس مرحلة جد متقدمة و بسرعة إلى درجة أن الساحة القضائية بفرنسا لم تخلو من القضايا التي تعرض من قبل المغيرين لجنسهم محاولة أن تواكب باقي الدول الأوربية و غيرها التي نظمت هذا المجال.

و أمام قلة البحوث العلمية و القانونية بالجزائر في موضوع دراستنا، فإننا إتبعنا منهج التحليل المقارن من جميع النواحي القانونية و الشرعية بما يخدم بحثنا.و ذلك بإلقاء الضوء على تشريعات الدول التي نظمت بأحكام قانونية تغيير الجنس، و على الاجتهاد القضائي للدول التي لم تشرع في هذا المجال، و مقارنتها مع الأحكام التي تتماشى و تشريعنا.و محاولة اقتباس الحلول التي توصلوا إليها، و البناء القانوني المعتمد عليه مركزين المقارنة على فرنسا و مصر و الجزائر و دول أخرى، حسبما توفر لدينا من مادة علمية و بحوث حول تغيير الجنس.و كان هناك مجالا للنقاش أحيانا مبني على مجرد افتراضات لما يمكن توقعه عند البحث في هذا المجال، محاولة منا إيجاد حلول للمشاكل التي تترتب على تغيير الشخص لجنسه.

و لهذا ارتأينا أن نبحث لجمع الأحكام القانونية لتغيير الجنس من خلال بابين يسبقهما فصل تمهيدي كالآتي:

الفصل التمهيدي: ماهيـــــة تغييـــــر الجنس

الباب الأول: الطبيعة القانونية لمشكلة تغيير الجنس.

الباب الثاني: الآثار المترتبة على تغيير الشخص لجنسه.

الفصـــــــــــــل التمـــهيـــــــــــــدي

مـــــــــاهيـــة تغييـــــــــر الجنـــــــــس

أدى التقدم في مجال العلوم الطبية إلى إمكانية تحويل بعض الأشخاص من جنس الذكور إلى جنس الإناث، و العكس صحيح.

الحديث عن موضوع تغيير الجنس أمر حساس، و يتميز بنوع من الدقة و لا يمكن ضبطه دون الوقوف على حقيقة جنس الإنسان.فالثابت أن الفرد ينتمي إلى جنس معين سواء ذكر أو أنثى، و لا يمكنه أن يغير جنسه بدون داع؛ ومادامت حالة الشخص تتحدد عند ولادته، بمجرد ولادته حيا.و أن أول أمر يتأكد منه الطبيب هو إثبات جنس المولود عند الولادة ليسجل في سجلات الحالة المدنية و يدون بيانات عقد ميلاده جنس الطفل.

و جنس الفرد يتحدد بانتمائه إلى نوع الذكور أو الإناث، فهو الذي يكون هوية الفرد و المكانة التي سيحتلها هذا الفرد في عائلته الأصلية كبنت أو ولد.أما إذا كان هذا الطفل لم يستطع تحديد انتمائه إلى جنس محدد، بسبب غموض جنسي في أعضائه التناسلية فلا يمكن أن ينسب إلى أي من الجنسين، لأن ضابط الحالة المدنية يفرض أن يكون مسجلا على أحد الجنسين، وهذا الإلزام يعود للنظام الاجتماعي.لأنه على أساس جنسه تتحدد حقوقه في المجتمع.

و قد ظهرت حديثا بعض الأفكار التي تنادي بالحق في الهوية الجنسية، التي لا تعني الانتماء إلى الذكورة أو الأنوثة، و لكن للثقافة، التوجه الجنسي الذي يتم اختياره بكل حرية للفرد.و أنه يوجد في الواقع الإنساني ليس جنسين إنما خمسة أنواع (genres)، الذكر و الأنثى المغير لجنسه، ثنائي الجنس، السحاق، الشواذ جنسيا، الحالات الوسطية بين الذكر و الأنثى.[1]

و من تم تظهر خطورة الوضع، و أن جنس الإنسان الذي يتصف بالثبات أصبح محل شك و يمكن أن يغير ليصبح الرجل أو المرأة تصبح رجل، و ذلك بأن تتم عملية استئصال الأعضاء التناسلية بناء على إرادة الشخص لأنه يعتبر نفسه ضحية خطأ الطبيعة و لابد من إصلاحه بالجراحة.[2]

و لذلك كان لزاما علينا أن نتطرق في بداية الأمر إلى كيفية تحديد الجنس البشري (المبحث الأول) ثم نبين مفهوم تغيير الجنس و كذا أسبابه (المبحث الثاني) لنصل إلى التمييز بين تغيير الجنس والظواهر الأخرى المشابهة لها (المبحث الثالث).

[1] Voir, Louis Daniel MUKA TSHIBENDE, Op.Cit, p.1397.
[2] Voir, Jacqueline PETIT, L’ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel , R.T.D.civ 1976, éd Sirey, paris, n° 2, p. 267.

المبحـــث الأول

تحـــديد الجنـــس البشـــــري

الجنس شيء لا يختاره الإنسان، وإنما يعتبر حكمة من الله تبارك وتعالى، وهو الذي خلق البشر على جنسين لا ثالث لهما، وهذا لقوله تعالى : " **يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء...**"[3]

و قوله تعالى : " **...يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور...**" [4]

و قوله : "**... فجعل منه الزوجين الذكر و الأنثى...**" [5]

و هذا معناه أن الذكر و الأنثى هما نوعين للجنس يستوعب الجميع مما يدل أن الإنسان لا يخلو من أن يكون ذكر أو أنثى، و أن الخنثى و إن التبس علينا لا يخلو من أحدهما.[6]

الحديث عن جنس الفرد سواء في القانون الجزائري، أو القانون الفرنسي قد جاء في بعض النصوص التي تتعلق بشروط صحة الزواج، أو ضرورة إدراج الجنس في سجلات الحالة المدنية. الأمر الذي يقودنا إلى البحث عن مفهوم للجنس (المطلب الأول)، ومحاولة إيجاد معايير لتحديد الجنس (المطلب الثاني).

المـــــطـــــــلب الأول

مفـهـــوم الـجنـــــــــس

عندما يتعلق الأمر بالجنس الذي يمثل عنصر لحالة الأشخاص التي لا يمكن المساس بها، فإنه لا يمكن للشخص أن يغير جنسه بإرادته.[7]

و فكرة الجنس تعد من الأفكار التي تتسم بالغموض و التعقيد.[8]و من الصعب وضع تعريف محدد للجنس، نظرا لأنه لم يرد في القانون الجزائري، و لا الفرنسي [9] نص خاص بتعريفه و بيان عناصر و كيفية تحديده.

الفـــــرع الأول

تعـريـف الجنس في التشريعين الفرنسي و الأمريكي

قد نجد أن بعض الدول حاولت اعطاء تعريف لفكرة الجنس في قوانينها كأمريكا، بالمقابل هناك بعض الدول كفرنسا لم يعرف قانونها الجنس مما جعل الفقه و القضاء يحاولان ايجاد تعريف له للتمكن من

---

[3] أنظر، سورة النساء، الآية.1.
[4] أنظر، سورة الشورى، الآية.49.
[5] أنظر، سورة القيامة، الآية.39.
[6] فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.8.
[7] Agarra JEAN-PIERRE, Op.Cit, P. 32.
[8] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.609.
[9] Voir, Brune PY, Le sexe et le droits, 1ér édition, P.U.F , Paris, 1999, p.6, marge 2.

معرفة الجنس الذي ينتمي إليه الأفراد، و تدوينه في بيانات سجلات الحالة المدنية، و الذي يتسم بالثبات و لا يمكن أن نغيره بسهولة.

أولا: تعريف الفقه والقضاء الفرنسي للجنس

في غياب تعريف شرعي للجنس، كان يؤخذ بالمظهر الخارجي للأجهزة التناسلية للفرد، ثم أضافوا الجنس الكروموزومي أو الوراثي، إلا أنه أتضح أنهم ليسوا من المعطيات الثابتة، [10] و لهذا اتجه الفقه الفرنسي إلى أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الجنس النفسي لتليين مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص, وكذا الجنس النفسي الاجتماعي و هذا نتيجة لأبحاث Stoller و Money المرجحة [11].

إذا المكانة التقليدية الفقهية والقضائية بفرنسا المتعلقة بالجنس كانت محددة وراثيا وتشكليا (génétiquement et morphologiquement)، والتي كانت ترفض أن تأخذ بعين الاعتبار التحولات الحاصلة تبعا للعلاج الهرموني والجراحي (تطبيقا لمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص)، لكن التطور الحاصل ابتداء من سنة 1980 (بعد مجموعة من القرارات التي صدرت وقبلت تغيير الجنس)، أصبح يأخذ بعين الاعتبار الجنس النفسي شرط أن يكون التغيير لاإرادي للجنس.[12]

و بهذا أمام عدم وجود تعريف قانوني للجنس، فإن هذا الأخير هو فكرة غير أكيدة، غير تابثة، معقدة،[13] يتكون من عناصر وراثية، تشريحية أو تشكلية، هرمونية، غددية، و أيضا نفسية و نفسية اجتماعية.[14]
و بهذا فإن القانون الفرنسي لم يعرف الجنس إلا أن الأمر مختلف في الولايات المتحدة الأمريكية التي حاولت إعطاء تعريف للجنس التشريحي و الاجتماعي في قانون الصحة و لهذا نسلط الضوء على هذه التعاريف التي قد تفيدنا في هذا الموضوع في النقطة الموالية.

ثانيا: تعريف قانون الصحة الأمريكي للجنس.

الجنس؛ هو مروحة تميزها التصرفات أو الأدوار، طرفاها هما مميزات الأنوثة والذكورة من طرف المجتمع الذي يوجدون فيه، هذا الأخير ينتظر عموما من أعضائه الذين يحملون صفات تشريحية أنثوية. تصرف أنثوي، و من أعضائه الذين يحملون صفات تشريحية ذكرية، تصرف ذكري.لكن الذي يقول مروحة؛ يقول أيضا مركز غامض عندما تكون التصرفات ذكرية أو أنثوية تبعا للثقافات.المحاكم تظهر أكثر قابلية للتأثر بالاستدلال البارع ل M. Benjamin في أول تحليل نحو الجنس **كنوع للإنسانية** يمكن قراءة : "تمكننا من التأكد أنه يوجد منطقة لم تعرف جيدا من بين الأنواع الجنسية، التي يوجد فيها أفراد لا يعتبرون لا ذكور و لا إناث، مع أن القاعدة جد صلبة لنظريات جريئة يمكن، أو يجب أن نحدد الجنس بتطبيق قاعدة بسيطة و هي الآتية: عندما يكون هناك اختلال بين الجنس النفسي والجنس التشريحي، و الجنس الاجتماعي للفرد يحدد بالجنس التشريحي، و بالعكس إذا كان بتدخل طبي أو بدونه هناك توافق أو تطابق بين الجنس النفسي و التشريحي، .يجب أن نحرص أو نراعي أن الجنس الاجتماعي يكون مطابق للحالة النفسية و التشريحية المنسجمة للشخص.[15]

---

[10] Agarra JEAN-PIERRE, Op.Cit, p.39-40.
[11] Brune PY, Op.Cit, p.6, marge 2.
[12] Voir, Henry DELVAUX, Les conséquences juridiques du changement du sexe en droit comparé, XXIIIe Colloque de droit européen, Université Amsterdam14-16 Avril 1993, Ed. Du conseil du l'Europe, p.179.
[13] Voir, J. POUSSON PETIT, L'identité de la personne humaine-étude de droit Français et de droit comparé-, Bruylant , Bruxelles, 2002, p.734.
[14] Agarra JEAN-PIERRE, Op.Cit, P.41.
J. PETIT, R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.269.
J. POUSSON PETIT, Op.Cit, p.734.
[15] Voir, M.A.Rothblatt, Point de vue américain sur la législation en matière de transsexualisme, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, P.202-203.

و بهذا تبعا لمشرع الولايات المتحدة، يظهر أن الأبعاد التشريحية للجنس يجب أن تكون محددة لتعريف جنس الشخص و أن الجنس يجب أن يكون ذكري أو أنثوي.

و حسب قانون الصحة الأمريكي الذي عرف **الجنس؛** كمجموعة عناصر متجانسة لخصائص ذكورية أو أنثوية على المستوى التشريحي للسلوك والبيولوجي و ليس كوسيلة لتصنيف الأشخاص، حقوقهم و واجباتهم .[16]

و نظرا لأن الجنس يحيلنا إلى البيولوجيا و أن مشكلة تغيير الجنس نفسية و ليست بيولوجية، فتم استعادة مصطلح جديد أو بعبارة أخرى معنى جديد لكلمة قديمة و هي النوع، و هذا ما جاء به العالم النفسي John money الذي عمل في أول مصلحة في علم الغدد للأطفال و معاينته لبعض الحالات توصل من خلالها أن الأطفال يحسون بالانتماء إلى الجنس الذي تربو عليه و هذا في 100 من 105 من الحالات الإحصائية، رغم أن الشروط البيولوجية كانت مطابقة و هذا ما جعله يقدم فكرة النوع أو " دور النوع " سنة 1955. و من تم أيضا تحدث عن هوية النوع.[17] و هذا ما جعل Stoller يسترجع التفرقة بين مصطلح الجنس و مصطلح النوع، كون هذا الأخير يشير إلى أمر نفسي اجتماعي؛ و لهذا كان من الضروري وضع بعض التوضيحات بشان ذلك في الفرع الموالي.

الفـــــرع الثـــــانـي

الفرق بين الجنـس والنـوع والتعريف الطبي للجنس

أصبح المصطلح الذي يستعمل للتعبير أكثر على انتماء الشخص إلى الذكورة أو الأنوثة هو النوع.لأن الجنس هو أكثر دلالة على الأعضاء التناسلية لدى الإنسان، و خلق نوع من الغموض و التداخل، كان لابد من الوقوف عنده لضبط المفاهيم.من جهة أخرى لابد من تدخل أهل الطب لإعطاء تعريف للجنس باعتباره يدخل في مجال اختصاصهم، و هم الذين يحددون انتماء الشخص لجنس معين اعتمادا على معايير علمية.

أولا: الفـــــرق بين الجنـس و النـــوع

الجنس أعـم من النـوع، و مع ذلك فإنهما يستعملان كمترادفيـن في كثير من الحالات رغم أن المترادفان لا يعطيان نفس المعنى في اللغة، و لكن استخدام لفظ الجنس هو الأفضل و هذا للاعتبارات التالية:

- عموم لفظ "الجنس" و شموله لحالات لا يعرف نوعها نظرا لما قد يشوبها من غموض (كما هو الحال في الخنثى)،
- لأن لفظ الجنس يتميز بالذكورة و الأنوثة، فالذكر نوع يناظره جنس الإناث في النوع البشري،
- لمناسبة كلمة " sexe " التي تعني باللغة العربية جنس، لجريان استعمالها في مصطلح " changement de sexe".و رغم هذا فان لفظي الجنس و النوع يختلفان عن بعضهما أيضا:

أ. من حيث **المعنى اللغــوي** : (العربية، الانجليزية، الفرنسية)

- حسب اللغة العــربية :

[16] M.A.Rothbatt, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, P.212.
[17] Voir, Collette CHILAND, Le transsexualisme, P.U.F, Paris, 2003, P.15-17.

الجنس: ما يدل على كثيرين مختلفين بالأنواع و هو أعم من النوع، و هو أحد شطري الأحياء مميزا بالذكورة و الأنوثة ، فالذكور من **النوع** البشري جنس يناظره جنس الإناث[18]

أما النوع : الصنف من كل شيء، وفي تصنيف الأحياء : هو جملة الأفراد المتشابهة التي تولدت بعضها من بعض أو تحدرت من حدود مشتركة ، و الجنس جماع الأنواع [19]

- حسب اللغة الانجليزية (التي تعتبر أغنى من الفرنسية لغويا):

كلمة sex (الجنس) يعني ما هو مرتبط بالجنسية (sexualité) - أي مجموع الفروق بين الذكر و الأنثى -.أما "gender" (نوع) يعني ما هو متعلق بوظيفة الجنس، للحالة الاجتماعية.[20]

- حسب اللغة الفرنسية :

كلمة "sexe" (الجنس) لها عـــدة معـــان منهـــا:

- مجموع الصفات التي تسمح لنا بالتمييز بين الكائنات الحية، النوع الذكري أو النوع الأنثوي،
- جهاز التناسل و الإشباع: الأجهزة التناسلية الخارجية للرجل و المرأة.[21]

أما النوع فلا يستعمل إلا في النحو: يقال الإسم من نوع الذكر أو الأنثى،[22] إذا يمكن القول أن الرجل عادي، إذا كان من جنس ذكر إذا أشرنا إلى جنسيته (sa sexualité)، و من نوع الذكور إذا ذكرنا حالته الاجتماعية للرجل.[23]

ب. أهـــم الاختـــلافـــــــات :

1- حسب ما ورد في مفردات اللغة أن **الجنس** حالة ذكرية أو حالة أنثوية.وهذا يبعثنا إلى المجال **البيولوجي** بأبعاده (الكروموزومي، الجهاز التناسلي الخارجي، الغدد، الجهاز التناسلي الداخلي، الحالة الهرمونية، الخصائص الجنسية الثانوية و المخ)، أما **النوع** (هوية النوع) هي حالة نفسية (ذكورة أو أنوثة).

و من هنا الجنس و النوع ليسوا بالضرورة مرتبطين [24]، و هذا معناه أن الجنس يرتبط بالبيولوجي، و النوع يرتبط بالاجتماعي و النفسي .[25]

كما ذهب "stoller" إلى أبعد من ذلك، واعتبر أن الجنس يمثل فكرتين في نفس الوقت؛
البيولوجي؛ التي تسمح بتصنيف الإنسانية كذكر أو أنثى، و السلوك الجنسي أو الجنسية (sexualité).
أما النوع؛ فهو يعني المعرفة أو إحساس المعرفة.[26]

---

[18] أنظر، المعجم العربي الحديث، مكتبة لاروس، باريس، 1973، ص .410.
[19] أنظر، المعجم العربي الحديث، المرجع السابق ،ص.1231.
[20] J.PETIT, l'ambiguïté.., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.25.
[21] Voir, Petit Larousse, 1996, P.936.
[22] Voir, Petit Larousse, 1996, P.476
J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique et médico-légale, congrès de Psychiatrie et de Neurologie, rapport de médecine légale, Masson, 1985**,** P.25.
[23] J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique…., Op.Cit, p.25.
[24] Voir, Stoller ROBERT JESSE, Masculin ou Féminin, 1ér édition, Presse Universitaire de France, Paris, 1989, p.21.
[25] Voir, Patricia MERCADER, L'illusion transsexuelle, l'harmattan, Paris, 2000, P.37.
Collette CHILAND, le transsexualisme, Op.Cit, p.17
[26] Patricia MERCADER, Op.Cit, p.65-66.

2- أن **الجنس** يسمح لنا بتصنيف الكائنات كرجال أو نساء، استنادا إلى التشكلي، أما **النوع** فيشمل على تصنيف الكائنات في فئات الذكور أو الإناث.[27]

3- أن **الجنس** هو مجموع التحديدات الجسدية أو النفسية، السلوكية، المرتبطة مباشرة بالوظيفة و الرغبة الجنسية.أما **النوع** هو مجموع التحديدات الجسدية أو النفسية، السلوكية، المرتبطة بالتمييز بين الذكر و الأنثى.و تمييز الأنواع ينطلق من الإختلاف الجسدي الثانوي، إلى النوع النحوي مرورا بالمظهر، الثوب، الدور الاجتماعي...الخ.[28]

4- أن الجنس يشير إلى البيولوجيا، أما النوع يمثل تميز جد اجتماعي دون أساس بيولوجي؛ أي أننا توصلنا إلى نتيجة و هي، أننا لا ندرك الواقع البيولوجي إلا من خلال التمثيل الاجتماعي، الذي يتغير حسب الزمن و الثقافة.[29]

5- ويرى البعض أن الجنس هو ما نراه. أما النوع فهو ما نحسه أو نشعر به وتطابق الاثنين مهم للسعادة الإنسانية.[30]
و حسب "stoller " الجنس و النوع يبقيان مرتبطين بغرض حتمي محضر ضمنيا في هذا المسلك، من خلال التمييز الجنسي المحتمل للمخ. [31]

6- أن النوع هو توافق و تطابق الشخصية النفسية الجنسية أي مواجهة اللاجنسية للجنس، مثل ما شرحه البعض أن " النوع يتواجد فوق و الجنس تحت، الحزام "[32]. الجنس و النوع هم مع ذلك مرتبطين حسب تفكير "Benjamin". [33]

و من خلال عرض الاختلافات الموجودة بين الجنس و النوع، تبين لنا أن النوع يمثل الشعور؛ أي الجانب النفسي و هو الأصلح للاستعمال للتعبير عن حالة تغيير الجنس؛ باعتبار أن هذا الأخير مشكلته نفسية و ليس جسدية (بيولوجية). في حين أن الجنس مرتبط بالبيولوجي و هذه ليس مشكلة المغير لجنسه أو بالأحرى المغير لنوعه.

و رغم معرفتنا أن مصطلح النوع،هو الأكثر تعبيرا من مصطلح الجنس لحالة المغير لجنسه. إلا أننا نفضل استعمال الجنس لشيوع استعماله في مختلف المجالات العلمية و لكن هذا لا يمنعنا من استعمال النوع كمرادف في هذا البحث وفقا لما يتناسب مع الأسلوب ويتفق مع المعنى، خاصة و أنه تبين وجود ترابط بين الجنس و النوع رغم بعض الاختلافات.

و في الأخير سنعرج إلى المجال العلمي، للبحث عن تعريف للجنس من أهل الاختصاص؛ و من الأطباء و هذا في النقطة الموالية.

ثـــانيـا: التعـريف الطبـــــي للجنـــس

" امتناع القانون عن تعريف الجنس، يظهر أنه يرجع إلى العلم (la science) في تعريف الجنس:

---

[27] M.A.Rothbatt, XXIIIe colloque de droit européen, Op.Cit, P.205
[28] Patricia MERCADER, Op.Cit, P.92.
[29] Collette CHILAND, le transsexualisme, Op.Cit, P.18 .
[30] Voir, Esturgie CLAUDE, Le genre en question ou question de genre, Léo Scheer, 2008, P.43.
[31] Patricia MERCADER, Op. Cit, P.65
[32] " Le genre se situe au dessus, et le sexe au dessous , de la ceinture"
[33] Voir, Patricia MERCADER, Op.cit, P.51.

فحسب البعض أن فكرة الجنس معقـدة أين تجتمع صفتين؛ من جهة الجنس الوراثي أو الكروموزومي و الجنس التشكلي أو التشريحي ؛ من جهة أخرى الجنس النفسي الاجتماعي، في نفس الوقت مخي وسلوكي " [34]

و في نفس السياق فانه في المجال الطبي أيضا الأطباء هم المختصون بتحديد الجنس، و لذلك حسب الطب الحديث فان الجنس فكـــرة معقـدة تحتوي مجموعة **العنـــاصـــر**:

- الجنس الوراثي أو الكروموزومي : le sexe génétique

يعرف بوجود كروموزوم (y) عند الرجل، في حين أن المرأة لها كروموزومين (x)،

- الجنس الهرموني : le sexe hormonal

يعني أن الجنس الوراثي محدد عاديا بإفراز هرمون الذكورة (أندر وجين) أو الأنوثة (أوستروجين).

- الجنس التشريحي أو الظاهري le sexe anatomique ou apparent

هو نتيجة العناصر السابقة ويترجم بالأجهزة التناسلية (الخارجية أو الداخلية) والخصائص الجنسية الثانوية (الثديين، نمو الشعر، القامة، نبرة الصوت.....) ،

- الجنس النفسي أو النفسي الاجتماعي أو السلوكي :

le sexe psychologique ou psychosocial ou comportemental

الذي يمثل إرادة الشخص بالانتماء إلى الجنس الذي هو ملكه، و يحدد سلوكه الاجتماعي، [35]و لا يوجد بالضرورة موافقـة أو مطابقة لكل هذه المكونات أو العناصر فهناك شعور انفصامي بين بعض الخصائص الجنسية الأصلية والثانوية أو الثلاثية، كما يمكن أيضا أن يوجد شعور انفصامي بين بعض هذه الخصائص الجنسية و الوظائف الجنسية م ثل كفاءة الجماع، و الإنجاب، و التشوهات يمكن أن تكون في ثلاث مستويات : التشريحي، الفيزيولوجي و السلوك الجنسي[36]،

و كخلاصة فان وجود عناصر الجنس مرتبطة معا، و متطابقة مع بعضها البعض لتشكل فردا سويا له شخصية طبيعية، و هوية مطابقة لجنسه البيولوجي.بحيث تعكس هذه العناصر جميعها، جنس الإنسان بصورة طبيعية من الناحية العضوية و النفسية على السـواء.[37]

و جنس الإنسان إما أن ينتمي إلى الذكورة أو الأنوثة. إلا أن هناك حالات غموض جنسي، يصعب معها معرفة جنس الفرد، بالاستناد إلى معيار الأجهزة التناسلية الخارجية. مما يجعل هذا المعيار وحده غير كاف لتعريف الجنس بطريقة مرضية.[38] الأمر الذي يقتضي منا البحث عن معايير لتحديد الجنس و هذا في المطلب الموالي.

---

[34] Voir, Stéphane THIBIERGE, Le transsexualisme individuel et sociale, recherche sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme, Gallimard, paris, 1978, P.208.

[35] Voir, Henri DELVAUX, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, P.177.

[36] Voir, J. PETIT,R.T.D.civ 1976, Op.Cit, P.269.

[37] أنظر، انس محمد إبراهيم بشار، تغيير الجنس و أثره في القانون المدني و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة منصورة للحقوق، سنة 2003، ص.16.

[38] Voir, Louis GOOREN, Aspect biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, P.142.

المـطـلــب الثــانـــــي

مـعـــــايـيـــــر تـحـديـد الـجـنـــس

حالة الشخص تتحدد عند ولادته، و معرفة جنسه تكون بالنظر إلى أعضائه التناسلية، و هذا هو ما جرى عليه الواقع منذ القدم.إلا أن هناك حالات قد يشوبها غموض جنسي نظرا لازدواج الأعضاء التناسلية، فلا يمكن تحديد جنس المولود بدقة.

لذلك كان من الضروري وضع معيار يتحدد على أساسه الجنس، وهذا بالاستعانة بأهل الخبرة و ذوي الاختصاص الذين توصلوا إلى وضع عدة معايير يمكن الارتكاز عليها لمعرفة و تحديد جنس الفرد خاصة في حالات الغموض الجنسي أو في حالات اضطراب الهوية الجنسية.فهناك عدة معايير؛ عضوية والغدة التناسلية (الفرع الأول)، وكذا المعيارين الكروموزومي والهرموني (الفرع الثاني)، كما ظهرت معايير أخرى كالجنس النفسي و السلوك الاجتماعي (الفرع الثالث)، هذا ما سنتناوله بالدراسة بالقدر الذي يساعدنا على بحث هذا الموضوع.

الفـــــــرع الأول

المعيـارين العضـوي والغدة التناسلية

هذه المعايير التي حددها الطب تعتمد على وجود أعضاء تناسلية لدى الذكر تختلف عن الانثى، و يتميز بها كل فرد، قد تكون ظاهرية أو داخلية و أحيانا قد تتوافر معا في شخص واحد مما يجعل جنس الفرد، غيرمحدد و يتطلب تشخيص طبي دقيق، لإمكان تعيين الجنس الراجح طبيا لمن يعانون من الغموض الجنسي.

أولا: المعـيـار العضـوي؛ يقصد به الأعضاء المميزة لكل من الذكر و الأنثى و بوجه خاص الأعضاء التناسلية الظاهرة و الباطنية عدا المنسلين.

1/ الأعضاء التناسلية : (داخلية ، الخارجية)

الشائع أن جنس الجنين يتحدد بمجرد النظرة السطحية للشكل الخارجي لأعضائه التناسلية لاعتباره إما ذكر أو أنثى ، و تتميز الأنثى بأعضاء تناسلية ظاهرة تتمثل في : الشفران (الكبيران الصغيران)، الفرج ، البظر، غشاء المهبل[39]

أما الأعضاء الذكرية الظاهرية تتمثل في القضيب، الصفن ، الاحليل (مجرى البول)[40] كما أن الجنس تؤكده الخصائص الجنسية الثانوية التي تختلف من جنس لآخر، كالثديين و الصوت و توزيع الشعر و النمو العضلي للجسم، و إن كان البعض اعتبرها أن خصائص لا تتوفر عند الولادة لا يمكن الاعتماد عليها في البداية لتحديد الجنس [41]

و هذا هو المعيار الذي نأخذ به بالجزائر لتسجيل المولود بالحالة المدنية [42].

أما القضاء الفرنسي فقد تبنى هذا المعيار قديما.[43]

---

[39] Voir,Youcef FEHAM, La vie sexuelle, éd el maarifa, Alger, 2003, p.11.
Voir, Françis CABELLERO, Droit du sexe, L.G .D.J ,Paris, 2010, p.24.

[40] Youcef FEHAM, Op.Cit, p.21.

[41] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس و آثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون المدني، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، سنة. ص .39.

[42] أنظر، المادة 36 من أمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية بالجزائر.

[43] En réalité, la jurisprudence a souvent négligé les organes internes et ne s'est souciée que des caractères sexuels secondaire et des organes externes, J.PETIT, R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.285.
Jean Paul BRANLARD, Le sexe et l'état des personnes, L.G.D.J, Paris, 1993, p.406, n°1377-1378.

أما القضاء المصري فقد استند أيضا إلى الشكل الخارجي للأعضاء التناسلية في العديد من القضايا.[44]

و لأجل ارتباط المعيار العضوي بوجه عام بأعضاء الجسم الظاهرة و الباطنة، كان لا بد من الإشارة إلى ما وصل إليه العلم و إن لم يتأكد بعد، فيما يتعلق بدور المخ باعتباره، مركز التحكم في الجسم و علاقته بتحديد نوع الشخص.

2/ **<u>دور المخ في الاختلاف الجنسي (جنس المخ)</u>** :

أثبتت أبحاث طبية و علمية في عدة مؤسسات بحث " بهولندا " لسنة 1997، أن حجم ال BSTC [45] في المخ هو مقياس يحدد الجنس، و أن حجمه في مخ المغير لجنسه هو المطابق للجنس الذي يصف أو يشعر بانتماء شديد إليه، و ليس الحجم المطابق لجنس ولادته ،

و قد أجريت دراسات على 42 حالة لأعداد الخلايا العصبية في قسم ال BSTC منهم رجال و نساء ذوي ميول جنسية مختلفة، اتضح ـ بغض النظر عن الميول الجنسية ـ أن للرجال ما يقرب من ضعف عدد الخلايا العصبية في هذا القسم مقارنة بالنساء، كما اتضح أن عدد الخلايا العصبية في ال BSTC للمغيرين لجنسهم من الذكورة إلى الأنوثة يطابق أو يقارب ذلك في النساء و بالعكس عدد الخلايا العصبية للمغيرين لجنسهم من الأنوثة إلى الذكورة في محاذاة مع الأعداد التي وجدت في الرجال .
و لم تجد الأبحاث أي تأثير من العلاج الهرموني أو اختلافات نسب الهرمونات في البلوغ على حجم ال BSTC أو أعداد الخلايا العصبية به.

و بناء على هذه الاكتشافات التي تشير إلى انعكاس بين أدمغة المغيرين لجنسهم، والاختلاف الجنسي لهذه الخلايا العصبية. يبدو واضحا أن حالة تغيير الجنس فيها تفارق بين المخ و الأعضاء التناسلية، و الذي يتجه في اتجاهات عكسية، ويشير إلى أساس عصبي- بيولوجي لاضطراب الهوية الجنسية [46].
و في نفس الصدد و طبقا لجريدة نيوساينتيت فقد ذكر علماء أمريكيون أنه ربما يكون المخ و ليس الأعضاء التناسلية هو العامل الذي يحدد أولا ما إذا كان الشخص ذكرا أم أنثى، و هذه الدراسة أجريت على جنين الفأر و تبين أنه قبل أن تنمو له أعضاء تناسلية في الرحم فإنه يكون قد تم إشعار مخه بأنه من جنس معين و إذا صدق ربما ذلك فإن ذلك يساعد على تحديد جنس مخ الأطفال ذوي الأعضاء التناسلية غير المتميزة. و هذا |إذا تأكد فإنه سيكون بمقدور الأطباء يوما ما أخذ عينة من ذم الرضيع لتحديد جنس مخه.[47]
كما أثبتت دراسات أجريت قسم الأشعة التشخيصية التابع للطب النفسي بالمستشفى الجامعي " بألمانيا " باستخدام التصوير بالرنين المغناطيسي الوظيفي، لرصد التفاعل المخي أثناء عرض مقتطفات من الاثارات الجنسية البصرية من خلال عرض لفيلم جنسي على 12 رجلا وامرأة. و قد أجريت الإحصاءات باستخدام البرنامج الإحصائي التخطيطي و توصلوا إلى رصد تفاعل كبير في صف الرجال مقارنة مع الإناث. و ذلك في المناطق المسؤولة عن الاستجابة للإثارة الجنسية (أي المهاد، اللوزة القشرة المدارية والجيرية)، في حين لم يتم رصد أي تفاعل دماغي يذكر عند الإناث.عند مقارنة المغيرين لجنسهم من الذكر إلى الأنثى، بالذكور كان التفاعل المخي مماثلا نمطيا للإناث [48].

و في هذا المجال يوجد ما يعرف بنظرية الجنسية الثنائية و قد عبر عنها البعض بقوله مخ امرأة في جسم رجل.و قد حاول كرافت ايبنج (Kraft Ebing)، إعطاء تفسير لذلك فهو يرى أن الاستعداد الجنسي الثنائي في الفرد يمـده بمراكز المخ الذكرية والأنثوية، كما يمده بالأعضاء الجنسية الجسمية.و هذه

---

[44] أنظر، أنس محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.18. (قضية سالي بالقاهرة، أماني بالمنصورة، سهير و منال بالفيوم....)
[45] BsTc C'est L'abréviation de Noyau du plancher de la stria terminalis de l'hypothalamus
[46] انظر،اختلاف الجنس في المخ البشري وعلاقته بالترانسكس، مقال من الانترنيت على الموقع ar.tgegypt.com
[47] أنظر، المخ يحدد جنس الجنين و ليس الأعضاء التناسلية، منشور على الموقع www. aljazeera .net بتاريخ 17- 10- 2002.
[48] أنظر، تفاعل مخي لا نمطي مع الإثارة الجنسية البصرية لدى الترانسكس ذكور إلى الإناث، مجلة الطب الجنسي، الجزء6، العدد 2، ص.440-448، منشورة على الانترنيت بتاريخ 28 أوت 2008.

المراكز تنمو لأول مــرة **في البلـوغ،** و غالبا ما يكون ذلك بتأثير الغدة الجنسية التي تكون مستقلة عنها من حيث الاستعداد الفطري. و ما يصدق عن الأمخاخ الذكرية و الأنثوية يصدق بالمثل على المراكز الذكرية والأنثوية.

و بهذا فنحن نجهل تماما ما إذا كان لنا أن نفترض وجود بعض المناطق المخية المخصصة لوظائف الجنس على نمط ما نفترض لوظائف الكلام [49]

و لذلك هناك دراسات أجريت على المغيرين لجنسهم، و ضحت أن الجانبية الدماغية تكون فيها القدرة الشفهية و القدرة المكانية (الحيزية Spatiale) متغيرة مع الجنس. فالنساء تفوق الرجال في الأنشطة الشفهية، في حين أن الرجال تفوق النساء في المهام الحيزية البصرية (Visuospatiales).كما أن النساء لهم ميل أيضا لتكن أقل جانبية من الرجال، هذه الاختلافات الجنسية ليست مجردة، فهي تلتقي أو تتصادف بسهولة في جنس دون الآخر.[50]
تفوق الأولاد في الرياضيات و البنات في اللغات قد يرجع إلى إختلافات بيولوجية أو إلى التدريب و الممارسة.
و لهذا يجب أن يشار إلى أن معيار الجنس القانوني الراجح، الخاص بالأجهزة التناسلية الخارجية ليس بدون لبس أو غموض من وجهة النظر العلمية هذا من جهة، و من جهة أخرى التسجيل بالحالة المدنية للولد أو البنت يجب أن يتم في مدة بضعة أيام بعد الميلاد، و الحال أن الاختلافات الجنسية الموضحة على مستوى المخ لا تظهر إلا في حوالي 3 إلى 4 سنوات، و تصور الاختلاف المخي ليس له علاقة مباشرة مع عمل الهرمونات الجنسية، تاركين نظريا عوامل أخرى تحدد تصور الاختلاف.بعد الفحص ما بعد الموت لعدد جد محدود (3 أشخاص) للمغيرين لجنسهم من الذكر الى الأنثى، اختلاف تشكلي واضح في أدمغتهم، بالمقارنة بالشهود غير المغيرين لجنسهم.بجانب ذلك فحص الوظائف المخية للمغيرين لجنسهم وضح مفاضلة للجنس المقابل لأدمغتهم[51].

و عموما تبقى هذه النتائج غير نهائية تحتاج إلى دراسات معمقة، بالإضافة إلى أنها لا تظهر عند الولادة وإنما بعد 3 أو 4 سنوات مما يدفعنا إلى اللجوء إلى معيار الأجهزة التناسلية الظاهرية- المشكوك فيه - عند الولادة. والذي يعتبر عامل منبأ إحصائيا كاشف للهوية أو السلوك الجنسي المستقبل للفرد مثل المتغيرات الأخرى للاختلاف الجنسي، كالكروموزوم والغدد التي سنحاول توضيحهم لاحقا .

و في الأخير نشير إلى أن التغيير القانوني للجنس يتطلب إثبات أن المخ يكون مبرمج بطريقة أخرى و مقابل للجنس الغددي و التناسلي [52] و هذا اعتراف ضمني أن المخ له دور في تحديد الجنس.

ثــانيا: معيــار الغـدة التنــاسليـة

أحيانا الأعضاء التناسلية الظاهرة لا تكفي لوحدها لتحديد جنس المولود، مما يتطلب الأمر اللجوء إلى معيار آخر هو الغدد التناسلية الداخلية و الكشف عنها بالطرق العلمية, وهذا للتأكد من مدى مطابقة المظاهر الخارجية مع العناصر الداخلية.و هذا بالتأكد من وجود خصية عند الذكر، ومبيض عند الأنثى و لا يكفي الشكل الخارجي للغدتين التناسلية لتحديد نوعيتهما إذ لابد من التحليل الباثولوجي للأنسجة بهما [53]

---

[49] أنظر، سيجمون فرويد، ترجمة، الموجز في التحليل النفسي، دار المعارف، دون سنة الطبع ، ص. 39-40 .

[50] Voir, Louis Gooren, Aspects biologiques du Transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine, médecine et droit : actes / XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993, P.138.

[51] J.G.GOOREN, Aspects biologiques…, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit P.142-143.

[52] J.Branlard, OP.Cit.P.438, n°1283

[53] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 36.
Youcef Feham, Op.Cit, P235

الفـــــرع الثـــــاني

المعيـارين الكروموزومـي والهرموني

يتميز كل شخص بأن له كروموزومات أو جينات لا يمكن تغييرها، تختلف من الذكر إلى الأنثى.وتؤدي نسبة الهرمونات المفرزة في جسم الانسان إلى تحديد جنسه.و من تم فإن هذين المعيارين لهما أيضا دور في تحديد جنس الشخص.

أولا: المعيـــار الكـرومــوزومـــــي

حسب الاجتهاد القضائي، هو المعيار الأفضل والأدق في تحديد جنس الفرد الأصلي وهو قطعي و ثابت [54] يوجد بنواة كل خلية من خلايا الجسم 23 زوج من الكروموزومات، منها 22 زوج من الكروموزومات العادية و زوج من الكروموزومات الجنسية [55]

و الثابت علميا ان المرأة تحمل كروموزومين مماثلين لكي لا نقول توأمين xx في حين ان الرجل يحمل كروموزومين مختلفين xy. و هذا بمعنى أن جنس الإنسان يتحدد عند التلقيح بين المرأة التي تعطي كروموزوم x مع الرجل الذي يعطي إما الكروموزوم x فيصبح الجنين xx أي أنثى أو على عكس إذا الزوج يعطي الكروموزوم y مع كروموزوم x ليصبح xy ليصبح المولود ذكرا. [56]و المؤكد أنه حتى الأسبوع السادس لنموه، الجنين تكون له أجهزة تناسلية أنثوية أكثر من الذكرية، لكن الهرمونات هي التى توقف تكوين الأجهزة الذكرية أو الأنثوية.[57]

و يحتاج فحص كروموزومات الخلية إلى احتياطات و إمكانيات معنية ولكن توجد طرق أكثر بساطة لفحص الخلايا مجهريا [58] لتحديد جنس الشخص و تلك الطرق هي :

-البحث عن الجسم العصوي: بالفحص المجهري لعينة من خلايا الجسم (مثلا عينة من الغشاء المخاطي المبطن لتجويف الفم) تظهر في الغشاء النووي للخلية جسم عضوي إذا كانت الخلايا مأخوذة من جسم أنثى، أما في الذكور فلا يظهر هذا الجسم العصوي .

-نتوء عصا الطبلة : بفحص عينة من دم الشخص المراد تحديد جنسه، بالنظر إلى النواة المفصصة لخلايا الدم البيضاء، يظهر بهذه النواة نتوء بنهايته انتفاخ يشبه عصا الطبلة في عينات دم 3 % من الإناث في حين لا يظهر في عينات دم الذكور. و السبب في ظهور الجسم العصوي أو نتوء عصا الطبلة في في عينات الإناث يرجع إلى وجود اثنين من كروموزوم (x) في نواة الأنثى

-و في بعض الأحيان يحدث عيب خلقي في تركيب الكروموزومات الجنسية بالنواة. فبدلا من وجود اثنين من الكروموزومات قد يكون واحد (x) فقط أو ثلاثة (xxy) أو (xyy) ويصاحب هذا العيب الخلقي، عيوب جنسية في درجة الذكورة أو الأنوثة، وكذلك عيوب نفسية و عقلية [59]. و كل هذا قد يؤدي أحيانا إلى صعوبة تحديد جنس الفرد مما يتطلب البحث عن معيار آخر .

---

[54] La jurisprudence affirme cependant que le sexe fondamental révélé par des chromosomiques est définitif et immuable, J. Petit, L'ambiguïté…, R.T.D.civ 1976, Op.Cit, P.286

[55] أنظر، أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة2005، ص.60.

[56] Youcef Feham, Op.Cit, p.120-121.

[57] Youcef Feham, Op.Cit, p.121.

[58] Youcef Feham, Op.Cit, p.120.

[59] ،أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص. 60-61.

ثـــانيـــا: مـعـيـــار الـهـــرمـــونـــات

الهرمونات الجنسية هي مواد تفرزها غدد الجسم، و ينقلها الدم إلى الأجهزة الخاصة التي تعمل في اتجاه تنشيطها أو كبحها، هذه الهرمونات تدخل في جوف أمومي **لتمييز جنس** طفل الذكر أو الأنثى. و هذا يثبت أهميتها الكبرى في نمو جسم الانسان على المستوى الجسدي و النفسي.

هناك هرمونات جنسية **أنثوية** و هي : **الأستروجين و البروجسترون ،**

أما الهرمونات الجنسية **الذكرية** فهي : **التستسرون ، و الأندروجين** (منشط الذكورة) ،[60]
و هذه الأخيرة نجدها أيضا عند الأنثى ولكن بكمية أقل.
إن الزيادة في إفراز هذه الهرمونات تؤدي إلى اضطرابات في وظائف الغدد التناسلية، الرئيسية؛ الخصيتين و المبيضين [61] و يرجع الأطباء هذا الخلل إلى عدة أسباب :

ـ فرط إفراز غير طبيعي لهرمونات الذكورة للأنثى تؤدي إلى اشتباه أعضائها الأنثوية الخارجية، وتضخمها لتشابه الذكر على قمة هذه الأسباب هو نقص انزيمات الغدة الكظرية المعروف.

ـ عدم اكتمال إفراز الهرمونات الذكرية لنقص في الغدة النخامية[62] أو في الخصية أو في مدى استجابة الأنسجة الخارجية يؤدي إلى صغر في الأعضاء الذكرية، يؤدي إلى اشتباه هذا الذكر بالأنثى.

ـ و في حالات نـادرة تكـون خلايا الجسم خليط من الخلايا الذكـرية و الأنثـوية. يصاحبه خليط من علامات الذكـورة و الأنوثة.[63]
ـ و هناك من يرى أن تعاطي الأم بعض الأدوية التي تحتوي على هرمونات أثناء فترة الحمل **يمكن** أن يؤثر على تكوين الجنس المخي للجنين.[64]
ـ كما أن تناول أطعمة ملوثة بالإشعاع، أومبيدات ، أو هرمونات أو مخصبات تؤثر على صبغيات الخلايا، فتحدث اضطرابا هرمونيا، أو تحولا في الخصائص الذكرية أو الأنثوية، أو تغيرا في الهوية الجنسية، أو الميول السلوكية نحو الجنس المقابل.[65]

و لا شك أن حدوث خلل في الهرمونات، سيؤدي إلى خلل الأعضاء التناسلية، و نكون أمام حالة من حالات الخنثى، و هذا ما سنوضحه لاحقا .

---

[60] Youcef Feham, Op.Cit, P29 et 32

[61] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 38.

[62] و قد يكون هناك بعض الأورام خاصة في الغدة النخامية بالمخ أو في الغدة فوق الكلوية أو الغدة التناسلية فتؤدي إلى نقص هرمونات الذكورة أو ضعفها مما يسبب خلل هرموني. أنظر في هذا الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.150.

[63] أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر و المشروعية، مجلة كلية الشريعة و القانون، طنطا، جامعة الأزهر، العدد 22، الجزء الثاني، سنة 2007، ص.97.

[64] J.Branlard, Op.Cit.P.436, n°1277.

[65] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 24.

الفــرع الثــالـــث

معيـاري الجنـس النفـسي و الـسلوك الاجتـمـاعي

اتضح أنه إلى جانب المعايير السالفة الذكر، فإن نفسية الشخص قد يكون لها دخل في تحديد انتمائه إلى جنس معين، كما أن سلوك الفرد في المجتمع و تصرفاته وميوله، يمكن أن تؤثر في جنسه، فكيف يتم ذلك؟

أولا: معيـــــــار الجنـس النفــسي

الأصـل أن يتفـق الشعـور النفسي للإنسان بجنسه مع تكوينه البيولوجي أو التشريحي. إلا انه قـد تميل مشاعــر و أحاسيس الإنسان نحو الجنس الآخر إلى درجة أنه يشعر أنه أحد أفراده، ويجعله يسلك مسلكهم في جميع تصرفاته، فيحدث تعارض بين الجنس البيولوجي والجنس النفسي مما يطرح مشكلة الهوية الجنسية، و هو الأمر الذي أثار خلافا كبيرا يصعب حله.

إن الاعتماد على المعيار النفسي على إطلاقه يشكل خطورة حسب اعتقاد البعض، باعتباره يجعل الشخصية الجنسية قابلة للتغيير بحسب عدة عوامل دون أن تتــوافـق مع التكـوين البيـولـوجي للإنسان.[66]

و لذلك هناك من يرى أنه لا يقصد به تحديد نوع الشخص على أساس نفسي و إنما إدخال العامل النفسي ضمن مقومات اكتمال خصائص نوعه الحقيقي، و في الوقت ذاته، فإن فقدانه لا يعني مطلقا التدخل الجراحي لمسخ الشخص على عكس حقيقته الجنسية، و إنما الخضوع للعلاج النفسي كأي مرض نفسي آخر.[67]

إلا أن الملاحظ أن تحديد جنس الإنسان بالنظر إلى شعوره النفسي للجنس الأخر، أصبح من المعايير الحديثة التي إعتمدها الطب.و جعل المحكمة الأوربية في اجتهاد مهم لها، تأكد أن الصعوبة التي يتلقاه الأشخاص المولودين بجنس لكن لهم شعور لا يقهر بالإنتماء إلى الطائفة الجنسية المقابلة، يعانون من تحول جنسي يؤدي إلى تغيير جنسهم الجسدي وفقا لجنسهم النفسي، [68] و هو الأمر الذي جعل مفهوم الجنس يتجدد باعتبار أنه لا يمكن أن يحدد وفقا للمعايير البيولوجية لوحدها،[69]و هذا يعني تبني معيار الجنس النفسي باعتبار أن هذا الأخير يمكن أن يكون مختلف عن الجنس الوراثي و التشكلي[70]، و هو المعيار الذي يشكل موضوع بحثنا و يتطلب منا نوع من التحليل لاحقا نظرا لاختلاف القوانين حول مدى شرعية العمل به أو استبعاده .

ثــانيــا: مــعيـــار الـسـلـوك الاجـتـمـاعـــي

نظرا لعجز القضاء في مواجهة ظاهرة غموض الجنس فهناك من الفقه القانوني من عرف الجنس قانونيا انه هو الذي يعيشه الشخص من الناحية الاجتماعية، [71]

---

[66] فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.11.

[67] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 41.

[68] « Une jurisprudence importante de la cour européenne des droit de l'homme à travers le trassexualisme.La cour a en effet du apprécier les difficultés rencontrées par les personnes qui, nées avec un sexe mais ayant le sentiment irrépressible d'appartenir à la catégorie sexuelle opposée, subissaient une conversion sexuelle aboutissant à une modification de leur sexe physique, conformément à leur sexe psychologique », Voir,Olivier Dubos et J.P.Marguenaud, Sexe sexualité et droits européens, éd A.pedone, Paris, 2007, P.20.

[69] Olivier Dubos et J.P.Marguenaud, Op.Cit, P.21.

[70] J.Branlard, Op.Cit.P.436, n°1278

[71] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.284.

أما الطب اعترف بمعاناة المغير لجنسه، الذي يظهر له تعارض جنس جسمه و الدور الاجتماعي الذي يعيشه من طرف أشخاص من نفس جنسه.[72]
فالثابت أن سلوك الذكر اجتماعيا يختلف عن الأنثى. وبهذا أصبح السلوك الاجتماعي للفرد من بين المعايير الموضوعية التي يعتمد عليها في تحديد الجنس في الدول الغربية؛[73] إذ غالبا ما يتطابق سلوك الفرد الاجتماعي و نوعه الحقيقي. و إذا كان القضاء الفرنسي قد تطور و أصبح يقر عملية تغيير الجنس لمجرد انخراط الشخص في الجنس الآخر و ولائه له، وانخراطه فيه[74]، كما اشترط القضاء الأوربي الاندماج الاجتماعي للمعني بالأمر بأن يكون مطابق للجنس الظاهري[75].

من خلال هذه المعاييـــــر يمكن أن نعرف :

الذكر كامل الذكورة : انه من كانت خلايا جسده تحوي الكروموزوم الذكري (xy) و وجدت له خصيتان، و الأعضاء الداخلية ذكرية، والأعضاء الخارجية كاملة النمو أو أنها ناقصة قابلة للتحريض من قبل هرمون ذكري،
و يشعر أنه رجل و يعيش ويتعامل كذلك مع الآخرين ،

أما **الأنثى كاملة الأنوثة** : أنها من كانت خلايا جسمها تحوي الكروموزوم الأنثوي (xx) ولديها مبيضان، و الأعضاء الداخلية أنثوية، و الأعضاء الخارجية كاملة النمو أو ناقصة قابلة للتحريض من قبل هرمون أنثوي، و تشعر أنها أنثى وتعيش و تتعامل كذلك مع الآخرين .[76]

و قد اختلفت الآراء حول المعيار المعتمد عليه لتحديد الجنس وهذا يرجع كما قال الفقهاء " أن القانون الطبيعي لاختلاف الجنس هو حقيقة في غاية الغموض" و هو ما أدى إلى تضارب آراء المتخصصين في مجال الطب الجنسي و وصل إلى حد التمييز بين من لديهم غموض حقيقي (ازدواج جنسي عضوي) و من لديهم غموض زائف (الرغبة في تحويل الجنس لأسباب نفسية).[77]

من الواضح أن الطب لا يمكن أن يقرر الجنس بالنظر إلى معيار واحد سواء كروموزومي أو غددي أو تناسلي. كل المعايير الجنسية تكون عادة متطابقة، لكن أحيانا تكون غير متطابقة.[78]

لو أن معيار مظاهر الأعضاء التناسلية الظاهرية قد اتبع بطريقة دقيقة و صلبة لتحديد الجنس، يجب أن نعلم أن عناصر تحديد الاختلاف الجنسي قبل الولادة (الكروموزوم، خصائص الغدد، إفراز الهرمون) يمكن أن تكون غير مطابقة مع طبيعة الأعضاء التناسلية الظاهرية، بمعنى آخر، معيار الأعضاء التناسلية الظاهرية المستعمل في تحديد الجنس أقل أهمية أقل وضوحا عما يظهر لغالبية القانونييـــن.
هذا المعيار فقد قيمته أمام المعطيات العلمية، التي برهنت على أن التمييز الجنسي ليس تصور **عاملي أحادي**، لكن سلسلة متوالية من المراحل التي تتطابق أولا فيما بينها. التطبيق القانوني الموجود يعترف بحق المولودين الجدد الذين كل المراحل مطابقة أو منسجمة، فان الحال كذلك بالنسبة للمواطنين المحرومين الذين تكون لهم هذه المراحل غير مطابقة فإنهم يستحقون أيضا الاهتمام أو العناية. [79]

---

[72] Voir, Henry FRIGNET, Le transsexualisme, desclée de Brouwer, paris. 2000, p.130.
[73] " quand a l'objection de manque de critère objectif, en a pu répondre: nier tout l'aspect psycho-sociale de l'identité humaine serait contraire a la réalité objective des choses " Agarra J.PIERRE, Op.Cit, p.41
[74] أنظر، علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، - التلقيح الصناعي و تغيير الجنس-، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 1991، ص.83.
[75] Henry FRIGNET, Op.Cit, p.183.
[76] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص .41- 42.
[77] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص .137.
[78] Louis Gooren, Aspects biologiques…, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, p.142
[79] Louis Gooren, Aspects biologiques…, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, p.143

إن معرفة الجسم إن كان مؤنثا أو ذكوريا.لا يتأتى عن طريق الكشف العضوي فقط، و إنما له عدة أشكال أولها الكشف العضوي التناسلي المباشر ثم الكشف الجيني و الذي يتحدد منذ بداية التلقيح، ثم الجنس المخي و الذي تحكمه شيفرات خاصة لم يتمكن العلم من تحديدها تماما و المتعلقة بالنويات القاعدية، تم يأتي سلوك الجنس النفسي و أخيرا الجنس الاجتماعي.
و أن تعارض أي من هذه العناصر مع العناصر الأخرى، يعني أن هناك خللا ما يتطلب حله، و علاجا طبيا أو نفسيا دون تدخل الشرع، باعتباره تصحيح وضع خاطئ، مع مراعاة أن الشخص ذاته لديه دور في تحديد جنسه من خلال فهمه لذاته و إحساسه بها.و لن يستطيع أحد ما أن يفهم ذات الآخر أكثر من الشخص نفسه، مهما بلغ من العلم.[80]

إذا كان تحديد جنس الفرد ليس ثابت طبيا للتضارب الحاصل بين المتخصصين في المعيار الأولى بالإتباع من المعايير السالفة الذكر، و التي يتطلب التطابق بينها للإعتراف القانوني بجنس المولود، إلا أن البحوث العلمية في هذا المجال لا زالت في طور الاكتشاف حول احتمال وجود جنس المخ الذي يشير لاختلافات جنسية بين المخ و الأعضاء التناسلية و هو ما قد يفسر اضطراب الهوية الجنسية لدى من يرغبون تغيير جنسهم.

و لا شك أن المشكلة تكمن في غموض مفهوم تغيير الجنس، و عدم معرفة أسبابه بدقة و لهذا كان علينا أن نحاول معرفة مفهوم تغيير الجنس وكذا البحث عن أسبابه في المبحث الموالي.

الـمـ بحثالثـــــــانـــــــي

مفهـــــوم تغييـــر الجنـس و أسبـــابـــــه

موضوع تغيير الجنس يعتبر مسألة في غاية الصعوبة، و رغم العدد البسيط الذي قد يصاب بها، إلا انه يجب أن لا يفهم أن هذه الظاهرة تقتصر على طائفة من البشر دون الأخرى أو على وسط اجتماعي دون سواه، أو على بلد من بلدان العالم دون غيره. و هذه الحالة الغامضة تثير مشاكل أخلاقية و اجتماعية و بالأخص قانونية و لابد من إيجاد أسبابها من اجل إيجاد العلاج الناجع و وضع حد لها أو التخفيف من خطورته.

أنه من أجل فهم هذه الظاهرة كان لابد علينا من البحث عن مفهومها خاصة و أن هناك دراسات معمقة و تعاريف كثيرة لابد من جمعها و ضبطها.و هذا لن يتأتى إلا من خلال الرجوع إلى أهل الاختصاص في هذا المجال. و قد تبين لنا أن تعريف تغيير الجنس هو عيادي أي يرجع أولا إلى الطب، و أسبابه بالضبط ليست معروفة بعد، و هناك مجرد افتراضات تقدمت و أحيانا تنعكس و لا يمكن حصرها و لا الجزم بها،و لا زالت البحوث متواصلة.و لهذا سنحاول البحث عن مفهوم تغيير الجنس(المطلب الأول) و البحث عن أسبابه (المطلب الثاني).

المـطـــــــلـــب الأول

مفـهـــــوم تغييـــــر الجنـــس

قبل الخوض في مسألة تغيير الجنس سواء في القانون أو الشرع, كان من الضروري معرفة ما معنى تغيير الجنس, بالأخص ما يقال عنه الحقيقي؛الشكل الذي له روح أنثوي في جسد رجل و العكس.

[80] أنظر، الجنس الثالث بين الشرع و الطب النفسي، 11 مارس 2011، على موقع الأنترنيت.

فظاهرة تغيير الجنس عرفت بطريقة سيئة.ظهرت في البحث الطبي الأمريكي بعد الحرب العالمية الثانية بالأخص بعد أعمال John Money و Harry Benjamin.
و لم نكن نعرف من قبل سوى أشكال الازدواج العضوي مثل الخنثى و المتشبه بالجنس الآخر، و كانت تعتبر كجنحة لاضطراب النظام العام [81].

و لذلك كان من الضروري توضيح مفهوم تغيير الجنس, من خلال وضع تصور لغوي و فقهي و طبي و دولي. وصولا الى تحديد موضوع بحثنا و ضبطه بدقة.و أي تصور سيكون تقريبي خاصة ان الامر يتعلق بالجانب النفسي، و ذلك ما سنحاول التعرض له من خلال الفروع التالية:

الفـــــــرع الأول

التعريف اللغوي لتغيير الجنس

من الصعب إيجاد تعريف دقيق لتغيير الجنس، لما يتسم به من التعقيد، لكونه أمر يتعلق بمسألة داخلية تتمثل في الإحساس النفسي، خاصة وأن هذا الموضوع يصطدم ببعض المصطلحات المشابهة، إلا أنها تبتعد عنها في عدة نواحي.

و لذلك كان لزاما علينا أن نحاول البحث عن مفهوم تغيير الجنس لنحدد المجال الذي يهم موضوع بحثنا وهذا من خلال تعريفه لغويا.

تغيير الجنس مصطلح مركب من كلمتين، لذلك سنحاول تعريف كل كلمة على حدة، للتمكن من المقارنة بينها و بين المصطلحات المشابهة لها.

أولا : المعنى اللغوي لكلمة " تغييـــر" :

- التبديل والتحويل من حالة إلى حالة أو من صورة إلى صورة أي -إحداث شيء لم يكن من قبل-،
- التغيـر أي التحول و الانتقال من وضع إلى آخر. [82]
- التبديل؛ التبدل هو الاستعاضة بحال عن حال، و تبدل أي تغيـر [83]،
- التحويل؛ العدول بالشيء عن وجه الاستقامة.و التحول هو تبدل الهيئة و الشكل،[84]
- الانتقال هو التغير من حال إلى حال و الانتقال من وضع إلى آخر. [85]

ثانيـــا : المعنى اللغوي لكلمة " الجنــس "

الجنس يعني حسب قاموس لاروس، الأصل و النوع ،
والجنس في علم الأحياء : هو أحد الأقسام التصنيفية أعلى من النوع و أدنى من الفصيلة ويطلق الجنس على شطري الأحياء مميزا بالذكورة و الأنوثة، فالذكور من النوع البشري جنس يناظره جنس الإناث [86] .

---

[81] Voir, Denis SALAS, Sujet de chair et sujet de droit, la justice face au transsexualisme, P.U F, Paris, 1er, 1994, p.36.

[82] أنظر، لاروس ، المرجع السابق ، ص. 315.

[83] أنظر، لاروس ، المرجع السابق ، ص. 277.

[84] أنظر، لاروس ، المرجع السابق ، ص. 278.

[85] أنظر، لاروس ، المرجع السابق ، ص.172.

[86] أنس محمد إبراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 05.

ثالثـــا : **الفرق بين لفظي التغيير والتحويل**

عند تعريفنا للتغيير فرأينا يعني التحويل أو التحول فهل يعني أنهما مترادفان أم لا ؟
و لذلك هناك من يرى ان استخدام لفظ التغيير بدلا من التحويل و مرجعه في هذا الاختيار يعود الى :

ـ أن لفظ التغيير له معان مختلفة لا يشملها لفظ " التحويل."
ـ أن التغيير قد يكون مصحوبا بالمساس بجوهر الشيء محل التغيير ذاته أولا بحيث يظهر أثر التغيير عليه بخلاف التحويل ،
ـ أن التغيير انما يقع في الصفات لا في الذات، كما يقع في الغرض لا في الجوهر.و لهذا كان هذا المعنى أقوى في الدلالة على التغيير في حالات تغيير الجنس بأنواعها المختلفة، لأن التغيير انما يقع في الشكل الخارجي فقط دون الجوهر و في صفات الفرد الخارجية دون ذاته [87]

لمناسبة كلمة (changer) التي تعني باللغة العربية تغيير، و جريان استعمالها في مختلف المجالات العلمية و في مصطلح (changement de sexe).

رابعـــا : **المعنى اللغوي لتغيير الجنس في اللغة الفرنسية و المصطلح البديل له**

- كلمة "Transsexualisme" جاءت من كلمة انجليزية "Transsexualism" على حسب اللاتينية تتألف من شقين "trans" و "sexualis". ظهرت في اللغة الفرنسية سنة 1956 (Robert)

و الملاحظ أنه يكتب "S" مع الشقين بدون خط الاعتراض و أن الكلمة تعني فكرة العبور أو الانتقال من جنس الى آخر، لكن يعني حالة الطب النفسي لأنه على المستوى النفسي، سيقوم المريض بهذا الانتقال؛ اذا نلاحظ ان الامر يتعلق بحالة و ليس بفئة [88]

و قد عرفت القواميس هذه الكلمة التي يراها الاطباء أنها خاطئة لأن كلمة هذيان (délirant) تبدو أنها غير ملائمة ـ في لاروس الصغير لسنة 1983 :
أنه تصور هذياني بالانتماء للجنس الآخر "conviction délirant d'appartenir a l'autre sexe"

ـو في روبات الصغير (petit robert) لسنة 1978 :
"الاحساس الهاذ بالانتماء للجنس المقابل " " sentiment délirant d'appartenir au sexe opposé"

و هذا ما جعل البعض يستبدلها بمصطلح "dysphorie de genre"،[89] و الذي يعني تصورين مجاورين لكن غير متطابقين، ولقد تم اقتراح أن يكون من جهة البديل لكلمة تغيير الجنس، و من جهة أخرى ليبين حالة انزعاج في الوضع الاجتماعي خاص بالجنس.

---

[87] انس محمد إبراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 06.

[88] J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, p.33.
Voir, Agarra J.PIERRE, Op.Cit, p.08.

[89] في بداية الامر، stoller رفض فكرة dysphorie de genre التي تقدم لنا فكرة مجموعة عناصر متجانسة بين مختلف اظطرابات هوية النوع . ولا ندري لماذا معظم المؤلفين الفرنسيين يسندون هذه الفكرة ل stollers والأصح أنها ل Norman Fisk (و palo Alto, californie) الذي قدمها في ندوة سنة 1973، واستعمل المصطلح فيما بعد من قبل عدة مؤلفين منهم : Stoller و M. Benzech و M. Bourgeois الذين استبدلوها فيما بعد بمصطلح جديد ليحل محل transsexualisme
Voir, Collette Chiland, changer de sexe, – illusion et réalité -, éd Odile jacob, Paris, 2011, P.65.

و السبب في استبدال كلمة تغيير الجنس، لأن الصحافة شوشته، و جعلته يفقد العلمية، بالمقابل يحتمل انه يحتوي كلمة "جنسي" "sexuel" التي تدل على فضيحة و تشكل شكوك مغرية عند العامة.في حين أن dysphorie de genre تدل على القلق أو الانزعاج، المعاناة، باختصار dysphorie مرتبطة بالانتماء إلى النوع، الذي يحس بأنه غير مرتاح فيه. [90]

كما نجد أن كلمة dysphorie حسب لاروس الصغير لسنة 1996، عرفها أنها حالة القلق أو الانزعاج، إحساس بأنه في حالة صحية متدهورة. [91]و في قاموس آخر dysphorie تشمل عدم الرضا، كرب أو حصر نفسي، قلق نفسي، انزعاج .[92]
و في قاموس المعجم لسنة 2008 Dysphorie تشمل قلق،أو شعور وهمي بالمرض.

و هناك من استعمل مصطلح dysphorie sexuelle الذي يعني الحالة النفسية للشخص، الذي يظهر عدم توافق مع جنس جسمه و الدور الاجتماعي المضطلع به من طرف أشخاص جنسه، و من هنا يطالب التغيير الجراحي لجنسه، و علاج هرموني متغاير.[93]

و هناك من اعتبر أن فكرة dysphorie de genre, برزت لوصف تغيير الجنس (transsexualisme) بأنها فكرة انزعاج أو اللا ارتياح في المجتمع و أيضا بنفسه، الذي يعمل كتشخيص قاعدي لطلبات تغيير الجنس. يتمثل مرة في امتهان " الاضطراب" كالألم الذي يفتح حق التصليح و إعطاء أولوية للطلب، معتمدين على السبب البيولوجي المفترض.[94]
و هناك من اعتبره أنه يتعلق باضطرابات لانجذاب يختلف عن رغبة قضيب أو كرب الخصاء، اضطرابات تمس جذور نرجسية (عشق الذات) و غير موجودة في السجل الوحيد لأوديب .

و باعتبار أن dysphorie، تمثل اضطراب في النوع، فان Fisk اعتبر تغيير الجنس يمثل الشكل الأكثر تجسيدا ل dysphorie de genre .[95]

و هناك من اعتبر تغيير الجنس أنه اضطراب الهوية الجنسية أو شكل ل dysphorie sexuel. [96] هذا الأخير أحيانا يستعمل بطريقة محصورة لتجسيد تغيير الجنس فقط، و أحيانا بالعكس بطريقة أكثر توسعا لتجسيد مجموعة الأفراد الذين لهم صعوبة مع هوية النوع؛ و لهذا يظهر أنه من الأحسن الاحتفاظ بمصطلح تغيير الجنس،[97] و هو المصطلح الأكثر استعمالا و شيوعا.

الفـــــرع الـثـانــي

التعريف الفقهي لتغيير الجنس

انتشار عمليات تغيير الجنس خاصة في الدول الغربية، أثار ضجة كبيرة في الوسط الطبي، و يتطلب ذلك تدخل القانون، و هو الأمر الذي لم يحدث في البلدان الغربية و الإسلامية إلا بقدر جد قليل نظرا لحساسية الموضوع. رغم خطورتها و أهميتها.

---

[90] J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, p. 33 - 34.
[91] Voir, Petit Larrousse , Op.Cit, p.360.
[92] Collette Chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.65.
[93] Voir, Rener GRANIER, Uranisme et transsexualisme, Thèse, Faculté de médecin de France, 2000, p.05.
[94] Patricia MERCADER, Op.Cit, p.53.
[95] Collette Chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.66
[96] Voir, Russell W.Reid, Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine, XXIIIe colloque de droit européen, Op.Cit, p.25.
[97] Voir, Odile Diamant- Berger, Le transsexualisme droit et éthique médicale, Masson, Paris, 1984, p.24.

و قد حاول بعض الفقه التعرض لتغيير الجنس خاصة في حالة الازدواج الجنسي النفسي و هذا من خلال ما توصل إليه الأطباء المختصين و علماء النفس وصولا إلى المجال الدولي؛ باعتباره يجسد حق الإنسان بتغيير جنسه الذي يختلف من مجتمع إلى آخر، و لكنهم أهملوا حالات الازدواج العضوي الأصيل (الخنوثة العضوية) أو الطارئ.و هذا ما يدفعنا إلى الحديث عن التصور الفقهي (في المجال الطبي والدولي) و ننتهي إلى الوصول بتبيان المقصود بتغيير الجنس و ذلك من خلال :

أولا: التصور الطبي لتغيير الجنس

تعريف تغيير الجنس يعتبر أمر صعب، وهو عيادي محض. لا يوجد الآن معيار بيولوجي مميز لمرض معين. هذا التعريف يرتكز على أسس موضوعية ملحوظة لكن أيضا خاضعة لمقاييس واسعة لعلامات سلبية.[98]

و لعلنا نبدأ بأبرز تعريف لتغيير الجنس الذي تم تقديمه في 29 جوان 1982 من طرف "professeur Kûss" والذي تم اعتماده بالإجماع من طرف أكاديمية الطب الفرنسية و هو : الإحساس العميق و الراسخ بالانتماء إلى الجنس المقابل للجنس الوراثي، و التشريحي و القانوني الذي ينتمي إليه.يحس بأنه ضحية خطأ غير محتمل للطبيعة و يطلب تغيير جسدي و حتى مدني، ليصل لتماسك نفسيته و جسده و يحصل أيضا اندماجه الاجتماعي في الجنس المقابل، مصحوبا برغبة ملحة، و ثابتة في تغيير الجنس و الحالة المدنية.[99]

و في نفس هذا السياق تقريبا قد سبق لطبيب فرنسي في أطروحته في الطب سنة 1959 ، Jean-Marc Alby، في تعريفه لتغيير الجنس: " رجال غالبا نساء، هم أشخاص عاديي البنية لهم إحساس بالانتماء إلى الجنس المقابل، ويطلبون تحول تشكلي باللجوء للجراحة التقويمية و تجريع الهرمونات لتصحيح ما يعتبرونه كخطأ الطبيعة ."
هذا التعريف يشير إلى تغيير الجنس الأنثوي و استعمل مصطلح خطأ الطبيعة الذي يستعمل غالبا من المغيرين لجنسهم. [100]

و هناك من يعرف تغيير الجنس بأنه مرض عقلي نادر. الذي يكون عند شخص عادي البنية، الاقتناع بالانتماء إلى الجنس المقابل. هذا الاقتناع الحقيقي فكرة ثابتة غالبة وقبل أوانها ، دائمة، راسخة، تترجم منذ الطفولة بتصرفات الجنس المقابل إرادة ألا يكون بنت أو ولد كالآخرين، لها علاقة بالمراهقة أو قبلها. تبعا لذلك اعتقاد المغير لجنسه يظهر بارتداء ملابس الجنس الآخر، الطلب الإجباري للعلاج الهرموني و الجراحي لإعطاء جسمه مظهر الجنس المطلوب و يطلب تغيير الحالة المدنية .
و من خلال هذا التعريف هناك بعض النقـــاط يجب أن تحدد بدقة، بعد أن نشير أن تغيير الجنس لا يعالج في يومنا هذا بالعلاج النفسي المتاح حاليـــــــا:

1- أن تغيير الجنس هو حالة مرضية، إذا هو يهم الأطباء (و الضمان الاجتماعي) و هو ليس نزوة و لا طريقة أن يكون غير ذلك،
2- أيا كانت الأسباب هو مرض عقلي، طبيب الأمراض العقلية أو النفسية هو الذي يقوم بالتشخيص،
3- هو مرض نادر؛ حوالي حالة فوق 50 ألف أو 100 ألف شخص حسب المؤلفين.

---

[98] J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, p.33.
[99] voir, Henry Frignet et Marcel Czermak, sur l'identité sexuelle a propos du transsexualisme, éd de l'association freudienne internationale, Paris, 1996.p.201.
Voir, Henri DELVAUX, XXIIIe collogue de droit européen 1993, Op.Cit, p.177 - 178.
[100] Voir, Collette Chiland, changer de sexe – illusion et réalité -, éditions Odile Jacob, Paris, 2011, p.55.

4- الاقتناع بالانتماء إلى الجنس المقابل، هي فكرة غالبة بمعنى فكرة ثابتة تشغل بصفة دائمة أو تقريبا مجال الضمير، ليست فكرة هذيانية. تغيير الجنس ليس له الخصائص العيادية للهذيان و ليس فكرة ملحة أو ملازمة.[101] ففكرة الانتماء إلى الجنس الآخر تعتبر بالنسبة للمغير لجنسه كعبارة الحقيقة لحقيقته .
5- تغيير الجنس ليس انحراف جنسي، لكن اضطراب الهوية وسلوك المغير لجنسه (ارتداء ملابس الجنس الآخر....)، لا يهدف منها الحصول على إشباع جنسي، لكن الحصول على الوضع الشخصي والاجتماعي، فهو يحس مثلا انه امرأة و يريد أن يعتبر مثلها [102]

و في تعريف آخر D.Thouvenin أن تغيير الجنس " الإحساس الشديد للشخص بالانتماء للجنس المقابل له للذي نسب له عند الولادة " - هؤلاء الأشخاص لهم مطابقة جسدية بدون غموض-.[103]
و قد عرفه المختصيــن في المجــال النفســي و نذكر منهم :

Stoller : فقد عرفه في مرحلتين أولها :

- سنة 1968 في كتابة "sex and gender" أن تغيير الجنس يمثل الاعتقاد الثابت بالانتماء للجنس الآخر جاذبا طلب أن الجسم يصبح " مصحح" بالنتيجة.[104]

- و في سنة 1978 في كتابة " Recherche sur l'indentité" يعرفه أنه:

اقتناع شخص عادي بيولوجيا بانتمائه للجنس المقابل؛ عند البالغ، هذا الاعتقاد مصحوب في يومنا هذا بطلب التدخل الجراحي والغدد الصماء لتغيير مظهره التشريحي في اتجاه الجنس الآخر.[105] و هنا قد استعمل مصطلحات جديدة؛ اعتقاد و اقتناع .
و حسبه تغيير الجنس الحقيقي هو ليس تشوه جنسي، ولا انحراف أو ذهان، لكن الاقتناع الراسخ، القهري، و بالأخص المبكر بالانتماء للجنس المقابل رغم اعتراف الشخص بمطابقته الجنسية الأصلية،[106]

كما ورد في الترجمة 10 للترتيب الدولي للأمراض (C I M 10)[107] الذي يعرف تغيير الجنس أنه " رغبة العيش أو أن يتقبل كشخص ينتمي إلى الجنس المقابل هذه الرغبة مرفوقة دائما بإحساس بالألم أو عدم التأقلم تجاه جنسه التشريحي و يأمل الخضوع لعملية جراحية أو علاج هرموني ليصبح جسمه مطابق بقدر المستطاع للجنس المرغوب فيه [108]

حسب H.Benjamin وهو عالم جنسي سنة 1966 :
" المغيرين لجنسهم الحقيقيين لهم إحساس بالانتماء إلى الجنس الآخر، يرغبون أن يكونوا و يوظفوا مثل عضو من الجنس الآخر، و ليس فقط بالظهور مثله، بالنسبة لهم أعضائهم التناسلية الأصلية (الخصية) أو الثانوية (القضيب وغيره)، فيها تشوه كريه الذي يجب أن يغير بواسطة مشرط الجراح ، إنه فقط بواسطة

---

[101] فكرة ملحة أو ملازمة هي Une idée obsédante تعني الإحساس كأجنبي تسيطر على ضحيتها، الذي يبحث أن يتخلص منها.
[102] J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, P.35- 37.
Agarra Jean-Pierre, Op.Cit, P. 08.
[103] Agarra Jean-Pierre, Op.Cit, P. 43.
[104] Voir, Henry Frignet et Marcel Czermak Op.Cit, P. 199.
[105] Voir, Collette CHILAND, Changer de sexe, Op.Cit, P. 55.
Voir, Robert STOLLER, Recherche sur l'identité sexuelle, édition Gallimard, France, 1978, P. 113
Claude ESTURGIE, Op.Cit, P. 37.
Voir, Isabelle Bon, Le transsexualisme l'emergence conjugée de pratiques médicale et judiciaire, Thése, Université Lyon III France, 1990, P. 08.
[106] Denis SALAS, Op.Cit, P. 39.
[107] CIM 10: Classification Internationale des troubles mentaux et troubles du comportement.
[108] Voir, Hante Autorité de santé, Service Evaluation des actes Professionnels, Situation Actuelle et Perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 2009, www.has-sante.fr, P.12.

مجهود كبير حديثا لعلم الغدد الصماء، و التقنيات الجراحية الصورة تغيرت". إنه المغير لجنسه الذكري الذي تكلم عنه.[109]

كل هذه التعاريف التي تناولناها تصب في منبع واحد مشترك، و إن اختلفت قليلا إلا أنها تدور، بين فكرة الرغبة في العودة إلى الجنس الحقيقي للمغير لجنسه بما يتناسب و هيئته [110]

و سنضيف في هذا المجال بعض التعاريف التي جاءت على مستوى الدولي.

ثـــانيـــا: التصور الدولي لمفهوم تغيير الجنس :

طبقا للمجلس الأوربي لسنة 1989 الذي عرف تغيير الجنس :

" تزامن أعراض المرض متمثل في شخصية مزدوجة، إحداها جسدية والأخرى نفسية. الشخص المغير لجنسه له الاعتقاد العميق بالانتماء للجنس الآخر، هذا الذي يجره لطلب أن جسمه يصبح " مصحح" بالنتيجة".[111]

كما أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (سنة 1986 قضية Royaume المادة 08): " المغيرين لجنسهم؛ الأشخاص الذين ينتمون جسديا لجنس، لهم إحساس بالانتماء لآخر؛ يحاولون غالبا الوصول إلى هوية أكثر تماسكا و أقل لبسا أو غموضا ويخضعون لعلاجات طبية، وعمليات جراحية لتتأقلم خصائصهم الجسدية مع الخصائص النفسية. المغيرين لجنسهم أيضا شكلوا مجموعة جد محددة و ممكن تحديدها [112]

و على ضوء هذه التعريفات، يتضح لنا أنها:

1 ـ تبرز حالة التناقض الصارخ الذي يشعر به المتحول بين جنسه التشريحي و العضوي الظاهر، و جنسه النفسي.

2 ـ التعارض بين العوامل البيولوجية والعوامل النفسية وبين الشكل الخارجي و الهوية الجنسية، و بين الحقيقة الجنسية و العضوية و الإحساس العقلي بالانتماء إلى الجنس المقابل [113].

و الملاحظ أن هذه التعريفات اقتصرت على بيان حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية متجاهلة تغيير الجنس لأسباب عضوية أصلية أو طارئة و لهذا فانه من الضروري تحديد المقصود بتغيير الجنس في حالتي الخنوثة العضوية و النفسية محاولين الإشارة إلى بعض المصطلحات المتداولة و ضبطها بدقة.

و لذلك كان لابد علينا في هذا المجال من البحث على تحديد المقصود من تغيير الجنس في دراستنا لهذا الموضوع محاولين وضع حدود وفق ما يقتضيه بحثنا.

---

[109] Collette CHILAND, changer de sexe, Op.Cit, P. 54.
Isabelle BON, Op.Cit, P. 08

[110] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 197.

[111] Voir, Jaap E.Doek, Rapport General, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit, P.218
Voir, Hante Autorité de santé, Op.Cit, P. 12

[112] Voir, Hante Autorité de santé, Op.Cit, P12

[113] أنس محمد إبراهيم بشار، المرجع السابق ، ص. 11.

ثـالـثـا : تـحـديـد الـمـقـصـود بـتـغـيـيـر الـجـنـس فـي مـوضـوعـنـا

الأمر الواضح أن اقتصار الفقه على حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية وإهماله لتغيير الجنس لأسباب عضوية، قد يرجع لعدة أسباب ولعل من أهمها حسب وجهة نظرنا، هو أن الخنوثة العضوية مسألة مشروعيتها أمر ثابت وهدف الشفاء أمر محقق و أكيد بالإضافة إلى أن شريعتنا الغراء قد حددت حكمها، ولا خلاف في مدى مشروعيتها هذا من جهة، و من جهة ثانية فان في حالة الخنوثة العضوية فإن الأمر قد لا يعتبر تغييرا بالمعنى الواسع. و إنما هو تصحيح الجنس أو كما سماه بعض الفقه المصري تثبيت الجنس.
و لذلك كان علينا أن نحاول أن نوضح المقصود بتثبيت الجنس و تغيير الجنس بالمفهوم الضيق لإيجاد الفرق بينهما.
لقد عرف الفقه المصري **جراحة تثبيت الجنس** بأنها : ذلك العمل الطبي الجراحي الذي يقصد به معاجلة الخنثى أو من في حكمه من الخلل الذي أصاب هويته الجنسية أو خصائصه و مظاهره الجنسية الجسدية .

و المقصود هنا علاج المريض من العوارض الجنسية للنوع الآخر التي تبدو عليه.[114] فهنا قد يجتمع في الشخص أنسجه الذكورة و أنسجة الأنوثة التناسلية و تجري له عملية تثبيت الجنس الغالب فيه، و لذلك تسمى عملية تثبيت الجنس أو تصحيح الجنس.و لكننا بالمقابل لا يمكن أن نتجاهل الواقع الحاصل و الهروب منه، فالعلم في تطور مستمر و قد اتخذ طريق له مستقلا عن الدين و الأخلاق و حتى القانون، كما قال البعض " أن الجراحة، الكيمياء من بين أنشطة علمية أخرى في تطور مستمر و ليس مستبعد أن تصل هذه التقنية إلى صنع شخص من جنس ذكر لامرأة حقيقية [115] ،

فإذا كان هناك هدف علاجي لإجراء عملية تصحيح الجنس، فإنه هناك حالات يخضع فيها الأفراد لعمليات جراحية لتغيير الجنس لمجرد الرغبة النفسية.فكيف نسمي هذه العمليات التي يجري فيها الطب تحويل الرجل إلى امرأة أو العكس من دون أن تكون هناك أجزاء مطمورة في حاجة للكشف عنها !!

و لذلك فان مصطلح تغيير الجنس يشبه تحول الجنس و لكنه يختلف عن تصحيح الجنس أو ما يعرف بتثبيت الجنس.و هذا التغيير هو في الجنس الظاهري، إذ لا يمكن تغيير أو تحويل جنس الإنسان لأن كل خلية من خلايا الجسم تحمل علامة الجنس المحدد منذ أن كان الإنسان نطفة في رحم أمه حتى نهاية حياته، و بالطبع لا يمكن تغيير تركيبات كل خلية. [116]

و من هنا فان تغيير الجنس بالمفهوم الضيق يعرف بأنه التناقض في الجنس الجسدي الظاهري المحدد وراثيا (و هرمونيا) و الجنس النفسي[117] . فالمتحولين جنسيا هم من الناحية العضوية الجنسية رجال من وجهة نظر التشريح، و لكنهم وفقا لتقديرهم لجنسهم يعتبرون من مشتهى الجنس الآخر [118] فهؤلاء لهم ازدواج جنسي نفسي.
بخلاف الذين لهم ازدواج جنسي عضوي: فهو تشوه جسدي أو هرموني أو وراثي، و نجد أن الجنس الظاهري غير صحيح لكن مقبول،[119]و هؤلاء هم الذين يتم تصحيح لجنسهم لا تغيير له.

و لذلك يمكن القول أن تغيير الجنس بالمفهوم الواسع يشمل أحد الأمرين : الحالة الأولى تتسم بالغموض الحقيقي. و الحالة الثانية لديها غموض زائف أو وهمي.

---

[114] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص .64.
[115] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.365.
[116] أنظر، نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية الجوانب القانونية والشرعية – دراسة مقارنة-، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص. 296.
[117] M. Henri DELVAUX, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, P.177
[118] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.196.
[119] M. Henri DELVAUX, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, p.178

1/ حالة ازدواج جنسي عضوي (و هو ما يعرف بتصحيح الجنس أو تثبيته)؛ و تغيير الجنس في هذه الحالة هو ناجم عن وجود دواع عضوية خلقية أصلية أو طارئة، تؤدي إلى التباس جنسي، أو تغيير تشكلي تشريحي أو جسدي يستدعي تدخل طبي لتحديد جنسه بما يتفق مع المعطيات الطبيعية أو الحقيقية للجسم أي أن العملية الجراحية تصحح الجنس من الذكر إلى الأنثى أو العكس حسب الحقيقة البيولوجية .

2/ حالة ازدواج جنسي نفسي (و هو ما يعرف بتغيير الجنس بالمفهوم الضيق الذي تحدث عنه الفقه)؛ تغيير الجنس في هذه الحالة هو تغيير جنس شخص عادي مكتمل التكوين التشكلي و الوراثي، متمتع بقواه العقلية، غير مصاب بمرض نفسي وليس به غموض جنسي عضوي.يغلب عليه إحساس راسخ بالاعتقاد أنه من أشخاص الجنس المقابل، و تسيطر عليه رغبة في تغيير جنسه و إزالة أعضائه التناسلية، و اكتساب المظهر الخارجي للجنس الأخر.بقصد جعل الحالة التشكلية للفرد مطابقة مع التصور النفسي الذي يحدثه بجنسه.[120]

المطـــلب الثـــانـــــي

أســبـــاب تـغـيـيـــر الـجنـــس

ظاهرة تغيير الجنس التي انتشرت في معظم دول العالم و بالأخص الدول الغربية تحاط بنوع من الغموض و لم يتوصل الباحثون إلى معرفة أسبابها.و ما أكده المختصون لعلم الأمراض أن الأسباب التي تؤدي إلى تغيير الجنس غير معروفة ، و أعراض المرض لازالت معتمة[121] ،

و قد أكد الفقيه Jean Pierre Dutton ، أنه لا يمكن إنكار وجود هذه الظاهرة، و لا أعراضها و أسباب تغيير الجنس تشكل موضوع جدل علمي و لكن لا أحد يشك في وجود أعراض المرض في حد ذاتها ، و لذلك ينبغي عدم استبعاد أي سبب منها.[122]

في العشرين سنة الأخيرة، الباحثون و المختصون الآخرين في تغيير الجنس، تساءلوا كثيرا حول ما الذي يجعل الشخص يطلب تغيير جنسه، والسؤال ليس فقط محيرٌ (intrigante)، إنما هو مهم لأن الجواب عليه ليس فقط بغرض إشباع الفضول العلمي. لكن يسمح لنا بتقديم علاج فعال لهذا النوع من الشعور الوهمي بالمرض الجنسي.

و قد ذكر الأستاذان Reid و Gooren، توضيحات حول تطور تغيير الجنس.و تم التوصل لتفسير الظاهرة إلى عاملين أساسيين هما العامل البيولوجي (الغموض الجنسي، التطور العارض على الفرد، و اضطراب الغدد و الهرمونات) (الفرع الأول)، و العامل النفسي (الفرع الثاني).[123]

---

120 J.Branlard, Op.Cit.P.445, Marge 136.
121 J.Branlard, Op.Cit, P.436, n° 1275.
122 J.Branlard, Op.Cit, p439, n° 1288.
123 Voir, Jaap E.Doek, Rapport General, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, p.222.

الفـــــرع الأول

العـــــوامـل البيـــولـوجيـــة

تطور التخليق إلى رجل أو امرأة هو تطور له مرحلة مزدوجة، في كل مرحلة هناك خطر عدم انتظام التطور المستمر و العادي، عندما يكتمل التركيب الكروموزومي، المنسل يتحول إلى خصية أو مبيض، بعدما تتكون الأجهزة التناسلية الداخلية متبوعة بتكوين الأجهزة التناسلية الخارجية و هذا في حوالي الأسبوع 16 و 17 للحمل،[124]و هناك احتمال أن يحدث اختلال في أي مرحلة من مراحل نمو الإنسان.

و قد يؤدي ذلك إلى وجود غموض جنسي، فيصعب نسبتهم إلى نوع محدد وفقا لنوعه التشريحي، و قد تؤدي إلى ضرورة تغيير جنسه بعد العلاج الطبي, و من تم تغيير حالته المدنية. و لذلك كان لابد من التمييز بين التغيير لوجود غمــوض جنسي و تغـييـر الجنس النفسي:

الغموض الجنسي هو مصطلح تقليدي استعمله الأطباء و هناك من سماه الازدواج الجنسي العضوي (intersexualité)، ولكن اعتبره تسمية سيئة، لأن الأمر لا يتعلق بالجنسية ،ولذلك تم اقتراح مصطلح جديد في 2005- 2006 اضطراب التطــور الجنسـي (troubles du développement sexuel). هنا لا يتعلق الأمر بالحياة الجنسية، و إنما بالخصائص الجنسية. و قد يشمل اضطراب التطور الجنسي الحالات التي لا يوجد فيها شك في الجنس الممنوح للطفل، مع أن له شذوذ في تطور إحدى هذه الخصائص البيولوجية للجنس (الكروموزوم، الغدد، الأجهزة التناسلية الداخلية، الأجهزة التناسلية الخارجية ،نسبة الهرمونات) [125]. و لهذا كان لابد من التمييز بين هذه الحالات و تغيير الجنس.

فحسب DSM IV،[126]يؤكد أن تغيير الجنس يجب أن يتميز عن الازدواج الجنسي العضوي (intersexualité)، الذي يرافق صفات جسدية و هرمونية مثل الشخص الذي يجد نفسه تشريحيا و جسديا بين الرجل و المرأة.و من بين الأشخاص الذين يصابون به هم بنسبة 2% من المواليد.هذه الدراسة تبين أن 0.1 إلى 0.2 % من المواليد يتلقون جراحة تناسلية تصحيحية،[127](**وهذا هو الاختلاف فالأمر لا يتعلق بتغيير للجنس**)، و سنتعرض لأهم حالات الغموض الجنسي و التي تختلف عن تغيير الجنس و هي:

أ/ <u>حـالات الغمـوض الجنســي</u> :

1/ <u>اختلال الكروموزومات الجنسية</u> :

رأينا أن جنس الإنسان يتحدد بنوع الكروزومات الجنسية، و هي 46 زوج xy عند الذكر، و 46 xx عند الأنثى، لكن قد تكون هناك إمكانية وجود شذوذ كما هو الشأن في :

أ. <u>حالة كلينفلتر Klinefelter</u> : و نموذجها الكروموزومي xxy[128]
تلحق هذه الحالة بالخنوثة الكاذبة الذكورية - التي سنراها لاحقا-، حيث انه لا يحدث إلا في الذكور، و نسبة حدوثه 1000/1 ، من ولادات الذكور، ونسبة 100/1 ، من المصابين بالتخلف العقـلي .

---

[124] Jaap E.Doek, Rapport General, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, p.222.

[125] Collette CHILAND, Changer de sexe, Op.Cit, p. 43

[126] هو المختصر ل Diagnostic and Statistical Manual أي الدليل التشخيصي و الاحصائي الرابع، و هو يعرف أنه تعريف الطبي و الاجتماعي للاضطرابات النفسية في جميع أنحاء أمريكا الشمالية و يؤثر تأثيرا قويا على الاحصائيات الدولية لتصنيف الامراض و المشاكل الصحية ذات الصلة والصادرة عن منظمة الصحة العالمية .أنظر، مقال دعاة اصلاح اضطراب الهوية الجندرية، الموقع على الانترنيت.

[127] Hante Autorité de santé, Op.Cit, p.23.

[128] Jaap E.Doek, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit, p.222.
Stoller ROBERT JESSE, Masculin ou Féminin, Op.Cit, p.49.
J. PETIT, L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.268.

و لا تتضح أعراضه إلا عند البلوغ، فتبدو الخصية صغيرة عديمة النطاف، ونقص هرمون الذكورة، كبر الثديين، صغر القضيب و العنة، حوض عريض كالنساء ، و اضطرابات في السلوك و النفسية،[129]

ب. حالة ترنر Turner : ونموذجها الكروموزومي (44 x أو 0 x)[130]

تلحق بالخنوثة الكاذبة الأنثوية وتحدث بنسبة 2000/1 في الإناث ونحو 100/20 ، من المصابات يسقطن وهن أجنة، والمصابة بهذه الحالة لا تحمل سوى كروموزوم واحد للأنوثة (x)، لذا يرمز لهذه الحالة ب(XO)علامة على وجود صبغي واحد فقط. من أعراضها غياب أحد المبيضين أو ضمورهما ، و ضمور الثديين مع انخفاض هرمون الأنوثة، و أعضاء الأخرى الظاهرة و الباطنة تتجه إلى الأنثى إلا أنها لا تحيض(لأن الغدةالجنسية (المبيض) ضامرة)[131]

ج. حالة الجنس العكسي : ونموذجها (xx males)

ينجم الخلل الكروموزومي في هذه الحالة؛ بسبب طفرة جينية أو موزايك في بعض الخلايا التي تحتوي على كروموزوم (y)، أو بفقده مبكرا.مما يؤدي إلى وجود أعضاء تناسلية ذكرية غير مكتملة النمو، و انخفاض في هرمون التسترون الذكري، بينما يعد جنسهم الكروموزومي (xx)، أي أنثوي. و يوجد لديهم تضخم كبير في حجم الثديين، رغم عـدم وجـود أعضاء تناسلية أنثوية ، و يتم قيدهم في سجلات الحالة المدنية كـذكـور، بعد التدخـل الطبي.[132]

د. حالة النساء السوبر (super Femelles) :

و غموضهم ناتج عن ضمور الثديين و المبيضين و انقطاع الدورة الشهرية، و يسجلون كإناث استنادا إلى الشكل الخارجي العام للأعضاء التناسلية الأنثوية[133]

2/ تشوه أو خلل خاص في الأعضاء التناسلية :
لكل جنس عضوه التناسلي الخاص به.و يجب أن يكون هناك تطابق بين الأجهزة التناسلية الداخلية و الظاهرية.إلا أن هذا لا يمنع من وجود حالات يحدث فيها خلل في تخليق الأعضاء التناسلية الذكرية أو الأنثوية, (مثل وجود خصية واحدة فقط أو ضمور القضيب.....) أو انعدام الأعضاء الظاهرة أو لانعكاس هذه الأعضاء حيث توجد أعضاء ذكرية ظاهريا و أنثوية داخلية أو العكس، أو تجتمع الأعضاء التناسلية الأنثوية والذكرية معا.فيكون هناك كروموزوم (xy/xx) و هذا هو الذي يشكل **الخنثى الحقيقي** أي غموض الأجهزة التناسلية الداخلية و الظاهرية.[134]

3/ غموض في نوع الجنس :

قد يطرأ على الجنس الكروموزومي والعضوي, تطور يؤدي إلى اضطراب الهوية الجنسية و يصعب تحديد جنسه و من بين هذه الحالات :

---

[129] الشهابي إبراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق، ص.119.
[130] Voir, Jaap E.Doek, XXIIIe colloque de droit européen, OP.Cit, P.222.
Stoller ROBERT JESSE, Masculin ou Féminin, Op.Cit, P.49.
J. Petit , L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.268.
[131] الشهابي ابراهيم الشرقاوي ، المرجع السابق، ص.114.
[132] أنس محمد ابراهيم بشار، المرجع السابق ، ص.26.
[133] J. Petit , L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.268.
[134] J. PETIT, L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.268.
J.Branlard, Op.Cit, P482, n° 1483.
Youcef Feham, Op.Cit, p.229.

1- الخنوثة الكاذبة المؤنثة (أصلها أنثى وظاهر ذكر) :

و هو الذي يحمل الكروموزوم (44 +xx) بمعنى أن الأجهزة التناسلية الخارجية ذكرية[135] و الأعضاء التناسلية الداخلية الأنثوية موجودة (رحم ، مبيض،.....).و أكد العلماء أن إفراز الهرمونات جعلت الجنين، ذكر في رحم أمه ما بين الشهر الثالث والخامس للحمل.

و عند الولادة نجد أن هناك بظر يشبه قضيب صغير للذكر، رحم، مبيض موجود، لكن نمو دون المتوسط و حتى المهبل ضيق إلى درجة يصعب على الطبيب معرفة جنسه، بعد الولادة تبدأ تظهر علامات الذكورة (وجود قضيب، وجود شعر على الوجه) بدون أن تظهر الدورة الشهرية أو الثدي.[136]

لكن لا يستمر الأمر على الدوام، بل نحدث هناك إشكالات كثيرة تشير إلى الجنس الحقيقي الكامن؛ إذ في مرحلة البلوغ تبدأ الغدة النخامية بتنشيط المبيض الموجود فعلا، فيقوم بإفراز هرمون الأنوثة، و من تم تظهر على هذا الولد الذكر آثار الأنوثة. [137]

عموما هذه الحالة نادرة، و يكون فيها الجنس الغددي (sexe gonadique) و الجنس الوراثي (sexe génétique) أنثوي رغم أن الأجهزة التناسلية الظاهرية على الأقل ذكورية. [138]

2- الخنوثة الكاذبة الذكورية: (أصلها ذكر وظاهرها أنثى) Pseudo-hermaphrodisme mâle

و هنا يكون الشخص ذكر على مستوى الكروزومات، و على مستوى الغدة التناسلية أي أن الغدة خصية، و الأعضاء التناسلية الخارجية أنثوية مع أنه ذكر حقيقي.

غالبا هم ذكور حقيقيين، قادرين على الإنجاب.لكن هناك حالات للأسف بالرغم من مظهر الذكر كونه له قضيب و كيس الصفن يحمل أيضا مهبل.كما أن هناك حالة أخرى غامضة فهي أنثى لكن دون مهبل، و دون رحم و دون دورة شهرية.[139]و هذه الحالة هي أنذر من سابقتها (الخنثى الكاذب الأنثوي)، و لعل هذا ما يفسر حالات التثبيت على الأنوثة أكثر من حالات التثبيت على الذكورة، و ليس كما قال البعض أنه يرجع إلى ما تنطوي عليه عملية تحول أنثى إلى ذكر من مخاطر جسيمة[140]

3- حالة الخصية الأنثوية : أو التأنيث الخصوي الكامل (Testicule Féminisant)[141]

يكون له مظهر أنثوي دون أي علامات للذكورة الخارجية مع الغياب الكلي لعلامات البلوغ الذكوري، و يكون جنسه الكروموزومي ذكوري (xy) بصفة طبيعية.و له صدر مميز مع ضخامة الثديين، و بدون دورة شهرية.و تتميز بوجود خصية (في حالة غير طبيعية) لا تفرز حيوان منوي لأن الحرارة الداخلية للجسم تمنع احتمال وقوعها. وهذه الحالة هي نتيجة تشوه أيض (métabolisme) التسترون الذي يجعل هناك عيب في الرجولة.أمام هذا التشوه في الأعضاء التناسلية يجب أن يتم تحديد جنس الشخص في كل الحالات قبل سن العامين.[142]

و يقرر أهل الطب أن هذه أنثى وليست ذكرا، ومن ثم تثبت على الأنوثة وليس على الذكورة [143]، ولكن الملاحظ أن العامل البيولوجي، والحالات التي تم توضيحها ضمنه من خلال ما سبق، بإمكانها أن توضح

---

135 J. Petit , L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p269.
136 Youcef Feham, Op.Cit, p230.
137 شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص.49.
138 Youcef Feham, Op.Cit, p.231.
139 شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص.49.
Youcef Feham, Op.Cit, p231.
140 الشهابي إبراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق،ص.115.
141 أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.196
الشهابي إبراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق،ص.114.
Collette Chiland, Le transsexualisme, Op.Cit, p.81.
142 J. Petit , L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit.p269.
Youcef Feham, Op.Cit, p.232.
143 الشهابي إبراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق،ص.138.

لنا بعض أشكال الشعور الوهمي بالمرض الجنسي، كما هو الحال في الخنثى الحقيقي أو الكاذب أي الخنثى الجسدي, و لكن لا يمكن أن توضح لنا بدقة حالة تغيير الجنس (transsexualisme) و هذا لأن المغير لجنسه؛ هو شخص عادي على المستوى الكروموزومي و الغددي، والأجهزة التناسلية الداخلية و الخارجية؛ بمعنى آخر أن جنسه التشريحي طبيعي.و قد تبين خلال D S M III غياب أي خصائص جسدية أو جينية غير طبيعية عند تشخيص حالة تغيير الجنين (transsexualisme).[144]

ب/ <u>حالات التطور العارض على جسم الفرد</u> :

الثابت أن الإنسان إما رجل أو امرأة، ولكن هناك حالات تبدو فيها الصفات الجنسية مختلطة، كما هو الحال في الخنثى الحقيقي أو الكاذب.

كما أن الثابت أن لكل فرد درجة معينة من الخنوثة التشريحية و هي ما تعرف بالجنسية الثنائية؛ ما من فرد ذي تكوين ذكري أو أنثوي سوي إلا وجدنا لديه آثار جهاز الجنس الآخر، سواء ظلت بغير وظيفة بوصفها أعضاء أثرية أو تحولت متخذة وظائف أخرى.و هذه الحقائق التشريحية معروفة منذ أمد طويل أي ثمة ميل **أصيـل** ثنائي الجنـس تحول إبان النمو إلى جنسية أحادية مصحوبة بآثار قليلة من آثار الجنس الضامـر.[145]و قد يطرأ عارض مرضي أو هرموني أو اضطراب غددي على جسم الفرد ظاهريا أو باطنيا فيؤدي إلى أثارة هذه المخلفات الأثرية، وتنشيطها وعودة الحياة الوظيفية إليها فتنمو تدريجيا.و يحدث تطور عارض يتمثل في ارتكاس مطلق[146] أو ارتكاس مختلط أي نفسي،[147]فيؤدي إلى تغيير في انتماء الفرد إلى الجنس المقابل دون أي تدخل إرادي منه.و تظهر علامات أنثوية مطمورة أو علامات رجولة مغمورة على الجسم.و يتم اكتشاف هذا التغيير في مراحل العمر المختلفة و خاصة قبل البلوغ غالبا.و يؤكد الطب مشروعية هذه العمليات التقويمية الإصلاحية التي يتغيـر بها الجنس، و من ثمة يكون للفرد الواحد جنسان متواليان.[148]

و يرى بعض القضاء الفرنسي ضرورة وجود أعضاء تناسلية خاصة بالجنس الآخر، و لو كانت ضامرة لقبول تغيير الجنس, و القول بوجود خطأ دون الالتفات للجنس النفسي.[149]

الثابت مما سبق توضيحه لا يكفي لوحده لتفسير أسباب رغبة التغير للجنس الآخر.و هذا ما يؤدي بنا إلى البحث عن أسباب أخرى قد ترجع إلى اضطرابات الغدد أو الهرمونات قبل الولادة أو تطورات في المرحلة الجنينية أو المكونات الوراثية أو لمكونات مخية .

1-الاضطرابـــات في الـغـدد

تلعب الغدد الجنسية (الخصيتان والمبيضان) و غدة الأدرينال و الغدة النخامية، دورا فعالا في تحديد الجنين الوراثي والتشريحي.

و يؤكد المختصون بأن الخلل الوظيفي للغدد يؤدي إلى اضطرابات في التكوين الجنسي والنفسي والسلوكي ينتج عنها غموض جنسي أو نفسي أو سلوكي[150] ومن بين هذه اضطرابات ، اضطراب الهوية الجنسية ويدخل ضمنه الرغبة في التحول إلى الجنس المقابل[151].

---

144 Voir, Jaap E.Doek, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit, p.222-.223

145 أنظر، سيجموند فرويد، ترجمة، ثلاث مقالات في نظرية الجنسية، دار المعارف، سنة 1963، ص.38.
Collette Chiland, le transsexualisme, Op.Cit, p.76-77.

146 مرتكسين مطلقين بمعنى أن موضوعهم الجنسي مقصور على أفراد جنسهم وحدهم ، انظر،فرويد، المرجع السابق، ص.34.

147 مرتكسين خليط بمعنى أن موضوعهم جنسهم قد يكون منتسبا إلى جنسهم أو إلى الجنس الآخر على حد السواء و هذا يفقد الارتكاس طابع الأحادية. انظر، فرويد، المرجع السابق، ص.34.

148 أنس محمد ابراهيم بشار، المرجع السابق ، ص.27.

149 J.Branlard, Op.Cit, P427, n° 1236.
أنظر، علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي و إنعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الصناعي و تغيير الجنس، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991، ص.63.

150 Louis GOOREN, Aspects biologiques…, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit, p.129.

151 خالد سليمان، المجرم المضطرب نفسيا، المرجع السابق، ص.140.

و هناك حالة تصاب فيها الغدد بمرض يسمى مرض الغدة التناسلية المختلط.

2- مرض تطور الغدة التناسلية المختلط (xo - xy)

في هذا المرض تنشأ الخلايا الوراثية مختلطة، فجزء منها هو (xy) أي ذكرى، و الآخر (xo) أي أنثوي غير مكتمل، فمن ناحية تتكون خصية وحبل منوي طبيعي ويضمر الجزء من الأعضاء التناسلية الأنثوية الموجود في هذه الناحية فقط، بينما تضمر الغدة التناسلية في الجهة الأخرى فتظل الأعضاء التناسلية الداخلية أنثوية (نصف الرحم و أنابيب فالوب " واحدة"), ولذلك فان الأعضاء التناسلية الخارجية قد تظهر في صور متعددة متباينة بدءا من شكل أنثوي خارجي تماما (شفرين – بظر صغير أو قد يكون متضخما بسيطا) أو شكل ذكرى غير مكتمل (كعدم اكتمال مجرى البول أو ضعف في نمو العضو الذكري).

و نلحق هذه الحالة بالخنوثة الكاذبة الذكرية اعتمادا على ما يقرره أهل الطب من أن وجود الصبغى (y) هو الذي يقرر نوع الشخص من حيث الذكورة مهما اشتملت خلاياه على أعداد من الصبغى (x)

كما أنه يصعب إلحاق هذه الحالة بالخنوثة الحقيقية لعدم وجود مبيض إلى جانب الخصية و قد سبق القول بأن وجودهما معا هو المعيار الذي يعتمده أهل الطب للقبول بأن الخنثى هو من النوع الحقيقي.[152]

3- الاضطـرابـات الهرمـونيـــة

الهرمونات الجنسية هي مواد تفرزها الغدد و هي التي تؤدي إلى تميز جنس الطفل للذكورة أوالأنوثة.[153] و التوازن الطبيعي لهرمون يؤدي إلى تمتع الفرد بهوية سوية، و يكون له جنس محدد، وبالعكس الخلل في إفرازها يؤدي إلى اضطراب الهوية، و كذا الميول الجنسية، و يجعل الاتجاه الجنسي للطفل يمكن أن يضطرب بصفة دائمة[154]. كما يمكن أن يؤدي الاضطراب الهرموني إلى اضطراب مولد الضد Antigène tissulaire H – Y المسؤول عن التخليق أو التمييز الجنسي.[155]

و من بين هذه الاضطرابات نذكر بعض الافتراضات منها :

أ/ إفتـراض متعلـق بمـولـد الضـد H-Y

و من خلال أبحاث الألمان لفهم حالة تغيير الجنس تبين أن Antigène tissulaire H–Y مورث مختص بالكروموزوم y لدى الذكور. أما في حالة المغير لجنسه فيحدث العكس يوجد لدى الأنثى المخنثة دون الذكر المخنث.[156] و يقوم الأطباء بعلاج هذا الاضطراب بعد معرفة سببـه ليعود الشخص لحالته الطبيعية.[157]

هذا في الأخير فان كل البحوث الأخيرة، للتشوهات الهرمونية التي توضح تغيير الجنس تبينت أنها مخيبة للأمل وأفضل المختصين يعتبرون أنه لا يوجد أي اضطراب في الغدد الصماء، يمكن أن نوضح بروز تغيير الجنس، هذا و أضاف pr.Gooren يقول بالرغم عن جملة البحوث المفضلة لم يؤكد هذا الزعم و لو أنه لا يمكن استبعاد دور الهرمون ضمن أسباب تغيير الجنس.يجب التسليم أن الأساس البيولوجي لمعرفة هوية الفرد غير محدد، و لغز تغيير الجنس مستمر.[158]

---

[152] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.118-119.

[153] Youcef Feham, Op.Cit, P .29.

[154] J.Branlard, Op.Cit, P436-437, n° 1278-1279.

[155] J.Branlard, Op.Cit, P436, n° 1276.

[156] J.Branlard, Op.Cit, P 437, n° 1282.

[157] وهناك من يقول أن الاضطراب الهرموني ليس له اثر في تحديد الجنين.
أنظر بالتفصيل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، ص.149-150.

[158] Voir, J.Branlard, Op.Cit, P438, n° 1284.

ب/ **إفتراض متعلق ب CAH زيادة إفراز الهرمونات من غدة الأدرينال الوراثي**

تحدث نتيجة عيب جيني و تؤدي إلى إفراز غدة الأدرينال (فوق الكلية) إلى كميات كبيرة من الأندروجينات، الأمر الذي يؤدي إلى تحول الأعضاء التناسلية في الإناث ناحية الذكورة. و رغم أنه يمكن تصحيح هذا الوضع جراحيا و إعطاء الأدوية التي توقف الإنتاج الزائد من الأندروجينات، إلا أن التغير الذي حدث في المخ أثناء التعرض لهذه الهرمونات في المرحلة الجنينية لا يمكن إزالته.[159]

4/ **افتـــراض لـمـكـونـــات وراثيـــة**

دراسة استعادية قدرت أن غلبة اضطراب هوية النوع ب 12.3% في مجموع 314 توأم، حالات

(ca - occurrence) في وسط العائلة أن العوامل الوراثية يمكن أن تقدم لنا المساعدة.

5/ افـتـراض الـعـرض الـكـيـمـيـائـي قـبـل الـولادة

العـرض الثابت ضد الصرع (phénobarbital et phénytoîne) يمكن أن يؤثر بمستوى هرمون الستيروييد (stéroïde)، وبالنتيجة التفريق الجنسي، دراسة استعادية بينت أن بعض الأفراد المعروضة حصل لها اضطراب الهوية الجنسية ، حاليا أو سابقا.

6/ افتراض متعلق بتشوهات لمحددات الهرمون المخي طيلة الفترة الجنينية

حسب بعض الافتراضات الهوية الجنسية يمكن أن تضطرب بغرض هرموني غير عادي بفقدان الشعور أو الحس المخي للهرمون الجنسي أو للأعصاب الناقلة الملائمة أو بتعديل النواة المركزية لتحث المهاد في كل مرة تطورات الاختلاف الجنسي على المستوى المخي تكون مرة أخرى معروفة **بصفة قليلة** والقصور بكثرة .

الافتراض تقدم في تغيير الجنس استحضر تشوه في عرض لمنشطات الذكورة قبل الولادة.

تزامن أعراض مرض فقد الحس لمنشطات الذكورة (S IA) يعرف بعدم القابلية الكلي أو الجزئي لأجهزة الجنين الذي يحمل كروموزوم (X Y) لتستجيب لمنشطات الذكورة، هذا رغم وجود خصية صالحة ، مع الإفـراز،النقل، و الأيض (قوة البناء والهدم في الكائن الحي) العادي، لتسترون يوجد نقص (عجز) جد مهم في الذكورة، يمكن أن نجد خصائص جنسية خاصة بالأنوثة (كامل S I A) أو غامض (جزئي S I A) مسخ، تشوه ، شذوذ، خروج في القياس حسب درجة الذكورة للأجهزة التناسلية. الطفل يمكن له أن يربى كأنثى أو ذكر، شكل (S I A) محدد ببعض التركيبات المخية يمكن أن تكون تحت المهاد و يمكن أن تكون سببـــــا في **تغيير الجنس**.

هذه الفرضية العصبية البيولوجية دعمت بنتائج دراسة **واحدة بعد الموت** فوق المخي التي بينت عند المغير لجنسه تركيب مخي من نوع أنثوي .

إلا انه لم تعرف دراسات أخرى تدعم هذه الفرضية النتائج، لذلك هذه النتائج لا يمكن أن تعتبر كنهائية؛ باعتبار أن حجم التركيبات المخية يمكن أن تعدل بعـوامل قـرب الموت أو بعد الموت، بعض المؤسسين يعتبرون أن المقاييس وحدها غير كافية و يجب أن نقدر عدد خلايا هذه التركيبات المخية ،

أيضا دراسة أخرى حددت عدد الخلايا العصبية المعبرة عن السوماتوستاتين في الجزء المركزي لـ stria terminalas plancher، على حسب الجنس، التوجه الجنسي للهوية الجنسية و الحالة الهرمونية السابقة

[159] أنظر، مقال الفروق البيولوجية بين الرجل و المرأة، سنة 2008،ص4-5،على الموقع www.arabswell.com/vblt 93879/

والحالية أخرجوا ثانية أن الرجل له مرتين أكثر للخلايا العصبية التي تدل على السوماتوستاتين في حين أن النساء (أ< 0.006) عدد الخلايا العصبية في (Bstc) للمغير لجنسه من أنثى إلى ذكر تختلف عن المرأة (أ =0.83 اختلاف غير مفهوم).و بالنسبة للمغير لجنسه من ذكر إلى أنثى يختلف عن الرجل .
العلاج الهرموني أو تغيير لنسبة الهرمون الجنسي في سن المراهقة لا يظهر أنه أثر في عدد الخلايا العصبية للنواة المركزية Bstc .كل هذه الميكانيزمات الجزئية المفروضة في الاختلاف الجنسي للنواة تحت المهاد لهذا القرب و بعد الولادة المؤثرة في هذه التطورات والنتائج الوظيفية لهذا الاختلاف التشريحي و الوظيفي تستحق بالمقابل أن تفسر و تؤكد[160].و كخلاصة فإن العامل البيولوجي لم يقدم لنا وسيلة مرضية لتفسير الهوية المقابلة، و هذا ما يدفعنا للبحث من جديد عن عوامل أخرى لتوضيح هذه الظاهرة .

الفـــــرع الثـــــاني

الـــعـــوامـــل الـنـفـسـيـــــة

الإحساس بالانتماء إلى جنس محدد له دور في تكوين الهوية الجنسية. ولكي تكتمل الهوية الجنسية يجب أن يتطابق الجنين التشريحي مع الجنس النفسي، و إلا فانه سيتولد لدى الفرد إحساس بانتمائه إلى الجنس الآخر أو ما يعرف بتغيير الجنس.و من مظهره أن يكون لديه اقتناع أنه وجد في الجنس الخطأ، و يكبر هذا الاقتناع معه إلى أن تصبح لديه انحراف رغبة التغير للجنس الآخر، يتبعه قلق و اضطراب حتى تسيطر عليه تماما فكرة التغيير للجنس الآخر، فيبدأ يشمئز من أي شيء من جسده كأعضائه التناسلية ، و ملابسه، و حتى اسمه.و يقاوم بشدة محاولة علاجه نفسيا أو عضويا بالرغم من أن المظاهر الوراثية و التشريحية، الوظيفية تؤكد جنسه الفعلي الذي يتعارض مع إحساسه أي جنسه النفسي.[161]

فالعوامل النفسية هي التي توضح لنا أن إنشاء الهوية المقابلة (identité croisé) مبنية أساس على نظريات التحليل النفسي، و حسبها الاتحاد الوثيق الموفق مع آلام يمنع التقمص النفسي العادي، بالنتيجة الهوية الأنثوية الأصلية للذكر تتطور بطريقة فورية.الذكر يتطابق مع آلام و يظهر له ميل أنثوي.أما تطور الإناث فهو يختلف عن الذكور، فالبنت تحلم أن تكون ذكر، نظرا لإحساسها أنها مرفوضة بسبب أجهزتها التناسلية, التي تجعلها غير راضية.و لاقترابها من أمها يتطور لديها ميل ذكوري.كما أن هناك تحليلات نفسية أخرى توضح أن تغيير الجنس هو كرد فعل لمشاكل عصبية.كل هذه التحليلات توصلت إلى استخلاص أن علاقة الوالدين بأبنائهم يمكن أن تلعب دور في تطور الهوية الجنسية،[162] و هذا من خلال تبيان دور المحيط الأسري في بناء هوية الفرد و مدى تأثيره في تطور تغيير الجنس.

تعتبر مساعدة الأطفال في تشكيل الهوية الجنسية **المناسبة** من المسؤوليات الرئيسية للوالدين، وتسمى العملية التي يتعلم من خلالها الطفل، السلوكات والاتجاهات المناسبة اجتماعيا لجنسه؛ بعملية التطبيع الجنسي. حيث يتعلم الطفل المعايير الجنسية للدور أي الخصائص النفسية التي تعتبر مناسبة لأحد الجنسين وليس للآخر.و يكتسب الطفل الهوية الجنسية، أي الشعور بأنه ولد أو بنت، كما يكتسب معايير الدور الجنسي خلال مرحلة الطفولة المبكرة. كما أن تفضيل دور جنسي على الآخر يحدث في وقت مبكر من الحياة في حوالي الثالثة من عمره.لذا من الصعب إحداث تعديلات هامة في الدور الجنسي أو الهوية الجنسية بعد سن الثالثة.[163]

---

[160] Haute Autorité de santé, Op.Cit , P.23-24.
[161] أنظر، هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء الحديثة، سنة 2005. ص.31-32.
[162] Jaap E.Doek, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit, P.224.
[163] أنظر، شارلز شيفر،هوارد ميليمان، مشكلات الأطفال و المراهقين و أساليب المساعدة فيها، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1996، ص.561.

ولذلك دراسة صيرورة الطفل الحامل لتشوهات غامضة للأجهزة التناسلية الخارجية بينت أن الطفل يتأقلم مع الدور الجنسي الذي تربى عليه، حتى ولو كان جنسه الوراثي او الغددي مختلف عنه.
هناك دراسة أجريت على 124 طفل و مراهق في عيادات خاصة، بينت وجود في عائلاتهم نسب جد مرتفعة من المشاكل الصحية العقلية بحوالي 38 % بما فيها الوالدين و مشاكل صحية جسدية بحوالي 38 % أيضا،هؤلاء الشباب المرضى لهم صعوبة في علاقاتهم مع والديهم من بينهم بالأخص ذكور، و 33 % هم ضحايا تعذيب و اضطهاد أو تحرش.[164]
و من بين الأسباب التي تهيئ وتساعد على دفع الشخص إلى تغيير جنسه تعود إلى التأثير التربوي داخل الأسرة :

1/ معاملة الوالدين

أ. معاملة الطفل الذكر على أنثى

يعمد الوالدان أحيانا إلى التعامل مع الطفل الذكر بصيغة المؤنث، فتلجأ الأم إلى إلباسه ملابس الأنثى، و استعمال صفات و أسماء مؤنثة، في مناداته و تدليله و ترجع الأسباب الكامنة لهذه المعاملة لعدة اعتبارات منها :

- نوع من التعويض عن عدم وجود فتاة في الأسرة.
- أو الدلال الزائد للابن أي لمجرد طلبه ارتداء زي البنات فلا يتردد الوالدين في تحقيق ذلك و يستمر الطفل في لعب هذا الدور مستقبلا.
- أو نظرا لوجود الولد في أسرة من الإناث لتقليد أخواته البنات دون مراقبة من الوالدين أو محاولة لمنعه من لعب هذا الدور بل بالعكس تشجيعه عليه.[165]
- و أحيانا تحمل بعض الأمهات شعورا بالكراهية أو الحسد نحو الذكور، فيعملن على تنمية سلوكات أنثوية لدى الأولاد. فالأم هنا قد تربط الذكورة بالعنف الجسدي و العدوان و الفسق الجنسي، و لذا فهي تفضل أن يكون ابنها أكثر رقة،[166]و معاملة الذكر على أنثى لها آثار سلبية على شخصية الطفل، فاختلاط الدور أمر غير مقبول لأنه يتقمص دور الأنثى بشكل واضح، و تكون هناك صعوبة في التعامل مع الدورين مما يولد لديه سلوكا انحرافيا.إضافة إلى المعاناة النفسية التي يعانيها أفراد هذه الفئة من الناس فيواجهون ضغطا نفسيا كبيرا بسبب ازدواجية الدور الذي يلعبونه مما يسبب لهم الأمراض النفسية.[167]و قد فسر أيضا علم النفس الجيني (psycho génétique) أن معاملة الوالدين لابنهم بدون قصد، على أنه من الجنس المقابل مع اقتناعه على أنه ينتمي نفسيا منذ ميلاده إلى الجنس المقابل و أنه ضحية خطأ الطبيعة.[168]

ب. التفرقة في المعاملة

قد يفرق الوالدين في معاملة الأبناء، فيعامل الطفل بقسوة و البنت برفق و حنان و حب، فيميل الطفل إلى التشبه بالبنات لاشعوريا لينال نفس العطف و الاهتمام و الحب.[169]مما قد يتولد عنه رغبة في تغيير جنسه مستقبلا.

---

[164] Voir, Hante Autorité de santé, Op.Cit , P.22.
[165] أنظر، يوسف عبد الوهاب أبو حميدان، العلاج السلوكي لمشاكل الاسرة و المجتمع، الطبعة الاولى، جامعة مؤتة، سنة 1997، ص.69-70.
Voir, J.Branlard, Op.Cit, P 438, n° 1285
[166] شارلز شيفر و هوارد سليمان، المرجع السابق، ص.564.
[167] يوسف عبد الوهاب أبو حميدان، المرجع السابق، ص.70-71.
[168] J.Branlard, Op.Cit, P 439, n° 1287.
[169] الشهابي إبراهيم الشرقاني، المرجع السابق، ص.125.
فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.66.

2/ توحد الطفل مع والده من الجنس الآخر

تظهر في بعض الحالات علاقة وثيقة بين الطفل و الوالد من الجنس الآخر بحيث يكون الاتصال النفسي والجسمي بين الطرفين قويا إلى درجة متطرفة. وتكون العلاقة من النوع الذي يصفه الوالد أنه " غير قابل للفصم"، فتقل فرصة الطفل للتوحد مع الوالد من ذات الجنس, و لتطوير سلوك الدور الجنسي المناسب[170].و قد يؤثر هذا التوحد في ميوله و تكوين هويته، فالولد اللصيق بأمه بشكل كبير قد ينمو لديه شعور ليصبح **أنثـوي** الهوية أو الميول[171].

3/ غيـــاب أحـد الوالـديـــن

تشير الدراسات إلى أن الأولاد الذين ينشئون في مرحلة ما قبل المدرسة في بيوت بدون آباء أو يغيب فيها الآباء لفترات طويلة تظهر لديهم ميول واتجاهات وتصرفات أنثوية،[172]
فعندما لا يكون لدى الطفل المثل الجيد لمظاهر الرجولة أو حتى أم تعلمه – ولو نظريا – ما يفعله الرجال في شتى المواقف و الأحوال، وتغرس فيه الشعور بالقوة وشدة اليأس.[173]
في السوابق العائلية وجد أن 46% فكرة الأب الغائب الذي أهمل زوجته أو لم يكن متواجد مع الطفل أو أحيانا مكروه من قبل ابنه التي تحدث عنها Stoller ، الأم هي المدافعة أو المتحفظة عاطفيا بنسبة 18,75 %.

فيظهر هنا رسوخ **بنيـــــــة** وجهين؛ وجود أمومة و مسح للأبوة، مسؤولين بدرجات مختلفة. لكن الصعوبة لاندماج هوية النوع المطابقة, ليس للجنس البيولوجي فحسب، الذي لا يعني شيء كبير، لكن للوظائف و الأدوار لمجتمع مفروض، مقرر لهذا الجنس.[174]

و بقطع النظر عن سبب هذا المرض يبقى أن هذا المريض قد تغيرت فطرته السليمة التي يستلزمها تركيبة الصبغي إلى حالة مرضية نفسية - لا يستدعيها اختلاف في التكوين البيولوجي- يجب علاجها عن طريق الطب الحديث المتوافق مع أعراف المجتمعات و تقاليده و ثوابته الدينية.[175]

و حسب Benjamin لا يوجد أي تفسير مقنع، و تغيير الجنس لا يمكن حسبه أن يكون إلا اضطراب أساسي وراثي أو هرموني و طرقه، لم تكتشف بعد.[176]
و في تقرير الدكتور Reid، أن المحيط يمكن أن يكون عامل مهم في تطوير تغيير الجنس لكن غير كاف لتوضيح الهوية المقابلة. كما توصل أنه لا يمكن لا لعلم النفس أو لطب الأمراض العقلية أو النفسية ، و لا للعلوم البيولوجية أن تقدم تفسير قاطع، مرض،لأسباب اضطراب الهوية الجنسية. يبـــدو أن عوامل نفسية غير ملائمة أثناء تطور الهوية الجنسية يجب لن تكون مرفوقة باستعداد بيولوجي أكيد لتغيير الجنس. لكن يبقى لنا الكثير لمعرفته.[177]

إذا كانت حالة تغيير الجنس تتمثل في شعور نفسي داخلي بالانتماء إلى الجنس الآخر، بالرغم من أن جنسه البيولوجي محدد.و هذا التناقض يجعله يشعر أنه ضحية خطأ الطبيعة، و يبغض جسده بغضا يدفعنا إلى سلوك الجنس الآخر و استئصال أعضائه بنفسه أو الانتحار،[178] و لذلك فهذه الحالة جعلت البعض

---

[170] شارلز شيفر و هوارد سليمان، المرجع السابق، ص.565.
[171] J.Branlard, Op.Cit, P 438, n° 1285.
[172] شارلز شيفر و هوارد سليمان، المرجع السابق، ص.564.
[173] فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.66.
[174] Claude ESTURGIE, Op.Cit, p.45-46.
[175] أنظر، فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق،ص.23.
[176] Patrcia MERCADER, Op.Cit, p.52.
[177] Jaap E.Doek, Rapport général, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, P.224
[178] Jacqueline PETIT, L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.267.

يخلط بينها و بين حالات أخرى مشابهة لها كالشذوذ الجنسي و ارتداء ملابس الجنس الآخر و غيرها. الأمر الذي يدفعنا إلى وضع حدود بينها رغم أنها مسالة صعبة إلا أننا سنوضحها في المبحث الموالي.

المبـحـــــــث الثـــالـــث

التمييز بين تغييـــر الجنس و غيره من السلوكات المشابهة له.

سبق لنا أن بينا أن المقصود بتغيير الجنس في حالة الازدواج الجنسي النفسي هو إحساس شخص مكتمل عضوي، بتناقض بين جنسه النفسي و جنسه العضوي، يتولد لديه اعتقاد راسخ و ثابث، بالانتماء إلى الجنس المقابل. مصحوب برغبة عارمة في تغيير جنسه، بواسطة التدخل الجراحي و تغيير حالته المدنية حسب وضعه الجديد.

و حسب Benjamin وآخرين، هناك 5 معايير تعرف لنا تغيير الجنس الحقيقي و هي:

1- الفكرة الغالبة أو الاقتناع الراسخ للشخص بالانتماء للجنس المقابل.
4- تتبع مطلق الكمال، الاخصاء الاجتماعي يسبق الاخصاء الجنسي المرغوب فيه.
5- رفض لبعض الأفعال الجنسية بالخصوص المثلية و مشته المغاير.
6- شخص مكونات البرانويا في طبعه .
7- الانتباه المبكر للاقتناع في وسطه العائلي.[179]

و قد اتضح أن اضطرابات الهوية الجنسية تتمثل في عدم قبول الفرد لهوية الجنسية، و ميله إلى أن يكون من الجنس الآخر.و من ابرز حالاتها التحول الجنسي, بالإضافة إلى حالات أخرى شاذة قد تتشابه معها إلى درجة الخلط بينهم.[180]

و من هنا يثار التساؤل حول نقاط التشابه و الاختلاف بين تغيير الجنس و الحالات الأخرى للسلوكات المشابهة لها، باعتبار أن هناك أهمية كبيرة للتميز بين تغيير الجنس و بين الظواهر الشاذة الأخرى، التي لها أصل نفسي أو عضوي، باعتبار أن التحول الجنسي هو ظاهرة من نوع خاص، و قد تتداخل مع ظواهر أخرى. لذلك كان من الضروري البحث عن الاختلاف الجوهري و وضع الحدود التي تفصل بين تغيير الجنس و المثلية و التشبه بالجنس الآخر و الخنثى، و ذلك تبـــاعـــا :

المـطـــــلب الأول

تمييـز تغييـر الجنـس عـن المثليـة وعن التشبه بالجنس الآخر

قد تختلط أعراض مرض تغيير الجنس، مع بعض الحالات المشابهة كمشتهي الجنس المماثل.إذ أن المغير لجنسه عندما تسيطر عليه فكرة الانتماء إلى الجنس المقابل لنوعه يصبح يميل إلى إقامة علاقات مع أشخاص من نفس جنسه الأصلي.إلا أن هناك اختلاف جوهري بينهما لابد من ضبطه للتمكن من تحديد طبيعة العلة وعلاجها (الفرع الأول).كما يلاحظ أن الراغب في تغيير جنسه يمر بمراحل أولى من مرضه تتطلبه خضوعه لفترة تجربة في العيش كأحد أفراد الجنس الآخر الذي يريد التحول إليه. ومن تم

[179] Agarra JEAN-PIERRE, Op.Cit, p.09.

[180] خالد سليمان، المرجع السابق، ص.40.

فإنه يرتدي ملابس الجنس الآخر ويتشبه به، مما جعل البعض يعتقد أنه شخص متشبه بالجنس الآخر، لكن الأمر ليس كذلك و هذا ما سنحاول توضيحه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تمييز تغيير الجنس عن المثلية

المثلية؛ تتميز بالجاذبية الجنسية المفضلة، لأشخاص من نفس الجنس، مشتـه المماثل (L'homosexuel). مجذوب عاطفيا و جنسيا من أفراد من نفس جنسه.[181]فلذلك قد يكون المغير لجنسه (Transsexuel) أحيانا مثلي أو شاذ جنسيا باعتباره أحد أفراد الجنس الآخر من وجهة نظره؛ أي كونه من نوع مختلف عن جنسه البيولوجي فتتم علاقة جنسية بين شخصين من نوع وراثي واحد[182]، و هنا قد يكون هناك تشابه بين تغيير الجنس و المثلية، إلا أن ذلك لا يجعلهم ضمن نفس الفئة،[183]هناك **اختلاف** بينهما في عدة نقاط :

1/ إن المغير لجنسه يظهر في كل التعاريف؛ أنه شخص يبحث عن علاقة مع شخص من الجنس المقابل، للذي هو عليه[184]، في حين أن المثلي لا يكترث بأشخاص الجنس المقابل وينجذب للجنس المماثل، دون أن نستطيع القول إذا كان ذلك غريزي (Innée) أو مكتسب (acquise).[185]

2/ حسب الخبراء المغير لجنسه يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية بخلاف المثلي له شذوذ في الغريزة الجنسية [186] أو انحراف جنسي.[187]

3/ المثلي يستعمل ويتمتع بأجهزته التناسلية،[188] وله إشباع جنسي بها. ولا يعترضون إلا على جنسهم الاجتماعي والدور الوظيفي المخصص لجنسهم.[189]على عكس المغير لجنسه الذي تبدو له غير نافعة إلى درجة أنها ليس لها علاقة بجنسه و يكرهها،[190] ويرفضون المعطيات الطبيعية لجنسهم ويعتبرون أنفسهم ضحايا خطأ الطبيعة.[191] وفي أغلب الأحوال لا يعود المحولون جنسيا يشعرون بأي إشباع جنسي،[192]
4/ المثلي لا يوجد لديه الإحساس بالانتماء للجنس الآخر، فهو مدرك جيدا أنه منتمي لجنسه البيولوجي و ليس لديه اضطراب في الهوية الجنسية.[193] وهذا هو العكس تماما في تغيير الجنس .

5/ فالمثلي لا يطلب أبدا أن يحول جنسه، في حين أن المغير لجنسه يتمحور أساسا في، الرغبة الملحة لتغيير الجنس.[194]

---

[181] J.Branlard, Op.Cit, P 474, n° 1443.
[182] J.Branlard, Op.Cit, P 475, n° 1445.
[183] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.187.
J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, p.24.
[184] J.Branlard, Op.Cit, P 475, n° 1446.
[185] J.Branlard, Op.Cit, P 474, n° 1443.
[186] J.Branlard, Op.Cit, P 474, n° 1444.
[187] Henri Delvaux, XXIIIe colloque de droit européen, Op.Cit, P.178.
[188] J.Branlard, Op.Cit, P 475, n° 1447.
[189] "Leurs organes génitaux sont objet de satisfaction érotique ; ils ne contestent que leur sexe social ou le rôle culturel assigné à leur sexe ». J Petit, Op.Cit, p.267.
أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 187.
[190] J. Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, p.24.
[191] J. Petit, L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.267.
[192] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.187.
[193] J.Branlard, Op.Cit, P 475, n° 1449.
أحمد محمود سعد،المرجع السابق، ص.187.
[194] J.Branlard, Op.Cit, P. 476, n° 1450.

لذلك فان المثلي يمارس دوره العائلي والاجتماعي المنوط به في مجتمعه، ولا يحول سلوكه الشاذ دون أن يكون أبــا أو أمــا في أسرة طبيعية. أما المتحول فلا يستطيع ممارسة دوره الاجتماعي أو العائلي الخاص بجنسه الأصلي لتعارضه مع هويته.[195]

وعليه مما تقدم فانه حتى و لو كان المغير لجنسه قد مر بمرحلة المثلية؛ لإحساسه أنه من أفراد الجنس الآخر.فهناك فئة قليلة من المغيرين لجنسهم يمارسون المثلية. لكن بالعكس هم كلهم تقريبا متشبهين بالجنس الآخر لذلك كان من الأجدر التطرق لأهم الفروق بينهم .

الفـــــــرع الثـــــاني

تمييــز تغييــر الجنس عن التشبــه بالجنس الآخر (المخنث) Travestisme

مصطلح **التشبه بالجنس الآخر**؛ استعمل في حالات ارتداء ملابس الجنس الآخر.وهم أشخاص عاديين بيولوجيا، ولكن يثارون جنسيا عند وضع ملابس الجنس المقابل،[196] حيث تبدو المرأة في المظهر الخارجي كالرجل، والرجل في المظهر الخارجي كالمرأة ، وأن البعض يشير أنها ظاهرة تقتصر على الرجال الذين يتقمصون شخصية النساء، فيرتدون ملابسهم ويضعون مساحيق على وجوههم في حين أن النساء لا يصابون غالبا.[197] فظاهرة التشبه بالجنس الآخر تعد من حالات اضطراب الهوية الجنسية التي تختلط غالبا مع حالة تغيير الجنس.[198] باعتبار أن معظم حالات تغيير الجنس تمر بمرحلة أولى هي التشبه بالجنس الآخر، وصولا إلى إجراء الجراحة، وهم تقريبا كلهم متشبهين بالجنس الآخر. وهذا هو الذي يبعث إلى الظن أنهم من نفس الفئة، إلا أن الثابت أن التشبه بالجنس الآخر لا يعبر بالضرورة عن ظاهرة التحول الجنسي،[199] ولهذا سنحاول توضيح أهم **الفـروق** بينهم فيما يلي:

1- في التشبه بالجنس الآخر، فان ارتداء ملابس الجنس الآخر يعطيه لذة جنسية. ويحس بأنه في أمان، وله ثقة.وهذا بخلاف المغير لجنسه، فارتدائه لملابس الجنس الآخر لا يبحث من ورائه اللذة الجنسية؛ و إنما يريد أن يكون له مظهر الجنس الآخر لنعرفه و نعامله مثله.[200]

2- أن حالة التشبه بالجنس الآخر مسألة وقتية عارضة (épisodique) أي أن المتشبه بالجنس الآخر يظهر بطريقة عرضية، و ارتدائه لملابس الجنس الآخر هو لفترة من الوقت من اجل الاستمتاع بتجربة مؤقتة كأحد أفراد الجنس الآخر.[201]وتنتهي بمجرد إشباع هذه الرغبة المنحرفة.
أما في حالة تغيير الجنس فارتدائه لملابس الجنس الآخر, ثابت, و دائم، لاقتناعه بالانتماء إلى الجنس المقابل.[202]

3- المتشبه بالجنس الآخر يثار جنسيا أكثر بالظهور بسلوك الجنس الآخر، و هو جد واع بانتمائه لجنسه البيولوجي. و هو بحاجة عميقة ليتصرف مثل الجنس المقابل دون أن يقتنع أنه من الجنس

---

[195] أنس محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.34.
[196] Stoller Robert Jesse, Op.Cit, P.47-48.
[197] أحمد محمود سعد،المرجع السابق، ص. 188.
[198] Jaap E.Doek, XXIIIe colloque de droit européen 1993, OP.Cit, P.219.
فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق،ص.140.
[199] J. Petit, L'ambiguïté…., R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.267.
[200] Collette Chiland, changer de sexe, Op.Cit, P.164-165.
[201] خالد سليمان، المرجع السابق، ص.140.
فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق،ص19.
[202] Jaap E.Doek, XXIIIe colloque de droit européen 1993, Op.Cit, p.219.
J.Branlard, Op.Cit, p. 478, n° 1462.

الآخر، و مقتنع بأعضائه التناسلية [203], و لا يتمنى تغيير جنسه التشريحي؛[204] أما المغير لجنسه فإنه لا يقتنع بجنسه البيولوجي و يرفض أعضائه التناسلية, و يريد استئصالها و تغيير جنسه للجنس المقابل.

4- ظهور المتشبه بالجنس الآخر بلباس امرأة أي يلعب دورها دون أن يضحي برجولته (sa virilité)، بمعنى أن الملابس ليس لها سلطة في تحديد جنسه, و إنما لذته البحث عن الجمال فقط, و بالعكس النساء تتشبه بالرجال.و هذا يختلف تماما عن تغيير الجنس الذي لا يقحم النظام الطبيعي للأشياء.[205]

5- إن المتشبه بالجنس الآخر حسب رأي " Denise Vannereau" مقلد، تملك صورة ليس له. مظهره لا يرجع لطبيعته، عكس المغير لجنسه يطمح لاسترجاع صورته الحقيقية وتجسيدها كليا.[206]فهو يطلب من الأطباء أن يصححوا خطأ الطبيعة و إرجاع جسم مطابق لشخصيته الحقيقية.[207]

6- المتشبه بالجنس الآخر له مشكل المجتمع، أما المغير لجنسه, له مشكل النوع، و المثلي له مشكل جنسي, و هذا حسب Benjamin.[208]

إلى جانب ذلك، قد يختلط تغيير الشخص لجنسه مع حالات الخنثى الذي يعاني من ازدواج جنسي لأسباب عضوية، أو يتم تصنيفه ضمن الأمراض العقلية ولابد من محاولة هذا اللبس في المطلب الموالي.

المطـــــلب الثـــانـــــــي

تمـيـيـز تغيير الجنس عن الـمـرض الـعـقـلـي و عن الخنثى

الخنثى يعاني من ازدواج جنسي عضوي يتطلب تحديد انتمائه إلى جنس معين، قد يكون غير الجنس الطي عرف عليه.مما جعل هذه الحالة تتداخل مع التحول الجنسي الذي قد يجعل الشخص يصبح ينتمي إلى جنس الجنس الذي عرف عليه صاحبه.إلا أن أسباب كلا منهما مختلفة (الفرع الأول).كما أن الطب في بداية الأمر، اعتبر تغيير الجنس مرض عقلي نادر يتمثل في الاقتناع الظاهر بالانتماء لأشخاص الجنس المقابل، تترجم منذ الصغر بتصرفات الجنس الآخر، إلا أن هذه الأمور بدأت تتضح عدم صحتها عند البحث عن أسباب تغيير الجنس (الفرع الثاني).

---

[203] J.Branlard, Op.Cit, p. 478, n° 1459.
Robert Stoller, recherche sur l'identité, Op.Cit, p.51.
[204] J Breton, Op.Cit, p.67.
[205] J.Branlard, Op.Cit, p. 478, n° 1460.
[206] J.Branlard, Op.Cit, p. 478, n° 1459.
[207] J.Breton, Le transsexualisme étude nosographique..., Op.Cit, p.24.
[208] Mercader Patrcia, Op.Cit, p.51.
Denis SALAS, Op.Cit, p. 37.

الفـــرع الأول

تمـيـيـز تغيير الجنس عن الـمـرض الـعـقـلـي

حالة تغيير الجنس اعتبرت في بداية الأمر من الأمراض العقلية حسب منظمة الصحة العالمية التي صنفتها ضمن الانحرافات والاضطرابات الجنسية. فهناك من اعتبرها تتعلق بعصاب استحواذي مع ضياع الشخصية.في بداية القرن XIX بدأت التصرفات الجنسية غير العادية محل دراسة الطب .

Esquirol في كتابة سنة 1838 أعطى أول تصنيف لحالة تغيير الجنس, و هو أن تزامن الأعراض لا يعالج إلا على المستوى النفسي.
أما Dr Kraft Ebin، سنة 1877، اعتبره تحول أو مسخ جنسي ذهاني هذياني؛ وهو في الطب النفسي يسمى ذهان أحادي عرضي؛ أي له صورة خاطئة للواقع[209]،
فهـــل تغييـــــر الجنس يعتبـــر مـــــرض عقلـــي ؟

Dr Benjamin، أخرج تغيير الجنس من سجل المرض العقلي،[210] وهناك أيضا من اعتبره حالة خاصة، [211] رغم أنه عند الوهلة الأولى, يبدو أن هناك تشابه بينهما إلا أن **الاختـــــلاف** موجود وهذا ما سنوضحه تباعا :

1- الجنون؛ هو اضطراب في القوى العقلية يفقد المرء القدرة على التمييز أو على السيطرة على أعماله.[212]

أما تغيير الجنس فهو إحساس بغلبة الجنس النفسي على الجنس التشريحي، و رغبة للتحول إلى الجنس الآخر دون فقدان العقل.

2- عند تحليل حالة المغيـر لجنسه فتجدها تشبه الهذيان (Délire), بمفهوم الطب النفسي والعقلي؛ أي فكرة خاطئة تخالف الحقيقة في حين أن النفسية تعمل بشكل صحيح. باستثناء هذه الفكرة فان المغير لجنسه لا يحمل أي خلل عقلي.[213]

3- الهذيان الذي عند المغير لجنسه لا يعتبر من الجنون في كل المجالات لكن في اتجاه واحد وهذه الفكرة الثابتة لا تفسد المجالات الثقافية المهنية الاجتماعية للشخص.[214]
4- المصاب بالهذيان لا يريد أن يغير جنسه, لكن ينفي وجود جنسه رغم إدراكه لتركيبه. أما المغير لجنسه فهو يعترف أن جسده ذكري أو أنثوي, دون إنكاره الأبدي حتى و لو تأكد انه من الجنس الآخر.[215]

و لذلك فان Esquirol قال نحن لا نشاطر رأي Agnès Masson الذي علق بملاحظة:"حالة جنون أو عته مبكر".[216]

---

[209] J. Petit, Op.Cit, p.266.
[210] J.Branlard, Op.Cit, P. 479, n° 1466.
[211] J. Petit, Op.Cit, p.267.
[212] أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص.194.
[213] J.Branlard, Op.Cit, P. 479, n° 1467.
[214] J. Petit, Op.Cit, p.267.
J.Branlard, Op.Cit, P. 479, n° 1468
[215] J.Branlard, Op.Cit, P. 480, n° 1471.
[216] J.Breton, Op.Cit, p.22.

5- حالة تغيير الجنس لا تغزو كل الشخصية وهي حالة خاصة، و لا يعاني المغير لجنسه، من أي اضطراب عقلي و لا يحمل أي اضطراب عصبي أو نفسي،[217]

و لهذا صدر مرسوم رقم 2010-125 ل 8 فيفري 2010 الجريدة الرسمية الفرنسية، يحمل تغيير للملحق المتضمن المادة D.322 – 1 من قانون الضمان الاجتماعي, المتعلق بالمعايير الطبية المستعملة لتعريف المرض الطويل المدى " الأمراض العقلية والنفسية الطويلة المدى " **وألغـــى** " الاضطرابات المبكرة لهوية النوع ". وبهذا تكون **فرنسا أول بلد لا يعتبر رسميا تغيير الجنس المسمى اضطراب النوع كمرض عقلي** (pathologie mental).[218]

الفـــرع الثـــانـــي

تمييـــــز تغيير الجنس عن الخنثـــى Hermaphrodisme :

الخنثـى؛ هو من لم تتكامل أعضاؤه من التناسلية من الناحية التشريحية والنفسية، إما لتغلب صفة الأنوثة أو العكس.

كما عرف الخنثى بأنه من اجتمعت لديه صفتي الذكورة و الأنوثة معا؛[219] أي أنه يحمل جنسين معا إذا هو ثنائي الجنس (Bisexué)، وهذا ما أدى إلى الاعتقاد أنه يشبه حالة تغيير الجنس باعتبار أن هناك جنس بيولوجي وجنس نفسي في نفس الوقت.إلا أن هناك اختلافات بينهما تتمثل في:

1- في حالة الخنثى له ازدواج جنسي (ذكوري و أنثوي معا) في الأعضاء التناسلية. أما في حالة المغير لجنسه فان الازدواجية ليست متعلقة بالأعضاء التناسلية. وإنما نتيجة اضطراب الهوية الجنسية لوجود تعارض بين الجنس البيولوجي والجنس النفسي؛ بمعنى أنه في حالة تغيير الجنس فان الشخص ينتمي إلى جنس بيولوجي محدد, بخلاف الخنثى فان جنسه غير محدد ،

2- في حالة تغيير الجنس فانه يتم الاعتماد على المعيار النفسي لتحديد الجنس ، وهذا هو ما يتم أيضا عند الخنثى. ولكن الاختلاف أنه في حالة الخنثى فان الأخذ بالمعيار النفسي في تحديد نوعه لا يكون إلا إذا وصل الإنسان إلى البلوغ، و أصبح أهلا لاعتماد قوله مع بقاء إشكاله.و لا يلجأ إليه إلا عند عدم إمكان إعمال المعيار المادي الملموس؛ أي عند تعارض الإمارات الظاهرة بحيث لا يمكن ترجيح جنس على آخر.[220] أما في حالة تغيير الجنس فانه يتم الاعتماد على المعيار النفسي بالرغم أن الشخص جنسه محدد .

3- المغير لجنسه حالة التشريحية والنتائج البيولوجية مطابقة تماما مع الجنس المعلن عنه في الحالة المدنية, و لا يوجد لديه أي غموض جنسي وراثي و قد يوجد لديه تشوهات و راثية قليلة.أما الخنثى فله غموض وراثي, كما يوجد له تشوه جسدي وراثي, لوجود أعضاء جنسية للإناث و للذكور.[221]

4- الخنثى مشكلته إبهام جنسي أصلي، و من تم إذا كان ضحية الطبيعة. فهذا ما يبرر العمليات الجراحية لتحديد جنسه الراجح؛ أي الأمر يتعلق بتصحيح الجنس.و هذا بخلاف حالة تغيير الجنس

---

[217] J.Branlard, Op.Cit, P. 479, n° 1468.

[218] Voir, TRANSEXUALISME : La France ouvre la voie d'un divorce pour faute, www.flagasso.com
Julien Marrochella, La France Ouvre –t-elle la voie d'un divorce pour faute, jeudi 18/03/2010, publié sur site blog.dalloz.fr/blog dalloz/2010/03/transsexualisme

[219] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.191.

[220] شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص.44-45.

[221] J.Branlard, Op.Cit, P. 481-482, n° 1476-1467.

فإن جنسه محدد تشريحيا و يتعارض مع شعوره النفسي، مما يفترض عدم وجود أي خلط في الجنس.فالأمر يتعلق بتغيير الجنس مما يتطلب دعوى تغيير الحالة الجنسية.[222]

5- في حالة الخنثى العلاج الطبي مشروع والجراحة فيه كاشفة, و التغيير ما هو إلا تسجيل للجنس الحقيقي.أما في حالة تغيير الجنس فهناك جدل حول مشروعية الجراحة و هذا لأنها مبدعة (créatrice) للجنس.[223]

في الأخير قد نجد أن تغيير الشخص لجنسه، قد يبرر البعض توافر قصد العلاج فيه بالقياس على بعض الحالات المرضية المشابهة، التي تؤدي إلى فقد الشخص قدرته على الإنجاب، أو قد تتطلب زرع أعضاء تناسلية أخرى لإزالة بعض التشوهات التي تصيب جسم الإنسان و سنوضح ذلك من خلال المطلب الموالي.

المطـــــلب الثـــالـــث

تمييـــز تغيير الجنس عن الأعمـــال الطبيـــة المشابهـــة

تغيير الجنس يمر بمراحل, و آخر مرحلة هي التدخل الجراحي, الذي سيكون باستئصال الأعضاء التناسلية الداخلية أو الخارجية بحسب الأحوال, و هذا ما يحدث أيضا في الخصاء.

استئصال الأعضاء التناسلية قد يترتب عليه فقد وظيفة الإنجاب و التناسل, و هنا يوجد تشابه مع حالة تغيير الجنس.
و قد يتطلب الاستئصال زرع أعضاء أخرى، فهل يدخل ضمن جراحة زرع الأعضاء ؟
و قد يتطلب التخلص من الآلام أو إزالة التشوه في الجسم فهل يتدخل ضمن الجراحة التجميلية ؟

1/ لاشك أن **الخصـــاء** يتمثل في بتر أو قطع كلي أو جزئي للأجهزة التناسلية, سواء عند الرجل أو المرأة؛ أي أن الجراحة تؤدي إلى حرمان الشخص من وسيلة الإنجاب.[224]

أما التعقيـــم؛ عملية جراحية تهدف إلى جعل الشخص غير قادر على الإنجاب أو هو عملية جراحية تحول دون التناسل في الذكر والأنثى أو الغياب الكلي للعمل.[225]
فرغم التشابه بينهما و بين تغيير الجنس في كلا منهما يؤدي إلى إلغاء القدرة على الإنجاب و فقد عضو ضروري للإنجاب إلا أنهما يختلفان في :

1- ففي الخصاء والتعقيم يتم فقد بعض الأعضاء التناسلية دون استبدالها بشيء آخر, و دون المطالبة بتغيير الجنس أو الحالة المدنية لصاحب الشأن بخلاف حالة تغيير الجنس.
2- عمليات الخصاء والتعقيم تكون لضرورة طبية لصحة الفرد. أما تغيير الجنس فهي محل خلاف.

3- الأشخاص محل الاخصاء و التعقيم يعترفون بجنسهم الوراثي و التشريحي, رغم حرمانهم من وظيفة الإنجاب, و لا يريدون تغييره, على عكس المغيرين لجنسهم .

---

[222] أنظر، تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي و الاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلو القانونية و الاقتصادية و السياسية بجامعة الجزائر، سنة 1998، ص.29-30.

[223] J.Branlard, Op.Cit, P. 483, n° 1485.

[224] J.Branlard, Op.Cit, P. 430, n° 1248.

[225] Youcef Feham Op.Cit.p177 et suite.

أنس محمد إبراهيم بشار، المرجع السابق، الهامش1، ص.38.

2/ أما فيما يخص **عملية زرع الأعضـاء،** التي يقصد بها نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف،[226]

1- عملية زرع الأعضاء يتم فيها زرع الأجزاء القابلة للزرع, وهي كثيرة ولا تدخل فيها زراعة الأعضاء التناسلية، لأنها غير جائزة منعا لاختلاط الأنساب.[227] في حين أن تغيير الجنس فيتم استبدال الأعضاء التناسلية الأصلية بأعضاء الجنس الآخر عن طريق زراعتها.
2- زرع الأعضاء تكون بهدف علاجي أما تغيير الجنسي فان هناك جدل لازال قائم حول مدى مشروعيتها لأن فيها تغيير لخلق الله.[228]

3/ الجراحة التجميلية، هي مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل, والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري, تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد.[229] و يقسم الفقهاء و هذه الجراحة إلى جراحة ذات طابع علاجي مباحة و أخرى ذات طابع جمالي ،

هناك من اعتبر عمليات تحويل الجنس، تدخل ضمن **العمليات التجميلية,** و هذا لأن كلاهما يهدفان العلاج من علة نفسيـة - كما هو الحال في الجراحة التجميلية ذات الطابع الجمالي- إلا أن هذا قيـــاس مع فارق و هذا :

1- أن الحالة النفسية التي يعاني منها الراغب في تغيير جنسه لا تشكل سوى انحراف إرادي.فالعملية لا تستدعيها الخلقة الطبيعية للشخص, و هذا بخلاف العملية التجميلية ،حيث يعاني من ضغوط نفسية ليست داخلية فحسب, و إنما اجتماعية تدفعه إلى هذا السلوك .

2- في الجراحة التجميلية يتم إصلاح العيوب, التي قد تظهر على الأعضاء التناسلية (تضخم أو ضمور الأعضاء التناسلية)، و دون المطالبة بتغيير الجنس بخلاف جراحة تغيير الجنس.

3- الجراحة التجميلية تكون لدواعي جسدية؛ قصد الشفـــاء. أما في تحويل الجنس (لغير الخنثى) فهي لغير علة جسدية.[230]
4- في العملية التجميلية - إذا توافرت شروطها -، فإنها تنتهي بنتائج ايجابية تزيد من المردود الاجتماعي للفرد، و هذا ما لا يحدث في عمليات تغيير الجنس التي تبوء بالفشل و قد تؤدي بصاحبها للانتحار.[231]

و من خلال ما سبق يتبين لنا، أن حالة تغيير الجنس عبارة عن تعارض بين جنسين البيولوجي و النفسي؛ أي بين الجانب العضوي و الشعـــوري، و هو أمر أثار جدل كبير حول أي الجنسيـن المرجح. و اختلفت مـواقـف النظـم القانـونية حـول مشروعيته أو حظـره، و مدى خطورتـها خاصة بالنظر إلى شريعتنا الغراء، و هذا ما سنتنـــاوله في الباب المـــوالي بمشيئـــة الله تعالى من رســـــالتنـــا.

---

[226] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.166.
[227] أنظر، محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، الإمارات، سنة 1994، ص.392 و ما يليها.
[228] محمد مختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.200.
[229] أنظر، منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2000، ص.8.
[230] منذر الفضل، المرجع السابق، ص.22.
[231] J.Branlard, Op.Cit, p. 430, n° 1247.

البـــــــــــاب الأول

الطـبـيـعـة الـقـانـونيـة لمشكـلـة تـغـيـيـر الـجـنس

الحق في السلامة الجسدية احتل مكانة هامة في كافة النظم القانونية منذ عصور التاريخ الأولى، و قد كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان لما له من مكانة متميزة عن سائر الكائنات الحية، فخلقه الله عز وجل في أحسن تقويم "...**ألا يعلم من خلق و هو اللطيف الخبير**..."[1] و هو يعلم سبحانه و تعالى كل جوانب نفسه لأنه هو الخالق "...**لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم**..."[2]

من حكمة الله تعالى في خلقه أن رخص لعباده ما يراه من حقوق و التزامات و جعل لهم نطاقا من الحرية في البعض منها، و قيدهم في بعض الحقوق إذا كان فيها مساس بحق الله و حق العبد. و من تم كان لابد على الإنسان، أن يحافظ على جسمه كما خلقه سبحانه و تعالى في إطار الضوابط الشرعية المرسومة له. و التي كانت أساسا مهما لمعظم الأنظمة القانونية التي اهتمت بحماية جسم الإنسان من المساس به, و أدت إلى ظهور مبدأ حرمة جسم الإنسان و حظر المساس به أو ما يعرف بمعصومية الجسد.

هذا المبدأ يتمثل في واجب الإنسان نحو نفسه بعدم مساسه بحياته أو بسلامته الجسدية. [3] و ذلك بأن يحتفظ بتكامله الجسدي، و أن يتحرر من الآلام البدنية، و أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي[4]، لا يعتبر الإنسان مالكا لجسده رغم أنه صاحبه، و لا يملك حق التصرف فيه كما يحلو له.و إذا كان هذا المبدأ يحميه من اعتداء الغير عليه، فهذا لا يعني أن للشخص بمقتضى هذا الحق سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف ما يشاء[5].

و المشكلة التي تثار ليس في تقرير المبدأ على حد تعبير أحد رجال القانون،[6] إنما في وضعه موضع التطبيق، فالواقع يشهد انتهاكات لا حصر لها على جميع المستويات.و لعل أن مشكلة تغيير الشخص لجنسه فيها مساس بالتكامل الجسدي لأن محلها أعضاء التناسل فكان من الطبيعي معرفة مكانتها من الناحية القانونية و القضائية و الشرعية، و لهذا كان لزاما علينا أن نتناول دراسة هذا الباب في فصول ثلاثة و هـــي:

الفصل الأول: الضوابــط التي تحكم مشــروعية الأعمــال الطبيــة لتغيير الجنس

الفصل الثاني: النظام القانوني لعملية تغيير الجنس

الفصل الثالث: عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس

---

[1] أنظر، سورة الملك، الآية 14.
[2] أنظر، سورة التين، الآية 4.
[3] أنظر، حسن كيره، المدخل إلى القانون،منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1993،ص.449.
[4] أنظر،محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الثالث، السنة 29،المجلد 29، سنة 1959، القاهرة، ص.571.
[5] حسن كيره، المرجع السابق، ص.449.
[6] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.61.

الفـصـــــل الأول

الضوابـط التي تحكم مشـروعية الأعمــال الطبيــة لتغيير الجنس

المستقر عليه هو تحريم المساس بجسم الإنسان، لكن قد يطرأ عارض على صحة الإنسان و سلامته، يتطلب ضرورة التدخل للمحافظة عليه و علاجه، و هذا بخضوع المريض لأعمال طبية، التي تستدعي المساس بجسمه، و لا يقتصر مدلول هذا الأخير على الجانب المادي فقط، و إنما كذاك الجانب النفسي و العقلي.[7]

و لا تعني المحافظة على مادة الجسم البشري، مجرد المحافظة على الكيان المادي لجزئيات وعناصر أجهزة الجسم وأعضائه وما تحتويه وتتكون منه، و لكن المحافظة على مادة الجسم تعني أيضا سلامة آداء تلك الأجهزة و الأعضاء لوظائفها المقررة لها وفقا لقوانين الطبيعة.و هذا يتحقق المساس بسلامة الجسم بإحداث أية تعديلات يكون من شأنها تغيير العلاقة القائمة فعليا بين جزئيات الجسم.كما يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم عندما ينال الفعل بالمستوى الصحي لأعضاء الجسم.فالسلامة الجسدية تتحقق أيضا بوجوب توافر السكينة النفسية التي تتمثل فيتحرر الجسم البشري من الآلام النفسية و العصبية أو حالته النفسية عموما.[8]

و لا شك أن التدخل الطبي ينطوي في ظاهره على مساس بالجسد، إلا أنه يهدف للمحافظة على حياة الإنسان و سلامته.و من تم كانت ضرورة العلاج من الاستثناءات على مبدأ حرمة الجسد إذا توافرت شروط مشروعية العمل الطبي و كانت هناك موازنة بين المصلحة الفردية و مصلحة المجتمع.

كما يعتبر أن هناك اخلال بسلامة الجسم، متى نال هذا المساس بعضو أساسي من أعضاء الفرد التناسلية كونه يمس بتكامله الجسدي، ويعيقه عن آداء وظيفته الاجتماعية، كما هو الحال بالنسبة للراغب في تحويل جنسه الذي يريد استئصال أعضائه التناسلية، مما يفقده القدرة على إنجاب أطفال الذي سيعد من أفعال التعقيم العمدي.فإذا لجأ المريض إلى الأطباء، بحثا عن العلاج لشخص يريد تغيير جنسه سواء لعلة عضوية أو نفسية، فإن ذلك فيه مساس بوظيفة عضو من أعضائه التناسلية.وهو أمر يتطلب معرفة مضمون هذه الأعمال الطبية التي ستؤدي إلى استئصال عضو ضروري للإنجاب، و تغييره بآخر اصطناعي و هذا للتمكن من البحث عن العلة أو اساس للقول بالإباحة (المبحث الأول)، وكذا تحديد شروط مشروعية هذه الأعمال الطبية، و الحدود القانونية و الشرعية التي لا يمكن تجاوزها من قبل الأطباء و كذا المرضى للمساس أحد أعضاء جسم الإنسان التي لا يجوز المساس بها بدون توافر قصد العلاج (المبحث الثاني).

[7] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.23.
[8] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.12-13.

المـــبـــحـــــــث الأول

مـاهيـة الأعمـال الطبية لتغييـر الجنـس والعلة من إباحتها

الحديث عن الأعمال الطبية يعتبر مجال خصب، باعتبار أنها تمس مباشرة حياة الإنسان، وتباشر من قبل الطبيب الذي تقع عليه جملة من الواجبات، عليه الالتزام بها حتى لا يعرض للمسؤولية. و لذلك هناك إهتمام واضح في الحقل القانوني و الشرعي بهذا المجال.إلا أن البحث فيه ليس بالأمر الهين نظرا لتطور العلوم الطبية بصفة مستمرة، و ما يصاحبه من أثار إيجابية وسلبية في نفس الوقت، يصعب معها الإعتراف بشرعيتها من عدمها .

و ما هو كمتعارف عليه أن الأعمال الطبية صور و أنواع متعددة، منها أعمال طبية تقليدية و أخرى أعمال طبية فنية حديثة، فالأولى؛ هي التي يتبع فيها الطبيب مراحل العمل الطبي المختلفة من بداية فحصه للمريض إلى أن يشخص حالته المرضية على حسب ما أظهرت التحاليل الطبية و الفحوص.و يقوم ببيان الوسيلة المناسبة للعلاج، وغالبا ما تكون الوسيلة متعارف عليها بين أرباب مهنة الطب، وكذلك الجراحة العادية التي تستخدم فيها آلات جراحية متعارف عليها.[9]

أما الأعمال الطبية الفنية الحديثة فتحديد مضمونها يكون بالرجوع إلى معيارين متكاملين، الأول زمني على اعتبار أن ظهورها يكون منذ مدة زمنية **قصيرة**، و الثاني يتعلق بطبيعة هذه الأعمال التي تخرج عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي، و التي نذكر منها عمليات التجميل و تغيير الجنس....[10]

ومما لاشك فيه أن فتح المجال أمام الأعمال الطبية الحديثة، يترتب عليه مخاطر جديدة يجب الانتباه لها و التي أدت إلى ظهور حالات مستحدثة للأعمال الطبية.فأطباء اليوم يتحلون بروح الكفاح المستمر ضد المرض، ويواجهون بذلك مخاطر العمل الطبي لاستخدامهم أساليب فنية معقدة، قد تجعلهم عرضة للمساءلة القانونية.لذا يجب عليهم توخي الحذر، و اتباع الأصول التي نص عليها القانون.لذا يتطلب الأمر التعرف على ماهية العمل الطبي التي تختلف حسب القوانين التي تنظم ممارسة مهنة الطب حسب كل بلد.و هذا ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الأول.كما أن الأمر يتطلب البحث عن أساس لإباحة الأعمال الطبية، بالأخص في مجال تغيير الجنس و هذا المطلب الثاني.

[9] صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة، عمان،سنة 2011، ص.91.
[10] ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.397.

المطـــــلب الأول

مـاهيـة الأعمـال الطبية لتغييـر الجنـس

تحديد ماهية العمل الطبي أمر صعب، وهذا يرجع إلى أن معظم القوانين التي نظمت ممارسة مهنة الطب لم تنص على ماهية هذا العمل بشكل واضح و صريح.و هو الأمر الذي أدى إلى محاولة البحث لاستخلاص مفهوم لهذا العمل الطبي.

إن تعريف الأعمال الطبية له أهمية في الوسط القانوني، إذ من خلاله يمكن معرفة ما يدخل في دائرة الأعمال الطبية المشروعة فيكون مباحا، و ما يخرج من دائرتها لعدم مشروعيته، فيعاقب عليه و يرتب مسؤولية الأطباء.و بالتالي لتحديد مفهوم الأعمال الطبية أهمية بالغة و كان محل اهتمام كل من القانون (الفرع الأول) و الفقه (الفرع الثاني) و القضاء (الفرع الثالث)، بوضع تعريف للعمل الطبي الذي يمارس على صحة الإنسان.

الفـــرع الأول

تعـريف العمـل الطبـي فـي القـوانيـن الوضـعيـة.

لا تهتم عادة التشريعات على وضع التعاريف القانونية لمعظم المواضيع التي تنظمها، وهذا الأمر أيضا بالنسبة لتعريف العمل الطبي إذ تكتفي بالإشارة إلى الأعمال التي تدخل في نطاقه تاركة هذا المجال للفقهاء. وسنحاول التطرق لبعض التشريعات منها الفرنسي، المصري، ثم القانون الجزائري .

أولا : في القانون الفرنسي

عـرف التشريع الفرنسي تغيرا في مفهوم العمل الطبي، ففي البداية ومن خلال قانون أخلاقيات مهنة الطب إكتفى ببيان الأعمال التي تندرج ضمن الأعمال الطبية.

ففي القانون رقم 35 الصادر بتاريخ 30 نوفمبر لسنة 1892 اقتصر العمل الطبي على مرحلة العلاج فقط. و عند صدور قانون الصحة العامة سنة 1945 والمعدل سنة 1953، كان العمل الطبي يشمل مرحلتي الفحص والتشخيص التي تم إستنتاجها ضمنيا من نص المادة 372 من هذا القانون.[11] ثم جاء قرار وزير الصحة الفرنسي 06 جانفي 1962، الذي لحقته العديد من تعديلات آخرها في يوليو 1979 التي أضافت أعمال الوقاية من المرض[12].

و قد أكد المشرع الفرنسي صراحة في المادة 17 من المرسوم الصادر في 23 يونيو 1979 بشأن أخلاقيات مهنة الطب أن العمل الطبي يشمل التشخيص و العلاج و الوقاية، و هو ما يعكس في حقيقة الأمر مدى تطور مفهوم الصحة في حد ذاته.[13]

---

[11] أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،سنة 2008،ص.15.

[12] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.68.
محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.97.

[13] أنظر، محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الثانية، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2005، ص.21.

ثـانيا : في القانون المصري :

المشرع المصري على غرار المشرع الفرنسي لم يعرف صراحة العمل الطبي، فقد نصت المادة الأولى من قانون رقم 415 سنة 1954 [14] على ما يلي:

لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية، أو عيادة مريض، أو إجراء عملية جراحية، أو مباشرة ولادة، أو وصف أدوية، أو علاج مريض، أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي المعلمي بأي طريقة كانت، أو وصف نظارات طبية **و بوجه عام** مزاولة مهنة الطب بأي صفة كانت، إلا إذا كان مصريا أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها وكان اسمه مقيدا بسجل الأطباء البشريين. وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد.[15]

و رغم وضوح النص إلا أنه ثار التساؤل عما إذا كان تعداد الأعمال الطبية قد ورد على سبيل الحصر أم التعداد.غير أنه من خلال عبارة "بوجه عام" التي تدل أنها على سبيل المثال.و من تم فكل عمل لازم لعلاج المريض يخرج من نطاق المساس بمبدأ عصمة الجسم.

و بالرجوع أيضا إلى المادة 8 من لائحة آداب و ميثاق شرف مهنة الطب البشري الصادرة بقرار من وزير الصحة رقم 234 لسنة 1974 و مشروع لائحة سلوكيات الطبيب التي تنصان على أنه "لا يجوز للطبيب أن يعلن بأي وسيلة من وسائل الإعلام عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد إستخدامها، إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها، و ثبتت صلاحيتها، ونشرت في المجلات العلمية، كما لا يجوز أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أي كشف علمي ". و يتضح من هذا النص أن العمل الطبي يشمل التشخيص و العلاج.وقد طالب رجال القانون بأن ينص المشرع صراحة على مفهوم واضح للعمل الطبي و أن يضمنه الوقاية التي تعتبر من أهم مراحل العمل الطبي للمحافظة على الصحة العامة.[16]

ثـالثـا : في القانوني الجزائري

من خلال الإطلاع على نصوصنا التشريعية، نجد أيضا أن المشرع الجزائري لم يأت بتعريف للعمل الطبي مسايرا في ذلك المشرع الفرنسي. وبالرجوع إلى المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب [17] التي جاء فيها : "يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية، و العلاج، و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز إختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية."

وبهذا و إن كان المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للعمل الطبي، و إنما إكتفى بذكر الأعمال الطبية التي تشمل التشخيص و الوقاية و العلاج. و يكون بذلك قد تفادى الإنتقادات التي وجهت للمشرع المصري، و ساير المشرع الفرنسي بشموليته إلى أعمال الوقاية من المرض.

تعتبر الوقاية جوهر العمل الطبي، خاصة أمام الإعتقاد الخاطئ بأن دور الطبيب يبدأ عندما يصاب الإنسان بمرض و هذا خلافا للمقولة السائدة " الوقاية خير من العلاج " إذ من الممكن تفادي الوقوع في المرض بإتخاذ التدابير الوقائية.

---

[14] المتعلق بمزاولة مهنة الطب والذي عدل بموجب قانون 491 لسنة 1955، و بالقانون رقم 319 لسنة 1956 ثم بالقانون29 و 46 لسنة 1965، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص98.

[15] أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،الطبعة الثالثة،سنة 1990،ص.52.البند.47.

[16] أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق، ص.52.
صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.69.

[17] المرسوم التنفيذي رقم 92- 276 مؤرخ في 5محرم 1413 المرافق ل 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بالجزائر، الجريدة الرسمية، العدد 52.

و يكون بذلك المشرع الجزائري قد سلك طريق غالبية التشريعات التي تترك مهمة التعريف و التأصيل للفقه و القضاء.

الفـــــــــرع الثـــانـــــي

التعـــريف الفقـــهي للعمـل الطبـــي

في حالة وجود فراغ تشريعي في إيجاد تعريف للعمل الطبي، فان الأمر يرجع إلى الفقهاء لسد هذا الفراغ، وقد اختلفت الآراء الفقهية في الشريعة الإسلامية و كذا في فرنسا و مصر و الجزائر في إيجاد تعريف دقيق للعمل الطبي.

أولا : مفهومه في الفقه الإسلامي

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية أنواعا مختلفة من الأعمال الطبية و رأوا أنها تهدف إلى جلب النفع ودفع الضرر، برد الصحة المفقودة، ودرء العلة الموجودة طلبا للراحة، ومن بين هذه الأعمال؛ الفصد، و الحجامة، الختان، قطع العضو المتآكل، قلع السن، جبر العظم، كحل العين....وغيرها من أنواع العمل الطبي.[18]

كما عرف الفقه الإسلامي العلاج النفسي للمخنث سواء من أصل خلقته، أن من تكلفه وتعمده. و قد أخذت الشريعة الإسلامية بالمعيار النفسي في تحديد نوع الخنثى المشكل لترجيح انتمائه إلى أحد النوعين إذا وصل إلى البلوغ، و أصبح أهلا لاعتماد قوله، فقال الدسوقي "ينظر إلى شهوته " و هذا القول نقل عن مالك و الشافعي و أبي حنيفة.[19]

و ذهب إبن القيم إلى تعريف الطبيب بأنه "الذي يفرق ما يضر الإنسان جمعه، أو يجمع فيه ما يضره زيادته، أو يزيد فيه ما يضره نقصه، فيجلب الصحة، المفقودة أو يحفظها بالشكل والشبه، و يدفع العلة الموجودة بالضد و النقيض، و يخرجه أو يدفعها بما يمنع حصولها ".و من خلال ذلك اتضح أنه ذكر فيه الأعمال التي يقوم بها الطبيب أي كافة الأعمال الطبية المتعلقة بوسائل العلاج المختلفة[20].

ثـانيـا : تعـريف العمـل الطبـي في الفقـه القانـونـي

إختلفت الآراء حول تحديد المقصود بالعمل الطبي في المجال الفقهي نتعرض لأهمها تباعـــا:

1/ الـفـقـــه الـفـرنـســي:

عرفه الأستاذ سافتيه " Savatier" بأنه " ذلك العمل الذي يقوم به متخصص من أجل شفاء الغير، مستندا في ذلك إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب، فاللجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن السحر و الشعوذة"[21].

---

[18] أنظرلمزيد من التفصيل، محمد علي البار، المسؤولية الطبية و أخلاقيات الطبيب، هوامش ص.112- 113.

[19] أنظر، حاشية الدسوقي ج4،ص.496.و كذا الحاوي الكبير للماوردي ج 11، ص412. مشار إليهم في شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق،ص.44-45.

[20] أنظر، زاد المعاد في هدى العباد لابن القيم الجوزية: 153/3 مشار إليه فيمحمد أنس ابراهيم بشار المرجع السابق، ص.102.

[21] أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق، ص.53.

كما عرفه هيجر Heger :"العمل الذي يكون أساس إجرائه وتنفيذه تحقيق مصلحة مباشرة للمريض"[22].

و عرفه دي زوبير "Désobet:" و آخرون ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء و تخفيف المرض و وقاية الناس من الأمراض"[23]

و يستفاد من التعاريف السابقة أنها تتمحور في إتجاهين " العلاج، و الوقاية من الأمراض، و قد ضيقت من مجال الأعمال الطبية، و لا تتماشى مع الإتجاهات الطبية الحديثة .

2/ الـفـقـــه الـمـصـــــري:

لقد كان للفقه المصري دور بارز في تعريف الأعمال الطبية نذكر منها:

الدكتور محمود نجيب حسني، يعرف العمل الطبي بأنه: ذلك النشاط الذي يتفق في كيفيته وظروف مباشرته، مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمور، إلى شفاء المريض، و الأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا، أي يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه، و لكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من مرض "[24]
و قد إعتبر البعض من رجال القانون أن هذا التعريف و إن كان شاملا، إلا أنه لم يتضمن شروط مشروعية العمل الطبي، فقد يكون العمل طبيا في موضوعها لكنه شكلا غير مشروع لصدوره من غير طبيب أو بدون رضا المريض.[25]

و قد عرفه البعض"ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص ومؤهل التأهيل العلمي اللازم من أجل شفاء المريض، و يكون هذا العمل وفقا للأصول، و المعارف الطبية المقررة في علم الطب ".
و هذا التعريف يشمل جميع حالات التدخل الطبي لتحسين الحالة الصحية للمريض سواء قام بها الطبيب أم أي شخص آخر متخصص، متى كان عملهم هذا وفقا للأصول و القواعد الطبية المتعارف عليها بين أهل مهنة الطب و ما يرتبط بها.[26]
و لكن الدكتور الشهابي إعتبر أن إقحام أن يكون العمل متفقا مع الأصول العلمية ليس شرطا لإضفاء صفة العمل الطبي، إنما هو شرط لإنتفاء وصف الخطأ عن العمل.[27]
و في هذا المجال وجدنا عدة تعاريف، و لم نرد أن نتعرض لها جميعها حتى نتفادى تكرارها، في جميع المراجع، و لأن البعض منها قد تعرض لبعض النقد من عدة أوجه. فالبعض أعاب عليها أنها إتسمت بالإطالة، إذ المفروض الإختصار قدر الإمكان فهي ليست وسيلة للشرح، بل يكفي تعريف موجز، يكون جامعا مانعا [28].كما أن فكرة المرض ذاتها قد اتسعت و لم تعد قاصرة على الأمراض الجسدية بل شملت أيضا الأحوال النفسية [29]. و بذلك عرفه الدكتور الشهابي "ذلك العمل الذي يمس به من رخص له قانونا بمزاولة مهنة الطب، جسد الشخص برضاه لغرض مشروع ".[30]

---

[22] أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق، ص.54،الهامش1.
[23] رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، بدون بلد الطبع، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص.23.
و كذا في أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.54.
[24] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص.189-190.
[25] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.55.
[26] هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2007، ص.97-98.
[27] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.65.
[28] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.65.
محمد أنس ابراهيم بشار بشار، المرجع السابق، ص.100.
[29] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.76.
رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص.24.
[30] لمزيد من التفصيل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.66.

و مادام البحث عن تحديد مفهوم العمل الطبي كان من أجل دراسة مشكلة تغيير الجنس فقد عرف الدكتور أنس محمد إبراهيم :

العمل الطبي لتغيير الجنس أنه " النشاط الذي يمارسه فريق طبي متعدد الاختصاصات، حاصل على ترخيص قانوني بممارسة مهنته، بقصد استكشاف حالة الغموض الناشئ عن الازدواج الجنسي العضوي أو الخنوثة النفسية ، و تقرير العلاج المناسب لها، متبعا في ذلك ما تقضي به الأصول العلمية المعاصرة في علم الطب و ما تفرضه اللوائح المهنية من آداب ."[31]

3. الـفـقـه الـجـزائـري :

لم نجد أي تعريف للعمل الطبي وإنما الفقهاء في هذا المجال كانوا يعتمدون على تعاريف الفقهاء الفرنسيين باعتبار أن التشريع الفرنسي هو مصدر إقتباس مشرعنا، و لذلك سنحاول في هذا البحث المتواضع أن نضع تعريف محاولين تفادي الانتقادات المذكورة آنفا.
في رأينا فان العمل الطبي هو ذلك " العمل المرخص فيه قانونا للمساس بجسم الإنسان برضاه قصد علاجه متبعا في ذلك الأصول العلمية."

و من تم فإن العمل الطبي لحالة تغيير الجنس:" هو ذلك العمل الذي يقوم به فريق طبي له إختصاصات في الأجهزة التناسلية و الطب النفسي، بغرض إزالة حالة الغموض العضوي أو الشفاء من الألم النفسي الذي يعانيه المريض، و تقرير العلاج المناسب الذي يجيزه القانون مراعيا في ذلك الأساليب الطبية الحديثة."

الفـــــرع الثـــالـث

التحديد القضائي لمفهوم العمل الطبي في فرنسا و مصر و الجزائر.

على غرار ما عرفه تحديد مدلول العمل الطبي من تدرج في الأوساط الفقهية، حيث اختصر في - بادئ الأمر- التشخيص و العلاج، ليشمل الوقاية و الرقابة...فيما بعد، عرف تحديد هذا المدلول تدرجا في الأوساط القضائية كذلك، فتطور و اتسع نطاقه بشكل من خلال بعض الأحكام القضائية التي سنعرضها.

1. الـقـضـاء الـفـرنـسـي:

عرف القضاء الفرنسي تقدما وتطورا ملحوظا و إتسع نطاقه في تحديد مفهوم العمل الطبي و الذي إعتبره في البداية أنه عمل علاجي فقط و لذلك قضت محكمة النقض الجنائية سنة 1929 ، " يعد مرتكبا بجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخصا له بذلك "، تم تغير بعد ذلك ليشمل إلى جانب العلاج، التشخيص، إذ قضت محكمة النقض الجنائية سنة 1957: " أنه يعد مزاولا لمهنة الطب دون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الأمراض". وبعدها إتسع مفهوم القضاء ليشمل الفحوص البكترولوجية و التحاليل الطبية، و ظهر ذلك في أحكام النقض الحديثة، فقضى بمعاقبة من يقوم بدون ترخيص بإجراء الفحوص الطبية أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض بعقوبة جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب [32].

[31] محمد أنس ابراهيم بشار بشار، المرجع السابق، ص.101.
[32] أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق، ص.57-58.

و نحن نؤيد الرأي الذي إعتبر القضاء لم يعرف العمل الطبي و إنما أشار في أحكامه إلى الأعمال الطبية المتعارف عليها في الوقت الذي كانت فيه الدعوى معروضة عليه [33].

2. القضاء المصري:

كان مفهوم العمل الطبي في أحكام القضاء المصري قديما مقصورا على التشخيص والعلاج. و إعمالا لهذا المفهوم قضت المحاكم المختلطة بأن مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص و العلاج لا تقوم إلا بتوافر الخطأ الجسيم.

إلا أنه كان لتطور مفهوم العمل الطبي أثر على أحكام القضاء، فقد شمل إلى جانب التشخيص و العلاج، إجراء العمليات الجراحية و وصف الأدوية و إعطاء الإستشارات الطبية و العقاقير[34] و قد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/02/11، بخصوص جراحة التجميل بأن جراح التجميل و إن كان تغيره من الأطباء، لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، و هذا باعتبار جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته للخطر[35].

3. القضاء الجزائري:

بالرغم من عدم وجود تعريف للعمل الطبي من قبل القضاء فانه مستقر في مجال العمل الطبي الجراحي على ان أي تدخل جراحي لا يمكن أن يتم قبل إجراء الفحوص، و التحاليل اللازمة[36] و إتخاذ جميع الاحتياطات و مراعاة سوابق المريض و ملفه الطبي، و ذلك احترازا مما قد يحدث من مضاعفات وتأثيرها أثناء العملية وبعدها.و هو ما يعني ان القضاء الجزائري مستقر أن العمل الطبي يشمل التشخيص[37]، و العلاج، كما أنه يشمل الرقابة بعد العمليات الجراحية.[38]و في السنوات الأخيرة تطور ليصبح يشمل أيضا الطبية.

و تعتبر عملية تغيير الجنس من قبيل الأعمال الطبية، باعتبار أنها تحتاج إلى تشخيص مشكلة المغير لجنسه إذا كانت عضوية أم نفسية لتقرير العلاج الهرموني أو النفسي أو الجراحي، و مراقبته بعد الجراحة لكن التساؤل حول ما إذا كان هذا النوع من الأعمال الطبية مشروعة ومعترف بها طبيا وشرعيا أن أنها محظورة لمساسها بمبدأ حرمة جسم الإنسان أم أن هناك مبرر لإباحتها بإعتبارها إستثناءا لهذا المبدأ، هذا ما سنحاول أن نتناوله في المطلب الموالي.

---

[33] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.74.

[34] أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق، ص. 58.

[35] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.72. أيضا رمضان جمال كامل، المرجع السابق،ص.27.

[36] أنظر، محكمة وهران، قسم الجنح، بتاريخ 2004.03.03 رقم 2004/1318، غير منشور

[37] أنظر، محكمة وهران (المدني) بتاريخ 20 نوفمبر 1921، مشار إليه في Hakem et Hannouz, précis du droit medical, Office des publications universitaires, Alger, 2000, p.51.marge.48.

[38]أنظر، محكمة الجزائر بتاريخ 04 نوفمبر 1893، مشار إليه في Hakem et Hannouz,Op.Cit,P.56.marge 60,

المـــطـــــلب الـثـــانـــــي

العـلـــة فـــي إبـــاحـــة الأعـمـــــال الـطـبـيـــة

المعروف أن جسم الإنسان، محل حماية من المساس به أو الإعتداء عليه، سواء في الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية، و هذا مراعاة لمصلحة الفرد و المجتمع.

و قد تعتري صحة الإنسان أمراض و علل تستلزم التدخل طبيا للمحافظة على حياته و سلامته الجسدية، الأمر الذي يتطلب التدخل بإقرار شرعية هذه الأعمال الطبية تحقيقا لمصلحة مشروعة.

إن المجال الطبي قد عرف تقدما كبير مما أدى إلى ظهور بعض الطرق العلاجية الحديثة ومنها تغيير الشخص لجنسه الذي يصطدم بمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص " le Principe de l'indisponibilité de l'état"[39] وكان لابد من البحث عن علة لإباحة هذه الأعمال الطبية بصفة عامة وتغيير الجنس بصفة خاصة، و هذا ما يتطلب الخوض في الخلاف الكبير الذي دار حول أساس إباحة الأعمال الطبية في الشريعة الإسلامية بإعتبارها مصدر مهم (الفـــرع الأول) و كذا في مجال الفقه القانوني (الفـــرع الثاني).

الـفـــــــرع الأول

أســاس إبــاحــة الأعـمال الـطـبـيـة في الـشـريـعـة الإسـلامـيـة

اعتنت الشريعة الإسلامية بالنفس البشرية في جميع النواحي، و من مظاهر هذه الرعاية، حثها على التداوي و إهتمامها بأمر الطب و الأطباء، و وضع الأحكام و الضوابط التي تحفظ للمريض حقوقه، بالإستعانة بالأطباء، و اختيار الماهر منهم و الأحذق، و الذي إعتبرت تدخله ضرورة إجتماعية[40]

و قد سمحت الشريعة الإسلامية بمزاولة العمل الطبي، و تركت للأطباء القائمين به الحرية التامة في عملهم، و إستنباط الأساليب المناسبة لعلاج المرضى، و كانت هذه الوسائل تدون في كتب خاصة ليقرأها جمهور الأطباء، كما أباحت الإجتهاد في علاج الأمراض، فالطبيب إعتبر عمله مشروع و لو خالف آراء زملائه في العلاج حتى بنى هذا الرأي على أساس سليم من الفن الطبي[41].

و هناك إجتماع فقهاء الشريعة الإسلامية إنعقد على أن تعلم الطب هو فرض من فروض الكفاية و أنه واجب حتمي على كل شخص أن يتعلمه و لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره، و تعلم الطب هو من الواجبات الشرعية، فالنتيجة المنطقية لذلك ألا يسأل الطبيب عن الأفعال التي يؤدي من خلالها هذا الواجب و نستدل عليها من الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي :

---

[39] Voir, Agarra Jean-Pierre, Op.Cit,p.32.

[40] أنظر، عبد الله محمد الجبوري، مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، مجلة الرسالة الإسلامية،العراق، السنة 17، العدد 168-169، ص.92.

[41] أنظر، احمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر،المجلد 20،ص.46. مشار إليه في عصام احمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم،دراسة جنائية مقارنة، دار الفكر و القانون، المنصورة، المجلد الثاني، سنة 2008،ص.965.

قال رسول الله صلي الله عليه و سلم : " **نعم فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء، علمه من علمه وجهله من جهله** " [42]. و قوله صلى الله عليه و سلم : " **يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء أو قال دواء إلا داء واحد قالوا يا رسول الله و ما هو قال الهرم.**"[43]

و عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " **لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء بإذن الله عز وجل.**"[44]

وهناك أدلة شرعية عديدة لا نريد الإطالة فيها، والتي يستدل منها اعتبار الأفعال التي يباشر من خلالها الطبيب الأعمال الطبية من المباحات، سواء إستند في إتيانها على جسم المرضى إلى إذن المشرع الإسلامي في مقارفتها تحقيقا لمصلحة المريض .إلى جانب إذن المريض بإتيان الأعمال الطبية على جسده، و أن يتجه في عمله نحو تحقيق الشفاء لمريضه وفقا للأصول الطبية في فنون الطب[45].

و بإعتبار أن الأعمال الطبية تحتوي على مصالح و مضار، فالمريض يتحمل المضار و الإيذاء لما يترتب عليها لاحقا من منافع، يتحقق معها شفاء علته وسقمه، غير أنه من الضروري إجراء موازنة بين ما يعود على العبد من مصالح تترتب على العمل الطبي، و ما ينجم عنه من مفاسد، و العمل بالراجح منهما، و لهذا ذهب بعض الفقه الإسلامي الحديث إلى القول نظرا لعدم إمكانية حصر أسباب الإباحة بصورة منضبطة، فإذا لم يوجد دليل شرعي يفيد الإباحة، إرتبط الأمر بالموازنة بين المصلحة و المفسدة، مما هو موكول إلى النظر الفقهي، و نسب الفعل المتضمن لهما إلى الراجح منهما لتعلق قصد الشارع به[46].

و الثابت أن الشريعة، إنما جاءت لجلب المصالح و درء المفاسد، و هذا ثابت بالاستقراء، فقد قال تعالى : "...**وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين..**"،[47] و من هنا فإن ترك الإنسان في حالات تغيير الجنس يكون بالنظر إلى مدى تحقيق التغيير من مصالح معتبرة، ودرجتها من بين أنواع المصالح. و الواقع أن النظر إلى الجانب المادي الظاهر من حاله أن ما به خلقه زائدة، أو أن أمره اتضح على وجه الاطمئنان أو غلبة الظن أنه ذكر أو أنثى، كل هذا يؤدي إلى القول أن العمل الطبي يقصد به إظهار الوضع الحقيقي لهذا الإنسان، و بلا ريب أن ذلك يحقق مصلحة معتبرة شرعا، إذ أنه بهذا يكون أهلا لتحقيق التناسل عن طريق العقد الشرعي باعتباره ذكرا أو أنثى. و ترك هذا الشخص دون تدخل طبي لتقرير حاله على جنس معين فيه إضرار به سواء ماديا و نفسيا، فالمادي هو بقاء العضو الزائد عالق به، أو بقاء الثقب على ما هو عليه، و النفسي حاصل و مرتب على بقاء حاله على ما هو عليه، و رفع الضررين ممكن في الحالين[48].

و هناك إتفاق من الفقهاء المعاصرين على شرعية التغيير في هذه الحالة إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إظهار الأعضاء المطمورة تداويا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة متى تم مراعاة الضوابط الشرعية[49].

---

[42]أنظر، نيل الأوطار،الجزء 8، رواه ابن ماجة و ابو داود و الترمذي عن أسامة بن شريك، مشار إليه في عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.966.

[43] أنظر، نيل الأوطار للشوكاني،الجزء 9،ص.89. مشار إليه في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.68.

[44] أنظر، نيل الأوطار للشوكاني،المرجع السابق،ص.89. و كذا صحيح مسلم،ج4،ص.1769.مشار إليه في محمد أنس ابراهيم بشار بشار، المرجع السابق،ص.68.

[45] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.970.

[46]محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.110.

[47] أنظر، سورة الأنبياء، الآية 107.

[48] شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق(الكتاب)، ص.108-109.

[49] فتوى فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق رقم 168، 1988/11/02 مشار إليها في شوقي إبراهيم عبد الكريم علام،المرجع السابق(الكتاب)،ص.55. هامش 3

الـفـــــــــرع الـثـــانـــــــي

أســـــاس إبـــاحـــة الأعـمـــال الـطـبـيـــة فـــي الـقـــانـــون الـوضـــعـــي

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية حول أساس إباحة العمل الطبي بصفة عامة فالبعض أسسها على القواعد العرفية المستقرة في بعض النظم القانونية قديما كقدماء المصريين و اليهود[50]، و البعض أسندها إلى الضرورة و منهم من بحث عنها في إطار الركن المعنوي و قرر انتفاء القصد الجنائي، و شرف الغاية هو الذي يبيح عمل الطبيب بينما أسسها البعض على سند من رضاء المريض بمقارفة الأعمال الطبية على جسده، أما الاتجاهات الحديثة تسند الإباحة إلى أساسها الصحيح، في كون الأعمال الطبية يباشرها الأطباء من خلال إعتراف النظام القانوني بمباشرة هذه الأعمال وفقا للقواعد التي يحددها[51].

و لعل الأمر يبلغ درجة من الأهمية في البحث عن هذا الأساس من الإباحة، للوصول إلى تكييف هذه الأسس مع الأعمال الطبية المتعلقة بحالة تغيير الجنس باعتبارها محور دراستنا **خاصة** في حالات الخنوثة النفسية، نظرا لانتشار هذه الأعمال في مختلف الدول في السنوات الأخيرة، و ما ساد من فراغ و غموض و استنكار البلدان الإسلامية من هذه الجراحات التي يمارسها الأطباء و هم يجهلون بأحكام الشريعة لتغيير جنس بعض الأفراد و مدى مخالفتها للنظام العام أم لا.

ففي القوانين الوضعية للإباحة تدور في فلكين: أولهما يعرف بالمشروعية العادية، والثاني يطلق عليه المشروعية الاستثنائية، فالأولى تعني إتيان الشخص بنشاطه فعلا لا يندرج تحت طائفة الأفعال المؤثمة.و هي القاعدة التي عبر عنها في فرنسا بعبارة أن كل ما لم يحظر إتيانه فهو مباح.[52] أما الثانية، فيقصد بها إتيان أفعال تتسم بصفة عدم المشروعية لتأثيم عدم المشروعية لتأثيم المشرع إرتكابها، و لا يعاقب على إرتكابها نظرا لتوافر سبب من أسباب الإباحة، و تتحقق هذه الصورة في ممارسة الأطباء لأعمالهم الطبية، فهي تنال من السلامة الجسدية للمرضى لكن هدفها شفائهم إستنادا على ترخيص القانون للأطباء[53].

و من كل ما سبق علينا البحث في كل أساس من الأسس الفقهية للوصول إلى الأنسب للتطبيق على الأعمال الطبية الخاصة بتغيير الجنس.

أولا: تـــرخيـــص الـقـــانـــــــــون

والملاحظ أن الترخيص يتطلب الشهادة العلمية وهذا ما أدى البعض إلى الخلط بين الإجازة العلمية والترخيص القانوني اللازم لمزاولة مهنة الطب، أي الخلط بين إذا كان من أسباب الإباحة العمل الطبي أم من شروط التمتع به؟ و للإجابة على ذلك تأخذ بعين الإعتبار أن علة هذا الأساس هو:

- أن الشارع لا يثق لغير المرخص لهم بالعلاج حسب تقديره للقيام بعمل طبي يطابق الأصول العلمية، و يتجه في ذاته إلى شفاء المريض، و هذا الترخيص قد يكون عاما شاملا كل أنواع الأعمال الطبية، و قد يكون مقتصرا على بعضها و في هذه الحالة لا يكون مجال للإباحة إلا إذا كان العمل داخل حدود اختصاصه.[54]

---

[50] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.96.

[51] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.970.

[52] "Ve qui n’est pas défendu est juridiquement permis" مشار إليه في عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.800 الهامش 1.

[53] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.413.
أيضا عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.987.

[54] محمد نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص.192.

- أن البعض يرى أن هذا الترخيص هو مجرد شرط شكلي، و أن تخلفه لا يحرم الطبيب الحائز على الإجازة العلمية حقه في ممارسة الأعمال الطبي، و كل ما في الأمر أنه يعاقب على جريمة مستقلة تتعلق بمزاولة المهنة بدون ترخيص.[55]

- الحكمة من اشتراط الترخيص بالعلاج هي الحفاظ على صحة الأفراد، و صونها من عبث الدخلاء على مهنة الطب و الذين ليس لهم تأهيل علمي للقيام بهذه المهنة الحليلة.[56]

- الغاية من الترخيص هو التثبت من حصول الطبيب على المؤهل العلمي لمباشرة العمل الطبي

و من تم فترخيص القانون كاشف لحق الطبيب و ليس منشأ لهذا الحق.[57]

و من تم يمكن القول من كل ما سبق بأنه لا يمكن الترخيص بممارسة الأعمال الطبية لمن ليس لهم شهادة في التخصص - إلا ما استثنى بنص وفي حالات استثنائية- و العكس لا يمكن للطبيب الحامل لإجازة علمية أن يمارس مهنة الطب بدون ترخيص فكلاهما يستلزمان بعضهما، و من تم يمكن القول بأن إذن القانون يعد أساسا للإباحة و شرط لممارسة الأعمال الطبية في نفس الوقت، أي أنهما متلازمين، مع الأخذ بعين الإعتبار أن العمل الطبي سابق في الوجود على التنظيم القانوني لمهنة الطب.[58]

وتطبيقا لذلك وعلى الرغم من هذا الإتجاه القوي، إلا أنه لم يعد كافيا لإباحة كافة الأعمال الطبية، و خاصة بعد التقدم العلمي الهائل في كافة المجالات الطبية، و ظهور أعمال فنية حديثة لم تكن معروفة من قبل لدى الأطباء.و عدم مواكبة القانون للتطورات العلمية في مجال الطب خاصة في الدول التي لم تصدر قانونا يلاحق هذه التطورات و يحدد موقفه من الحظر أو الإباحة. و هذا ما هو الحال عليه في جراحة تغيير الجنس، التي لم يصدر فيها المشرع الجزائري تنظيما خاصا بها و لم يبدي رأيه و حكمه فيها.

و من تم فإذا قام طبيب إمتياز أو موقوف عن مزاولة المهنة، و لو كان متخصصا بإجراء جراحة تغيير الجنس، لكان عمله غير مشروع ويسأل عنه، و كذلك الأمر لو أجراها طبيب مرخص له قانونا، و لكن مؤهله العلمي بعيد عن هذا التخصص، ذلك أن الترخيص لا يمنح الطبيب قدرات فنية يمكنه من خلالها إجراء هذا النوع من الجراحات. لذلك هناك من يرى- و نحن نؤيده- الرأي أنه على وزارة الصحة أن تحظر على المرخص لهم بالجراحة العامة إجراء هذا النوع من الجراحة التي لا يمكن القيام بها إلا من قبل المتخصصين علميا في الجراحة التناسلية[59] و هذا بعد الإذن لهم بإجرائها إذا تم الإعتراف بمشروعيتها كما سنبينه لاحقا.

ثـــانـيـــا : مـشـــــروعيــة الـغـــــرض

إن أعمال الجراحة و الأعمال الطبية الأخرى، تعتبر أعمال مباحة، لأنها وسيلة لمنع أمراض خطيرة يبذل المشرع جهده في اتقائها، و هناك مجموعة من الأفعال تعتبر مشروعة بناء على هذا الأساس، و لو أنها في الأصل إعتداءات.

---

[55] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.130.
أيضا، عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.990.
[56] هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص.101.
[57] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.113-114.
أيضا، عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.991
[58]محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.108.
[59] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.76.

إن القوانين التي تضعها الدولة، وخصوصا ما يتعلق منها بالصحة تدل على أن الدولة تقر، و تشجع لغرض مشروع العمل على حفظ الصحة و الشفاء من المرض.[60]

يشترط أغلب الفقهاء، لكي يكون العمل الطبي مشروعا أن يكون تدخله بقصد علاج المريض، و المقصود بمشروعية الغرض؛ ضرورة أن يكون العمل متفقا مع القواعد الشرعية و القانونية التي تنظم فن الطب، و تضع له أصوله الأخلاقية و المهنية، أو بمعنى آخر ألا ينطوي هذا العمل على مخالفة لتلك القواعد.

و لذلك يرى أن مشروعية الغرض ضرورية إلى جانب قصد العلاج، باعتبار أن مشروعية الغرض تتسع لتشمل قصد العلاج و غيره من مقاصد العمل الطبي.[61]
و يقصد بالغرض؛[62] هو الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة، و غرض الإنسان من فعل إرادي ما هو إلا تحقيق المصلحة المباشرة التي له من وراء هذا الفعل.

و لذلك هناك من يرى أن العملية الجراحية إذا كان من شأنها أن تحقق ضررا محضا أو راجحا فإنها تكون غير مشروعة، ويجب على الجراح ألا يجريها. خاصة إذا كانت المفسدة والضرر راجحان على المنافع، و هنا تكون الجراحة غير مشروعة، و تنتفي علة الإباحة، و بزوالها يزول سبب الإباحة، و لأن الضرر لا يزال بالضرر.[63] و من هنا إذا كانت عملية تغيير الجنس مبينة على الهوى و الشهوة، فلا تعتبر موجبة للترخيص بالتدخل الجراحي و لا يتحقق بها شرط جوازهـــا لعـدم اعتبار الشرع لها.و هذه هي الأسس التي نأمل أن يضعها المشرع في الاعتبار عند وضعه لنصوصه.

ثـالـثـا: الـمـصـلـحـــة الاجـتـمـاعـيـة

تقوم فكرة المصلحة الاجتماعية على المبادئ المستمدة من الدين و القانون، وما إستقرت عليه أحكام القضاء، و تقاليد المجتمع. و هذه المبادئ تختلف من مجتمع لآخر، و حتى داخل المجتمع، من وقت إلى آخر، و مع هذا الاختلاف إلا أن غايتها تنصب في منبع واحد و هي إحترام القوانين و تحقيق مصلحة المجتمع العامة، و المحافظة على صحته و سلامة أفراد المجتمع.[64]

و حق الإنسان في سلامة جسمه هو المصلحة التي يعترف له بها القانون، و من ثم فمن مصلحة الفرد أن يحتفظ بسلامة جسمه، فهو صاحب المصلحة المباشرة في هذه السلامة، و لكن لحق الفرد في سلامة جسمه جانب إجتماعي آخر، فهناك عدد من المزايا التي يتضمنها ذلك الحق للمجتمع، و لا يستطيع الفرد أن يحرم المجتمع منها، و أساس حق المجتمع أن طبيعة النظام الإجتماعي تقتضي أن يقوم كل فرد بوظيفته الإجتماعية و هذه الوظيفة تقع على عاتق الأفراد مجموعة من الإلتزامات، التي يقابلها بطبيعة الحال حق المجتمع في إقتضائها[65]، وقد ذهب البعض إلى الإعتراف بشرعية جراحة تغيير الجنس مؤسسا رأيه أنه على الرغم من أن التحول يخل بالوظيفة الإجتماعية التي يؤديها للمجتمع إلا أن العمل الطبي هنا

---

[60] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.115.
[61] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.78.
[62] يختلف الغرض عن الباعث و الغاية، فالباعث هو القوة المحركة للإرادة، و هو الذي يمثل القصور الذهني للغاية و لا شأن له بالغرض. أما الغاية فهي الهدف البعيد للإرادة، و تتمثل في إشباع حاجة معينة،مذكور في صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.116.
[63]رأفت محمد احمد حماد، أحكام العمليات الجراحية- دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية، القاهرة،سنة 1996، ص.157.
[64] رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص.52.، الهامش.1.
أيضا، صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.117.، الهامش.4.
[65] أنظر، حسام الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، ص.54. مشار إليه، رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص.52.

مباح، و لا يعاقب عليه حماية لحقوق أخرى أجدر بالرعاية و إعتداد برضا المريض بهذه الجراحة.[66] إلا أنه و على خلاف ذلك فإن الحق في سلامة الجسم وإن كان في أصله حق للفرد إلا أنه أي مساس بسلامة جسمه بدنيا أو نفسيا أو الإنقاص من تكامله الجسدي يضر بمصلحة الفرد، و المجتمع، و إذا كان الإضرار بمصلحة المجتمع أكثر فإن رضا المريض وحده غير كاف لإباحته مادام ينقص من صلاحية الفرد لآداء وظيفته الاجتماعية.[67]

و تطبيقا لذلك إذا كانت عملية تغيير الجنس من شأنها أن تؤدي إلى إحداث خلل في وظيفته التناسلية أو تنقص منها فإنها تضر بالمصلحة الاجتماعية لأن فيها مساس بصحة المريض، و يتقرر عدم إباحتها.و لذلك فالمصلحة الاجتماعية تعد مصدرا عاما و أساسا صالحا لإباحة كافة الأعمال الطبية، خاصة تلك الأعمال الطبية الفنية الحديثة، التي لم يتعرض لها القانون بنصوص خاصة تبين إباحتها و تضع حدودا لهذه الإباحة، لأن قواعد القانون العامة تضع المصلحة الاجتماعية العامة في المقام الأول و تسير على هديها، فلا تبيح من الأعمال إلا ما يحقق هذه المصلحة، و لا تجرم منها إلا ما يشكل خطرا عليها[68].

و لذلك هناك من إعتبر أن الأساس الذي يصلح لإباحة الأعمال الطبية يتعلق بتحقيق مصلحة مشروعة للمريض نفسه في أن يتمتع بصفة خالية من الآفات والأمراض و التمتع سلامة جسمه بما يتضمنه من عناصر مختلفة، و بذلك يتمكن الفرد من آداء الدور المنوط به لصالح المجتمع سواء تمثل في الوظيفة الإجتماعية، و بذلك يتمكن المجتمع من إقتضاء حقه من أفراده كما يستطيع الفرد بإعتباره أحد لبنات المجتمع أن يكون قادرا على تحقيق تكامل البنيان الإجتماعي و إستقراره.[69]

رابعا : انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب

ذهب الإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي قديما إلى القول بأن الأصل في عدم مسؤولية الأطباء عن أفعالهم أثناء ممارستهم لمهنتهم هو إنتقاء القصد الجنائي لدى الطبيب لأنه لا ينوي الإضرار بالمريض، بل يقصد شفائه، لكن هذا الاتجاه لم يصمد أمام إنتقادات الفقه و أحكام القضاء لخلطه بين القصد و الباعث، و ظهر الإتجاه الحديث في الفقه و القضاء، الذي يرى أن إنتفاء القصد الجنائي لا يعد بذاته سببا لإباحة العمل الطبي[70].
فالقصد الجنائي المتطلب في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، لا يقتضي غير العلم بأن من شأن الفعل المساس بالجسم، و إتجاه الإرادة إلى هذا الفعل، و ما يترتب عليه من مساس، و هذا القصد بعنصرية متوفر لدى الطبيب.[71]

أما الباعث، ليس ركنا من أركان الجريمة، ولا عنصرا من عناصرها، و لا أثر له في وجود القصد سواء كان نبيلا أو ذميما، ظاهر أم خفيا.[72] و يترتب على الأخذ بهذا الأساس إباحة جميع الأعمال الطبية سواء صدرت من طبيب مرخص له بالعلاج، أو صدرت من إنسان آخر، و في هذا إهدار لكافة القوانين

---

[66]أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية و الرتق العذري في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة1993، ص.179.
أيضا أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.426.
[67] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.118.
أيضا، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.180.
[68] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.119.
[69]محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق،ص.108.
[70] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.111.
[71] محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.180.
[72] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.116.
أيضا، صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.111.

المنظمة لمهنة الطب، و التي تحدد الاختصاصات المختلفة للقائمين بالأعمال الطبية على إختلاف أنواعها، بعدما تحدد من يحق له ممارسة هذه الأعمال دون غيره[73]

خـامـســـا: الــضـرورة الـعــلاجـيــة

يقصد بحالة الضرورة أنها حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بإرتكاب فعل محظور طبقا لأحكام قانون العقوبات.
وعرفها سافتيه؛ أنها حالة الشخص الذي تبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررا أكبر محذقا به أو بغيره أن يسبب ضرر أقل للغير[74].

وبتطبيق حالة الضرورة على الأعمال الطبية، والتي تشكل بحسب الأصل مساسا بسلامة الجسم، يقوم الطبيب بعمل موازنة بين الخطر، والأمل، أو فرصة الشفاء عن طريق حساب الاحتمالات، والذي يعتمد بدوره على ما يسمى بقانون الكثرة، حيث يمكن ملاحظة وجود عدد كبير من الحالات التي تؤدي إلى الوصول إلى نتائج متشابهة تقريبا في كل مرة، حتى يمكن القول بأنها تعبر عن الواقع إلى حد كبير، وتعطي نتائج تقريبية لاحتمالات النجاح أو الفشل للعملية[75] لكن حتى يتمكن الطبيب من القيام بالموازنة بين احتمالات النجاح و الفشل يجب أن تكون الضرورة مؤسسة على مجموعة من المعارف النفسية و المعنوية المتعلقة بالمريض[76]

وهنالك رأي عرف الضرورة الطبية -ونحن نوافقه- أن المريض يوجد في حالة تستوجب التدخل السريع بعمل طبي لانقاد حياته أو للمحافظة على سلامة جسده، وليس في الوقت متسع لإنتظار توافر شروط إباحة العمل الطبي في الأحوال العادية، وإلا تعرضت حياة الشخص أو سلامته الجسدية للخطر[77]

واعتمادا على القاعدة الشرعية التي تقرر بأن الضرورات تبيح المحظورات، هناك من إعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة، وليس من موانع المسؤولية، نتيجة تكييف حالة الضرورة مرتبط بالعلة التي تقوم عليها، فإن كانت العلة هي انتفاء حرية الاختيار تعين وصفها بأنها مانع للمسؤولية، أما إذا كان التنازع بين المصالح وحرص القانون على ترجيح أيها وعدم اكتراثه إذا تساوت أهميتها، فمن المتعين تكييف الضرورة بأنها سبب إباحة[78]، وحسب هذا التحليل فان الضرورة الطبية سبب للإباحة لأنها تقوم هنا على ترجيح المصالح، بالإضافة إلى أن الضرورة التي يباح من أجلها المحظور، يشترط لمشروعية التدخل الطبي عند الضرورة توافر شروط وهي :

- وجود الخطر الحال الجسيم يهدد النفس أو السلامة الجسدية؛ أي أن الضرورة هنا يراد بها إتقاء خطر حال على جسم المريض.[79] فإذا طبقنا هذه الشروط و نحن بصدد نشاط جراحي موضوعه تغيير جنس الشخص والتعديل و التحوير في الأعضاء التناسلية لطالب التغيير، وما ينجم عن ذلك من تعطيل للوظائف الطبيعية للأعضاء التناسلية للمحول لجنسه أو صنع عضو تناسلي وإحلاله محل العضو الذي كان به المغير لجنسه قبل إجراء هذه العملية. أي بصدد جراحات متعددة على جنس الشخص، فهل نحن أمام حالة الضرورة أي هل هناك خطر حال جسيم يهدده ؟ و بطبيعة الحال مبدئيا و خاصة في حالة تغيير الجنس بسبب نفسي فان حالة الضرورة غير متوفرة في

---

[73] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.111.
[74] أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص.33.
محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص.544.رقم 210.
[75] حسام الدين الاهوانـي مشار إليها في صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.104. هامش1.
[76] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.173.
أيضا، صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.104.
[77] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.80.
[78] محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص.563.
[79] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.542. .Voir aussi, J. Petit, Op.Cit, p.274

أغلب الحالات نظرا لأنه من الصعب القول بأننا بصدد حالة مرضية تستوجب العلاج خصوصا أن الخط الفاصل بين تغيير الجنس والتشبه بالجنس الآخر ليس على درجة كافية من الوضوح[80]. و بإعتبار أنه قد تبث طبيا أن المغير لجنسه قد يتطلب أحيانا إخضاعه لرقابة طبية لعدة سنوات قبل إجراء الجراحة من الأطباء المتخصصين.[81]

- حتى و لو أخذنا بالضرورة أنها تستوجب الموازنة بين نشاط الطبيب أو الجراح الذي كان يقصد شفاء طالب تغيير جنسه وبين ما يجب التضحية أو المخاطرة به.[82] و إذا كان الخطر الذي يهدد المريض هو عدم تحمل العناء النفسي بين الجنس الذي هو عليه و الجنس الذي يعتقد أنه ينتمي إليه، مما يدفعه إلى الانتحار أو تشويه نفسه وقطع أعضائه التناسلية،[83] فإن ما يجب التضحية أو المخاطرة به حينئذ هو حق المباشرة الجنسية بين الزوجين ومخالفة الإلتزام بالإنجاب، ومن تم فلا يمكن الإستناد لحالة الضرورة لتبرير العمل الطبي لتغيير الجنس خاصة بسبب نفسي.[84]

سادسا: رضا المريض

الحق في سلامة الجسم من الحقوق التي تجتمع فيها الطبيعة الفردية و الاجتماعية، فإذا كان هذا الحق بحسب الأصل يتمتع بالطابع الفردي إلا أنه قدر منه يتصف بالطبيعة الاجتماعية. و إذا كانت الطبيعة الفردية للحق في سلامة الجسم تخول الفرد كافة المكنات على عناصر جسده و احتفاظه بها و التصرف فيها بإرادته، فإن الطبيعة الاجتماعية لهذا الحق، إذا ما ارتضى المساس بعناصر سلامته الجسدية.[85]و لما كان الإنسان أدرى بمصلحته و سلامة جسمه فإن له مطلق الحرية في أن يرضى و يقبل الضرر الذي يصيبه في نفسه أو في ممتلكاته.[86]

و مما لاشك فيه بأن رضا المريض أو ممثليه الشرعيين إن كان قاصرا أو فاقدا للوعي، دور أساسي في إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية عن الضرر الذي يلحق بالمريض طالما قام الطبيب بعمله وفق أصول الفن الطبي المتعارف عليه[87]. فإذا لم يحصل القائم بالعمل الطبي على موافقة المريض، أو من ينوب عنه قبل مباشرة العمل الطبي على جسده، بالرغم من ذلك قام بمباشرة العمل الطبي، فإن فعله في هذه الحالة يكون مجرما[88].

و الرضا قد يكون صريحا أو ضمنيا، فالأول يكون بالقول و الإتفاق على شروط العلاج، و الثاني يكون بمجرد تسليم نفسه إلى الطبيب و الالتجاء إليه[89].

و الرضا الذي يعتد به في حالة تغيير الجنس، هو الرضا المستنير الذي تجمعت فيه للمريض المعرفة الكاملة بتفاصيل العمل الطبي الذي يقوم الطبيب بإجرائه، فمصلحة المريض هي أساس إباحة العمل الطبي، تلك المصلحة التي قد لا يدركها المريض نفسه إنما ينظر إلى توافرها وفقا لما يستقر في ضمير الطبيب، الذي يقع عليه عبء تبصيره بالمزايا المبتغاة، و المخاطر المتوقعة، و مدى فعالية العلاج[90]. إلا أن هناك حالات يمكن للطبيب أن يمارس العمل الطبي على جسد المريض دون الحصول على رضائه أو من ينوب عنه و لا يسال جزائيا و هذا في حالتين:

---

[80] احمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص.453-455.
[81] Voir, J. Branlard, p.498.N°1552.
[82] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.544.
[83] Voir, J. Petit, R.T.D.civ 1976, Op.Cit, p.267.
[84] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.546.
[85] عصام احمد محمد ، المرجع السابق، ص.1008.
[86] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.421.
[87] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.99.
[88] هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص.102.
[89] محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.189.
[90] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.440 و 535.

أولهما؛ إذا كان المريض في خطر جسيم يهدده و كانت الظروف لا تسمح بأخذ رضائه آو إنه رفض صراحة التدخل ، فيعتبر عدم العقاب مؤسس على مانع من المسؤولية.

و ثانيهما؛ إذا كان العمل الطبي أداء للواجب المفروض بمقتضى قاعدة قانونية كما هو الحال في الأمراض الخطرة و هنا يكون سببا للإباحة.[91] و لكن لا يمكن التسليم بأن توافر رضا المريض بالعمل الطبي لوحده سببا للإباحة إنما هو شرط من شروط الإباحة، و لا يمكن أن يكون شرطا و أساسا في نفس الوقت.

يجب الإشارة ، أنه ليس من السهل الحصول على رضا الشخص الذي يرغب تحويل جنسه قبل إجراء الجراحة و أثناء فترة العلاج الطويلة التي يخضع لها، نظرا للمعاناة النفسية التي يعيشها، و رغبته الجامحة بتغيير جنسه للجنس المقابل و هدفه الوحيد هو إجراء عملية تغيير لجنسه، دون الاهتمام بالنتائج المترتبة على ذلك.

و من تم فإن رضا المغير لجنسه لا يصلح لوحده أساسا لإباحة العمل الطبي، ذلك أن الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا للفرد، و لكنه من الحقوق المشتركة بين الفرد و المجتمع. و حق المجتمع يغلب على حق الفرد[92]. لذا يجب أن يجتمع رضا المرض وإذن المجتمع للقول بالإباحة خاصة في عمليات التحول الجنسي،[93] فالرضا الذي يتعارض مع مقتضيات الآداب الحسنة لا يعتمد عليه، نظرا لما ينطوي عليه من ضرر إجتماعي.[94]

ومن النقد الموجه لهذا الأساس، أنه إذا سلمنا بصحة رضا المريض، كأساس لإباحة العمل الطبي، فإن هذا يؤدي إلى تعطيل القوانين المنظمة لمهنة الطب لكونه يبيح الأعمال التي يباشرها غير المرخص لهم قانونا إكتفاء بتوافر رضا من المريض.[95]
وقد إتجهت غالبية التشريعات إلى إنكار قيمة رضا المريض لإباحة المساس بسلامة الجسم ومن بينها القانون الجزائري.[96]
ومن كل ما سبق التطرق إليه حول أساس إباحة الأعمال الطبية فإنه لا يمكن التسليم بسبب واحد لوحده من الأسباب التي تناولناها بالدراسة، و إنما الأسباب كلها مجتمعة لابد أن تكون متوافرة، تحقيقا للمصلحة العامة وصولا إلى شفاء المريض والحفاظ على صحته بقدر الإمكان مراعاة لمصلحة الفرد و المجتمع معا، مع تغليب مصلحة المجتمع عند التعارض. و من تم يباح العمل الطبي و يكون مشروعا.

و مادام جسم الإنسان و سلامة يتمتع بحماية، و أن الفرد لا يملك لوحده التنازل عن حصانة جسمه. فكان لابد من معرفة القيود الواردة على الأعمال الطبية حتى لا يتجاوز الأطباء والجراحين هذه الحدود، حفاظ على صحة المريض وهذا ما سنتعـرض له في المبحث الموالي.

---

[91] هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص.102-103.
أيضا،محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.189.
[92] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 538.
[93] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.1041.
[94] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.538.
[95] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.102.
[96] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.1034.

الـــمـبـحـــث الـثـــانـــي

شـــروط مـمـارســة الأعـمـــال الـطـبـيـة لـتـغـيـيـر الـجـنـس

إن الأنظمة القانونية المعاصرة تبيح مباشرة الأعمال الطبية تأسيسا على إذن القانون للأطباء بممارسة هذه الأعمال على أجسام المرضى، لتحقيق مصلحة المريض النهائية في شفائه. وعلى الرغم من إختلاف الفقهاء حول أساس إباحة الأعمال الطبية إلا أنهم اتفقوا على أن هذه الأعمال لا تباح على إطلاقها. إنما يلزم لإباحتها توافر عدة شروط، و التي تعد شروطا عامة تنطبق على كافة الأعمال الطبية - والتي سنحاول مطابقتها مع حالة تغيير الجنس التي نحن بصدد دراستها-.

يتفق كل من الفقه القانوني و الإسلامي على ضرورة تقييد إباحة الأعمال الطبية بشروط معينة ينبغي الالتزام بها، وعدم تجاوزها، للحفاظ على مصلحة المريض في المحافظة على مادة الجسم و السير الطبيعي لصحته، وتحرره من الآلام البدنية والنفسية.
لكن يختلف القانون عن الشريعة الإسلامية في ضبط إباحة الأعمال الطبية، حيث تتميز الشريعة الإسلامية بإتباع الأدلة الضابطة لمشروعية الأعمال الطبية في كافة التخصصات العلاجية، بينما القانون يقتصر على اتجاه السياسة التجريمية في البلاد، ونظرتها لنطاق الحماية التي يكلفها لحق دون آخر[97].

ولذلك إرتأينا أن نتعرض للقيود التي تحكم الأعمال الطبية بصفة عامة ومحاولة تطبيقها على حالات تغيير الجنس في كل من الفقه القانوني (المطلب الأول)، و الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني).

الـــمطلب الأول

شروط ممارسة الأعمال الطبية لتغيير الجنس في الفقه القانوني

يعد البحث في مباشرة الأعمال الطبية من أدف الأبحاث في فقه القانون، نظرا لأن القائم به من أهل القانون، ومن ثم يعد غريبا بحكم تكوينه الثقافي عن الفعاليات التي تزخر بها الأبحاث الطبية، وقد أدى ذلك إلى مقت الأطباء للتعبيرات والمصطلحات القانونية في مجال الأعمال الطبية، ومن هنا قام حاجز بين مهنة القاضي ومهنة الطبيب في حين أنهما مهنتين متكاملتين.[98]

تعتبر أفعال الطبيب على جسد المريض من المباحات، وذلك لأن الأصل في الأفعال الإباحة، والإستثناء هو التجريم، فأسباب الإباحة تعد إستثناء على الإستثناء، لوجود مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة العقاب، وذلك بحكم أن تجريم الأفعال ليس مطلقا لوجود قيود قد تحد من نطاقه فتخرج أفعالا مجرمة في أصلها إلى الإباحة.[99]

والملاحظ أن النظم القانونية المقارنة تجمع على ضرورة توافر عدة شروط، لكي تنتج الإباحة آثارها في القول بمشروعية العمل الطبي. وهذه القيود بهدف الحفاظ على سلامة جسم الإنسان وتنطبق على ممارسة الأعمال الطبية بصفة عامة، باعتبار أن جراحة تغيير الجنس بسبب عضوي أو نفسي تتطلب علاجا هرمونيا ونفسيا تم تدخلا جراحيا على جسم المغير لجنسه، وتتطلب المساس بأعضائه التناسلية وتغييرها، فانه ينبغي مراعاة هذه الشروط عند إجراء الأعمال الطبية لتغيير الجنس للقول بإباحتها ومن تم تحديد مدى مشروعيتها من عدمها.

---

[97] أنظر، صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.131.
[98] أنظر، عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.980.
[99] أنظر، ايهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية و الجنائية للطبيب، مشار إليه في صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.131.

ومن الناحية القانونية فإن شروط ممارسة العمل الطبي تشمل ترخيص القانون بمباشرتها، لأن المشرع يأذن لصاحب الحق بمباشرته استعمالا لحقه المقرر بمقتضى القواعد المعمول بها في النظام القانوني، و أن يكون الهدف منها الشفاء وفقا للأصول الطبية التي تفرضها قواعد القانون العام، يتمثل في إستلزام إذن صاحب المصلحة المحمية قانونا.

لذا نرى من الضروري، التطرق لهذه الشروط لتحديد مجال إباحة الأعمال الطبية، لنتوصل إلى التعرف بمدى إمكانية توافرها في حالات تغيير الجنس، للوصول إلى تقدير مشروعيتها من عدمها و الآثار المترتبة عليها.

الفـــــــرع الأول

ترخيـص القـــــانــون

تتفق غالبية التشريعات على أن الطبيب لا يحق له ممارسة مهنة الطب، إلا إذا حصل على ترخيص قانوني بذلك، فالترخيص هو الذي يضع العمل الطبي موضع التطبيق. وهذا ما ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي والمصري بأن أساس مشروعية العمل الطبي مرده إرادة الشارع الذي خول للأطباء حق التعرض لأجسام مرضاهم إستنادا إلى أمر القانون أو ترخيص القانون، ولهما نفس الأثر من حيث إباحة الفعل في جميع فروع القانون.[100]

و أهم ما يتطلبه القانون الجزائري لمنح الترخيص الإداري لممارسة الطب عملا بالقوانين المنظمة للمهنة، ما ورد في المواد من 197 إلى 227 من قانون 05/85 المتمم والمكمل بالقانون 90-17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها وكذا المعدل بالقانون 98-09 مضيفا المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب وهذه القوانين تطبق على جميع ممارسي مهنة الطب من أطباء، صيادلة، أطباء أسنان و كذا المساعدين الطبيين، و في هذا المجال قد إشترط المشرع الجزائري في المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها على جملة من الشروط التي يجب توافرها ومن بينها أن يكون طالب الرخصة حائزا، حسب الحالة على إحدى **الشهادات الجزائرية**، دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها....، و كذا أن يكون جزائري الجنسية...، كما أنه إشترط أيضا في المادة 198 من نفس القانون بشأن مزاولة الطب الإختصاصي شرط وجوب حصول المعني على **شهادة** في التخصص المرغوب مزاولته.

كما تشترط المادة 199 من نفس القانون أن يكون طالب الترخيص **مسجل** لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا و أن يؤدي اليمين أمام هذا المجلس. فالترخيص الذي يعد شرطا لإباحة العمل الطبي، يراد به أن يكون الشخص الذي يقوم بالعمل الطبي ممن رخص لهم بمزاولة مهنة الطب، نظرا لحصوله على الدرجة العلمية التي يتطلبها القانون، أو ممن تتوافر فيهم الشروط المحددة في حالات العمل الطبي، الذي يجريه غير المؤهلين علميا، كالقابلات والمساعدين الطبيين، الذين تطلب المشرع الجزائري حصولهم على رخصة بناء على شروط معينة منصوص عليها في المواد من 217 إلى 277 من قانون حماية الصحة وترقيتها المشار إليه أنفا.

كما يشترط في الطبيب أن يكون مقيدا لدى الجهة المختصة، و هذا الشرط هو الذي تطلبه المشرع الفرنسي،[101] و كذا المشرع المصري،[102] و دول عربية أخرى.[103]

---

[100] أنظر، اسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.127.

[101] أنظر، المادة 1/356 من قانون الصحة العامة الفرنسي. Voir, J. Branlard, Op.Cit, P.435.nº1272.

[102] أنظر، المادة 02 من قانون رقم 415 سنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب

[103] أنظر، عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.988.

كما يشترط أن يتمتع طالب الترخيص بجنسية الدولة التي يمارس فيها العمل الطبي وهذه الشروط ينبغي توافرها في أي شخص يتدخل بعمل طبي الذي قد يحصل على ترخيص عام، و إستثناء قد تمنح له السلطة المختصة ترخيص خاص لبعض الأشخاص - المساعدين الطبيين- لتغطية بعض الظروف غير العادية.

فإذا قام أحد بمزاولة مهنة الطب دون أن يكون مرخصا له بذلك، فإنه يخضع للمسؤولية علاوة على أنه يعد مرتكب **لجريمة** الممارسة غير الشرعية للمهن الطبية طبقا للمادة 01/214 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري.[104]
و من تم إذا لم يتوافر شرط الترخيص بمزاولة المهنة، فإن العمل الطبي يخضع للتجريم، و إلا فما لفائدة من شرط الترخيص، الذي لا يقتصر على التثبت من حصول الطبيب على المؤهل العلمي.فالشهادة المعتمدة من كلية الطب تكفي لذلك، لكن الترخيص يهدف إلى التأكد من صلاحية الحاصل على المؤهل العلمي بممارسة أعمال الطب و الجراحة.[105] و لا يعفى الطبيب غير المرخص لهم من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها المعرفة قانونا و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكمها.[106]
و بتطبيق هذا الشرط، فإن المطلوب في الفريق الطبي في حالات تغيير الجنس، أن يكون متعدد الاختصاصات، و أن يحمل كل منهم ترخيصا قانونيا بمباشرة التخصص الطبي المحدد له، للتأكد من الحالة التي يعاني منها طالب تغيير جنسه، و توافر ضرورة التدخل الجراحي بعمليات جراحية مبدعة أو تجميلية، كاشفة أو تصليحية.[107] و يتكون الفريق الطبي من أطباء ذوي اختصاصات مختلفة و تشمل على الأقل:

طبيب المسالك البولية	Urologue
طبيب الـــغـدد	Endocrinologue
طبيب جـــــــراح	Chirurgien
جراح تـــقـويمـــــي	Plasticien
طبيب نـفســـــــــي	Psychologue
عالم نـفـــــــــس	[108] Psychiatre
طبيب نـســائـــــــي	Gynécologue

و الغاية من هذا الفريق الطبي هو التشاور الطبي للقدرة على إتخاذ قرار جماعي بإجراء العملية الجراحية من عدمها، بعد التأكد من توافر الشروط الأخرى التي نتطرق إليها لاحقا في العمل الطبي قصد الشفاء
و تحقيق مصلحة مشروعية ليتم إزالة حالة إضطراب الهوية الجنسية، و تحديد الجنس الذي يمكن الإنتماء إليه و ما يترتب عليه من أثار .

---

[104] تنص المادة 234 " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 243 من قانون عقوبات الجزائري على الممارسة غير الشرعية للطب....كما هي محددة في المادتين 214 و 219" أي تحيلنا إلى توقيع العقوبة المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات و هي الحبس من 3 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20 ألف إلى 10 ألاف أو بإحداهما.
[105] أنظر، صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.135.
[106] أنظر، نقض 2 مارس 1981، مجموعة أحكام النقض السنة 32 رقم 31، ص.196. مشار إليه في عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.990.
[107] Voir, J. Petit, Op.Cit, P.287.
[108] Voir, Gooren, le rôle du médecin au prés du transsexuel, XXIII colloque de droit européen, 1993, Op.Cit, P.57.

الفـــرع الثـانـــي

قـصـــد الـــعـــــلاج

يعبر عن هذا الشرط بحسن النية، ذلك أن الحق في مباشرة العمل الطبي له غايته التي من أجلها أباحه القانون، لذلك كان جوهر العمل الطبي هو علاج المريض أي تخليصه من مرضه أو تخفيف حدته، و يدخل في مفهومه الوقاية من المرض و الكشف عن أسباب سوء الصحة.[109]

فسلامة جسم الإنسان هي من النظام العام، و أن حمايتها أمر يقتضيه الصالح العام، و لا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا إذا كان فعل المساس بسلامة الجسم يحقق فائدة للإنسان نفسه، بإنقاذ حياته أو علاجه من علة ألمت به، فالهدف العلاجي يعد شرطا من شروط إباحة العمل الطبي.[110]

و هذا الشرط ذو طبيعة شخصية باعتباره يقوم على باعث معين لدى من يباشر العمل الطبي، و هو متميز عن الإتجاه الذاتي للعمل إلى شفاء المريض إذ أن هذا الإتجاه عنصر في العمل الطبي، و له طبيعة موضوعية.[111]

و قد أكد المشرع الجزائري على شرط قصد العلاج من الشروط اللازمة لإباحة العمل الطبي وهذا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في مادته 17 : " يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه "

كما نص في المادة 18 منه:" لا يجوز في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا **العلاج** يعود بفائدة مباشرة على المريض."

و بمطابقة هذا الشرط على حالة تغيير الجنس، نكون أمام حالة مرضية الهدف من النيل منها هو تخليص صاحبها من الآلام البدنية و النفسية التي أصيب بها، وبذلك نكون في دائرة إباحة العمل الطبي طالما أن الهدف من وراء ذلك هو المحافظة على الصحة التي هي محور السلامة الجسدية.[112]

و لذلك يجب أن يوجد بجسم المريض الذي يريد التحول أجزاء مطمورة أو مغمورة في جهازه التناسلي، أو إصابته بأعراض مرضية معينة سواء بدنية أو نفسية متى كان نحو معين من الجسامة يخل بعناصر السلامة الجسدية لديه، و هنا يفترض أن تكون أعضاء و أجهزة الراغب في تغيير جنسه أقرب لأعضاء الجنس المتحول إليه -أي تكون أعضائه بها غموض جنسي عضوي-، و في هذه الحالة تصحح أعضائه وتزال كل التشوهات الخلقية التي تعتريه و تتوافر الضرورة العلاجية، و هو أمر متفق عليه فقها و قضاء في كل من مصر و فرنسا أنه مباح.[113]و لا يختلف الحكم عنه في الفقه الجزائري.

أما حالة الشخص الذي يبدي المغير لجنسه نفوز و اشمئزاز من أعضائه التناسلية ويتكبد نتيجة ذلك **آلام نفسية** تجعله يشعر بالإحباط و أنه ضحية خطأ الطبيعة.[114] و في هذه الحالة (تغيير جنسي بسبب نفسي) فإن الأمر يعتبر أكثر تعقيدا لأن الآراء اختلفت من مجتمع إلى آخر حول مدى توافر قصد العلاج أم لا و قد إنقسموا إلى إتجاهين:

---

[109] أنظر، محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص.193.
[110] أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.55.
[111] أنظر، محمد نجيب حسني، المرجع نفسه، ص.193.
[112] أنظر، احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.428.
[113] Voir, J. Branlard, Op.Cit, P.444.nº1308.
أيضا،عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.1050.
[114] أنظر، احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.433.

الأول : يرى أن الرغبة في التحول عن نوعه دون أن تكون لديه مشكلة صحية سواء بدنية أو نفسية، والتغير هو لمجرد الرغبة في التغيير دون توافر ضرورة علاجية تبرر ذلك التغيير، ويرى أن إباحة التغيير يستلزم **إذن المجتمع** بإعتبار أن التحول يحدث آثار في النطاق الإجتماعي.[115]

الثانـــي : يرى أنه بالرغم من أننا لسنا بصدد مرض عقلي، إلا أننا إزاء حالة مرضية، و قصد العلاج متوفر، لأن علاج الآلام النفسية هو علاج يقصد به الشفاء من مرض عضوي بمعنى الكلمة نظرا لأن الإرتباط بين البناء النفسي و البناء العضوي لجسم الإنسان وثيق الصلة.[116]

و من هنا يمكن القول أن فكرة المرض قد لحقها تطور، حيث أصبحت تشمل كل اعتلال بالصحة سواء تمثل ذلك في الجانب العضوي لمكونات جسم الإنسان أو في الآلام النفسية و التي تنجم عن عوامل بيولوجية و اجتماعية نتيجة لمعايشة الفرد مع أفراد المجتمع.[117]

و من تم فإن الهدف العلاجي يمكن أن يتوسع مفهومه ولا يقتصر على المعنى الضيق، ومصلحة المريض يمكن أن تكون نفسيا مثل جسديا، معنويا كما جسمانيا.[118]

و يمكن أن يتحقق قصد العلاج عندما يتمتع الإنسان بالراحة البدنية والنفسية متحررا من بعض الآلام التي يعاني منها نتيجة مرض عضوي أو نفسي[119]. ونرجئ الحديث بالتفصيل في هذه الحالات عند التطرق للتنظيم القانوني لعمليات تغيير الجنس في موضوع دراستنا.

الفـــرع الثـــالـــث

إتـبـــاع الأصـــول الـطبيـــة

لا يكفي توافر الشروط السابقة لوحدها، لكن يجب على الجراح أن يلتزم عند إجراء الجراحة بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة، أي يجرى العمل الطبي في حدود القواعد و الأصول الطبية التي يعرفها عالم الطب و الجراحة.[120]

و يقصد بهذا الشرط إتباع القواعد التي تفرض الإنتباه والحيطة والحذر، و أيضا الواجبات التي تفرضها طبيعة الأعمال الطبية مثال: تعقيم الآلات الطبية و متابعة المريض بعد إجراء الجراحة وغير ذلك.[121]

و الأصول الطبية التي يجب أن يراعي الطبيب إتساقها، وما يجريه من أعمال طبية، هي المبادئ و القواعد الثابتة و المتعارف عليها نظريا و عمليا في طائفة الأطباء، ويجب الإلمام بها حال مباشرة الأعمال الطبية.[122]

---

[115] أحمد عصام محمد، المرجع السابق،ص.1050-1051.
[116] أحمد محمود سعد، المرجع السابق،ص.432.
[117] أحمد محمود سعد، المرجع نفسه،ص.429.
[118] Voir, J. Branlard, Op.Cit, P.443.nº1306. « L'interet du malade peu etre aussi bien psychique que physique, morale que corporel . »
[119] أحمد محمود سعد، المرجع السابق،ص.429.
[120] رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق،ص.107.
[121] هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق،ص.104.
[122] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق،ص.207.

و الأصول الثابتة هي التي يتعارف عليها أهل العلم في مجال الطب الجراحي، و لا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسبون إلى علمهم وفنهم[123] و ليس معنى هذا أنه يجب على الطبيب أن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء، إذ يترك له قدر من الإستقلال في التقدير، و لا يسأل إلا إذا ثبت أنه في إختياره، للعلاج أظهر جهلا بأصول العلم و الفن الطبي.[124]

و إذا تعرض الطبيب لحالة تستعصى على مثله، فيجب عليه أن يشير للمريض أو أهله بالإلتجاء إلى طبيب متخصص أعلى منه شأنا و أكثر منه علما، و إن لم يفعل هذا يكون بذلك متجاوزا الحدود المرسومة لمهنة الطب، و إن تجاوزها إعتبر مستوجبا للمسؤولية رغم رضاء المريض[125]

و بتطبيق هذه الحالة على مشكلة طالب تغيير جنسه، فإنه لا يمكن لطبيب غير متخصص أن يرجح الجنس الحقيقي الذي ينتمي إليه المغير لجنسه خاصة، إذا كانت لعلة نفسية أي ذلك الإحساس النفسي بالإنتماء إلى الجنس المقابل.

و المتفق عليه أن العمل الطبي لا يضمن النتيجة، وإن كان يتوجب عليه العناية والحيطة اللازمة أثناء التشخيص والعلاج للمريض.[126] و في هذا الصدد فان الفقه الطبي الفرنسي يقر أن التدخل الطبي يجب أن تتم بحيطة أكثر، وأن استشارة عالم نفس جد مهمة.[127] ويشمل التزام الطبيب بمراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب نوعين من القواعد، منها قواعد عامة متعلقة بالحياة الإجتماعية -وهي تشمل و الحذر- ، و كذا القواعد التي تشمل على الأصول الطبية المعروفة والتي استقر عليها أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات و الإخلال بها يسمى بالخطأ الفني أو المهني. و هذه القواعد يدركها أهل الفن المختصون، و معيارها مسلك الطبيب العادي أو الوسط في زمن و مكان معينين.[128]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه :" يتابع طبقا للمادتين 288 (قتل الخطأ) و 289 (جرح الخطأ) من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو **خطأ مهني يرتكبه** خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته." ، و من خلال هذا النص تبين أن المشرع الجزائري تطلب مراعاة الأصول الفنية للطب كشرط من شروط إباحة الأعمال الطبية و تخلفه يرتب مسؤولية جزائية على القائم بالعمل الطبي، و الواضح أن إتباع الأصول العلمية في المجال الطبي و الجراحي لحالة تغيير الجنس يتطلب إجراء الفحص من فريق طبي متخصص و إخضاعه لعلاج نفسي، و هرموني، مرورا إلى الجراحة ولمدة معتبرة، حتى يتم التأكد من حالة المريض العقلية حتى يكون مدرك لنتائج العمل الطبي.

---

[123] أنظر، حكم محكمة مصر الابتدائية 1942/10/3، المحاماة،السنة 26، رقم 55، ص.131. مشار إليه في رأفت محمد أحمد حماد المرجع السابق، ص.108.

[124]أنظر، محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء و الجراحين الجنائية، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول، السنة 18، مارس 1948، المجلد 18،ص.301.

[125] محمود محمود مصطفى، المرجع السابق،ص.302.

[126] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق،ص.157.

[127] J. Branlard, Op.Cit, p.447.nº1320.

[128] أنظر، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الاعمال الطبية و الجراحية، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية، سنة 2006، ص 44.

الفـــرع الرابـــــع

رضـــا الـمريـــــض

هناك إعتبارات أخلاقية يقوم عليها مبدأ احترام إرادة المريض، الذي يتمثل في ضرورة إحترام حرية المريض و إختياره.فالمريض كائن حيّ، يتمتع بالحرية الكاملة و من تم يجب أن يكون من حقه أن يختار بين قبول العلاج و رفضه، و ليس من حق أحد و لو كان الطبيب نفسه، أن يصادر على حرية المريض، و يفرض عليه علاجا دون رضاه. كما أن هناك اعتبارات قانونية تتمثل في مبدأ معصومية جسم الإنسان، و كذا إلتزام الطبيب بعدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضائه بالعمل الطبي.[129]

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي به المريض، فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك و لكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم و علة تطلبه رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة.[130]

و كل إعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسمه حتى إذا كان الدافع إليها مصلحة المريض يرتب **مسؤولية** على من إرتكبه حتى كان في استطاعته أن يحصل على ذلك الرضاء.[131]

و هنا يجب التنويه إلى أن عدم أخذ رضاء المريض بالعلاج والمسؤولية المترتبة عنه مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب خطأ الطبيب في العلاج، فجزاء الإخلال بالالتزام بسلامة جسم الإنسان يعتبر من **النظام العام**، و لا يجوز الإتفاق على الإعفاء منها أو على تخفيفها، بل و لا يعتبر رضا المريض خطأ من جانبه يوجب إشراكه في المسؤولية ، إذ المفروض أن المريض لم يلجأ إلى صاحب الخبرة إلا للإستفادة من خبرته، و لا عتاب عليه إذا قبل رأيه معتمد على خبرته الفنية و كفاءته في مهنته.[132]

و قد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي و التزامه بمراعاته طيلة مراحل عقد العلاج.[133]

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 41 من قانون أخلاقيات الطب (المادة4127 R من قانون الصحة العامة): "لا يمكن إجراء أي تشويه في الجسم إلا بناء على سبب طبي جاد إلا في حالة الضرورة أو الإستحالة، بدون إعلام صاحب الشأن و الحصول على **رضائه** ".[134]

---

[129] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي،المرجع السابق،ص.13.
أيضا، احمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص.95.

[130] ،أنظر، محمود نجيب حسني،القسم العام، المرجع السابق، ص.193.

[131] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.48.

[132] أنظر، سميع عبد السميع الأوذن، مسؤولية الطبيب و الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2004،ص.23.
أيضا، بسام محتسب الله، المرجع السابق، ص.163.

[133] Voir, J. Branlard, Op.Cit, P.445.n°1313 et p.446.n°1314 et p.447.n°1328.
Voir aussi, J. Petit, Op.Cit, P.276.

[134] « Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médicale très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et son consentement.»

كما نص المشرع الفرنسي 1994، عند صدور القانون الخاص بالجسم البشري وتعديل القانون المدني الفرنسي [135] على شرط الرضا وهذا ما جاء في المادة 3/16 من القانون المدني:

"لا يجوز المساس بالسلامة البدنية للشخص إلا لضرورة علاجية ويجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة العلاج، باستثناء حالة الاستعجال التي تتطلب تدخل علاجي و لا يمكن الحصول على موافقة المريض بسبب حالته الصحية".[136]

أما في القانون الجزائري: فقد ورد في قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المادة 154: يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك.

يقدم الطبيب العلاج الطبي، تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لانقاد حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، و يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب.

كما جاء في المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب (مرسوم تنفيذي 276/92) "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته ."

و باعتبار أن المغير لجنسه يخضع للعديد من الفحوصات التي تسبق التدخل الجراحي لتغيير الجنس، فان الفريق الطبي يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار النتيجة الإيجابية لهذه الفحوص المسبقة و الموازنة بينها و بين الفائدة التي تعود من التدخل الجراحي، و مدى قابلية المريض لإجراء العملية. لذا يجب أن يصدر الرضاء من المريض الذي يرغب في تحويل جنسه ليس فقط إبان إجراء التدخل الجراحي، و إنما أثناء الفترة التحضيرية الطويلة التي يخضع فيها المريض للعلاج الهرموني [137] و النفسي.لكن يجب الأخذ بعين الاعتبار أن السلطة الممنوحة لشخص على جسده منحصرة في الأعمال الطبية التي أجازها المشرع ومن الشروط المتطلبة في الرضا حتى يكون صحيحا و يتعد به قانونا هي :

- ألا يكون العمل الطبي مخالف للنظام العام و الآداب، و كذلك هناك من إعتبر أن رضا المريض في عمليات العقم الصناعي وتغيير الجنس لا قيمة له.[138]
- يجب أن يكون الهدف من العمل الطبي يحقق الشفاء،
- أن يصدر الرضا من المريض أو ذويه إذا كان غير أهل أو غير قادر على التعبير عن إرادته.[139]
- يمكن أن يكون الرضا صريحا أو ضمنيا، و قد يكون مكتوبا أو شفاهة [140] خاليا من العيوب التي تمس سلامته كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال.[141]
- أن يكون رضا المريض صادرا على بينة تامة و اختيار مطلق، أي بعد إعلامه بحقيقة مرضه وطبيعة الجراحة الطبية التي ينصرف إليها رضاؤه، و المخاطر المترتبة على الجراحة و الآثار التي قد تنتج من إجرائها أو عدمه.[142]

---

[135] Voir, Loi n° 94-65 du29/07/1994 relative au corps humain modifié le code civil français, petites affiche 14 décembre 1994, n°149, p.41.

Voir, L'article 16-3 du code civil français : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement hors le cas ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas a même consentir. »

[137] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.438.

[138] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق،ص.141و 144.

[139] محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.189.

[140] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق،ص.147.

[141] رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق،ص.131.

[142] أنظر بهذا الصدد بالتفصيل، عبد الرشيد مامون، المرجع السابق،ص.18 و ما بعدها.

لكن يجوز في بعض الحالات أن يقدم الطبيب على ممارسة العمل الطبي على جسد المريض دون الحصول على رضائه، أو رضاء من ينوب عنه، و هذا في حالتين؛ إذا كان يهدده خطر جسيم أو في حالة الأوبئة و الأخطار العامة [143] للوقاية من المرض.

إذا كان المبدأ هو أن للمريض حرية كاملة في قبول العلاج الذي يقترحه الطبيب أو يرفضه، فإذا حدث الرفض، يكون من واجب الطبيب إقناعه بالعدول عن موقفه، و يمكن أحيانا للطبيب التدخل بالرغم من الرفض الصادر من المريض إذا كان رفضه غير مبرر للعلاج، و هذا في فرضين؛ إما أن يرفض مبدأ العلاج أصلا أو أن يقبل العلاج لكن يرفض بعض الأعمال العلاجية.[144]

و قد يكون الرفض هنا يتعارض مع مصلحته، و تدخل الطبيب هنا يستند إلى واجب تقديم المساعدة لشخص حياته مهددة بالخطر، و يبقى في منأى من المسؤولية.[145]

و نشير إلى أن هناك من ذهب إلى إنكار توافر شرط الرضا، في مباشرة الأعمال الطبية، مستندا إلى عدم توافر الإمكانيات العلمية لدى المريض، لمعرفة تفاصيل العمل الطبي الذي يجريه على جسده.[146]
و لكن مع ذلك فإننا نؤيد ضرورة وجود شرط الرضا إلى جانب الشروط الأخرى التي سبق التطرق لها للقول بإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة وجراحة تغيير الجنس بصفة خاصة، كما أن وجود هذا الشرط ليس بديلا لقصد العلاج أو العكس،[147] و من تم يجب أن تتوافر هذه الشروط مجتمعة، و لو تخلف شرط منها فان الفعل يعود إلى طبيعته المجرمة و يعاقب صاحبه إلى المسؤولية، و هذه الحقيقة قد أدركتها معظم النظم القانونية عندما وضعت ضوابط للمساس بسلامة جسم الإنسان.

و لهذا يجب التأكيد أنه لا يكفي رضا الشخص المغير لجنسه لإباحة إجراء التدخل الجراحي على جسده، و قطع عضو من أعضاء جسده أو تحويره بما يتناسب و الوظيفة التي خصص لها طبقا للجنس الآخر الذي إرتضاه الشخص، بل يجب أن يتوافر معه الشروط الأخرى للإباحة لاسيما الهدف العلاجي و هو تخليص الشخص من آلام و مرض يعاني منه و لا حيلة للتخلص من هذه الآلام إلا بإجراء هذه العملية التحويلية.[148]

المطلب الثاني

شروط ممارسة الأعمال الطبية لتغيير الجنس في الفقه الإسلامي

على الرغم من خطورة الأعمال الطبية، إلا أن الشريعة الإسلامية، أباحت تلك الأعمال كما سبق توضيحه، ولكن هذه الإباحة ليست على إطلاقها إنما قيدها الشارع بقيود تم استخلاصها من فقهاء الشريعة الإسلامية و هي تهدف إلى تحقيق الموازنة بين حقوق و واجبات كل من الطبيب و المريض أثناء ممارسة الأعمال الطبية [149] و توافرها يرفع المسؤولية الجنائية عن المباشر لها، و قد جمع ابن قيم الجوزية هذه الشروط فقال:"أما **الطبيب الحاذق** فلا ضمان عليه اتفاقا إذا **أذن له** المريض بعلاجه و أعطى الصنعة حقها، و لم تجن يداه، إذا تولد عن فعله **المأذون** من جهة الشارع و من جهة من يطلبه تلف النفس

[143] هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق،ص.102.
أيضا ، عبد الفتاح بيومي حجازي، ص.51.
[144] أنظر لمزيد من التفصيل، جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص.205 و ما بعدها.
[145] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.153.
[146] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.440.
[147] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.440.
[148] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.443.
[149] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.120.

أو العضو أو ذهاب صنعه". [150]

و من تم لا يحق للجراح أن يتدخل جراحيا للمساس بالكيان الجسدي، إلا إذا أذن مالكه الحقيقي و هو الله سبحانه و تعالى- و هو ما يعرف في القانون الترخيص القانوني- و رضي به المريض و يقصد به توافر قصد العلاج و تحقيق مصلحة مشروعة.

الفـــــرع الأول

إذن الشـــــارع

إهتـم فقهاء الشريعة الإسلامية بإذن الحاكم لإباحة الأعمال الطبية الماسة بجسم المريض و هذا مستفاد من قوله "صلى الله عليه و سلم: " أنزل الدواء الذي أنزل الداء " رواه مالك عن زيد.[151]

1/ الشروط المتطلبة في الطبيب :

يعد عمل الطبيب عند الإذن بالعلاج أو عند طلبه واجبا، و قد ورد في كتب الحسبة و كتب الفقه الإسلامي وصنف الطبيب الحاذق و ما يجب مراعاته.[152]

و يكون الطبيب حاذقا أي عالما بصيرا بمهنته، و إلا كان فعله الجراحي محرما و يتحقق في جانبه الضمان [153] إذا كان يمارس المهنة و هو لا يحسنها، و لا يراعي فيها الحقوق الإنسانية حق رعايتها فقد جاء في حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) :" من تطبب و لا يعلم منه طب فهو ضامن "[154]
و تتوافر الخبرة بعلوم الطب بتعلم هذه العلوم و معرفة علة الأسقام و دوائها.و لا يكفي الحصول في هذه الحالة على مؤهل يسوغ للطبيب مباشرة الأعمال الطبية كما في سائر العلوم، بل يشترط أن يتلقى الطبيب الإجازة من المختصين في هذه العلوم، و أن يكون مارس الطب مرتين فأصاب. [155] و يستلزم الأمر القول بوجود تخصصات في ميادين العمل الطبي [156] يجب مراعاتها و لكي يقوم الطبيب بعمله، لابد أن يراعي القواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب [157] و أن يمارس الأعمال الطبية على نحو يتسق بالأصول الطبية التي وضعها العلماء المختصون.[158]

يجب على الطبيب أن يحرص على علاج المريض أو بصفة عامة رعاية مصلحة مشروعة [159] إذ أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس، و حفظ الدين والعقل و النسل و المال، و إذا كان من شأن العمل الطبي تفويت مقاصد الشريعة الإسلامية و منها حفظ **النفس**، فهو مفسدة، فإذا لم توجد **مصلحة** للفرد في القيام بتغيير الجنس لعدم وجود دواع علاجية فان العمل الطبي سيترتب عليه التعارض مع مقاصد الشرع لأن فيه إلغاء لوظيفة الإنجاب بقطع الأعضاء التناسلية وهذا يعد تغيير الخلق الله، و من ضوابط تحقيق المصلحة المشروعة :

---

[150] رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص.46.
[151] أنظر، الإمام مالك، الموطأ، القاهرة، دار إحياء الكتاب العربي، الجزء 2، ص.739.مشار إليه في صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.121.
[152] أنظر، عبد الله محمد الجبوري،مسؤولية الاطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص.94.
[153] رأفت محمد أحمد محمد، المرجع السابق، ص.146.
[154] رواه أبو داود و صححه الحاكم في سنن ابي داود هامش عون المعبود222 /4 سبل السلام 3/250، مشار اليه في عبد الله محمد الجبوري، المرجع السابق،ص.97.
[155] أنظر، ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، ص.113. مشار إليه في عصام أحمد محمد، المرجع السابق،ص.971. الهامش 5.
[156] فقد عرفوا الفاصد بريشته، و الحاقن بقربته، و الكواء بناره و مكواته، و الحجام بمشرطه، و الخائن بمشرطه، و الكحال بمروده، و الجرائحي بمبغضه و مراهمه.مشار اليهم في عصام أحمد محمد، المرجع السابق، 972.
[157] عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.972.
[158] أحمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.472.
[159] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.127.

- قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة
- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات[160]
- قاعدة المشقة تجلب التسيير أي الآلام الموجبة للمشقة قصد الشارع دفعها مما يجيز العلاج،
- قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع،
- قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.[161]

و من تم فغـاية التدخل الجراحي هو علاج المريض أي تخليصه من آلامه أو التخفيف منها و لذا المتفق عليه فقها أنها لا تكون مشروعة إلا إذا كان التدخل الجراحي يهدف إلى علاج المريض و إذا كان العكس فإن الجراحة محرمة.[162]

و من أهداف العلاج : حفظ الصحة الموجودة، و رد الصحة المفقودة بقدر الإمكان، إزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان، تحمل أدنى المفسدتين لإزالة أعضمهما، تفويت أدنى المصلحتين.لتحصيل أعظمهما.[163]

و من تم فإن الشريعة الإسلامية تعتبر جراحة تغيير الجنس للخنثى الذي به عيب عضوي جائزة لوجود علامات أنوثة مطمورة أو رجولة مغمورة أو غموض جنسي لإظهار الجنس الغالب فيه، و يكون العمل الطبي هنا مباحا، لأنه يحقق مصلحة مشروعة و لكن إذا كان التغيير لمجرد الرغبة بمجرد هواجس نفسية في تفكيره دون سبب علاجي فان إجراء الجراحة غير مبرر[164] و هذا لقوله تعالى : "و لأمرنّهم فليغيّرن خلق الله ".[165]

2/ الشروط المتعلقة بالعمل الطبي :

لكي يكون العمل الطبي مباحا لابد أن يتوافر على القيود التي وضعها الشارع و هي:

1/ ألا يترتب على العمل الطبي ضرر أكبر من ضرر المرض:

إذا اشتمل التدخل الطبي على تعريض الجسد لضرر أكبر وجب على المريض البقاء على الضرر الأخف (المرض).[166] تطبيقا لقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.[167] و من تم إذا كان تأكد علميا أن إجراء جراحة تغيير الجنس لدواعي نفسية و لو كانت تسبب له ألما نفسيا و معاناة نتيجة الرغبة العارمة في أن يكون من الجنس الآخر، لا يمكن أن تكسب المغير لجنسه صفات الجنس الآخر، و من تم فقدانه القدرة على التناسل فيه مفسدة أكبر.

---

[160] أنظر، أحمد شرف الدين، الإجراءات الطبية الحديثة و حكمها في ضوء قواعد الفقه الاسلامي، أعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي، العدد1، الطبعة الثانية، الكويت، سنة 1981، ص.561.

[161] أنظر لمزيد من التفصيل، رأفت أحمد محمد، المرجع السابق،ص.141 إلى 144.

[162] عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.974.

[163] أحمد شرف الدين،المرجع السابق،ص.261.

[164] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.199.

[165] انظر، سورة النساء4، الآية 119.

[166] احمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.124.

[167] احمد شرف الدين، المرجع السابق،ص.560.

2/ ألا يوجد البديل للعمل الطبي الاخف ضررا لعلاج المريض[168]:

و يشترط في طرق العلاج الطبي إتباع العلاج بالأسهل فالأسهل، فلا ينتقل من الدواء البسيط المعتاد إلى الداوء المركب إلا إذا فات أثر الأول و كذلك الجمع بين علاج البدن و علاج الروح، فقد يكون إعتلال البدن سبب اعتلال النفس و قد يكون تقوية **النفس** أعظم أثرا في الشفاء من الأدوية المعتادة.[169]

و بتطبيق ذلك يمكن القول أن طالب تغيير جنسه خاصة لدواعي نفسية، فإن العلاج النفسي من شأنه أن يكون أعظم أثرا في العلاج، ليستعيد المريض توازنه و يخفف من التعارض الذي يعيشه المغير لجنسه، و من تم نتفادى إجراء الجراحة.

3/ أن يغلب نجاح العمل الطبي :

بمعنى أن تكون نسبة نجاح العمل الطبي ونجاة المريض من أخطاره أكبر من عدم نجاحه [170] وهذا لا يتحقق إلا بتطبيق قواعد الطب الإسلامي المتمثلة في المفاضلة بين المصالح والمفاسد في العمل الطبي[171] بمعنى أنه على الطبيب أن يقوم بالنظر إلى نوعية العلاج المقرر ودرجة خطورته وقدرة المريض على تحمل أخطاره وبعدها يحكم بما يؤديه إليه نظره واجتهاده.[172]

و الشريعة الإسلامية لا تبيح فعل الجراحة التي يغلب فيها هلاك المريض بسببها لأن ذك مخالف لأصول الشرع التي نهت عن تعريض النفس للهلاك والتلف لقوله تعالى: "....لا تلقوا بأيديكم إلى التّهلكة..."[173]

الفـــــرع الثـــانـــي

إذن المـــريـــض

يقصد بإذن المريض هنا موافقته على التدخل الجراحي بواسطة الجراح، وقد يحل محله في الإذن أهله و أقاربه في حالة عدم تمكنه من إعطاء موافقته [174] و يشترط لصحة الإذن بالعمل الطبي ما يلي:

- أن يكون صادرا عن إدارة حرة دون إكراه أو تدليس و تكون للمريض أهلية،
- أن يكون صريحا ويشمل على إجازة فعل الجراحة،
- أن يكون محل الإذن عمل طبي أو جراحي مشروع، و لذلك هناك من اعتبر أن إذن المريض بجراحة محرمة كتغيير الجنس لا يصح و لا يعتبر شرعا.[175] و مع ذلك هناك حالات لا يلزم فيها الحصول على إذن مسبق من المريض و دون أن يتحقق الضمان في جانب الطبيب و هما إذا كان المرض من الأمراض الوبائية التي يخشى انتشارها في المجتمع أو إذا كان المريض مهددا بالموت أو تلف عضو من أعضاء جسده.[176]

---

[168] أحمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.120.
[169] احمد شرف الدين، المرجع السابق،ص.561.
[170] أحمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.117.
[171] احمد شرف الدين، المرجع السابق،ص559-560.
[172] أحمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.119.
[173] انظر، سورة البقرة (6)، الاية 195.
[174] أحمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.148.
[175] أحمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.245.
أيضا، رأفت أحمد محمد، المرجع السابق،ص.149.
[176] الشنقيطي، المرجع السابق، ص.262.
أيضا، رأفت أحمد محمد، المرجع السابق،ص.152-153.

فإذا توافرت الشروط السابقة الذكر التي جاء بها الفقه الإسلامي، كان عمل الطبيب مباحا، طبقا لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان. و أن تخلف أحدها يجع العمل الطبي مخالف لمقاصد الشارع، و يجعل عمله محرم و يوقعه تحت المسؤولية و يوجب عليه الضمان.

فإذا كان العمل الطبي توافرت شروطهوضوابطه، فهل يجوز قانونا التدخل الطبي في حالات تغيير الجنس أم أن هذه العمليات هي محظورة لمساسها بالتكامل الجسدي للإنسان، و تعطيل احدى وظائفه و هي الأعضاء التناسلية و فقده القدرة على الإنجاب بصفة نهائية.

لا شك أن هذه الأمور تحتاج إلى نظام قانوني يحدد أطرافها و هو أمر يختلف من دولة إلى أخرى، و هذا ما سنحاول أن نقف عنده في الفصل الموالي.

الفـصـــــل الثـــانـــي

النظـــام القانـــوني لعمليـــات تغييـــر الجنس

الحديث عن الحق في السلامة الجسدية يجرنا إلى الحديث عن جوهره أو خصوصية فيه و هي الأعضاء التناسلية للشخص إذ أصبح بمقدور الإنسان أن يمس بها و يغير جنسه بفضل التطور الذي عرفه المجال الطبي.

و بغض النظر عن المخاطر الطبية التي يصادفها المغير لجنسه، فإن تغيير الشخص لجنسه سيرتب آثار في مختلف النواحي، لكونه يمس بمبدأ عدم قابلية التصرف بحالة الأشخاص، و في نفس الوقت بإحترام الحياة الخاصة، و بحدود حق الإنسان على جسده، الأمر الذي أدى إلى ظهور ما يعرف بالحق في تغيير الجنس Droit au transsexualisme،[1] الذي يختلف من مجتمع لآخر.

و إذا كنا قد عرفنا مشكلة تغيير الجنس طبيا، إلا أن هناك اختلافات بين النظم القانونية حول مدى مشروعية عمليات تغيير الجنس لاسيما عندما تكون لأسباب نفسية. فهناك من أوردت نصوص قانونية صريحة تحكم هذا النوع من العمليات، و هناك من لم تورد أي نص قانوني يشير بوضوح لا بالإباحة و لا بالحظر، و هذا ما سيجعلنا نتناول موقف التشريعات المختلفة من هذه المشكلة (**المبحث الأول**) و كذا موقف الفقه و القضاء دون أن نتجاهل الرجوع إلى آراء رجال الطب و علماء النفس في الحدود التي تتطلبها دراستنا من الناحية القانونية، و دور الشريعة الإسلامية من خلال البحث في الأحكام الشرعية الخاصة في المجال الطبي، لاسيما عمليات تغيير الجنس، و مدى الاعتراف بها أم لا، - نظرا لأن شريعتنا الغراء صالحة لكل مكان و زمان-، و هذا من خلال العمل على جمع الآراء الفقهية في نطاق القرآن و السنة و الاجتهاد، و هذا لنمد بها رجال الطب، خاصة في البلدان العربية التي لم تنظم هذا المجال بنصوص تشريعية، فكان من الضروري الوقوف على أحكامها و الوصول إلى حكم خاص بعمليات تغيير الجنس سواء لأسباب عضوية أو نفسية (**المبحث الثاني**)

المبـحـــث الأول

مـوقـف الـتـشـريـعـات مـن مـشـروعـيـة عـمـلـيـات تغـيـيـر الجـنـــس

بروز ظاهرة تغيير الجنس، و اللجوء إلى إجراء هذه العمليات، لازال في طور النمو، و بالرغم من تنوع الأساليب الطبية في هذا المجال، إلا أن الأطباء لم يتمكنوا إلى حد اليوم من معرفة الأسباب الحقيقية للتحول الجنسي خاصة أمام ظهور نظرية جديدة تبحث عن مدى وجود جنس في مخ الإنسان، و التي إذا ثبتت عمليا صحتها، فإن موقف الدول سيختلف تماما.

و لذلك فإن تقدير مشروعية هذه العمليات من عدمها يتوقف أيضا على ما يتوصل إليه العلماء في المجال الطبي، و لذلك فان الطب و القانون يؤثران على بعضهما البعض للوصول إلى حكم سديد في المشاكل التي تترتب على تغيير الأفراد لجنسهم و هذا تحت رقابة الشريعة الإسلامية عند العرب.و من هنا ظهر إختلاف بين مواقف الدول الأجنبية التي عرفت انتشارا لهذه العمليات و إختلفت الآراء حول مشروعيتها.

مشكلة تغيير الجنس قد فرضت نفسها على الواقع الطبي، إلى درجة أننا يمكن أن نقول أنها أصبحت نوع من المودة(La mode) في كثير من الدول، و ربما هذا ما فرض على بعض النظم القانونية، إلى الإقرار بشرعيتها بنصوص قانونية صريحة، و نكون أمام سند قانوني صريح للقول بشرعيتها (المطلب الأول)،

[1] Voir, Gilles Lebreton, Libertés publique et droits de l'homme, 3 éme éd, Armand Colin, Paris, 1997, p.240.

و هناك اتجاه يشهد بغياب النصوص القانونية الصريحة، و هناك من الدول رفضت هذا النوع من العمليات، و ربطتها بشروط لا بد من توافرها، و بطريق أو بآخر يفهم منها أنها لا تعترف بمشروعيتها خاصة إذا تعلق الأمر بتغيير الجنس لأسباب نفسية (المطلب الثاني)

المطـــلب الأول

التشـريعات المقارنـة التـي أجـازت عمليات تغييـر الجنـس

إختلفت التشريعات المقارنة حول الإقرار بمشروعية تغيير الجنس خاصة في حالات الإزدواج الجنسي النفسي، و كان لكل منها مواقف متباينة في محاولة لوضع أساس قانوني لإباحتها، و تنظيم الشروط القانونية اللازمة لإجراء التدخل الجراحي.
تغيير الجنس أصبح يثير تساؤلات قانونية، و العرض الطبي هو الذي حملنا على اللجوء إلى الطلب القانوني.
و الملاحظ أن رجال القانون في بعض التشريعات تبنوا بلا تبصر رأي الأطباء عندما أقروا شرعية الإجراءات الطبية.[2]و لا يمكن ترك المسألة لحرية الفرد، إذا كان يمكن القول أن له أن يختار. إذ بفضل التصور الذي جرنا إليه الطب النفسي و علم النفس، فالشرعية و بالأخص مناسبة هذه الإجراءات الطبية و الجراحية، تم إعادتها في التساؤل من طرف الأفراد المغيرين لجنسهم منذ عهد طويل أو الذين أجرو عمليات جراحية في الخارج أو الأجانب الذين جاؤوا للبحث عن الحالة المدنية الجديدة.[3]

و من هنا كان على بعض الدول التدخل بأحكام تشريعية للإقرار بمشروعية جراحة تغيير الجنس محددة شروطا لذلك، و لذلك هناك من التشريعات المقارنة التي أوردت نصوصا قانونية صريحة لتنظيم هذه الجراحة (الفرع الأول)، و أخرى أجازتها استنادا إلى النصوص القانونية التي تبيح الإخصاء أو العقم (الفرع الثاني)، و منها من جاءت خالية من أي نص قانوني و التزمت الصمت (الفرع الثالث)،
و سنتعرض لها تباعا :

الفـــــرع الأول

التشريعات التي نظمت صراحة أو ضمنيا عمليات تغيير الجنس

إن عدم معرفة الأسباب الحقيقية لتغيير الجنس هو الذي جعل النظم القانونية التي نظمته تتباين في وضع الشروط اللازمة لإجراء التدخل الجراحي.
و تعد السويد من أولى الدول التي نظمت عمليات تغيير الجنس بنصوص خاصة، تم تلتها العديد من الدول الأخرى التي سنتناول موقفها كالتالي:

<u>النقـــطـة الأولى</u> : التشريعات التي أجازت صراحة هذه الجراحة .(السويد، ألمانيا، ايطاليا، هولندا، تركيا).
يعد القانون **السويدي**، من أولى التشريعات التي نظمت جراحة تغيير الجنس بقانون خاص صدر في 21 أفريل 1972،[4] الذي دخل حيز التنفيذ في 1 جويلية 1972،[5] و المعدل بتاريخ 30 أفريل 1980[6] و نظم شروطا من الواجب احترامها للاعتراف بتلك الجراحة أي بمشروعيتها و سنورد هذه الشروط كما يلي :

---

[2] Voir, Henry frignet et Marcel Czermak, Op.Cit, p.131.
[3] Voir, Henry frignet et Marcel Czermak, Op.Cit, p.132.
Jean Petit, R.T.D.Civ, Op.Cit, p.295. [4] Voir,
[5] Voir, Jean Petit, R.T.D.Civ, Op.Cit, p.295.
[6] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.433.N 1259.

في حالات **الإزدواج الجنسي النفسي** الذي عرفته المادة 01 من هذا القانون، بأنه الشعور منذ الشباب بعدم الانتماء إلى الجنس المدون في الأوراق الرسمية، و الذي جرى سلوكه منذ وقت طويل على هذا الاعتبار، إذا ما انتابه شعور أو رغبة نحو الجنس الآخر، و أنه يمكن أن يلعب هذا الدور من الناحية الجنسية في المستقبل.أجاز له المشرع السويدي الانتماء إلى الجنس الآخر على أن تتوافر فيه جملة من الشروط و هي:

1- أن يكون من جنسية سويدية (المادة 3)
2- ألا يكون متـــــــــــزوج (المادة 3)
3- أن يكون الطالب قد أتم الثامنة عشرة من عمره لكي يعتد برضائه (المادة 1)،
4- أن يكون عقيما أو غير قادر على الإنجاب لأسباب أخرى (المادة 1)،
5- شعور أو رغبة بالانتماء نحو الجنس الآخر جرى عليه منذ وقت طويل مع إمكانه لعب هذا الدور من الناحية الجنسية في المستقبل (المادة 1)،
6- تقديم طالب تغيير الجنس طلب الحصول على ترخيص خاص سابق لإجراء التدخل الجراحي لتقويم أعضائه التناسلية لتتلاءم مع الجنس الآخر (المادة 4)، و عند توافر هذه الشروط تقوم هيئة إدارية عليا،[7] بفحص طلبات تغيير الجنس و طلبات الترخيص، و تكون قراراتها قابلة للطعن فيها أمام القضاء الإداري (المادتين 5 و 6)

أما في حالات تغيير الجنس في حالات **الازدواج الجنسي العضوي** الذي عرفته المادة الثانية من ذات القانون؛ بأنه الشخص الذي يعاني من تشوهات في أعضائه التناسلية، تبلغ من الجسامة، درجة يثور معها شك، حول انتمائه إلى جنس دون آخر.فقد منحهم المشرع السويدي الحق في تقديم طلب كما سبق الذكر، دون اشتراطه لسن محدد، سواء بأنفسهم أو عن طريق وليهم أو وصيهم، و أضاف شرطا للبالغين 12 سنة يلزم الحصول على رضائهم لصحة تغيير جنسهم (المادة 2).[8]

بالإضافة إلى ما سبق فان المشرع السويدي اشترط من الطالب تحديد طبيب معين لإجراء العملية.و إلا فان الترخيص بإجرائها سيكون بواسطة أحد الأطباء العاملين بالمستشفى (المادة 4)،[9] و يوقع المشرع السويدي عقوبة على من يفشي من الأطباء أو مساعديهم عمدا أو بإهمال أسرار تتعلق بالحياة الخاصة لمن غير جنسه و هي عقوبة لا تزيد مدتها عن السنة (المادة 7) كما قرر لمن يجري عملية تغيير الجنس مخالفة للشروط السالفة الذكر عقوبة لا تزيد عن 6 أشهر ما لم يكن الفعل معاقبا عليه في قانون العقوبات (المادة 8)،[10]يتضح من خلال الشروط السابقة، أن المشرع السويدي أجاز تغيير الجنس بقيود، تبدو في مجملها أنها تعترف جزئيا بتحويل الشخص لجنسه، و أنه أباح التحول الإرادي لمجرد الإحساس النفسي بالميل للجنس الآخر دون أن يقتصر الأمر على غياب الأعضاء التناسلية لجنسه العضوي أو وجود تشوهات بهذه الأعضاء. و بذلك يكون المشرع السويدي قد وسع من نطاق الهدف العلاجي ليشمل الأمراض العضوية و النفسية.[11]

كما أن القانون الألماني (ألمانيا الديمقراطية)، أقر بمشروعية تغيير الجنس بتاريخ 10 سبتمبر 1980، و قد نص في مادته الثامنة على أن الذي يعاني من نوع الجنس الذي ينتمي إليه، و لديه إحساس حقيقي بالميل إلى الجنس الآخر أن يتقدم بطلبه بصفة رسمية بعد استيفائه الشـــروط الآتيـــة:
و التي نجد البعض منها يتشابه فيها مع المشرع السويدي و من هذا القبيل اشتراطه، عدم زواجه و عدم قدرته على الإنجاب و الرغبة القوية للتحول إلى الجنس الآخر، لكنه أضاف شروط أخرى تتمثل في:

1- أ يكون من جنسية ألمانية أو أجنبي له حق الإلتجاء أو الإقامة،
2- أن يكون طالب تغيير جنسه بالغا من العمر على الأقل 25 سنة،[12]

---

[7] Voir, Jean Petit, p.272.
[8] Voir, Jean Petit, Op.Cit, p.295.
[9] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.452. Voir, Jean Petit, Op.Cit, p.259.
[10] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.453. Voir, Jean Petit, Op.Cit, p.296.
[11] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص460-461.
[12] إلا أن المحكمة الدستورية أعلنت عدم دستورية هذا النص بتاريخ 16 مارس 1982.

3- أن يكون لديه إحساس راسخ لتغيير جنسه منذ 03 سنوات على الأقل،
4- أن يجري **مسبقا** عملية جراحية تعطيه مظاهر الجنس المرغوب فيه،[13]
و لم يشترط هنا الحصول على ترخيص سابقا لإجراء الجراحة عكس المشرع السويدي.

و هكذا يمكن لطالب تغيير جنسه أن يطالب بإلغاء الحكم و إعطائه إسما جديدا، و منحه مكانته في إختياره المقابل.[14]

و بهذا يكون هو أيضا قد وسع من نطاق الهدف العلاجي و أباح التغيير الإرادي النفسي و العضوي.[15] و هذا يعني أنه أخذ بالمعيار النفسي كأساس و ضابط لتحديد الجنس، و له حق تقرير نوعه برغبته الشخصية، و هو أمر له عواقب وخيمة.[16]

أما الـقــانون الإيطالـي، فبدوره خصص قانون حول المسألة بتاريخ 14 أفريل 1982 الذي يضم سبع مواد، و الذي كيف أنه انطباع تشريعي[17]، ما يميز هذا القانون أنه أعطى للقاضي صلاحية منح ترخيص مسبق للعلاج و لتغيير الحالة المدنية و الذي يمثل سبب مباشر للطلاق و انحلال الزواج السابق[18]، لكن هذه الأحكام عدلت بموجب قانون 06 مارس 1987، المتعلق بالطلاق الذي نص إلا في حالة تغيير الجنس اجراء الطلاق غير ضروري.و في 04 ماي 1985 المحكمة الدستورية، صرحت فيما يخص دستورية القانون، و قررت أن النظام ليس مخالف للمواد 02 و 03، 29، 30، 32. و لم يحدد إذا كان من حقه الزواج لاحقا.

و من بين الشروط التي تطلبها المشرع الايطالي، ضرورة الحصول على ترخيص مسبق بقرار من المحكمة، و هذا بموجب المادة 3 منه، الذي يحق له بعد إجراء التغيير الجراحي للخصائص الجنسية له أن تمنحه المحكمة هوية جنسية تختلف عن تلك التي كانت مسجلة في شهادة ميلاده (المادة 1).
و بالمقابل تطبيقا للمواد 06 و 07 فان الأشخاص الذي سبق لهم أن خضعوا لتغيير جراحي لجنسهم، - قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ- يمكن لهم تقديم طلب لتغيير حالتهم في أجل 12 شهرا من تاريخ نشر هذا القانون.[19]
و الملاحظ أن غياب الشروط الأخرى لاسيما السن و عدم القدرة على الزواج، و العزوبة أدى إلى ارتفاع عدد طلبات تغيير الجنس في السنة الموالية إلى 20 %.[20]

و قد ذهب المجلس الدستوري لإيطاليا إلى أبعد من ذلك بموجب القرار الصادر بتاريخ 24 ماي 1985 الذي إعترف بحق الهوية الجنسية للمغير لجنسه و هذا بتوافق بين الحالة المدنية و المظهر الخارجي للشخص و تضمن وضوح الروابط الإجتماعية و حماية العلاقات القانونية.فالمادة الثانية للدستور تضمن لكل شخص الحق في تحقيق هويته الجنسية.هذا تصور و عامل لتطور الشخصية. بترابط أعضاء المجتمع ملزمون للإعتراف به بواجب التضامن الاجتماعي.[21]

ثم عدل القانون بتاريخ **03 نوفمبر 2000**، حول "تصحيح تعيين الجنس" « rectification de l'attribution de sexe »، و أصبح بموجبه نفس الحكم الذي يرخص لإجراء الجراحة و تصحيح

---

[13] Voir, Jean Branlard, Op.Cit , p.433.nº 1260.
[14] Voir, Denis salas, Op.Cit, p.45.
[15] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.462.
[16] قد اقتبس منه المشرع الفرنسي أنظر، تعليق الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.240-241.
Henry frignet et Marcel Czermak , OP . Cit ,P.153.marge
[17] Jean Branlard, Op.Cit, p.433.N 1259.
[18] Denis salas, Op.Cit, p.44 et 46.
[19] Jean Branlard, Op.Cit, p.434.N 1261.
[20] Denis salas, Op.Cit, p.44.
[21] Voir, J. Pousson Petit, L'identité de la personne humaine-étude de droit Français et de droit comparé- , Bruylant, Bruxelles,2002, p.735.

تعيين الجنس، و يأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الولادة لتصحيح سجلات الحالة المدنية.و من أثره انحلال الزواج و توقيف آثاره المدنية.[22]
كذلك **القانون الهولندي**، فقد أجاز المشرع الهولندي عمليات تغيير الجنس بموجب القانون الصادر بتاريخ 14 أفريل1985، لكافة الأفراد سواء للمواطنين الهولندين المولودين في هذا البلد أو في الخارج، المقيمين و غير المقيمين في هولندا (المادة 9 أ /1 و4) و كذا للأجانب المقيمين في هولندا لفترة لا تقل عن السنة و الحاصلين على رخصة للإقامة فيها (المادة 9 أ/ 3)، كما يضاف إلى ذلك شروط أخرى تتمثل في أن يكون طالب التغيير غير متزوج، و عدم قدرته على الإنجاب، و أن يرفق طلبه بتقرير شامل من الخبراء يبين فيه إذا كان خضع أو لم يخضع لعملية جراحية لتغيير جنسه.[23]

كما أنه لا يشترط البلوغ (كامل الأهلية)، كما هو الحال في إيطاليا. مع أنه تبقى مشكلة إذا كان رضاء القاصر ضروريا؟ بالمقابل إستبعاد شرط الجنسية الهولندية، خلق شدة الطلبات لإعادة التحديد الجنسي في هذه الدولة. و تساؤل القانون الدولي الخاص يطرح حول ما إذا كان القرار الهولندي معترف به في الدول الأوربية الأخرى؟ هذه النواقص المسندة للغموض، تضيف تناقضات النظام التقني.
و ما يلفت الانتباه أن القانونين الهولندي و الألماني اعتبرا أن تغيير الجنس لا يؤثر على العلاقات الأسرية، و على نسب الأبناء الذين تم إنجابهم قبل إجراء جراحة تغيير الجنس.[24]

و أيضا **القانون التركي**، اعتبر من أواخر دول المجلس الأوروبي التي أصدرت قانونا سنة 1988 بهذا الصدد ،[25] و هذا بموجب النص الجديد للمادة 29 من القانون المدني المعدل بموجب قانون رقم 3444 الصادر بتاريخ 04 ماي 1988 و التي نص بموجبها أن أي تغيير ضروري في الحالة المدنية للمغير لجنسه بعد ولادته يكون بشرط أن يثبت بتقرير طبي معد لهذا الغرض.
و للمحكمة أن تأمر بتسجيل التغيير في سجلات الحالة المدنية للمغير لجنسه، و هذا بالإشارة إلى الجنس و ترخص بالنتيجة لتغيير اسمه، و من تم هذا الحكم سيكون له آثار بالنسبة لزوجته و لأبنائه[26].

كما جاءت المادة 40 من القانون المدني المعدلة بموجب قانون 4721 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2001 فيما يخص تغيير الجنس. و قد تمثلت الشروط الموضوعية لتغيير الجنس فيما يلي:

1- أن يكون الطالب بالغ من العمر 18 سنة،
2- ألا يكون متزوج،
3- ألا يكون قادر على الإنجاب بصفة نهائية،
4- أن يكون تغيير الجنس ضروري من أجل صحته النفسية،
5- أن يكون لديه استعداد المغير لجنسه محرر من قبل مؤسسة للصحة و البحث.[27]

النقطة الثانية: التشريعات التي أجازت ضمنيا هذه الجراحة

يمكن القول أن ثمة قوانين لم تتعرض صراحة لهذه العمليات، و لكنها تناولت الآثار القانونية المترتبة عليها نذكر منها:

في كندا، يوجد قانونين حديثين نصا على جواز تعديل الحالة المدنية لمن غيّروا جنسهم و هما:

---

[22] Voir, Bureau de droit comparé, le changement de sexe et d'état civil, pdf sur site, p.06.
[23] Jean Branlard, Op.Cit, p.434.N 1262.
[24] Denis salas, Op.Cit, p.46.
[25] Denis salas, Op.Cit, p.45.
[26] Législation concernant les transsexuels, XXIIIe Colloque de droit européen à Amsterdam, 1993, Op.Cit, p.291.
J. Pousson Petit, Op.Cit.p.735.
[27] Voir, Bureau de droit comparé, le changement de sexe et d'état civil, pdf sur site, p.12.

1- قانون كولومبيا البريطانية: قررت أن الشخص غير المتزوج، و الذي أجرى عملية تغيير لجنسه، يمكنه أن يقدم طلبا لمدير مصلحة الحالة المدنية، لتغيير البيان المتعلق بجنسه في شهادة ميلاده، شرط أن يرفقه بشهادة طبية من الجراح الذي أجرى العملية الجراحية.

2- قانون ألبرتا Alberta: يشبه إلى حد كبير قانون كولومبيا، فيما عدا أنه لم يتطلب أن يكون المغير لجنسه غير متزوج.[28]

أما في **الولايات المتحدة الأمريكية**، فإن بعض ولاياتها تم وضع تشريع ينظم عمليات تغيير الجنس و هما :

1- ولاية ايلينوى Illinois : قانون ايلينوى للصحة العامة لسنة 1972 يعالج بالمقابل بموجب شهادة الجراح الذي أجرى عملية تغيير الجنس تؤدي إلى تغيير البيان المتعلق بالجنس في شهادة الميلاد.[29]

2- ولاية تينسىTennessee : فإنها وسعت من سلطة "مسجل الولاية لإحصائيات المواليد فيما يخص تغيير الحالة
Correction statues، و تقبل أكثر طلبات تغيير الجنس من تصحيح الحالة Altération statues ؛ و هذا يعني أن الاختصاص الإداري لضابط الحالة المدنية قيد من صلاحية التدخل القضائي.

3- في ولاية نيويورك: فقد كان لها موقفا مختلفا، ففي بداية الأمر تم تقديم طلب من شخص غيّر جنسه استنادا إلى المادة 1/207 من قانون نيويورك للصحة العامة لمنحه شهادة ميلاد جديدة لا يشار فيها إلى تدخل جراحي، و لكن الإشارة إلى جنسه الجديد.

فوزير الصحة بعد أخذ استشارة أكاديمية الأطباء التي أكدت بيولوجيا حقيقة جنسه و الذي جعله **يرفض طلبه** بالرغم من عدة طعون **إدارية**.و لكن بعدها تطلب الأمر اللجوء إلى الطعون في **المحكمة** أي بموجب دعوى قضائية يتم رفعها التي كانت تثير صعوبات من حيث هل يمكن رفع دعوى تصحيح أو دعوى تسجيل خاطئ أو دعوى الحالة التي انتهت في الأخير باجتهادات قضائية و فقهية أجازت تصحيح شهادة الميلاد.[30]

بصفة عامة، فإن التشريعات السالف ذكرها سواء التي نظمت عمليات تغيير الجنس أو ضمنيا، رغم أنها أصدرت قوانين خاصة بهذا النوع من الأعمال الطبية المتعلقة بتغيير الجنس إلا أنها أعطت صلاحية للمحاكم للتدخل أكثر أمام مرونة القانون إلى درجة أنها أصبحت مسألة حق للقضاة أكثر من حق القانون.[31]

و كذلك يعاب عليها أنها لم تنظم الآثار المترتبة على تغيير الجنس خاصة المتعلقة بالنسب، و علاقة الأبوية مع أبناء من غيّروا جنسهم -عدا ألمانيا و هولندا- و هناك بعض الدول منعت تماما على المغير

---

[28] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.464.

[29] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.463. Voir, J. Petit, Op.Cit, P.280.

[30] « l'évolution de la régle new-yorkaise et de la jurisprudence qu'elle a provoquée a posé clairement la question de savoir s'il faut permettre au transsexué de pouvoir obtenir un acte de l'état civil rectifié où n'apparaise pas la mention de la rectification »
أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص،463 الهامش 5.
Voir, J. Petit, Op.Cit, P.280-281.
Henry Delvaux, conséquences juridiques du changement de sexe en droit comparé, XXIIIe Colloque de droit européen à Amsterdam, 1993, p167.

[31] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.435.N 1265.

لجنسه الزواج لاحقا كالقانون الاسباني و البريطاني.[32]و هو ما يدل على قصور هذه التشريعات في معالجة الآثار المترتبة على تغيير جنسهم تهربا مما يعترضها من صعوبات في ذلك.

الفـــــرع الثـــــاني

التشريعات التي نظمت عمليات تغيير الجنس بتعديل قانون العقوبات و لكنها حديثا أصدرت تشريعات خاصة صراحة

الملاحظ أن هناك بعض الدول لم تتعرض في قوانينها صراحة لعملية التغيير في ذاتها، و إنما اكتفت بتعديل قانون العقوبات، و إلغاء الوصف التجريمي عن العمل الطبي لتغيير الجنس و كذا **المغيرين** لجنسهم، و هذا تطبيقا لمبدأ "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص" أي هدم الركن الشرعي، فأصبحت عمليات تغيير الجنس خاصة في حالة الإزدواج الجنسي النفسي من العمليات المشروعة.و من الدول التي سارت في الاتجاه نجد بريطانيا و اسبانيا،إلا أنها **مؤخرا** أصدرت **تشريعات خاصة** تنظم عمليات التحول الجنسي، و هذا ما يجعلنا نعرج عليهما لمعرفة كيفية معالجتها لهذه المشكلة :

في **بـــريـطـانـيـا**، فلقد أدى صدور قانون الجرائم الجنسية سنة 1967، إلى التخلص من كل عقبة تواجه الاعتراف بمشروعية التدخل الجراحي من أجل غاية علاجية، و أصبحت المؤسسة الصحية القومية البريطانية تقوم بإرجاع في كثير من الحالات نفقات الجراحة لمن أجرى عملية تحويل لجنسه.[33]

إلا أنه مؤخرا صدر **قانون 2004** «Gender Recognition Act 2004»، و الذي دخل حيز التنفيذ 04 أفريل 2005، الذي تميز بصرامته كونه اشترط **العزوبة** للحصول على تغيير الإشارة أو إنحلال الزواج.[34]

أما **إسـبـــانـــيـا** سابقا، كانت تعد من الدول التي أقرت عدم شرعية عمليات تغيير الجنس، و لكن حدث تعديل لقانون العقوبات بتاريخ 25 جوان 1983، إذ عدل المادة 428 من قانون العقوبات الاسباني و الذي بمقتضاه زالت الصفة الإجرامية للتدخل الجراحي الذي يهدف إلى تغيير الجنس .

و منذ ذلك الوقت، القانون المدني الاسباني يمكن أن يفتح أمام النتائج القانونية للاستئصال الإمكانية الشرعية لتغيير الجنس المسجل في شهادة الميلاد تم الاعتراف به للمغير لجنسهم الذين أجروا الجراحة، و هذا بموجب عدة قرارات للمحكمة العليا بالتواريخ التالية : 2 جويلية 1987، و كذا 15 جويلية 1988 و 03 مارس 1989، 19 أفريل 1991، و التي بموجبها فتح الطريق لقانون يجيز هذا النوع من العمليات.[35]

و في السنوات الأخيرة، الإشتراكيون الإسبانيين الذي تم هجره فيما بعد؛ حذف "بكل بساطة" تسجيل الجنس في الحالة المدنية عند الولادة.و من تم لم تعد المشكلة تطرح إلا بدرجة أقل فيما يتعلق بإرجاع مصاريف العلاج.[36]

---

[32] Voir, Denis salas, Op.Cit, p.46.

[33] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.435.N 1269.
أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.463-464.

[34] Voir, Haute Autorité de Santé, Nov 2009, Op.Cit,p.58.

[35] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.435.N 1269.
Voir, Michael R.will, les conditons juridiques d'une intervention médicale pur changer de sexe: la situation en droit comparé, XXIIIe Colloque de droit européen à Amsterdam, 1993, p.98 et marge 47.

[36] Voir, Haute Autorité de Santé, Nov 2009, Op.Cit, p.36.

إلا أنه مؤخرا في 08 نوفمبر 2006، صدر قانون يسمح بتغيير حالة المغيرين لجنسهم دخل حيز التنفيذ في **15 مارس 2007**، المتضمن تغيير بيان جنس الأشخاص في السجل المدني، و الذي أعطى الإختصاص لضابط الحالة المدنية، و أصبح التدخل الجراحي السابق غير ضروري.[37]

الفـــــرع الثالث

التشريعات التي نظمت عمليات تغيير الجنس على النصوص المتعلقة بإباحة الإخصاء و التعقيم

الخصاء أو بتر الغدد الجنسية، و التعقيم، تعتبر أعمال طبية معترف بشرعيتها في بعض التشريعات، على اعتبار أنهما يعتبران من بعض الحالات للوقاية من أمراض أو اضطرابات لآلام نفسية خطيرة ذات علاقة بالحياة الجنسية غير العادية لبعض الأشخاص، و من تم ينظر إليهما باعتبارهما يحققان قصد الشفاء.[38]

و بظهور عمليات تغيير الجنس و إنتشارها في كثير من الدول، و أمام غياب نصوص قانونية خاصة بها، كان لابد من إيجاد حل، فلجأت بعض الدول التي تنظم عمليات الخصاء و التعقيم، للإقرار بمشروعية عمليات تحويل الجنس قياسا على هذه العمليات، و إن كان هناك اختلاف بينهما في أن الأشخاص الخاضعين للخصاء و التعقيم لا يطالبون بتغيير جنسهم جراحيا و لا تعديل حالتهم المدنية على عكس المحولين لجنسهم. و من بين هذه الدول نذكر كل من الدانمارك، ألمانيا، النرويج،[39] سويسرا .

<u>النقـــــطـة الأول</u> : الأنظمة التي أجازت هذه العمليات بالقياس على عمليات الخصاء .

إستندت بعض التشريعات خصوصا المبيحة للخصاء، لهذه الإباحة لإضفاء المشروعية على عمليات تحويل الجنس
و أهم هذه التشريعات:

نجد أن **الـــدانـــمـــارك**، فبموجب القانون الصادر بتاريخ 11 ماي 1935، تم إباحة الخصاء الإرادي للأشخاص الذي يعانون من اضطراب في غرائزهم الجنسية، و تدفعهم إلى الإجرام أو الذين يعانون من انحلال خلقي جسيم.وفي هذا الصدد فإن إجراء عملية تحويل الجنس ليست مشروعة على إطلاقها و إنما هي مقيدة بشروط منها:

1- ضرورة الحصول على ترخيص من وزارة العدل،
2- أن يكون طالب الجراحة دانماركيا،
3- ضرورة خضوعه لفحص اكلينيكي و غددي (الغدد الصماء).[40]

يتم إرسال المترشح لتغيير الجنس إلى المصلحة النفسية لمستشفى جامعي بكوبنهاجن. بعد متابعة لمدة سنتين، يقدم تقرير عن حالته إلى إدارة الشؤون الأسرية التابعة لوزارة العدل، التي تقرر الموافقة على منح الترخيص لإجراء العملية، شرط أن يتم إعلام المعني بالأمر حول طبيعة و النتائج المباشرة و مخاطر التدخل الجراحي،[41] ليكون رضائه مستنيرا.

---

[37] Voir, Haute Autorité de Santé, Nov 2009, Op.Cit, p.59.
[38] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.465 . Voir, J. Petit, Op.Cit, P.272.
[39] Voir, Denis salas, Op.Cit, p.43.
[40] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.467. Voir, J. Petit, Op.Cit, P.273.
[41] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.434.n° 1264.

أما **ألـمـانـيـا**، سابقا أي **قبل** صدور قانون 10 سبتمبر 1980 الذي أقر بمشروعية عمليات تغيير الجنس، كان هناك قانون صادر بتاريخ 15 أوت 1969 أجاز إجراء العمليات الجزائية التي تهدف إلى إباحة الخصاء الإرادي **للذكر أو الأنثى**، إذا كان ينطوي على قصد العلاج حسب تقدير الأطباء الذين يؤكدون أنه ضروري للوقاية، أو للشفاء من علة مرضية أو اضطرابات أو لتسكين آلام نفسية جسيمة المرتبطة بشذوذ جنسي و يشترط لذلك أن:

1- يبلغ من العمر 25 سنة،

2- أن يكون رضائه حرا ومستنيرا بعد إعلامه بطبيعة الجراحة و مخاطرها و آثارها.و في حالة عدم قدرته على التعبير على إرادته، فان قاضي الوصاية يحل محله لإصداره نيابة عنه.[42]

و تدعيما لما سبق فإن هذه الأنظمة قامت بجعل عمليات تغيير الجنس مثل عمليات الخصاء يقصد إضفاء المشروعية عليها باعتبارهما يؤديان إلى نتيجة واحدة وهي تعطيل منفعة الأعضاء التناسلية للشخص اعتمادا على المعيار البيولوجي و هدفها العلاج. و لذا جاء القياس في محله و وجد أساس قانوني يستند إليه عمليات الخصاء و من تم عمليات تحويل الجنس.

و لذا فإن ثمة قوانين أخرى أرادت إضفاء الشرعية على عمليات تحويل الجنس بالقياس على عمليات التعقيم.سنتناولها في النقطة الموالية.

النقـطـة الثـانية: الأنظمة التي أجازت هذه العمليات بالقياس على عمليات التعقيـم.

في نفس السياق، هناك تشريعات أخرى استندت إلى إباحتها لعمليات التعقيم لإضفاء المشروعية على عمليات تغيير الجنس، نذكر منها:

الـنـرويـج Norvège، التي أجازت النرويج عمليات التعقيم بموجب القانون الصادر بتاريخ 01 جوان 1934 لكل شخص بالغ، لديه سبب جدي و الذي ينفرد الطبيب بتقدير مدى كفايته لإجراء مثل هذه الجراحة و تقدير صحة رضائه[43].

و الملاحظ هنا أن انفراد الطبيب بتقرير ذلك، **يخشى منه** إذا انحرف الطبيب عن مهنته تحت الإغراء المادي ملبّيا رغبة صاحبة الشأن، لاسيما أنه ليس هناك لجنة طبية عليا تصادق على تقرير الطبيب و تشخيصه للمرض الذي يعاني منه. و كذا الوسيلة التي يلجأ إليها في سبيل العلاج منها و كذلك نحن نبدي تحفظا على هذا القانون لما يرتبه من آثار لا تحمد عقباها.

أما **سـويـسـرا**، فقد اعترف المشرع السويسري بمشروعية عمليات التعقيم بمقتضى القانون الصدر سنة 1945 بناء على توافر قصد العلاج. و يكفي لذلك رضاء صاحب الشأن.و بالرغم من عدم وجود نص صريح إلا أن التعقيم بمعناه الواسع أمر مسموح به حتى خارج الإرشادات الطبية.حتى ذهب البعض إلى القول أن ثمة اتفاق ضمني بين الأطباء و السلطات الرسمية يضفي المشروعية على هذا العمل الطبي.[44]

و قد إعتبر سويسرا من بين الدول الأوربية التي لم تعرف صعوبات. و أحد قضاتها إستعمل عبارات بسيطة ليس الجسد فقط الذي يحدد جنس الشخص إنما أيضا روحه.[45]

و لقد اشترط القضاء السويسري بموجب الحكم الصادر عن محكمة المدنية لمقاطعة Bâle-Ville ، بتاريخ ماي 1979 حيث علقت قبولها لتغيير الجنس التعقيم الكامل للمدعي.[46]

---

[42] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.467.
منير رياض حنا، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص.536.
Voir, J. Petit, Op.Cit, P.273

[43] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.470.
Voir, J. Petit, Op.Cit, P.273

[44] Voir, J. Petit, Op.Cit, P.273

[45] Voir, Michael R.Will, les conditions juridique d'un intervention médicale pour changer de sexe, la situation en droit comparé, XXIII colloque, Op.Cit, p.98. « ce n'est pas seulement le corps qui détermine le sexe d'une personne, c'est aussi son âme »

[46] Rec /1980/80, Cité par Jean Branlard, Op.Cit, p.491.n° 1522/marge 371.

و الملاحظ هنا أيضا حسب رأينا أن الأمر ليس بالهين إذا كان إجراء عمليات تغيير الجنس متروكا لرغبة صاحبة الشأن سواء وطنيا أو أجنبيا، خاصة و أن دور الطبيب يكمن في تلبية هذه الرغبة و من تم لا يملك حق الاعتراض إذا كان التغيير بدون أي داع؛ لمجرد تقليد لما هو شائع في الوسط الطبي، و يفتح بابا لتغيير خلق الله.

إلا أنه مؤخرا صدر أمر 28 أفريل 2004 حول الحالة المدنية (OEC) المتعلق بتغيير الجنس، و قد تضمن شروط موضوغية و هي :

1- أن يخضع الطالب لعملية جراحية،
2- و أن يكون غير قادر على الإنجاب.
3- أن يثبت واقع تغيير الجنس بشهادة من خبير طبي.[47]

المطـــلـــب الـثـانـــي

الـنـظـــم التشريعية التي حظرت عمليات تغيير الجنس

على الرغم من أن هذا النوع من العمليات قد انتشر في أغلب الدول الغربية إلا أن بعض النظم منعت إجراء عمليات تحويل الجنس، و قامت بإخضاع الطبيب إلى المسألة الجنائية و المدنية نذكر منها ايطاليا سابقا، فرنسا، انجلترا، الأرجنتين.

ففي **إيـطـــاليـــا**، سابقا أي -**قبل قانون 14 أفريل 1982**[48]- ذهب الفقه الإيطالي إلى حظر عمليات تغيير الجنس سواء جنائيا أم مدنيا .

فمن الناحية الجنائية: فقد ذهب إلى عدم توافر قصد العلاج في هذه العمليات.و لذا ففي حالة مخالفة ذلك تطبق أحكام المادة 552 من قانون العقوبات الايطالي، و التي تعاقب بالحبس لمدة تتراوح ما بين 6 أشهر و سنتين و غرامة من 8000 إلى 40.000 ليرة، كل من إقترف أفعالا من شأنها أن تفقد الشخص الذي وجهت إليه القدرة على الإنجاب، حتى و لو كان برضاه. و يستحق نفس العقوبة من رضي بإجراء هذه الجراحة[49].

أما من الناحية المدنية، فذهب الفقه إلى الاستناد إلى المادة 5 من القانون المدني الايطالي، التي تمنع كل إتفاق يترتب عليه إنتقاص خطير و مستديم، بسلامة الجسم.[50]

و لكن **تراجع** القضاء الإيطالي عن هذا الاتجاه في أحكام حديثة، **أباحت** ممارسة عمليات التحول الجنسي تأسيسا على توافر قصد العلاج فيها، و استنادا لإباحة الحق في مزاولة الأعمال الطبية،[51] بمقتضى الحكم الصادر عن محكمة **"ميلانو"** بتاريخ 12 أفريل 1974.[52]

قانون 14 أفريل 1982 المعدل بتاريخ 3 نوفمبر 2000 تضمن حلولا واسعة مطابقة لما ورد في ألمانيا، فقد اعترف لكل شخص يبلغ من العمر 18 سنة أن يطلب تغيير حالته المدنية بما يتماشى مع خصائصه الجنسية، و لم يؤكد القانون على أن التغييرات الحاصلة هي نتيجة تدخلات جراحية لتغيير الجنس إنما هذا الشرط تطلبه القضاء كما أنه لم يشترط ضرورة الخضوع لفترة تجربة.[53]

---

47 Voir, Bureau de droit comparé, le changement de sexe et d'état civil, pdf sur site, p.11.

48 المعدل بتاريخ 03 نوفمبر 2000، حول تصحيح تعيين الجنس.

49 منير رياض حنا، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص.540.

50 منير رياض حنا، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص.541.

51 عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.1049.

52 منير رياض حنا، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص.541.

53 Haute Autorité de Santé, Nov 2009, Op.Cit, P.57.

كما أن المشرع **فرنـــسي**، لم يقم بتنظيم عمليات تحويل الجنس من خلال تشريع خاص به، و لذلك كانت له مواقف مختلفة بين الفقه و القضاء، فالفقه الفرنسي مبدئيا لا يجيز عمليات تغيير الجنس.[54]

فمن الناحية الجنائية، كانت تطبق نص المادة 316 من قانون العقوبات الخاصة بجريمة الخصاء و لا يعني رضا صاحب الشأن الطبيب من المسؤولية.

و هناك من كان يطبق نص المادة 310 المتعلقة بجريمة الضرب و الجرح العمدي المفضي إلى عاهة مستديمة، و كذا المادة 309 من نفس القانون المتعلقة بالجرح العمدي المقضي إلى عجز يتجاوز 8 أيام .

أما عن موقف القضاء الفرنسي فقد كان حتى سنة **1992** متخذا لموقف معارض لعمليات تغيير الجنس، و قد عرف الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية تطورا كدرجا في هذه الفرة الزمنية تجاه المشكل الحساس لغيير الجنس.و قد سجل هذه الجهة القضائية العليا على مدار 5 مرات فصل فيها في قضايا مختلفة لغرضها بالترتيب الزمني نظرا لأنها عبارة عن سوابق قضائية و دخلت في التطور التاريخي للإجتهاد القضائي و لا يمكن المور بدون ذكرها حسب الترتيب كالتالي:

- القرار 1 و 2، هو بتاريخ 16 ديسمبر 1975.
- القرار 3، هو بتاريخ 30 نوفمبر 1983.
- القرار 4 هو بتاريخ 03 مارس 1987.
- القرار 5، هو بتاريخ 31 مارس 1987.

و سنذكر بإختصار أهم المبادئ المرتكز عليها كأسباب لرفض القضاء الفرنسي لهذا النوع من الجراحات في هذه الحقبة الزمنية؛ في القرارين 1 و 2 لسنة 1975، نجد أن محكمة النقض الفرنسية تضرعت بمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص لتعلل رفضها الأخذ بعين الإعتبار التحولات الجسدية المتحصل عليها بالتدخل الجراحي التي أدخلت تغييرا إصطناعيا لجنس المعني.

و قد اتخذت المحكمة هذا الموقف لتعاقب تغيير الجنس الإرادي. و كانت تقبل التغيير غير الإرادي لجنس الشخص في الحالة المدنية.و في القرار الثالث ل 1983 رفضت محكمة النقض الطعن ضد قرار رفض تغيير الإسم في الحالة المدنية بسبب أن التغييرات الحاصلة لم تجعل المعني بالأمر من الجنس الذي يدعي الانتماء إليه.و بهذا تكون قد هجرت مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص و اعتبرت أن تغيير الجنس يجب أن يكون خارج عن إرادة المعني.و هو نفس الاتجاه الذي اتخدته في القرار الرابع و الخامس لسنة 1987.

و بعد هذا فإن محكمة النقض بموجب أربع قرارات أخرى فصلت فيها بنفس التاريخ ب 21 ماي 1990، رفضت الطعون بحجة أن الشخص لا يمكن أن يتحصل على جنس جديد غير جنسه الأصلي، و لا يمكن للشخص أن يملك جنس ليس هو ملكه. و بهذا تكون قد اركز على الجنس الكروموزومي لرفض غيير الجنس للمعني بالأمر[55].

و لكن القضاء الفرنسي و بموجب قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان باريخ 25 مارس 1992 التي أدانت فرنسا على رفضها قبول طلبات تغيير الجنس و الإسم في عقود الميلاد الذي إعتبرته أن فيه إنتهاك لحق احرام الحياة الخاصة الذي سنتناوله لاحقا في موضوع رسالتنا.

أما من الناحية المدنية، فهناك مبدأ حرمة جسم الإنسان، و من تم لا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مضمونة النتائج و تنطوي على قدر من المخاطر، إلا أن الفقه في فرنسا سرعان ما تراجع عن موقفه تحت تأثير موقف الأطباء، و الدعاوى التي عرضت على القضاء الدولي في هذا المجال التي سنراها بالتفصيل في حينها.

---

[54] J. Petit, Op.Cit, P.275.

[55] Voir, M.Henri Delvaux, les conséquences juridiques du changement de sexe en droit comparé, colloque 1993, Op.Cit, p.157 au 161.

أما **انجـلـتـرا**، فالملاحظ أنه لا يوجد أي تغيير للحالة. فسجلات الولادات، و شهادة الميلاد لا يمكن أن يتم تغييرها لكن المغيرين لجنسهم يمكن لهم أن يغيروا أسمائهم و ألقابهم. الأشخاص من النادر أن يحتاجوا لتقديم شهادة ميلادهم.و من تم في إنجلترا فإنه يعتد بالجنس البيولوجي فقط، و يتعلق بحالة الأشخاص و هذا على خلاف الإجتهاد الأمريكي.

الإختلاف بين حجج القاضي الإنجليزي، و بين المحكمة العليا لNew Torsey Porte ،حول معنى وصف الجنس في تحديد الكفاءة في الزواج، و الثاني الذي يشمل النوع لتصل إلى أن الإقتران الزوجي الذي يتم من مغير لجنسه بالجراحة إعتبر صحيحا، و هذا الأمر لا نجده في انجلترا التي تعتبر **الزواج أنه علاقة متعلقة بالجنس و ليس بالنوع**.[56]

من جهة ثالثة اعتمادا على القانون الذي تبنى حلول لاجتهاد قضائية منها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التي جسدت بصفة خاصة اتجاها مبهما عندما يكون هناك تعارض بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة للفرد، فإنها تطبيقا للحق في الحياة الخاصة، عندما الشخص يريد إخفاء جنسه الأصلي الذي أصبح مزعجا و تنكيديا لأنه أنكر بجنس ظاهر مخالف، لا تفرض تغيير البيان المتعلق بالجنس و لا تؤكد وجود الحق في الهوية لا يوجد إلزام إيجابي للدول لمنحه وثيقة يسمح للمغير لجنسه لإثبات هويته الجديدة و في مقارنة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، المحكمة تعتبر أن الجنس يكون في نفس الوقت عنصر للحالة المدنية و حق للشخصية.

و فيما يخص كفاءة الزواج للمغيّرين لجنسهم فإنها تبنت رأي تقليدي أن الزواج هو إجتماع شخصين من جنس بيولوجي مختلف.[57]و من خلال ما سبق يتبين أن إنجلترا لم تقر بمشروعية عمليات تغيير الجنس.

كما أن المحاكم **الأرجنـتـيـنية**، في سنة 1966، أدانت طبيب يدعى ريكاردو سان مارتان Ricardo sen Martin بالحبس لمدة 3 سنوات بتهمة الضرب والجرح العمدي، لأنه قام بإجراء عملية تغيير الجنس على شخص له شذوذ جنسي يبلغ 12 سنة من عمره العقلي(L'âge mental).فتضرع الطبيب، بأن له سرطان القضيب، و هناك حالة الضرورة .و هذه الدفوع رفضت، و تم لوم الطبيب على أنه أخذ برضا معتوه. إذا القضاة تبنوا المعيار الكروموزمي لتحديد الجنس، و أكدوا أن لا يمكن لأي عملية أن تحوله إلى أنثى، و هذا القرار تم تأييده من المجلس.[58]

لكن في سنة 1969 في قضية أخرى للطبيب Francisco Befazio ،برأ رغما من ذكورة كروموزومات الشخص، يتعلق الأمر ليس بحالة ازدواج جنسي نفسي لكن ازدواج جنسي عضوي.[59]

و في قضية أخرى، مغيّر لجنسه **أرجنتيني** يبلغ من العمر 42 سنة مصرح بحالته المدنية أنه من جنس ذكر، قام بتدخل جراحي في **المغرب** سنة 1985 و كان يقطن بفرنسا و له رخصة إقامة مع الإشارة أنه من جنس أنثوي. و كان يريد أكثر من ذلك تصحيح عقد ميلاده. و قدم طلب إلى محكمة Bobigny،

و التي رفضت له ذلك سنة 1988 بتطبيقها **للقانون الأرجنتيني** الذي يجهل أعراض مرض المغيّر لجنسه. و من تم كان من المستحيل تغيير الإشارة و بعد إستئنافه أصدر مجلس قضاء باريس بتاريخ 14 جوان 1994، الذي بموجبه قرر أن قاعدة التنازع لا يجب أن تطبق و لكن القاضي الفرنسي يجب عليه أن يطبق الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي هي من النظام العام. الاختلاف بين القوانين خلق نوعا آخر و هو الجنس المضطرب. و من تم القضاء الفرنسي طبق القانون الفرنسي على أجنبي بغض النظر عن حالته الشخصية.و تمكن هذا الأرجنتيني من تغيير جنسه مع الحدود، و يمكن له أن يتزوج مع رجل في البلدان التي تؤيد تغيير الجنس و يعترف بزواجه.[60]

---

[56] Mariage is a relation ship wich dependends on sex and on gender , cite par Jacqueline Pousson Petit, Op.Cit, p.736. "

[57] Jacqueline Pousson Petit, Op.Cit, p.736 et 737.

[58] J. Petit, Op.Cit, P.277.
Jean Branlard, Op.Cit, p.427.n° 1236

[59] Jean Branlard, Op.Cit, p.434.n° 1264.

[60] Henry frignet et Marcel Czermak, OP .Cit, P.151.
Jacqueline Pousson Petit, Op.Cit, p.737.

و من خلال ما سبق يتبين أن الأرجنتين هي من بين الدول التي لم تقر عمليات تغيير الجنس لسبب نفسي و كان على رعاياها إجراء العمليات في دول أخرى للاعتراف بجنسهم الجديد .

في الأخير إذا كان هناك تشريعات نظمت عمليات تحويل الجنس و أخرى اعترفت بها ضمنا و أخرى التزمت الصمت حيال هذا الموضوع، و لكنها تركت معالجته برمته للفقه و القضاء. و هذا ما نجده أكثر في تشريعات الدول الإسلامية. و هذا ما سنحاول تناوله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

موقف الفقه و القضاء من مدى مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس

هناك من الدول من حسمت موقفها تجاه شرعية هذه العمليات بضوابط معينة، في حين نجد أن دولا أخرى إلتزمت الصمت عن تنظيمها سواء بالحظر أو بالإباحة فكان على **الفقه** أن يستند ابتداء إلى المبادئ القانونية العامة، لإضفاء طابع الشرعية على هذه الأعمال الطبية التي لم تنظم بنصوص قانونية (المطلب الأول).كماأن الأمر يتطلب البحث في الفقه الإسلامي لمعرفة رأيه من مدىمشروعية هذه العمليات (المطلب الثاني).

و إذا كان من المؤكد أنه عند التنازع على المصالح الخاصة المؤثرة في الحياة القانونية فان القانون هو الذي يحسم هذا التنازع عن طريق تنظيمها.فإذا سكت المشرع عن ذلك فلا يعني التوقف عن حل هذا التنازع، و إنما على **القضاة** أن يتحروا عن المصلحة الأولى بالرعاية و يقرروها.[61] (المطلب الثالث).

و المعروف أن هذا النوع من الجراحة لا تتم إلا من فريق طبي متخصص، و لا بد أن يصدر حكم قضائي بتعديل الحالة المدنية للشخص.و من تم الاعتراف له بالآثار المترتبة على ذلك.فكان لابد من معرفة مدى شرعية هذه الجراحة للقول بمدى مسؤولية أو عدم مسؤولية الأطباء، و مدى قبول دعاوى المغير لجنسه، و من ثم كان على عاتق الفقه و القضاء عبء أكبر في إلقاء الضوء على عمليات تغيير الجنس، و الوقوف على مدى مشروعيتها من عدمه، أمام ندرة البحوث و الدراسات في الموضوع و أمام عدم استقرار القضاء في نظر هذه الدعاوى، و قد تبين أن هناك اتجاهين في هذا الخصوص، اتجاه مؤيد و آخر رافض و لكل منهما حجج و أسانيد و مبررات لموقفه سنتناولها تباعا.

المطلب الأول

موقف الفقه القانوني من هذه العمليات.

إن عمليات تغيير الجنس أثارت مشاكل لها أبعاد قانونية خطيرة، لاسيما حول مدى مشروعيتها من عدمها سواء على الصعيد الطبي أو الشرعي، كان على الفقه القانوني ألا يقف مكتوف الأيدي و إنما عليه أن يتدخل عن طريق محاولة للتوفيق بين القانون و الحقائق الطبية و الفقهية كلما كان ذلك مستطاعا.[62]

و من حق المريض الذي أجرى عملية تغيير لجنسه، أن يصحح حالته المدنية لتتناسق مع ظاهر مظهره الجديد على نحو يتمكن معه من مباشرة نشاطه و القيام بدوره في المجتمع على نحو طبيعي.و هو أمر يقع على رجل القانون أم يجد له حلا أمام الفراغ التشريعي في هذا المجال.

---

[61] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.476-477.

[62] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.56.

و لا يستطيع أحد أن يبسط من حجم المشاكل القانونية التي تترتب على تحويل الجنس بدءا من الحكم على مشروعية العملية ذاتها، التي تتعلق بالأخلاق و الدين و تصطدم بفكرة النظام العام، و معصومية الجسد، وصولا على ما يترتب عليها من آثار شائكة لانتقال الشخص من جنس لآخر. الأمر الذي يتطلب إعطائه اسما يتماشى مع حالته الجديدة، و كذا وضعه الجديد في أسرته و علاقاته معهم.

و لقد إختلف الفقهاء حول مدى مشروعية هذا النوع من العمليات خاصة بالنسبة لحالات الازدواج الجنسي النفسي التي يترتب عليها فقد الشخص لخصائص جنسه الأصلي دون اكتسابه الكامل لخصائص الجنس المقابل خاصة، و أنه تم التأكيد على فشل هذا النوع من الجراحات و أنها تؤدي بالشخص للانتحار.[63]

و لعل من أهم أسباب الإختلاف الفقهي حول مدى مشروعية هذه الجراحات هو مدى توافر قصد العلاج من عدمه.نظرا للغموض الذي يحيط بحالات التحول الجنسي، و صعوبة معرفة أسبابه و كيفية علاجه. لاسيما التحول الجنسي لأسباب نفسية أي القائم على أسباب نفسية لم تعرف أسبابها مما يؤدي إلى فشل العلاج النفسي، و يتطلب الأمر إجراء تدخل جراحي لتغيير الجنس، و لذلك كان لزاما علينا أن نقف على موقف الفقه القانوني من مدى مشروعية عمليات تحويل الجنس بالتطرق للاتجاه المبيـــح لهذه العمليات (الفرع الأول)، و المنكـــر لها (الفرع الثاني)، وصولا لمعرفة موقف الفقه العـــربي من هذه العمليات (الفرع الثالث).

الـفـــــرع الأول

الإتجـــاه القـــائـــــل بمشـــروعيـــة تغييـــر الجنـــس.

إن عمليات تغيير الجنس تشمل الإزدواج الجنسي بنوعية، العضوي و النفسي. فالأولى قد توصلنا إلى أن قصد الشفاء فيها واضح و أمر ثابت مما يجعل هذا النوع من العمليات الجراحية مشروعة و لا خلاف في ذلك.أما الثانية نظر لوجود عامل نفسي، فإن الأمر كان محل خلاف و جدل فقهي كبير باعتبار أن قصد الشفاء فيها **غير مؤكد**. و يستند هذا الاتجاه إلى حجج لتبرير موقفه و هي كما يلي:

أولا : الحرية الفردية للشخص على جسده.

القانون هو الذي يمنح الحرية للفرد ويجعله سيدا على أعضاء جسده، و من تم سيكون مناقضا مع نفسه إن هو عاقب على فعل يمس هذه الحرية.فسلطة التسلط لصاحب الجسد عليه تسمح له بالتصرف فيه على وجه الانفراد. فمبدأ الحرية الفردية يترتب عليه إعطاء الفرد القسط الأكبر من الحرية للتعبير عن ذاته، و لا يحد منه سوى تجنب الإضرار بالغير.

و من المسلم به أن صاحب الجسد أدرى بمصلحته و سلامة جسمه، و له أن يقبل الضرر طالما أنه قد بلغ سن الرشد، أي أن ما يقوم به الفرد تجاه أعضائه التناسلية و تحويله لجنسه، إنما يعد ذلك مظهرا لممارسة الشخص حقه على جسده على اعتبار أن هذا الحق يمنح صاحبه حرية يمارس من خلالها جميع أوجه أنشطته في الحياة.[64]

لكن هذه الحرية يجب أن تتوقف في أن يتصرف في نفسه على نحو ما، لضمان الأفضل لشخصيته.[65]

---

[63] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.430.N 1247

[64] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.416-417.

[65] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.71.

و يكون ذلك ليس فقط بتقرير شرعية تحول الجنس، إنما يمتد إلى أبعد من ذلك، عندما تتم هذه العملية، أي إلى الآثار المترتبة على ذلك من تغيير لاسمه و حالته المدنية ليتحقق التوافق بين الحالة الجديدة التي آل إليها المغير لجنسه و النظام القانوني الذي يعيش به في مجتمعه.

ثـانيـــا : وجـــوب تشجيع التطور العلمي و الطبي.

إذا كان الإنسان هو موضوع نشاط الطبيب، فعلينا أن ندرك أن الله قد أودع في الإنسان أسرارا تدل على عظمته.
و حتى نعرف البعض منها فعلينا السماح للأطباء من غزو جسم الإنسان لاكتشافها.و ينبغي علينا تشجيع الطب، طالما أن الهدف هو مصلحة الشخص نفسه.

و قد عبر عن ذلك الأستاذ Hamburger بقوله:
"أن الامتناع عن ممارسة أي تقدم في المجال الطبي نظرا لما ينطوي ذلك في ذاته على قدر من المخاطر من شأنه أن يؤخر الطب بمقدار خمسين سنة ".[66]

و لذلك لا ينبغي أن يقف القانون على عقبة أمام التطور المستمر للعلوم الطبية، بل عليه ملاحقة هذا التطور الطبي الهائل، طالما كان في مصلحة المرضى، و متفقا مع هويتهم الجنسية.فعدم وجود نص قانوني خاص بتنظيم هذه العمليات، لا يشكل عقبة تحول دون تقرير مشروعيتها.و ما على المشرع في هذه الحالة إلا الاستجابة لمعطيات العلم الحديث، و القيام بتنظيم ما يستجد من أمور وفق ضوابط قانونية معينة.[67] و على رجل القانون أن يوفق بين القانون و الحقائق الطبية و الفنية.
و إذا كان من المؤكد في الحالة الحاضرة للمعرفة الطبية أن العلاج الجراحي لتحول الجنس يجرى بطريقة مرضية ، و في تحسن دائم فان العملية لا يجب القول بصددها أنها تعتبر مخالفة للنظام العام.[68]

ثـــالـــثـا : رضا الشخص يعدم مسؤولية المعتدي .

إن رضا صاحب الجسد بهذا المساس ينفي كل مسؤولية تقع على مرتكب هذا الفعل. فالرضا يرتب أثره و يضفي على الاعتداء البدني الصفة الشرعية حيث يعد سبب إباحة في جرائم المساس بسلامة الجسم و هو ليس مرتبط بتوافر الغرض العلاجي.[69]

رابـــعـــا : قـيـاسـا على القوانين التي أباحت الاخصاء و التعقيم .

القوانين التي أباحت الإخصاء و التعقيم تم القياس عليها للقول بمشروعية جراحة تغيير الجنس، على إعتبار أن كلا النوعين يؤديان إلى نتيجة واحدة، و هي تعطيل منفعة عضو من الأعضاء التناسلية للشخص، و يهدفان إلى تحقيق قصد العلاج.[70]

خامسا : قياسا على مشروعية العمليات التجميلية و التلقيح الاصطناعي .

ذلك أن التشوهات البدنية، و عدم القدرة على الإنجاب تعد أمورا تؤدي إلى خلق عدم توازن نفسي خطير قد يوصل إلى حد الانتحار.الأمر الذي يتطلب ممارسة الأعمال الطبية اللازمة لعلاج هذه الحالات، و لهذا

---

[66] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.419.
[67] أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص.473-474.
[68] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.421.
[69]أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.422.
[70] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.246.

تقاس عملية تحويل الجنس عليهما بقاسم مشترك و هو قصد العلاج من الآلام النفسية التي يتعرض لها الشخص في بعض الحالات، لإعادة التوازن النفسي له.[71]

سادسا : الاستناد على الفكرة التي يتبناها عن الجنس .

هناك من إعتمد على الجنس الشكلي ليسمح بتغيير الجنس في حالة الازدواج الجنسي، و ذلك لتوافر الأعضاء التناسلية لكلا الجنسين في آن واحد و أن كان بعضها مغمورا و الآخر ظاهر.[72] و لكن تم التوسع في تحديد مفهوم الجنس اعتمادا إلى أن المفهوم الطبي للصحة يتمثل في حالة إحساس بالسعادة الجسدية و العقلية و الإجتماعية.[73]

و هنا المنظمة العالمية للصحة OMS ، عرفت الصحة الجنسية بأنها " تكامل المظاهر البدنية، العاطفية، الثقافية و الاجتماعية للكائن الجنسي بطريقة للوصول لإثراء و تألق الشخصية الإنسانية و الإتصال والحب."[74]

و بهذا فإن هذا الاتجاه يعتبر أن الجنس يتكون من عدة عناصر و من بينها الجنس النفسي و الجنس النفسي الإجتماعي أي بمجرد انخراط الشخص في الجنس الآخر و ولائه له.[75]
فالمعيار النفسي و المعيار الاجتماعي هما جانبا الهوية الجنسية، و الذي بفضلهما يتم إجازة عمليات تغيير الجنس في الكثير من الدول.

و لكن رغم اتجاه بعض النظم القانونية إلى إقرار عمليات تغيير الجنس، فان الأمر لم يترك على إطلاقه لصاحب الشأن، بل قيدت حريته بالعديد من القيود و الضوابط التي ينبغي مراعاتها قبل إجراء عملية تحويل الجنس، و هذا ناجم عن خطورة المشاكل و الآثار المترتبة عليها. و تتمثل هذه القيود فيما يلي :

1- ضرورة تشخيص الحالة المرضية الحقيقية :

قبل الإقبال على إعادة تحديد الجراحة، يجب التأكد من وجود حالة لاارتياح جنسية حقيقية.
و الجراح يبقى مسؤولا عن التشخيص الذي يقوده إلى تحقيق التدخل الجراحي.و بهذا فإن تشخيص الحالة و التقرير إذا كانت ترخص جراحة إعادة التحديد الجنسي هي قبل كل شيء تعود لأخصائيين في السلوكات. و هم علماء النفس و أطباء نفس، الذين يتلقون تكوين خاص في هذا المجال الخاص بالعلاج الجنسي، و يكونون أعضاء في طاقم علم الجنس و كذلك الجراح سيكون من نفس الطاقم.و ينبغي على الجراح أن يعرف المريض، من خلال استشارات أجريت لتشخيص حالته أو علاج منذ 6 أشهر على الأقل؛ يجب أن يبين أن المريض له إحساس متصل و مستقر بأنه في جسم غير ملائم، و أن المريض مرتاح في محاولته للعيش في طريقة الحياة المعاكسة لمدة أكثر من سنة، بوجه آخر أنه يعيش جيدا في وضعية قريبة من الواقع.[76]

---

[71] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.71.
Jean Branlard, Op.Cit, p.444.n° 1307et 1309.

[72] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.73.

[73] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p 444.n° 1307.

[74] La santé sexuelle a été définie comme « l ‘intégration des aspects somatiques, affectifs, intellectuels et sociaux de l’être sexué de façon a un enrichissement et un épanouissement de la personnalité humaine, de la communication et de l’amour »cité par Jean Branlard, Op.Cit, p.444 , n° 1308.

[75] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.73.

[76] J. Joris Hage, les conditions et conséquences médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe, XXIII colloque, Op.Cit, p.110.

2- تحقيق قصد العلاج:

يجب أن يتم التأكد من أب العلاج بالجراحة هو في الوضعية الحالية الوسيلة الوحيدة لهذا الألم، أي بالقدرات العلاجية في الطب، الطلب يكون من مريض يريد عناية خاصة و يكون محل علاج[77].

فعلى الفريق الطبي أن يحدد على ضوء ما وصلت إليه العلوم الطبية، المزايا المبتغاة و المخاطر المتوقعة، و مدى فاعلية العلاج و جدواه و مدى قابلية إجراء التدخل الجراحي أم العلاج الهرموني أو العلاج النفسي، و مدى التناسب بين الايجابيات و السلبيات.أي على الفريق الجراحي أن يوازن بين المخاطر التي تنجم عن تقرير التدخل الجراحي و الفائدة التي تتحقق من ذلك.[78] فمفهوم العلاج قد توسع ليشمل الآلام النفسية التي يتعرض لها الشخص و من تم فعمليات تحويل يجب أن تتم بقصد الشفاء و تنطوي على فائدة صحية للقول بإباحتها .

3- أن يكون رضا المريض حر و مستنير.

إذا كان أصحاب هذا الإتجاه يستندون إلى رضا المريض بالجراحة للإقرار بمشروعيتها.إلا أن الأمر يتطلب نوع من التحفظ بصدد عمليات تغيير الجنس، إذ لابد أن يكون رضائه له خصوصيته التي تعكس التوازن بين المخاطر الناجمة عن هذا النشاط، والفائدة التي تعود من جرائه.فيجب أن يصدر الرضا **كـتـابـة**، للتيقن من اتجاه إرادة صاحب الشأن في الرغبة في تغيير جنسه في شكل إقرار أو تعهد بقبول كافة المخاطر الناجمة عن ذلك التدخل بعد تبصيره على نحو كاف من الطبيب قبل إجراء الجراحة ، ويمكن العدول عنه في أية لحظة.[79]

و لاشك أن الفترة التحضيرية الطويلة التي يخضع لها المريض، تضمن وجود رضاه الذي يلزم أن يكون حرا (libre) و مستنيرا (éclairé).و هذا الأمر ليس بالهين دائما باعتبار أن المريض في غالب الأحيان يكون تحت ضغط نفسي شديد، و ربما لا يعيش إلا بهدف إجراء هذه العملية.[80] و الملاحظ أن الغاية من هذا الشرط هو مصلحة المريض.و قد أشير في تقرير اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 06 نوفمبر 1980، إن الرضا المتبصر يتحقق عندما يحاط صاحب الشأن بأهداف و طرق و آثار العلاج
و يعلن قبوله بالمخاطر.هذا القبول الذي يظهر صحيحا للأطباء عندما يكون بكامل قواه العقلية و لا يحمل أي أعراض لمرض نفسي أو الشيزوفرينيا أو الهذيان و تم فحص مستوى ذكائه و إن له ذكاء عالي.[81]

4- ضرورة الحصول على تصريح من الطب الشرعي أو من وزير العدل.

الحصول على الترخيص بالتدخل الجراحي قبل إجرائه يعتبر قيد ضروريا، خاصة و أن منح الترخيص يتطلب دراسة الملف الطبي لصاحب الشأن من لجنة طبية التي تتكون من طبيب نفسي و عالم في الغدد الصماء و جراح كما سبق توضيحه و من تم تجنب أي غش أو تحايل و يستبعد حالات تغيير الجنس الوهمية أي بدون داع و كذلك الترخيص يضمن الحصول في وقت لاحق على تغيير الحالة المدنية دون أي عراقيل.

---

[77] Voir, Denis salas, Op.Cit, p.49.
[78] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.480.
[79] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.483.
[80] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.78.
[81] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.445.marge137.
أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.421.

5- ضرورة إجراء الجراحة في المستشفيات العامة، يجب إجراء الجراحة في القطاعات العامة و هذا للابتعاد عن السرية، و الإتجار الطبي، [82] أو إجرائها تحت تأثير الرغبة الطبية في التجربة أو شهوة الانتصار العلمي[83].

من خلال تفحص حجج و أسانيد هذا الاتجاه، نعتقد أنها تستند على مبادئ عامة تصلح لجميع الأعمال الطبية ولكن لكل مبدأ ستثناء، فجراحة تغيير الجنس هي نوع خاص و متميز من الأعمال الطبية، إضافة إلى أن نتائجه لازالت لم تؤكد بعد لأن أسباب المرض مجهولة.و من تم كان لابد من التعامل مع هذه الجراحة بنوع من الحيطة و الحذر أكثر من الحيطة المطلوبة في الأعمال الطبية الأخرى، و هذا ما سنحاول أن نكون فيه أكثر دقة في محاولة لإبداء ملاحظات على ما ورد في تبرير هذا الاتجاه كما يلي :

1- أن الحرية الفردية ليست على إطلاقها، و القول بخلاف ذلك أمر منبوذ، إذ كان لشخص حق على جسده فعليه واجب يفرض عليه أن يحافظ على جسده و سلامته.و لكن هذه الحرية تقع عليها قيود تحد من سلطة الفرد نحو التصرف في أعضاء جسده.لأن آثارها تمتد للمجتمع أي علاقاته و معاملاته مع بقية أفراد المجتمع التي سيترتب عليها نتائج لا متناهية و لا تحمد عقباها، و تمس بالمراكز القانونية، و هذا ما يعد مخالفا لما هو مستقر عليه شرعا و قانونا.

2- تشجيع التطور العلمي و الطبي أمر مقبول لكن يكون في الأعمال الطبية الجائزة و المعترف بها في المجال الطبي و التي تكون نتائجها مضمونة، و ليس بغرض إجراء التجارب، و تشويه صاحب الشأن أو تعطيل أحد الوظائف الجوهرية لجسمه لدرجة توصله إلى القول بأنه يريد إطلاق رصاصة في رأسه و هو أمر مرفوض.

3- رضا الشخص بالعمل الطبي يعتبر سببا لإباحة المساس بسلامة الجسم، وهو مرتبط بمشروعية العمل الطبي. و هو الأمر غير الثابت علميا وطبيا، و أن البحوث الطبية في هذا المجال غير أكيدة و من تم رضائه غير صحيح و معيب و لا يعتد به قانونا في جراحة تغيير الجنس.

4- القياس على القوانين التي تبيح الخصاء و العقم، هو سند غير مشروع خاصة في البلدان الإسلامية و بلدان أخرى،[84] هو محرم شرعا و محظور قانونا و من تم لا يمكن القول بمشروعيته.

5- القياس على العمليات التجميلية و التلقيح الاصطناعي، لكن هذا القياس مع فارق كبير لأن عمليات التجميل تهدف إلى إزالة عيوب خلقية ظاهرة وفق ضوابط محددة، و نتائجها غالبا إيجابية و لا يوجد اعتراض على مشروعيتها بخلاف عمليات التحول الجنسي لأسباب نفسية.فلا يوجد لدى أصحابها عيوب عضوية لتبرير التدخل الطبي، و ليس هناك سوى شعور ثابت، و اعتقاد بالانتماء إلى الجنس المقابل أي مجرد فكرة راسخة تتطلب علاجا نفسيا و ليس تدخلا بالجراحة. إن جواز عمليات التلقيح الاصطناعي، هو كوسيلة طبية مساعدة على الإنجاب أي للتغلب على عدم قيام الجهاز التناسلي بوظيفته مع مراعاة ضوابط محددة.على خلاف عمليات تغيير الجنس التي قد تسبب لصاحب الشأن فقد لأحد وظائفه الجنسية دون أن يكتسب خصائص النوع الأخر.

6- تغيّـر مفهوم الجنس ليس مبرر كاف، و مباشر للاعتراف بمشروعية هذه العمليات إذ أن الإعتماد على المعيار النفسي صعب التطبيق لأنه مسألة داخلية عند صاحب الشأن، لا يمكن معرفتها بسهولة. كما أن الاعتماد على هذا المعيار على إطلاقه يشكل خطورة حسب إعتقاد البعض

---

[82] Voir, Collette Chiland, Le transsexualisme.. , Op.Cit, p.50.

[83] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.157.

[84] عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.120، هامش 1.

بإعتباره يجعل الشخصية الجنسية قابلة للتغيير بعدة عوامل دون أن تتوافق مع التكوين البيولوجي للإنسان.[85]

و نعتقد أن إعتماد المعيار الإجتماعي غير كاف، و هذا لأن المخنث يعيش كفتاة دون أن يطلب إجراء جراحة تغيير الجنس له فهل إعتمادا على هذا المعيار ستجرى له الجراحة بالرغم من أنه لا يريد ذلك طبعا، هذا أمر غير مقبول .

يرى البعض أن الأمر كله لا يتعلق بدائرة الإختيار بين راحة النفس، و راحة الجسد. و إنما طلب الراحة لكليهما. و نحن **نوافقه** الرأي في هذا حتى لا نجد أنفسنا أمام شخص لا هو بذكر ولا هو بأنثى (بإستثناء الخنثى) بل و قد ذهب إلى أبعد من ذلك باعتبار أن هذا المريض لو عاش على نقصه وشذوذه **النفسي** قبل الجراحة فان الأمر سيكون أهون عليه مما لو عاش على نقص و شذوذ **عضوي و نفسي** معا بعد الجراحة التي لم تكسبه خصائص جنسية حقيقية جديدة، و إنما سلبته ما كان عليه[86] أي تفاقم وضعه و لم يعد له مجال لإرجاع حالته إلى ما كانت عليه.مما يجعل هذه الحجج لا تقوم على أساس صلب لتدعيم رأيها و هذا ما سيجعلنا نبحث عن إتجاه آخر في الفرع الموالي .

الـفـــرع الـثـــانـــــي

الإتـــجـــاه الـقـــائـــل بعـدم مـشـــروعـيـة تـغـيـيـر الـجـنـــــــس

في معرض حديثنا عن هذا الاتجاه الفقهي، والذي أقر بعدم مشروعية التدخل الجراحي بقصد تغيير جنس الشخص في حالات الإزدواج الجنسي النفسي، مرتكزا في ذلك إلى حجج تمثل في جوهرها ردا على أدلة الإتجاه القائل بمشروعية هذه العمليات السابق مناقشته، و سنوردها تباعا .

1- عـدم الـتـسـلـيـم بـتـــوافـر قـصـــد الـعـــــلاج :

إعتمادا على مبدأ معصومية الجسد و الحرص على عدم المساس به تحت أية صورة من الممارسات الطبية الحديثة، و إزاء المفهوم الواسع للإخلال بحرمة الجسم الذي يتحقق لمجرد الإخلال بالتكامل الجسدي و لو لم ينجم عنه إيذاء صاحب الشأن. فإن هذا الإخلال يتحقق بمجرد إجراء الطبيب لنشاط جراحي دون توافر قصد الشفاء، الذي يجعل العمل الطبي غير مشروع.
و من تم إذا مس هذا التدخل الجراحي بالأعضاء التناسلية للشخص و أدى إلى تعطيل وظائفه أو تشويهها، و جعلها غير صالحة أو فقدت وظيفتها، فان العمل الطبي لا يتوافر فيه قصد العلاج، و هذا فيه مساسا بحرمة الجسم .

فالهدف العلاجي في عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية، أمر يصعب تحديده إذا أخذنا بأن الأشخاص المطالبين بتغيير جنسهم هم شواذ جنسيا.[87]

كما أن مجلس نقابة الأطباء حول هذا الموضوع قد أعلن سنة 1962، بأن تغيير الجنس عملية تجميلية التي ليس لها هدف علاجي و تعد غير مشروعية.[88]

و لو إعتبرنا أن قصد الشفاء متوفر في هذه العمليات، ألا نعتبر أن إلغاء وظيفة الإنجاب و التناسل عند استئصال الأعضاء التناسلية بالكامل يعد انتقاصا جسيما من تكامل مادة الجسم و سلامته،

---

[85] فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق،ص.11.
[86] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.250-251.
[87] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.528-529.
[88] Voir, Denis salas, Op.Cit, p.49.

و فقدانه لجنسه الأصلي دون اكتساب خصائص الجنس المقابل، فهل حققنا هنا العلاج ؟
و لا يمكن الإستناد إلى حالة الضرورة كما فعل البعض[89] حتى في المراحل المتأخرة من المرض النفسي الذي يهدد فيه المريض بالانتحار أو تشويه نفسه بقطع أعضائه، لأن الحديث عن نظرية الضرورة ينبغي أن يدور في فلك النشاط الجراحي الذي يستهدف للعلاج، و القول بعكس ذلك يكون غير معقول و غير مشروع.

2- حظـر المسـاس بـالحـالة المـدنيـة [90]:

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بعدم مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس في حالات الخنوثة النفسية لجسامة الآثار المترتبة عليها من جميع النواحي، كونها تصطدم بالأخلاق والدين، و تتعارض مع النظام العام و تمس بمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص l'indisponibilité de l'état، الذي يتميز بثباته، و لا يمكن لأي شخص أن يغير بمحض إرادته حالته المدنية.و من تم يكفي الاستناد إلى المعيار الكروموزومي، في تحديد جنس الفرد و استحالة تغييره، للقول بعدم مشروعية هذه العمليات.

3- **عـدم المسـاس بـالمسلمـات الطبيـة :**

هناك من ذهب إلى القول أنه مهما تطور الفن الطبي و التقنيات الحديثة إلا أن هناك أمرين لا يمكن تغييرهما مطلقا و همـا:

أ- العنصر الجيني أو الوراثي أو الكروموزومي الذي يتسم **بالثبات** و من المستحيل أن يتحول الكروموزوم الذكري إلى كروموزوم أنثوي أو العكس ،

ب- أن العلاج الهرموني و الجراحي للمغير لجنسه لعلة نفسية و إن كان يمنحه شكلا أقرب إلى الجنس المقابل، فإنه لا يجعله فعليا أحد أفراد ذلك الجنس لأن التغيير يبقى اصطناعيا و لا يكسبه المقومات الطبيعية للجنس المقابل.[91]

الفـــــرع الثـالـــث

موقـف الفقـــه القانـوني العـربـي من عمـليـات تغييـر الجنـس

لم يحظ موضوع تغيير الجنس بإهتمام من الفقه القانوني العربي مثلما حظي به من الدراسة و البحث و التحليل من الفقه الغربي لاسيما الفرنسي.و هذا قد يعود لحساسية الموضوع و تعارضه لأول وهلة مع التقاليد السائدة في المجتمعات الإسلامية، وعدم وضوح طبيعة المرض و أسبابه و مدى توافر قصد العلاج فيه، فضلا عن استهجان الغالبية من رجال الفقه الإسلامي و القانوني من مجرد الخوض فيه أو على الأقل، تقديم رأي يتفق مع العقل و المنطق المعاصر، أو خوفا من أن يوصف الباحث فيه بأنه مصاب بذات العلة أو يعاني من خلل نفسي جنسي.

إن بعض الفقه **المصري** قد تعرض لهذا الموضوع بشيء من الحيطة و الحذر، و كان رأيه متواضعا ومبنيا على افتراضات، في وقت لم تتضح فيه طبيعة هذا المرض، و تفصيلاته العلمية، مما يدل على بعد نظرهم، و سبق الفضل لهم في ما توصلوا إليه و كانت آراءهم غير ثابتة فهناك من أقر بعدم مشروعية

---

[89] هناك فريق طبي فرنسي في المستشفى العام saint Louis لباريس في 21 أفريل 1979 قررت اجراء أول عملية جراحية و هنا يروي لنا الطبيب Dr Breton أنه بسبب الخطر الجسيم للانتحار و المؤدي للخصاء التي كان يعاني منها المغير لجنسه الذكري الذي توبع لعدة سنوات، و الذي كانت وضعيته في تدهور إلى درجة حاول عدة مرات الاستئصال انتهينا الى الرضا بطريقة ما اجباريا لاجراء لاول مرور هذه الجراحة بفرنسا.مذكور في Denis salas, Op.Cit, p.49.

[90] Voir, Agarra Jean Pierre, Op.Cit , p.32.

[91] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.161.

هذه الجراحات معللا رأيه كما سنراه لاحقا، و هناك من أقر بمشروعيتها محاولا إيجاد مبرر لذلك. كما أن الفقه **الجزائري** كان له **رأي بسيط** توصل إليه من خلال تحليل ما وصل إليه القضاء الفرنسي مستعملا في ذلك المنطق
و الضوابط الشرعية.

أ. <u>موقف الفقه المصري</u> :

لقد إختلف موقف الفقه المصري حول مدى مشروعية عمليات تغيير الجنس؛ فمنهم من أقر بمشروعية هذه الجراحة مستندا إلى الآراء الطبية التي اعتبرت أن حالات تغيير الجنس ليست من قبيل الشذوذ الجنسي أو الاختلال العقلي أو اللهو الجراحي أو الدجل الطبي بل قضية علمية بحثه، و مشكلة نفسية لا تخفى معالم أعراضها. و من تم كان على الطبيب المسارعة، إلى تلبية نداء مريضه في هذه الحالات. حتى لا يلجأ إلى الإنتحار أو يقوم ببتر أعضائه التناسلية بنفسه [92].

و بهذا فقد ذهب الدكتور **"علي حسين نجيدة "** : إلى أنه لا مانع من التدخل الجراحي و إضفاء الغرض العلاجي على هذه العملية، إذا كان ذلك هو الوسيلة الوحيدة لشفاء المريض، بعد استنفاد كافة وسائل العلاج المتصورة، بما في ذلك العلاج النفسي، على أن تشهد بذلك لجنة تشكل من أهل الخبرة في الطب و علم النفس و علم الغدد و القانون[93]، لتقرير ما يرونه مناسبا للحالة المعروضة.
كما يرى في هذا الصدد الدكتور **"محمد سامي الشوا"** ضرورة التمييز بين ثلاثة فروض أساسية سنذكر من بينها **فرضين** في إباحة هذه العمليات و هما :

<u>الأول</u>: خاص بالعمليات الجراحية التي تهدف إلى تصحيح الأعضاء التناسلية أو إزالة تشوه خلقي، فهذه العمليات لا غبار عليها من الناحية القانونية لتوافر قصد العلاج فيها.

<u>الثاني</u> : خاص بالعمليات الجراحية التي تهدف إلى التنسيق بين طبيعة خلايا جسم الشخص و على وجه الخصوص خلايا الكروماتنين التي تحدد الذكورة أو الأنوثة في الجسم و بين الأعضاء التناسلية لديه. و يتوافر هنا قصد العلاج في هذا النوع من العمليات، إذ أنها تسعى بصفة أساسية للشفاء من اضطراب في الهرمونات[94].

كما ذهب الدكتور **"عصام أحمد محمد "** أن تقدير توافر الضرورة العلاجية للشخص المتحول جنسيا مسألة فنية، يفصل في أمرها أهل الفن الطبي، و هذا بتقرير من لجنة تشكل من أطباء مصلحة الطب الشرعي و بعد أخذ رأي الطبيب المعالج و أحد أطباء الطب النفسي، فإذا ما رأو أن التدخل الجراحي لازم صحيا و نفسيا و العملية ناجحة علميا فإنه يتم إجرائها.[95]

و هناك من الفقه المصري، من أقر بعدم مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس في حالات الإزدواج الجنسي النفسي و لو تمت برضاء صاحب الشأن غير معتد بهذا الرضاء، لعدم توافر مصلحة حقيقية أو ضرورة علاجية تهدف إلى تحقيق الشفاء، أو تجعل من تدخل الطبيب عملا ناشئا عن إستعمال حق بمقتضى القانون، يقصد من ورائه تحقيق مصلحة معتبرة.[96] و لو سلمنا بحرية الشخص الفيزيقية في سلامة جسمه، فهذا يعطيه سلطته المنفردة، للتصرف في جسده كيف ما شاء، و هو الأمر الذي يتعارض مع القواعد المستقرة في الأنظمة القانونية التي لا تعترف بهذه الحرية لصاحب الحق على

---

[92] أنظر، عزت عشم الله، عمليات تغيير الجنس، مجلة طبيبك الخاص، عدد 211، السنة 18، يوليو1986، ص.24-28. و كذا خالد منتصر، التحويل الجنسي في مصر، مجلة روزا ليوسف، 4 نوفمبر 1996، عدد 3569، ص.50-51. مشار إليهما في، محمد أنس إبراهيم، المرجع السابق، ص.157.
[93] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.107.
[94] محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها، المرجع السابق، ص.199.
[95] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.1051.
[96] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.926.

جسده، باعتبار أن هناك قيود اجتماعية ترد على هذا الحق في السلامة الجسدية و هي متعلقة بالنظام العام في المجتمع.[97]

و من هذا المنطلق فإن الدكتور "محمد سامي الشوا " يذهب في فرضه **الثـالـــث** إلى القول :
أنه عندما تكون خلايا الجسم متفقة فعلا و مظهر الشخص، و هذا هو التكوين السوي للإنسان، فإن الإدعاء بوجود إنفصال بين المعايير الشكلية و الأحاسيس العميقة للشخص، **لا يبرر** إجراء عملية جراحية بهدف تحقيق التوافق بينهما.[98]

كما ذهب الدكتور **عصام أحمد محمد** " إلى أنه إذا كان الشخص ليس لديه مشكلة صحية سواء كانت بدنية أو نفسية ، و يرغب في التحول عن نوعه لمجرد تحقيق الرغبة في التغيير دون توافر ضرورة علاجية تبرر ذلك التغيير، فإنه **لا يمكن** الإقرار بإباحتها[99]، و توصل الدكتور **"علي حسين نجيدة"** في عبارات موجزة، إلى القول أنه **لا يكـفـــي** لتبرير تلك الجراحة أو هذا التحول مجرد التشوش في الشعور الجنسي أو الإحساس العارض بالانتماء إلى الجنس الآخر، مع سلامة الأعضاء التناسلية الطبيعة، و ذلك لتخلف قاعدة التناسب بين المغانم و المغارم في العمل الطبي، و من تم **تخلف** الغرض العلاجي.[100]
و يقول الدكتور **"أحمد محمود سعد** " أن من يخالف هذه الشروط (أي مقترحات تنظيم مشروعية الجراحة) يقع تحت طائلة المسؤولية بنوعيها المدنية و الجنائية، لأن المسألة لا تعدو أكثر من تخنث ظاهري دون دواع طبية لإجراء هذا التدخل الجراحي، و أن الطبيب و صاحب الشأن يجب توقيع الجزاء المناسب عليهما، لأن إجراء هذا النشاط فضلا عن خروجه عن قصد العلاج فإنه يؤدي إلى تغيير خلقه الله عز وجل، و هذا ما تأباه شريعتنا الغراء و نظامنا القانوني الوضعي، و لا يجوز التذرع في هذا الصدد برضاء صاحب الشأن حيث أن المسألة تتعدى الحرية الفردية له.[101]

كما ذهب الدكتور **"الشهابي إبراهيم الشرقاني"** إلى القول أن العلة من وراء هذا التحريم (لجراحة المسخ كما سماها أي تغيير الجنس) يتمثل في أنها تعد تغييرا لخلق الله تعالى يجريه المريض لإشباع شذوذه و إنحرافه النفسي و هو منهى عنه شرعا إذ يفقد فيها خصائص حقيقته الجنسية، دون أن يكتسب خصائص النوع الآخر. [102]

ب. <u>مـوقــف الـفـقــه الـجـزائـــري</u> :

نظرا لعدم ظهور عمليات تغيير الجنس على الساحة الطبية الجزائرية، أو بالأحرى عدم عرض المشكلة على الساحة القانونية الجزائرية ، فإننا نجد صعوبة في إيجاد حل في الفقه الجزائري نظرا لقلة الباحثين في هذا المجال و قد تناول بعض الفقه هذه المسألة من الدراسات والبحوث التي عرضت في الدول الغربية بالأخص فرنسا محاولين إعطاء رأي بسيط في هذا المجال بما يتماشى مع القواعد الشرعية باعتبار أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الثاني للقانون المدني .

فهناك من الفقه الأستاذ **"علي علي سليمان** " عند تعرضه لقضيتين عرضت على القضاء الفرنسي، و تحليله للاتجاه المؤيد و المعارض لعملية تغيير الجنس إلى إعطاء رأي سطحي و غير مقنع و غير واضح، فقال : "و الرأي عندي هو أنه ينبغي أن نفرق في الإنسان بين وضعين فننظر إليه من ناحية

---

[97] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.87.
احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.536-537.
[98] محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص.199.
[99] عصام احمد محمد، المرجع السابق، ص.1050-1051.
[100] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.107. الهامش 1.
[101] احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.779.
[102] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.257.

كفرد، و كائن حي و من ناحية أخرى ننظر إليه كعضو في مجتمع، فهو كفرد و كائن حي يجب أن يكون حرا في التصرف في جسمه كما يشاء...مادام ذلك لا يضر المجتمع."[103]

و الملاحظ أنه لم يعط رأيه في الموضوع، و هذا لأنه لم يكن على إلمام بطبيعة مشكلة تغيير الجنس و كان موضوعا مستحدثا على الساحة القانونية.

و في هذا الصدد نجد الدكتور " **تشوار جيلالي**" يقول : نحن نعتقد أنه أسلم و أحرى باقتراب هذا العيب المتماثل في الضغط النفسي ناذر شذوذ عقلي، و بذلك عوضا من معاملته على أساس أنه مريض و أن تغيير أعضائه التناسلية يبرره هدف علاجي محض، فإنه يستحسن البحث عن معالجته نفسيا، إذ أن التبرير العلاجي الكامن في التغيير، فهو ليس مقحما، بحيث أن العملية أجدر ما تكون **دواء مسكن** في غياب علاج نفسي ناجع.[104]

كما يرى أن إعمال الحكم بهذه التشريعات ينطوي على مخاطر كبرى تمس العنصر البشري ذاته، فيحتمل من جهة أن تتعدد هذه العلاقات الماسة بنواميس الطبيعة مادام ليس هناك ما يمنعها، كما يحتمل أن تقضي على الزواج نظرا لآثارها المحددة من حيث الالتزامات الملقاة على طرفيها، بل تعد خطرا على الفرد و الأسرة و المجتمع بأكمله.[105]

و نظرا لندرة الكتابات العربية المتخصصة حول موضوع عمليات تغيير الجنس، الذي عولج على ضوء المؤلفات الأجنبية و بما يتماشى مع ثقافتنا الإسلامية.إلا أن هذا الموضوع لم يعالج معالجة كافية سواء من الناحية الشرعية أو القانونية في المجتمع الجزائري.

المطـــلب الثـــانـــــــــي

موقف الفقه الإسلامي من مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس

لقد إعتد المشرع الإسلامي بصيانة الصحة النفسية و العقلية للإنسان، لأن في صيانتها حماية من التورط في المهالك و المعاصي.[106]
فشريعتنا الغراء لا تعارض التقدم العلمي، إذ أن الإكتشافات العلمية الحديثة أحسن دليل على عظمة الخالق. و أنه يمكن العلاج من المرض العضوي، و يتصور العلاج النفسي، عن طريق العلاج النفسي أو التدخل إذا ما توافرت شروطه الطبية.
و موضوع تغيير الشخص لجنسه إذا كان متروكا إلى أهل الطب، فهذا ليس معناه أنه غير محدد بضوابط، إذ يجب التمييز بين التحول الطبيعي أي لدواع جسدية و بين التحول المصطنع عن طريق تعاطي الهرمونات و إجراء الجراحة لدواع نفسية أي لمجرد الرغبة فقط، و هو الأمر الذي تحكمه ضوابط شرعية لابد من الوقوف عندها، و ذلك بالتطرق إلى مختلف الفتاوى الفقهية المعاصرة في هذا المجال، و الدراسات الفقهية للفقهاء القدامى حول هذه المسائل و هذا للإستفادة من مختلف الآراء، و الوصول إلى حل شرعي متكامل الأوجه.
و قد إختلف الفقه الإسلامي بين مؤيد و معارض لإجراء مثل هذه الجراحات حسب كل حالة، و هذا ما يجرنا إلى البحث عن حالة الإباحة (الفرع الأول)، و الحظر (الفرع الثاني)، في هذا المجال بالنظر إلى الأسانيد التي يعتمد عليها كل اتجاه سنتعرض له في دراستنا هذه.

---

[103] أنظر، بالتفصيل علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.259-263.
[104] أنظر، تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية..،المرجع السابق، ص.34.
[105] أنظر، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، مجلة العلوم القانونية الإدارية و السياسية، العدد 06،سنة 2008، ص.70.
[106] أنظر، المغنى لابن قدامى،ج 8،ص37 و ما بعدها، مذكور في أحمد محمود سعد، المرجع السابق،ص.434.

الفــرع الأول

الاتجاه القائل بمشروعية عمليات تحويل الجنس

قد يتفق الفقهاء المعاصرين على انه لا يجوز إجراء عمليات التحول الجنسي إذا كان المتقدم لها يعاني من أية أمراض نفسية تدفعه إلى هذه العملية، بل هو مجرد هوى و إشباع رغبة. إلا أن هناك من يرى أن الشريعة الإسلامية توافق على إجراء هذا النوع من العمليات و لهم في هذا أدلتهم.

و في هذا المجال لدينا شقين لابد من الفصل بينهما و هذا لأننا يجب دائما أن نفرق بين التحول الجنسي بسبب دواع عضوية التي لا خلاف في مدى جوازيتها و سنوضحها لاحقا، و لكن قبل ذلك سنتحدث عن التحول الجنسي بسبب دواع غير عضوية أي نفسية بإعتباره صلب موضوع دراستنا. و في هذا الصدد لم نجد فيما اطلعنا عليه سوى مرجع واحد يشير إلى قول الشيخ فيصل مولوي.[107]
و قد إستدل في قوله إلى أدلة منقولة سواء من الكتاب أو السنة, الإجماع و أخرى أدلة بالمعقول و هذا على النحو التالي:

1. **مدى مشروعية تغيير الجنس لأسباب نفسية**:

أولا: الأدلـة بالمنقـول
ما روي عن أسامة بن شريك-رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:
" تداووا عباد الله فان الله لم ينزل داء إلا أنزل معه شفاء ".[108]

و بناء على ذلك إعتبر الشيخ فيصل مولوي أن إجراء العملية الجراحية التحويلية من باب التداوي الذي أمر به الشرع الحنيف، فإنه إذا كانت الأعضاء الجنسية الظاهرة غير متوافقة مع الحالة النفسية فإنه يجب إجراء العملية اللازمة لتحقيق التوافق بينها، فكانت هذه العملية التي هي معالجة للألم الموجود و الذي ليس له علاج آخر.[109]

و في هذا الصدد نرى أنه مع إحترام الأساس المعتمد عليه شرعا للقول بالمشروعية إلا أنه قد سبق لنا مناقشة أن الأطباء ينصحون قبل إجراء التدخل الجراحي بالمرور أولا على العلاج النفسي نظرا لما يترتب على الجراحة من آثار خطيرة يمكنها أن تحدث إضطرابا جنسيا يصعب تحمله مما يؤدي بصاحبه إلى الإنتحار أحيانا.

ثـانيـــا: الأدلـة بالمعقـول

1- أنه تبث برأي جمهور الأطباء، أن إضطراب الهوية الجنسية حالة مرضية، و أن هذه الحالة المرضية قد تشتد بحيث تصبح حياة صاحبها جحيما قد تدفعه إلى الإنتحار، فإذا فشلت كل وسائل العلاج النفسي، لم يبق أمام الطبيب إلا الجراحة التحويلية، حتى يكون هذا الإنسان المخلوق أكثر قدرة على القيام بمسؤولياته التي خلق من أجلها[110].

---

[107] و هو نائب رئيس المجلس الأوربي للبحوث و الإفتاء و الأمين العام للجماعة الإسلامية في لبنان، أنظر،على شبكة الانترنيت، www.mawlawi.net، مشار إليه في مقال فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق،ص.39.
[108] رواه أحمد في مسنده، حديث رقم 17987.
[109] أنظر، على الموقع www.mawlawi.net، مشار إليه في مقال فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.40.
[110] أنظر، على الموقع www.mawlawi.net، مشار إليه في مقال فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.41.

أنه حتى و لو أخذنا برأي الأطباء الثقة أنه حالة مرضية، إلا أن الثابت أن كيفية علاجها غير متفق عليها لحد الساعة طبيا لكونه لا زال هذا المرض غامضا، لم تعرف بعد أسبابه، و قد سبق و تم التأكيد أن الجراحة لا تحدث إلا تغييرا في الأعضاء لا يحصل معه أي تغيير في الوظائف.

2- أن مرض التحول الجنسي تتحقق فيه شروط الضرورة الشرعية الخمسة بلا جدال، و الحياة التي تقتضي المحافظة عليها، هي الحياة الطبيعية التي يستبد بها المرض، بحيث يحرمها السعادة و يمنعها من المتاع المباح، فإذا كانت جراحة التحول الجنسي معرفة من حيث الأصل، فإنها تباح لوجود هذه الضرورة[111].

أنه على افتراض أن الحالة المرضية هي من الضرورات التي تبيح المحظورات إلا أن الشرع قد ربطها برجحان المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما و في هده الحالة لا يمكن الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المريض الذي لديه رغبة نفسية للتحول إلى الجنس الآخر غير ثابت بالآثار التي ستلحق بأسرته و بالمجتمع.

أن الهدف من العلاج الطبي هو إحداث التوازن بين التكوين البيولوجي و النفس و لم يثبت علميا أن الجراحات التي أجريت على مثل هذه الحالات كانت ناجحة، لأن المريض يحدث له تغيير ظاهري في أعضائه يجعله يتشبه بالجنس الذي تحول إليه دون أن يكتسب خصائص هذا الجنس.

3- لا يجوز الوقوف في تحديد الجنس على الصفات العضوية، فهو ليس مجرد أعضاء جنسية ظاهرة، بل هو أيضا مشاعر نفسية.[112]

- أنه سبق لنا في عرض الفصل التمهيدي مناقشة معيار الجنس النفسي في تحديد الجنس و توصلنا إلى عدم تأكيد التعويل عليه لوحده، نظرا لأنه يخضع للتغيير بالمؤثرات الخارجية كالتربية و البيئة الاجتماعية و الثقافية.
- أنه عند الحديث عن الخنثى(الذي له مرض عضوي)، فإنه عند تحديد جنسه إذا تقاربت أعضائه الأنثوية و الذكورية و صعب معها ترجيح الجنس الذي ينتمي إليه يمكن هنا الاعتماد على شعوره النفسي، بينما عند المغير لجنسه بسبب نفسي ليس لديه غموض عضوي في الجنس الظاهر الذي ينتمي إليه.
- نحن نوافق الرأي الذي قال أن قبول مثل هذه الجراحات فيه فتح لأبواب الفساد و الإنحراف الأخلاقي
- أن هذه المشاعر قد تكون مؤقتة أو مجرد تقليد لمسايرة ما يحدث عند الدول الغربية دون معرفة النتائج الوخيمة التي تترب على مثل هذه العمليات نظرا لعدم الوعي الثقافي بحقيقة هذه الحالة المرضية.

2. مدى مشروعية تغيير الجنس لأسباب عضوية(الخنثى):

و تدخل هذه الحالة في الفقه الإسلامي فيما يعرف في كتب الفقه المذهبي بالخنثى، و هنا لابد من أن نوضح المقصود بالخنثى في كل من الفقه الإسلامي و الطب لنصل إلى تحديد إن كانت الجراحة التي له لتحويل جنسه جائزة أم لا من ناحية الفقه الإسلامي و هذا بالتعرض إلى الأدلة الشرعية بهذا الخصوص و ذلك تباعا.

[111] أنظر، على الموقع www.mawlawi.net، مشار إليه في مقال فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.41.
[112] أنظر، على الموقع www.mawlawi.net، مشار إليه في مقال فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.42.

1- تعريف الخنثى في الفقه الإسلامي:

الخنثى هو الذي له ذكر و فرج امرأة أو ثقب في مكان الفوج يخرج منه البول،[113] أو من ليس له شيء منهما أصلا و له ثقب يبول منه لا يشبه واحدا من الفرجين.[114]

فغير المشكل : هو الذي يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، فيعلم أنه رجل أو إمرأة،[115] أي هو رجل به خلقة زائدة أو إمرأة فيها خلقة وائدة و حكمه في إرثه و سائر أحكامه يعتبر بمباله. فإن بال من عضو الذكورة فهو ذكر و إن بال من الفرج فهو أنثى، و إن بال منهما جميعا اعتبرنا أسبقهما فان خرجا معا، و لم يسبق أحدهما يرث من المكان الذي فيه أكثر.[116] فعلامة تمييزه في حالة الصغر هي المبال لقوله صلى الله عليه و سلم :" الخنثى من حيث يبول"

و لما روي عن علي كرم الله وجهه قال: يورث الخنثى من حيث يبول، و روي عنه أنه قال: إن خرج من مبال الذكر فهو ذكر، و إن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى[117].

فإذا وجد الاشتباه في المولود بأن وجدت فيه الآلتان، فإن علامة التمييز هي خروج البول من أيهما أولا إلى أن يتبين فيه سائر العلامات بمضي الزمان. و هذا ما نقل عن قتادة، و عن سعد بن المثيب رضي الله عنه أنه خنثى يرث من حيث يبول[118]، حيث يحسم مكان خروج البول الجدل نحو تحديد جنس المولود و يعتبر خنثى مشكل، فيعلم أنه ذكر أو أنثى.أما الفتحة الأخرى فتعتبر خلقة زائدة. و هذا ما روي عن أهل الكوفة و سائر أهل العلم[119]، أما إذا كان المولود يبول منهما جميعا فثمة اتجاهان في ذلك ليكون بالكثرة و بالسبق،[120]كما سبق توضيحه.

أما الخنثى المشكل: هو الذي تعارضت الإمارات المرجحة للخنثى في إلحاقه بالذكورة أو الأنوثة، وينتظر به إلى البلوغ[121]، أو إذا استوت كمية البول من عضوي الذكورة و الأنوثة فهو حينئذ مشكل، و قد يتبين إشكاله عند الكبر بعلامات أخرى[122]، و هناك معيارين:

1- معيار العلامات الظاهرة: و العلامات التي يتميز بها الخنثى المشكل عند البلوغ، ومن تم يزول الإشكال منها ما يختص به النساء؛ و هي الحيض و الحمل، و تفلك الثديين، فإذا أوجد فيه واحدة، فهو أنثى و يزول الإشكال و قد أضاف أصحاب هذا المعيار، علامة أخرى يستدل بها على جنس الخنثى ألا و هي عدد أضلاعه من الجانبين، حيث ذهبوا إلى انه إذا استوت أضلاعه من الجانبين فهو امرأة، و إن نقص أحد جانبيه ضلعا فهو رجل.و قالوا في ذلك أن المرأة لها في كل جانب سبعة عشر ضلعا، و الرجل من الجانب الأيمن سبعة عشر ضلعا و من الجانب الأيسر ستة عشر ضلعا[123].
2- معيار الميل الطبيعي: و هو معيار الطبع إلى أحد الصنفين، و إشتهاؤه له، و هو أمر في النفس لا يطلع عليه غيره. و لذلك يقرر الفقه الإسلامي قولهم: " و يقبل قوله بالميل، بشرط ألا تكون معه علامة أخرى من العلامات الظاهرة تخالفه إذ الميل قول و إخبار عن مكنون خفي، أما العلامة فظاهرة و محسوسة. و لا شك في أن المحسوس مقدم على الخفي الباطني.[124]

---

[113] أنظر، محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، الدار السعودية للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة 11، سنة 1999، ص.489.

[114] المبسوط للسرخسي، الجزء 3، ص.92. مشار إليه في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.106.

[115] محمد علي البار، المرجع السابق، ص.489.

[116] محمد علي البار، المرجع السابق، ص.489.

[117] أنظر،النووي، الجزء 15، ص 259، مشار إليه في أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.295، الهامش 3.

[118] أنظر، المبسوط للسرخسي، الجزء 29، كتاب الخنثى، ص.103. مشار إليه في أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.296.

[119] أنظر، النووي، المرجع السابق، ص.162.مشار إليه في أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.296،

[120] أنظر، المبسوط للسرخسي، الجزء 29، ص.103 و ما بعدها، مشار إليه في أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.296.

[121]شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص.51.

[122] محمد علي البار، المرجع السابق، ص.489.

[123] أنظر، المبسوط للسرخسي، الجزء 29، ص.405، مشار إليه في أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.299-300.

[124]أنظر، المغنى، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى،158/7، مشار إليه في محمد أنس إبراهيم، المرجع السابق، ص.227.

و قد اتفق الفقهاء على معيار الطبع كمرجح لاختيار نوع الخنثى المشكل، حيث يعتد بقوله، و يتم ترتيب الأحكام عليه.فإذا اختار الميل إلى نوع محدد و اشتهاه، فانه لا يقبل رجوعه إلا أن يكذبه به الحس بعلامة يقينية تغاير قوله الأول، و تؤكد إنتماؤه إلى النوع الآخر بيقين[125].

في حين أن ثمة اتجاه آخر يذهب إلى عدم التعويل على إقرار الخنثى، فان قال أنا رجل أو إمرأة لم يقبل قوله إن كان قد علم أنه مشكل، لأنه يحارف عما يخبره عن نفسه، فإنه لا يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره[126].
و الخنثى المشكل نوعان:
1/ من له آلتان و إستوت فيه العلامات
2/ من ليس له واحدة من الآلتين و إنما له ثقب بين فخديه يبول منه لا يشبه واحد من الفرجين[127]، أو لم يكن له في قلبه مخرج ذكر ولا فرج و لكن لحمة ناتئة يرشح منها البول رشحا على الدوام، أو ليس له إلا مخرج واحد بين المخرجين يتغوط و منه يبول، أو ليس له مخرج أصلا لا قبل و لا دبر و يتقيأ ما يأكله[128].

3- تعريف الخنثى لدى الأطباء:

هو الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة، و لتحديد نوعية الخنثى ينظر الطبيب إلى الغدة التناسلية حسب فحصها النسيجي فان كانت الغدة خصية و الأعضاء التناسلية الخارجية تشبه تلك الموجودة لدى الأنثى فهو خنثى ذكر كاذب، و إن كانت الغدة مبيض و الأعضاء التناسلية الظاهرة شبيهة بأعضاء الذكورة، فهو خنثى أنثى كاذبة و ان كان لهذا الشخص مبيض ة خصية أو هما معا ملتحمان فهو خنثى حقيقي(و هي حالات نادرة جدا)، و لا عبرة آنذاك بالأعضاء الظاهرة[129]، و غالبا ما تكون الغدة التناسلية(الخصية أو المبيض) مندثرة أو هادمة[130].

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن فقهاء الشريعة يقسمون الخنثى إلى مشكل و غير مشكل و يحددان الجنس بمكان التبول أو بإقراره على النحو السابق بيانه. بينما الأطباء يقسمون الخنثى إلى حقيقي و كاذب
و العبرة في الأخذ بأحد الجنسين بالغدة التناسلية. و لم يتكلم الفقهاء عن حالة التعارض بين المظهر الخارجي للأعضاء التناسلية و نوع الغدة التناسلية.
و هذا بالطبع لأن الإمكانيات العلمية آنذاك لم تكن تسمح بمعرفة هذه الأمور. و لكن تطور الطب على مر الأزمنة، سمح لنا بمعرفة حقيقة نوع الخنثى عن طريق وسائل الفحص و التشخيص الحديثة و بدرجة كبيرة من الدقة شرط أن تكون علته طبعا جسدية، و ليس مجرد رغبة نفسية.
و من هنا و مع إحترامنا لآراء فقهائنا القدامى بشأن الخنثى، فتقدير حالة الخنثى و كيفية معالجته يجب الأخذ بعين الإعتبار رأي الأطباء الثقة مراعين في ذلك التطورات العلمية في هذا المجال.

3- الحكم الشرعي لهذا النوع من الحالات:

لا شك أن حالات الخنثى على النوع السابق بيانه، تحتاج لإجراء العمليات الجراحية لإظهار أعضاء الأنثى الحقيقية أو الذكر الحقيقي أو تقريب حالة الخنثى الحقيقية لتمارس حياتها بصورة طبيعية بالعمل الجراحي المناسب، و يكون الشخص أقرب إلى الجنس الملائم له، و تتوافر الحاجة إلى التدخل الجراحي لإصلاح الأعضاء و تقويمها لوجود الدواعي الخلقية في الجسم أي لدواعي جسدية .

---

[125] أنظر، المغنى، 158/7، مشار إليه في محمد أنس إبراهيم، المرجع السابق، ص.227.
[126] أنظر بمزيد من التفصيل، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.304 و ما بعدها.
[127] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.109.
[128] أنظر، محمد علي البار، خلق الانسان..،المرجع السابق، ص.489.
[129] أنظر، محمد علي البار،خلق الانسان....،المرجع السابق، ص.489-490.
[130] أنظر، محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.206.

و لا يمكن القول أن هذه الجراحة تشتمل على تغيير لخلق الله تعالى، لأن القصد منها إزالة الضرر، و توافر المصلح الشرعية في إزالة حالة اللبس و الغموض التي تكتنف الخنثى و التوصل لتصحيح الجنس عملا بقاعدة" لا ضرر و لا ضرار، والضرر يزال".
و حكم هذا النوع من الجراحات قد وردت به أحكام شرعية نذكر منها:

أ / الفتـــاوى الفقهيـــة المعـــاصرة:

و في هذا الصدد سنعرض الفتاوى فقهية المتعلقة بالشق الآخر و هو التحول الجنسي بسبب دواعي جسدية، و التي اتفقت في مجملها على إجازة هذا النوع من الجراحات لضرورة جسدية، و من ذلك:

1- **فتوى فضيلة الشيخ " جاد علي جاد الحق" شيخ الأزهر** :

الذي قال لما كان من فقه الأحاديث الشريفة و غيرها من الأحاديث الواردة في التداوي إجازة إجراء جراحة يتحول بها الرجل إلى امرأة أو المرأة إلى رجل متى إنتهى رأي الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة أو علاوات الرجولة المغمورة، بإعتبار هذه الجراحة مظهرة للأعضاء المطمورة أو المغمورة تداويا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة.[131]

2- **فتوى دار الإفتاء المصرية سنة 1988 :**

تتطابق هذه الفتوى مع نص فتوى فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق

3- **فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالمملكة العربية السعودية:**

إجابة عن السؤال الذي وجه إلى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالمملكة العربية السعودية عن عمليات يقوم بها الأطباء في أوربا يتحول بها الذكر إلى أنثى، و الأنثى إلى ذكر إذا كانت تعتبر تدخلا في شؤون الخالق الذي انفرد بالخلق و التصوير و رأي الإسلام فيها فقد أجابت على هذا السؤال من شقين، الأول سبق مناقشته في جراحات تغيير الجنس لأسباب نفسية. أما الثاني فيتعلق بحالة الخنثى بقولها:
".....و لكن قد يشتبه أمر المولود فلا يدري أذكر هو أم أنثى، و قد يظهر في بادئ الأمر أنثى و هو في الحقيقة ذكر أو بالعكس، ويزول الإشكال في الغالب، وتبدو الحقيقة واضحة عند البلوغ، فيعمل له الأطباء عملية جراحية تتناسب مع واقعه من ذكورة أو أنوثة و قد لا يحتاج إلى شق و لا جراحة. فما يقوم به الأطباء في هذه الأحوال،إنما هو كشف عن واقع حال المولود بما يجرونه من عمليات جراحية لا تحويل الذكر إلى أنثى، و لا الأنثى إلى ذكر، و بهذا يعرف أنهم لم يتدخلوا فيما هو من شأن الله إنما كشفوا للناس عما هو من خلق الله....."[132]

4- **قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي:**
نص على أن:"....من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله فان غلبت عليه الذكورة، جاز علاجه طبيا بما يزيل الإشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الإشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لأن هذا المرض و العلاج يقصد به الشفاء منه و ليس تغييرا لخلق الله عز و جل..."[133]

---

[131] أنظر،على الموقع www.raddadi.com، مشار إليه في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.217.
[132] أنظر، فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء، مشار إليها في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.219.
[133] أنظر، القرار السادس الصادر بتاريخ 19- 1989/02/26، عن الدورة 11 المنعقدة بمكة المكرمة، بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، مجلة الفقه الإسلامي، السنة العاشرة، العدد 12،ص.174-175.

5- **قرار الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية سنة 1993:**
يكاد يتطابق هذا القرار مع القرار الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي إذ جاء فيه:
"... من إجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله: فان غلبت علامات الذكورة، جاز علاجه طبيا بما يزيل الإشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الإشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لما في ذلك من المصلحة العظيمة و درء المفسدة..."[134]

ب/ الأدلـــة بالمعقـــول:

1- أن حالتي الخنثى الكاذبة و الخنثى الحقيقية تعتبران مرضا من الأمراض التي أباحت الشريعة الإسلامية معالجته بعموم الأدلة الدالة على جواز التداوي و المعالجة الطبية ، و الجراحة الطبية من أنواع العلاج الجائز.
2- أنه يجوز فعل هذه الجراحة كما يجوز فعل غيرها من أنواع الجراحات، بجامع وجود الحاجة الداعية إليها
3- أنه ليس في هذا النوع من الجراحة في هاتين الصورتين تغيير لخلق الله، لوجود الموجب للتدخل الجراحي، و هو وجود الحاجة، فوجب حينئذ إستثناء هاتين الحالتين من النصوص الدالة على تحريم التغيير لخلق الله.[135]
4- أن في بقاء الخنثى على هذا الحال ضرر بالغ و مشقة عظيمة على الأنثى، و الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح و درء المفاسد و المضار، للقاعدة الفقهية القائلة الضرر يزال والمشقة تجلب التيسير.[136]
5- أنه ليس في إجراء جراحة الخنثى تدليس أو تغرير أو تزوير، لان مقصود الجراحة هنا الرجوع إلى الخلقة الأصلية السوية بنوع علاج، فجائز شرعا.[137]

و لابد هنا من الإشارة إلى أن بيان الحالة المرضية للخنثى و حقيقته الجنسية يجب أن يكون المرجع فيه إلى الأطباء الثقة، لأنهم أهل الذكر في هذه الأمور. و معيار الثقة في الطبيب ليس في كونه مسلما أو غير مسلم، إنما في كونه معروفا عنه الأمانة و النصح، بالطبع إلى جانب الكفاءة في عمله فإن كان كذلك فهو طبيب ثقة مسلما كان أو غير مسلم.[138]
و بهذا قال أحد رجال الفقه المصري الدكتور الشهابي أنه إذا ألحق الأطباء الثقة يوما بالخنثى حالات مرضية أخرى، فإنها تأخذ حكمه من حيث مدى مشروعية و ضوابط الجراحة و ما جاء بنص فتوى دار الإفتاء المصرية و فتوى فضيلة شيخ الأزهر" متى إنتهى رأي الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد.....تداويا من علة جسدية."، و ما هذا إلا تطبيق واضح إلى أن الأطباء هم أهل الإختصاص في مثل هذه الأمور.[139]

هذا كله عن أدلة القائلين بجواز جراحة تحول الجنس بنوعيه إما لأسباب نفسية أو عضوية. فمـــاذا عن القائليـــن بعـــدم جواز إجراء الجراحة لأسبـاب نفسيـــة ؟

---

[134] أنظر، قرار الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، المملكة العربيةالسعودية، رقم 176،بتاريخ 17-03-1413 هـ، الدورة 39 المنعقدة بمدينة الطائف.مشار إليه في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.220-221.
[135] محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.207.
[136] محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.207. الهامش 1 و 2.
[137] محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.207.
[138] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.226.
[139] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.224.

الفــرع الثـــانـــي

الإتجـــاه القائل بعــدم مشروعية عمليات تحويل الجنس

إذا كان المخنث لأسباب نفسية، لا صلة له بالأعضاء الجسدية التناسلية فان أي تدخل لتعديل هذه الأعضاء وفق رغبة المريض أو ميله يكون تغيير لخلق الله تعالى، و من تم لا اعتبار للميول النفسية في هذه الحالة.[140]

فالشريعة الإسلامية تحرم تغيير الجنس الذي يكون مبنيا على الإرادة أي نتيجة رغبة شخصية بحتة دون أن يكون هناك أي سبب علاجي أو أن يكون التغيير حقيقيا فلا يوجد أي شك في أن مثل هذه العمليات هي ضرب من التطاول على مشيئة الله سبحانه و تعالى بتحديد جنس المخلوق، و لأن مثل هذا التغيير الإرادي إنما يكون على وجه العبث.[141]
الجراحة المقصودة هنا هي التي يتم فيها تحويل الذكر الذي اكتملت ذكورته، و الأنثى التي إكتملت أعضاء أنوثته إلى النوع الآخر.[142]
و لقد وجدنا بخصوص هذه الجراحة أدلة شرعية من الكتاب و السنة المطهرة إلى جانب عدة فتاوى فقهية سنتطرق لها و من تم مناقشة الأدلة التي إعتمدوا عليها لتأسيس حكمهم على مدى شرعيتها.

أولا: الأدلـة الشرعية من الكتاب و السنة

فالقرآن الكريم فجاء في قوله تعالى:"..**و لأضلنّهم و لأمنيّنهم و لأمرنّهم فليبتكن آذان الأنعام و لأمرنّهم فليغيرن خلق الله، ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبينا..**"[143]

و وجه الدلالة من الآية أنها تضمنت حرمة تغيير خلق الله على وجه العبث و هذا النوع من الجراحة فيه تغيير للخلقة على وجه العبث.[144]
كما يرى البعض أن الله تعالى جعل تغيير أعضاء الحيوان بما يذهب جمالها و منافعها هو من تزيين الشيطان و توليه مؤد إلى الخسران المبين، و الخلوص من ذلك واجب، و لا يكون إلا بعدم إتباعه و ما يأمر به، فيكون تغيير لخلق الحيوان بما يذهب المنافع و الجمال محرما، و إذا كان هذا في تغيير خلق الحيوان فهو في الإنسان أولى، لأنه أشد حرمة و أعظم تكريما و تفضيلا[145]، لقوله تعالى:"...**و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا..** "[146]

بل أن من المفسرين من ذهب إلى أن تغيير الخلق في الآية يحمل على التخنث كما فسره إبن زيد، و زاد عليه الفخر الرازي، من أنه يجب إدخال السحاقات في هذه الآية.[147]

إن كثيرا من المفسرين ذكروا أن المقصود بالآية الكريمة هو التغيير المعنوي و ليس الحسي، كتغيير دين الله و تغيير الغاية التي أرادها الله من الخلق.إلا أنه بقراءة قوله تعالى:"..**فطرت الله التي فطر الناس عليها**

---

[140] أنظر، زاد المعاد، مشار إليه في شوقي إبراهيم عبد الكريم، المقال، المرجع السابق، ص.78.
[141] رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق، ص.164.
[142] و ذلك باستئصال عضو الرجل و خصيته، و بناء مهبل و تكبير الثديين، و العكس باستئصال الثديين و إلغاء القناة التناسلية و بناء عضو الرجل مشار إليه في إسماعيل كوكسال، تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة، لبنان، طبعة الأولى، سنة 2000، ص.239.
محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.203. ، و كذا محمد الشنقيطي، المرجع السابق،ص.199.
[143] أنظر، سورة النساء، الآية 119.
[144] أنظر، محمد الشنقيطي ،المرجع السابق،ص.200. و كذا محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.204.
و أيضا رأفت محمد احمد حماد، المرجع السابق، ص.165.
[145] أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المقال، المرجع السابق، ص.80.
[146] أنظر، سورة الإسراء، الآية 70.
[147]أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المقال، المرجع السابق، ص.60.

لاتبديل لخلق الله ذلك الدين القيّم..."،[148] فإنه يتبين أن هذا لا يمنع دلالتها على حرمة التغيير الحسي، و هذه المعاني لا تعارض بينهما و الواقع يشهد بذلك، فالتغيير يشمل التغيير الحسي و التغيير المعنوي، و هذا ما ذهب إليه جمع من المفسرين المتقدمين و المتأخرين، و لاشك أن التغيير الحسي يدخل فيه العملية الجراحية التحويلية.[149]

غير أن السنـــــة؛ فهناك جملة من الأحاديث تدل على حرمة التدخل الجراحي لتغيير الجنس و منها:

1/ ما رواه البخاري و غيره عن طريق ابن عباس رضي الله عنهما قال: **" لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء، و المتشبهات من النساء بالرجال ".**[150]

هذا الحديث أفاد حرمة تشبه الرجال بالنساء و العكس، و هذا النوع من الجراحة و هو تغيير الجنس سبب يتوصل به لتحصيل هذا الفعل المحرم الذي يعتبر من كبائر الذنوب.[151]، فكانت الجراحة محرمة و غير مشروعة.

كما أن الحديث نص في لعن من تشبه من الرجال بالنساء و العكس، بأي صورة من صور التشبه، و اللعن يقتضي حرمة الأمر الملعون، و جراحة تغيير الجنس في هذه الحالة فيها تشبه من النساء بالرجال، فكانت محرمة لدخولها في دائرة اللعن.
و قال إبن حجر:" و الحكمة في لعن من تشبه إخراج الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحكماء"[152]
و لا ريب في أن في هذه الجراحة إخراج لصفة المرأة التي قدرها الله تبارك و تعالى إلى صفات خلقية مضادة بدافع الشهوة، و العبث و الإعتراض على حكمة الله تعالى.[153]

إن هذا الحديث نص على عظيم حرمة التشبه بالجنس الآخر، و العملية الجراحية التحويلية- و ما يصاحبها من برنامج هرموني- إنما هي إحداث لهذا الفعل المحرم، حيث ينتج عنها اتصاف الرجل بأهم صفات المرأة، و اتصاف المرأة بأهم صفات الرجل، و هذا منهى عنه بنص الحديث[154]

2/ حديث عبد الله بن مسعود- رضي الله عنه- قال "لعن الله الواشمات و الموتشمات و المتنمّصات و المتفلّجات للحسن المغيرات خلق الله "[155]

- أن الحديث متضمن اللعن لمن قامت بالأفعال المتقدمة، و اللعن يقتضي تحريم الفعل الملعون، وفعل هذه الجراحة فيه تغيير لخلق الله على سبيل التعدي و العبث، فكانت محرمة.[156]

---

[148] أنظر، سورة الروم، الآية 30.
[149] فهد سعد الرشيدي،المرجع السابق، ص.33-34.
[150] أنظر،أخرجه البخاري في صحيحه ، ج 4، ص.38. مذكور في محمد الشنقيطي ،المرجع السابق،ص.200, الهامش 2.
كذلك رأفت احمد حماد، ص.165.
[151] أنظر، تفسير القرطبي 160/5، مجموع الفتاوى لشيخ الاسلام650/11-651،و الكبائر للذهبي،ص.7.
مشار إليه،محمد الشنقيطي ، المرجع السابق، ص.201، هامش 1.
[152] أنظر، فتح الباري لابن حجر، 333/10 مشار إليه في محمد الشنقيطي، ص.201.هامش 3.
أيضا محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.205.هامش1.
[153] محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.205.
[154] فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.35.
[155] أنظر، مسلم،ك:اللباس و الزينة، ب. تحريم فعل المواصلة و المستوصلة والواشمة و المستوشمة و النامصة و المتنمصة و المتفلجة و المغيرات خلق الله، ر.120،.1678. مشار إليه في شوقي إبراهيم عبد الكريم، المرجع السابق،ص.81.
محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.204. و كذا اسماعيل كوكسال، المرجع السابق، ص.239، هامش 4.
[156] محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.204.

و قال في ذلك إبن حجر " قوله المغيرات لخلق الله، هي صفة لازمة لمن يصنع الوشم و النمص و الفلج و كذا الوصل على إحدى الروايات"[157]، فإذا حرم فعل ذلك فمن باب أولى يحرم أي تدخل جراحي يؤدي إلى إزالة الأعضاء التناسلية التي تميز جنس الذكورة أو الأنوثة، لأن التغيير فيها أوضح و أجلى و وجهه أن التغيير فيها أوضح و أجلى، و وجهه فيها أن التغيير إلى الجنس الآخر فيه إبطال دور الجنس بالكلية بعد التغيير، و خروج به عن حقيقة الخلق، أما التشبه و التفلج و التنمص و التوشم فمع خروجها عن المألوف في الخلقة الأساسية للذكورة أو الأنوثة إلا أنها لا تؤدي إلى فقدان الوصف الحقيقي للجنس و إبطال دوره بالكلية، فإذا كان هذا محرما، فأولى منه بالتحريم تغيير الجنس.[158]

و قال الشوكاني: و ظاهر قوله " المغيرات لخلق الله " أنه لا يجوز تغيير شيء من الخلقة عن الصفة التي هي عليها[159]

3/ قال الإمام القرطبي " لا يختلف فقهاء الحجاز، و فقهاء الكوفيين أن خصاء بني آدم لا يحل و لا يجوز لأنه مثله "[160]

و كذلك ما رواه عن إبن مسعود رضي الله عنه، انه قال: " كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه و سلم و ليس لنا شيء فقال: ألا نستخصي؟ فنهاك عن ذلك"

- هذا الحديث فيه نهي عن الخصاء، و هو نهي تحريم بلا خلاف[161] و إذا كان إستئصال الخصيتين محرما، و التي هي أحد الأعضاء التناسلية، فيكون بطريق أولى إشتمال التحريم للعملية الجراحية التحويلية، و التي يتم فيها إستئصال أغلب الأعضاء التناسلية.[162]

فضلا عن أن المفاسد التي هي علة تحريم الخصاء أكثر تحققا، و ظهورا في العملية الجراحية التحويلية، و التي أشار إليها ابن حجر في الفتح و هي " تعذيب النفس و التشويه مع إدخال الضرر الذي قد يفضي إلى الهلاك، و فيه إبطال معنى الرجولية و تغيير خلق الله، و كفر النعمة، لأن خلق الشخص رجلا من النعم العظيمة، فإذا أزال ذلك فقد تشبه بالمرأة و إختار النقص على الكمال".[163]

4/ قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" **لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، و لا المرأة إلى عورة المرأة**".

- دل هذا الحديث على أنه لا يجوز كشف العورة دون وجود المقتضي، و العملية الجراحية التحويلية فيها كشف من العورات المغلظة للفريق الطبي الذي سيقوم بتنفيذها، و هذا لا يجوز إلا في الحالات التي تقتضيها الضرورة أو الحاجة الطبية، و ليست هذه العملية من مقتضيات الضرورة أو الحاجة الطبية.[164]

ثـانيـا: الفتـاوى الفقهيـة المعـاصرة

صدرت عدة فتاوى فقهية بشأن مدى مشروعية عمليات تغيير الجنس سواء لأسباب عضوية أو لأسباب نفسية، و سنتعرض لهذه الفتاوى فقط في الشق المتعلق بتغيير الجنس لمجرد الرغبة النفسية، والتي إتفقت في مجملها على عدم إجازة هذا النوع من العمليات ما لم تكن أي دوافع جسدية، و من ذلك:

---

[157] أنظر، فتح الباري، ج 10،ص.373.مشار إليه، شوقي إبراهيم عبد الكريم،ص.82.
[158] شوقي إبراهيم عبد الكريم، المرجع السابق،ص.83.
[159] أنظر، نيل الأوطار، ج 6،ص.343.مشار إليه، شوقي إبراهيم عبد الكريم،ص.83.هامش.1.
[160] أنظر، الجامع لأحكام القران، دار الكتب المصرية، القاهرة،سنة 1356هـ، تفسير القرطبي، جزء 5،ص.391.
مشار إليه في رأفت حماد أحمد،ص.165، هامش 3، و كذا محمد الشنقيطي، ص.202.
[161] أنظر، فتح الباري،21/9
[162] محمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.202.
[163] أنظر، فتح الباري 21/9 مذكور في فهد سعد الرشيدي، ص.37.
[164] محمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.201-202.

6- **فتوى فضيلة الشيخ " جاد على جاد الحق" شيخ الأزهر[165]**

الذي قال "..... و لا تجوز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دواع جسدية صريحة غالبة....."

7- **فتوى دار الإفتاء المصرية سنة 1988 :**

تتطابق هذه الفتوى مع نص فتوى فضيلة الشيخ جاد علي جاد الحق.[166]

8- **فتوى إدارة الفتوى بوزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة الكويت سنة 1984:**

سئلت عن أنثى مكتملة الأنوثة و أرادت إجراء عملية جراحية لتتحول بها إلى ذكر، حيث نصت على أن " هذه أنثى كاملة الأنوثة، و أنها متشبهة بالرجال، و قد لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم - في الحديث الذي رواه البخاري و غيره- النساء المتشبهات بالرجال و الرجال المتشبهين بالنساء، و لا تخرجها العملية الجراحية المذكورة عن كونها أنثى، و إقدام طبيب ينتسب إلى الإسلام على مثل هذا العمل يعتبر جريمة، و مخالفة شرعية، يستحق عليها عقوبة تعزيرية، و كذلك من ساهم و هو على علم بهذا.[167]

9- **فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالمملكة العربية السعودية:**

وجه إلى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالمملكة العربية السعودية السؤال التالي: نشاهد و نقرأ في بعض الصحف العربية عن عمليات يقوم بها بعض الأطباء في أوربا يتحول بها الذكر إلى أنثى، و الأنثى إلى ذكر فهل ذلك صحيح، ألا نعتبر تدخلا في شؤون الخالق الذي انفرد بالخلق و التصوير و ما رأي الإسلام في ذلك؟ و جاءت إجابة اللجنة على هذا السؤال كما يلي:

لا يقدر أحد من المخلوقين أن يحول الذكر إلى أنثى، و لا الأنثى إلى ذكر و ليس ذلك من شؤونهم، و لا في حدود طاقاتهم مهما بلغوا من العلم بالمادة و معرفة خواصها، و إنما ذلك إلى الله وحده، قال الله تعالى " لله ملك السماوات و الأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور(49)، أو يزوجهم ذكرانا و إناثا و يجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير(50).[168]

10- **قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي:**

نص على أن:"....الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته، و الأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها لا يجوز تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، و محاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله و قد حرم سبحانه هذا التغيير...."[169].

11- **قرار الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية سنة 1993:**

يكاد يتطابق هذا القرار مع القرار الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي إذ جاء فيه:" لا يجوز تحويل الذكر الذي إكتملت أعضاء ذكورته، و الأنثى التي اكتملت أعضاء أنوثتها إلى النوع

---

[165] أنظر على الموقع www.raddadi.com، مذكور في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق ، ص.217.

[166] صدرت هذه الفتوى بتاريخ1988/11/02 تحت رقم 168، بمناسبة استفسار وجهته النقابة العامة للاطباء بالقاهرة في قضية سالي. مذكور في أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.89 و ما بعدها.

[167] أنظر، فتوى وزارة الاوقاف الكويتية، الصادرة عن ادارة الفتوى رقم 11، سنة 1984، مذكور في فهد سعدالرشيدي، المرجع السابق، ص.31.

[168] سورة الشورى، الاية 49-50.

[169] أنظر، القرار السادس الصادر عن الدورة 11 المنعقدة بمكة المكرمة 19-1989/02/26، بشان تحويل الذكر الى أنثى و العكس، مجلة الفقه الاسلامي، السنة العاشرة، العدد 12،ص.174-175.

الآخر، و أي محاولة لهذا التحويل يعتبر جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنه تغيير لخلق الله و قد حرم سبحانه و تعالى هذا التغيير...."[170]

12- **قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية:**

نص على أن:" ما ظهر في بعض المجتمعات من جراحات تسمى عمليات تغيير الجنس استجابة للأهواء المنحرفة حرام قطعا "[171]

و من تم إذا كانت حالة الشخص لا توجد فيها أي دواع جسدية تستدعي إجراء الجراحة ليتوافق ظاهره مع حقيقة نوعه و إنما أجريت تلبية لرغبة الشخص و دوافعه النفسية فحسب فهي عندئذ تعتبر جراحة غير جائزة حسب ما إجتمعت عليه الأدلة الشرعية و لذلك كان علينا لزاما أن نعتمد على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي بإعتبارنا بلدا جزائريا، نعتمد على شريعتنا الغراء و هذا هو الأمر الذي يبين نقطة إختلافنا مع المجتمعات الغربية من خلال مجمل القضايا و المشاكل التي عرضت عليهم و أجازوا في معظم الحالات هذا النوع من الجراحة و هذا ما لا يمكن أن نقتبسه منهم بالرغم من أننا نأخذ جل لأحكامنا القانونية في جميع المجالات من التشريع الفرنسي.
و بناء على ذلك، فإننا نرجح الرأي الذي وصل إليه الفقه الإسلامي، و هذا لعدة أسباب منها:

1- أنه هذا النوع من الجراحة فيه تغيير لخلق الله عز و جل، و العبث دون ضرورة تقتضيه أو مصلحة راجحة تستدعيه و هو الأمر الثابت بالأدلة الشرعية المشار إليها.
2- أن تغيير الجنس لأسباب نفسية فيه تشبه لا محالة بالجنس المقابل أي يترتب على هذه العمليات الجراحية تغيير في المعالم الجسدية، و نصنع زائف بالأعضاء التناسلية و الأصوات و تشبه الرجل بالمرأة و العكس.
3- أن تغيير الجنس يؤدي إلى إفساد البنية الجسدية و إلغاء لوظائف جوهرية في جسم الإنسان كوظيفة الإنجاب و التناسل.
4- عدم جواز هذه الجراحة قياسا على الخصاء و العقم المحرمان شرعا
5- الآثار المترتبة على هذه الجراحة و ما يصير إليه حال المغير لجنسه لأسباب نفسية و ما يلحقه من ضرر بأسرته و مجتمعه.
6- أن تغيير الجنس قد يفتح باب الفساد و التهلكة و العلاقات الجنسية المحظورة كالشذوذ الجنسي مع أصحاب الهوى الجامح و الإنحراف، و هو تصرف تأباه الطبيعة و تعافه النفوس، و يستهجنه عامة المسلمين، و يجعل المجتمع ينفر من المغير لجنسه لخروجه عن الفطرة فلا يجد أمامه سوى الإنتحار الذي حرمه الله تعالى.
7- أن أسباب تغيير الجنس لا زالت طي الكتمان و هي مجهولة، و لذلك فإن الأطباء الثقة يتفادونه لعدم ثبوت وجود دواع طبية فعلية و معتبرة ترخص بإجراء هذا النوع من الجراحة و التي تعتبر بمثابة تطاول على مشيئة الخالق عزّ و جل. و كان ينبغي التركيز على العلاج النفسي و الإعتماد على الوازع الديني الذي لا شك فيه تهذيب للنفس.

و على ضوء هذه المعطيات، فإنه إذا كان نتيجة لذلك التقرير بإجراء تدخل جراحي لتوضيح نوع جنس الشخص عندما يكون هذا الشخص خنثى، إذا قرر ذلك الأطباء الثقة، فان التدخل الجراحي هنا يعتبر مشروعا.أما التغيير لمجرد الميل النفسي دون ثمة ضرورة علاجية يقررها الأطباء الثقة فان هذا ما تحرمه شريعتنا الغراء.

---

[170] أنظر، قرار الامانة العامة لهيئة كبار العلماء تحت رقم 176 في الدورة 39، المنعقدة بمدينة الطائف ما بين 1413/02/24الى 1413/03/18، مذكور في الشهابي ، ص.220

[171] أنظر،ندوة الرؤية الاسلامية لبعض الممارسات الطبية، ص.757. على موقع المنظمة www.islamset.com.arabic مشار إليه،فهد سعد الرشيدي، ص.30.

إلا أننا نرى في ظل المعطيات الحالية و ما وصل إليه الطب الغربي من إباحة لهذا النوع من الجراحات تحت عنوان حقوق الإنسان، فإننا نخشى أن يتأثر بذلك الأطباء العرب و قد يزداد الأمر صعوبة لو حدث إختلاف أهل الخبرة الطبية حول حالة المغير لجنسه مثلما حدث لطالب الأزهر بمصر.و هذا ما يجعل التعامل مع هذا الموضوع يبق من الطابوهات التي يخشى الخوض فيها خوفا من أن تنتهك أحكام الشريعة الإسلامية.
و لذلك فإن الأمر يتطلب من هؤلاء الأطباء الثقة محاولة الإلمام بأحكام الشريعة الغراء. كما أن الأمر يتطلب إلقاء نظرة على الجهات القضائية، في مختلف الدول لمعرفة دور القاضي في معالجة الآثار المترتبة على إجراء مثل هذه الجراحات، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني لكل دولة، و هذا من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثالث

موقف القضاء من عمليات تغيير الجنس

لم ينص القانون على هذا النوع من النشاط الطبي، و إنما أدرج كل نشاط طبي أو جراحي تحت نظرية الإباحة طالما توافر بصدده شروطه.

و لذلك كان لزاما أن نجتهد في محاولة للبحث عن توافر هذه الشروط، بالقول أننا بصدد حالة مرضية لا سبيل للشفاء منها إلا بإجراء التدخل الجراحي لتحويل جنس الشخص المريض.و أمام تباين وجهات النظر في الوسط الطبي بشأن علاج هذا المرض. فان ذلك أثر على موقف القضاء الفرنسي بدرجات مختلفة إزاء هذه المشكلة و أظهر ذلك تناقضا في موقف درجات القضاء أدى إلى تدخل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بإدانة فرنسا سنة 1992.و أثر ذلك على العديد من الدول الأوربية التي تعارضت أحكامها أمام عدم وجود نصوص قانونية صريحة تنظم هذا النوع من العمليات.

و لا شك أن القضاء العربي أمام قلة القضايا المعروضة عليه. قد كان له مواقف متباينة بين مؤيد و معارض لمشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس.

و لذلك كان من الضروري أن نتناول موقف القضاء الفرنسي (الفرع الأول)، و الأوربي (الفرع الثاني)، و العربي (الفرع الثالث)، و مدى الإعتراف بما يترتب عليه من آثار قانونية و شرعية.

الفرع الأول

موقف القضاء الفرنسي من مشروعية عمليات تغيير الجنس

نظرا لأن عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية لم يتم تنظيمها بنصوص خاصة من المشرع الفرنسي، الذي رفض تنظيم هذه المسألة، و فضل ترك المسألة للإجتهاد القضائي، و هذا هو الأمر الذي طالب به مجلس الدولة في تقريره السنوي في 1988.
في الواقع مجلس الدولة نادى بعدم التشريع في هذا المجال.[172] و بهذا كان على القضاة أن يجتهدوا لإيجاد حلول ناجعة و متماشية مع المنطق القانوني، و هو الأمر الذي جعل القضاء الفرنسي في موقف صعب، نظرا لعدم معرفة الأسباب الفعلية لأعراض مرض تغيير الجنس أو ما يعرف حاليا بحالة

[172] Voir, Patrice HILT, Transsexualisme : états des lieux, sur site http/www-iej.u-strasbg.fr/LE%20TRANSSEXUALISME.htm. p.3.

اللاإرتياح في النوع Dysphorie de genre. و قد إنعكس ذلك على موقف القضاء الفرنسي الذي عرف تضاربا في أحكامه.

و قد سبق و أن بيّنا أن تعريف الجنس طبيا عرف تطورا ملحوظا، خاصة بعد إضافة البعض إلى معيار العناصر البيولوجية معيار آخر هو النفسي الإجتماعي، إلى درجة أن رجح هذا الأخير على البيولوجي.
و هذا ما أثر على القضاء الفرنسي و جعله ينقسم بين معارض لعمليات تغيير الجنس إذا أخذ بالمعيار البيولوجي بين مؤيد لهذه العمليات إعتمادا على المعيار النفسي .

و لاشك أن الاختلاف القضائي يؤثر على قضاء محكمة النقض باعتبارها أعلى هيئة قضائية، و لها دور في جسم النزاع بين قضاة الدرجتين الأولى و الثانية، لتتبنى موقفا تجاه هذه العمليات تسير عليه باقي الدرجات، و لهذا كان من الضروري التعرض لموقف هذه الجهة القضائية نظرا لأهميته على الساحة القانونية، و الذي سنلاحظ فيه أنها تبنت في البداية موقفا ثابتا و رافضا لهذه العمليات، ثم حدث تغيير في إتجاهها غير متوقع و أحدث تغيرا جذريا إثر تعرضها للإدانة من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، فإتجهت إلى قبول عمليات تغيير الجنس، خوفا منها أن تتعرض لإدانة أخرى .
و بناءا على ذلك سنتناول الإتجاه المنكر لهذه العمليات (النقطة الأولى)، و كذا المؤيد لها (النقطة الثانية) لنقف عند موقف محكمة النقض الفرنسية (النقطة الثالثة)

النقطـــة الأولى / الإتجاه القضـــائي المعـــــارض

في بداية الأمر، كان هناك تعريف تقليدي للجنس أنه مجموعة العناصر الوراثية، الكروموزومية، الغددية (خارجية) أو المظاهر الخارجية رافضا أي تغيير في المظاهر الخارجية ما لم يتبين وجود غموض جنسي، كما هو الأمر في حالة الخنثى، تطبيقا لمبدأ حظر المساس بالحالة المدنية للأشخاص و هو الأمر الذي أدى إلى رفض الاعتراف بالجنس النفسي
و من تم لا يعتد بعمليات تغيير الجنس على هذا الأساس.هذا ما دفع القضاء إلى رفض الدعاوى المقدمة له من أصحاب الشأن .

و قد إعترفت محكمة النقض أن الجنس لا يمكن أن يحدد إلا بالجنس الكروموزومي، و هذا في العديد من قراراتها حتى سنة 1990، مما أدى إلى بعض الإنشقاق (clivage) بين المحاكم و المجالس.[173]
هذا الإتجاه الرافض التحول الجنسي، و من تم عدم الإعتراف بالآثار المترتبة عليها، كان له في كل حكم تعرض له القضاء أسباب علل بها القضاة رفضهم للطلبات المقدمة إليهم، سنحاول عرضها تباعـــا:

1- عدم توافر قصد العلاج في هذه العمليـــات:

أي عمل طبي يفتقر إلى قصد الشفاء فيه مساس بسلامة الجسم و تكامله و يعتبر محظورا. و أن العمليات الخاصة بتغيير الجنس فيها مساس بأحد الوظائف الطبيعية لجسم الإنسان خاصة أنها تمس الأعضاء التناسلية.و أي تشويه فيها يؤدي إلى جعل صاحبها غير قادر على الزواج أو الإنجاب.لذا فكان من الضروري مراعاة توافر قصد العلاج فيها.

و لكن المشكلة أن الهدف العلاجي في هذا النوع من العمليات صعب التحديد.لأن هناك من يعتبر أن طالبي تغيير الجنس مصابون بشذوذ، ليس لهم هدف في الحياة، إلا إجراء هذه العملية نظرا لما يصابون به من بعض الإضطرابات النفسية.[174]

---

[173] Voir, L'arrêt cassé, Aix, 15 nov.1990 et la même cour Aix, 9 oct. 1991, JCP1992.IV.334, cité par Jean Hausser, RTDciv 1993, Op.Cit, p .97-98.

[174] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.529.

إن ما يعانيه المريض لا يمثل تشوها في الجسم أو المظهر أو الإمكانيات البدنية.هذا ما جعل بعض أطباء الأمراض العقلية و النفسية يعتبرونه مظهرا من مظاهر الإنحراف.[175]و لذلك يلتزم فريق طبي بإجراء موازنة دقيقة بين العمل الطبي المزمع إجراؤه و ما يترتب عليه من آثار، و الحيلولة دون التصادم مع القواعد التي تحكم النظام العام، أو تتجاوز القواعد السائدة في المجتمع.[176]

2- الإستناد إلى مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص :

مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص؛ يعني أنه لا أحد يمكن أن يتصرف في حالة شخص بمعنى أن يغير توافقه، الجنس، السن، النسب....الخ، كما أن حالة الأشخاص هي أيضا خارج دائرة التعامل.[177]
قبل سنة 1992، القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه رفض تغيير جنس المعني استنادا إلى مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص.

3- الإستناد في تعريف الجنس إلى المعيار الكروموزومي أو الوراثي (البيولوجي) :

المكانة التقليدية الفقهية الأكثر منها قضائية المتعلقة بالجنس، المحدد وراثيا و تشكليا.[178] و لذلك فقد تمسك القضاة بمعيار الجنس الكروموزومي لتحديد جنس الفرد.و لذا رفضت العديد من الدعاوى لتعديل الحالة المدنية لأصحاب الشأن.لأنه رغم استطاعة الأطباء إجراء تغييرات في المعالم الشكلية للجنس التشريحي الخارجي، فإن تغييرهم للجنس الوراثي أمر مستحيل.و هذا الرفض جاء رغم التفسير العلمي الحديث الذي كان سنة 1980 و أصبح يأخذ بعين الاعتبار الجنس النفسي مع العناصر الأخرى للجنس.[179]
و قد برر القضاة موقفهم هذا في قرار محكمة إستئناف Bordeaux بتاريخ 05 مارس 1987، الذي قدم فيه شخص يدعى .....x Dominique المولود بتاريخ 18 جوان 1948، الذي تم قيده في سجلات الحالة المدنية أنثى، و لكنه منذ صغره إعتبر أنه ذكر، و خضع لعدة علاجات طبية و عمليات جراحية و رفع دعواه للمحكمة ليطالب بتغيير قيده في عقد ميلاد إلى "جنس ذكر" رفض طلبه.فقام برفع استئنافه الذي ارتكز فيه القضاة في **رفـــــض** طلبه إلى أنه :
" أن الجنس النفسي أو النفسي اجتماعي، لا يمكن له لوحده أن يتغلب (Primer) على الجنس البيولوجي، التشريحي أو الوراثي. و أن الجنس عنصر **موضوعي** محدد و لا يمس، و أن أحسن معيار هو الكروموزومي ".[180]

4- التغيير ناجم عن إدارة الشخص (عمدا):

على ضوء المعارف الطبية، لم يثبت بصفة يقينية أن التحول الجنسي مسألة تكوينية أو وراثية [181]، لكن أيا كان التطور، فإن مبدأ عدم جواز التأثير في الحالة الجنسية بعمل إرادي من قبل الشخص، ظل حائزا على

إجماع القضاء. لهذا لم يأخذ في الاعتبار التغيير التشريحي الإداري.[182]

- و بهذا رفضت محكمة Paris بتاريخ 24 فيفري 1978، تغيير الجنس في قضية تتمثل في:

---

[175] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.75.
[176] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص,531.
[177] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, Gualino, 3eme édition, 2008, p .74.
[178] Voir, Henri DELVAUX, Les cnsequences juridiques du changement de sexe en droit comparé, XXIII^e colloque, Op.Cit, p.179.
[179] Voir, Henri DELVAUX, XXIII^e colloque, Op.Cit, p177-179.
[180] هذا القرار كان محل نقض و تم رفضه لموجب قرار لمحكمة النقض في 21-05-1990.
Voir, Henri DELVAUX, XXIII^e colloque, Op.Cit, p.176.
Voir aussi, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.75.
[181] Voir, Jean Penneau, Op.Cit, p.282.
[182] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.67.

فتاة تدعى Annie أصيبت أثناء المراهقة، بتقهقر في أعضائها التناسلية الداخلية، و على إثر عملية جراحية أزيلت لها كل أعضائها الأنثوية، و ظهرت لها لحية و أخذت تسلك مسلك الذكور، و رغم ذلك عندما رفعت دعواها رفضت بحجة أنه لا يوجد عضو التذكير الداخلي حتى و لو كان ضامر (atrophie) و إعتبرت المحكمة أن المدعية إتخذت قرارا إراديا بالتحول إلى ذكر.[183]

- في قضية أخرى فصلت فيها محكمة إستئناف Bordeaux بتاريخ 30 ماي 1985، التي **رفضت** طلب شخص لم يخضع لإختبارات طبية و نفسية لإعلام ضروري في تشخيص تغيير الجنس.و إعتبرت أن الجراحة التي أجريت في المغرب لا تحتوي على ضمانات لهذا التدخل الجراحي. و خلصت المحكمة أنه في غياب أي تشخيص، تغيير الجنس الظاهر لم يتم إلا بإرادة السيد B فقط.[184]

-في قضية أخرى صدر فيها قرار عن محكمة إستئناف Aix-en Provence بتاريخ 15 مارس 1990، قرارين يطالب فيهما شخصين من جنس ذكر تغيير جنسهم لأنثى و إسمهم، أجابت المحكمة في قرارها الرافض للتغيير و المؤيد لحكم أول درجة أن التحولات الحاصلة بموجب عمليات طبقت **إراديا** من الطالبين بقولها "أن مجرد الإقتناع بالإنتماء إلى الجنس المقابل غير كاف لتغيير الحالة المدنية.[185]

5- عدم كفاية الإعتبارات النفسية لتبرير التدخل الجراحي لتغيير الجنس :

القضاة الفرنسيين رأو التغييرات الشكلية التي تحصل على المغير لجنسه، و أن الضيق النفسي (détresse psychologique)، لا يشكل مصلحة شرعية تسمح بتغيير الحالة.[186]و من تم رفضوا تعديل حالته المدنية.

6- عدم وجود عوامل سابقة تبرر العملية :

يرى البعض من الفقه الفرنسي أن التدخل يكون مشروعا إذا كان هناك تشوه أصلي، ثابت و أن العملية من أجل "تصحيحه".الخصائص الأساسية للجنس المراد التحول إليه، يجب أن تكون موجودة مسبقا قبل العملية، التي تعد كاشفة و ليس **إصطناعيا** مبدعة، و هذا ما يظهر في تغيير الجنس.[187]

و على ذلك فإن قرار محكمة إستئناف باريس السالف الإشارة إليه في **24 فيفري 1978**، إعتبرت المحكمة أن عدم وجود أعضاء تناسلية مذكرة، و لو **كانت ضامرة أو معيبة** داخل جسم الأنثى **يستبعد** وقوع أي غلط في نسبة صاحب الشأن إلى جنس الإناث.

7- احتفاظ أصحاب الشأن بالخصائص الجوهرية لجنسهم الأصلي رغم إزالة معالمه الخارجية:

إن بقاء خصائص الجنس الأصلي بالرغم من خضوعه لعلاج هرموني و جراحي ترتب عليه تغيير في المظهر الخارجي يقربه إلى الجنس الذي يريد التحول إليه، يجعل عمليات تغيير الجنس غير معترف بآثارها، و من تم ترفض طلبات تغيير الجنس.[188]
و هناك قضية حديثة صدر بشأنها حكم بتاريخ **13 مارس 2008**، عن المحكمة الابتدائية الكبرى

---

[183] Voir, paris, 7 fev1978, J.C.P1979-II-19202, note penneau cité par علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص. 63 و 67.

[184] Voir, C .A. Bordeaux, 30mai 1985, cité par Branlard, p.493.n°1531.

[185] و هو نفس القرارين الذي تم نقضهما و صدر حكمين شهيرين عن محكمة النقض بالغائهما بتاريخ 11 ديسمبر 1992 . Voir, Branlard, p.472.n°1432.

[186] Voir, cass, 1er civ 30 novembre 1983, cité par Vialla, Op.cit, p.11.

[187] Voir, Branlard, Op.Cit, p.427.n°1237.

[188] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.77.

ل Lyon و تتمثل وقائعها في : المغير لجنسه....Patrick x مصرح به من جنس ذكوري في سجلات الحالة المدنية تتبع علاجا طب- جراحي بهدف علاجي، تمكن خبير من التصريح أن حالته بإمكانها أن تبرر احترامنا للمراحل الجراحية لإجراء **التخصيص الجنسي بعد عدة عمليات جراحية**. و طالب بالاعتراف الرسمي بتغيير جنسه و حالته المدنية، إلى جنس أنثى و اسمه يصبح Patty Amélie، و رفض طلبه من قبل المحكمة لانعدام برهنة تعديل لا رجعة فيه لمظهره الجسدي، و الذي خلافا لذلك حافظ على أعضائه التناسلية من النوع الذكوري (و هو جنسه الأصلي).[189]

8- بقاء الصفات الخارجية و الاحتفاظ بالخصائص الجنسية الأصلية :

لا يسمح بالتغيير في الحالة التي لا يوجد فيها لدى المريض سوى الأعضاء التناسلية الخاصة بجنسه.

قرار محكمة استئناف Versailles بتاريخ 08 جويلية 2005 :

قضية ...ML، هي في الأصل رجل يريد الزواج تؤكد أنه من جنس أنثوي، و لا تريد تغيير جنسها، و أن مظهرها الجسدي لا يمكن أن يشكل عائقا **للزواج** عارضت النيابة العامة هذا الزواج، لعدم صحة الرضا، و لأن الزواج يكون بين جنسين مختلفين، و تم قبول معارضة النيابة.[190]، و هذا إعتراف **ضمني** بعدم قبولها في جنس أنثى إذ لم تجر عمليات لإزالة خصائصها الأصلية، و لم تغير مظهرها الجسدي .

9- أن هذه العمليات تعد منشئة لجنس جديد و ليست كاشفة عنه:

لقد إعتبرت عمليات تغيير الجنس أنها عمليات منشأة لجنس جديد و ليست كاشفة عنه؛ أي القيام بجراحات إصطناعية تؤدي إلى جنس جديد، بدلا من القيام بجراحات تصليحية " réparatrices".[191]
و قد جاء في قضية عرضت على محكمة Limoge بتاريخ04 جوان 1975 تقتضي :
أنه ليس للتدخل الجراحي، أي إنعكاس أو أثر على حالة الشخص طالما أنه قد ثبت أن الجراحة تمت لشخص ولد ذكرا، و ظل كذلك، و أن العملية تعد من الناحية الفنية منشئة و ليست كاشفة للأنوثة.[192]

و هناك قضية أخرى سابقة قرار 18 جانفي 1974 عن محكمة استئناف باريس التي أكدت عدم التعويل على الابتداع المختلف **صناعيا** للجنس رغم اعترافها أنه أجرى العملية في المغرب إلا أنها قدرت أنه لم يغير حقيقة من جنسه.[193]

10- عدم زوال المخاطر المترتبة على إجراء عملية تغيير الجنس :

بالرغم من المتابعة الطبية لصاحب الشأن و خضوعه لعلاج هرموني و جراحي لكن هذا لا يمكنه أن يحول دون وقوع مخاطر جسيمة تحذق بمن غيروا جنسهم.و لهذا يجب تفادي أن تكون نتائج العملية لا تخلق لدى الشخص رغبة مأساوية (Dramatique désir) مثلما حدث ل Jean-Eric O الذي أطلق رصاصة في رأسه، لأن محكمة Nice رفضت تغيير حالته المدنية التي تمناها.[194]

---

[189] Voir, Sans auteur, Une cour d'appel fait modifier le sexe et le prénom d'une personne transsexuelle sur son acte de naissance, Revue Juridique Personnes et Familles, Janvier 2010 n° 1, p.18.
[190] C.A.Verseilles, 8 juillet 2005, Vincent Bonnet, un mariage fictif d'un nouveau genre, D2006, n°11, p.772.
[191] Voir, Jean Petit, Op.Cit, p.287.
[192] «…Ont les interventions été chez un sujet né et reste de sexe masculin, artificiellement créatrice et non révélatrices de féminité ». مشار إليها في علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.68.
[193] C.A.Paris, 18 janvier 1974, Concl Granjon, D1974- J-19, cité par أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.253 و ما بعدها.
[194] Voir, France-soir, 12 mai 1989, Cité par Branlard, Op.Cit, p.489.n°1515,marge 361.

11-عدم تقديم الإثبات الطبي الخاص بإجراء الجراحة :

يجب على صاحب الشأن أن يثبت انه خضع لعمليات جراحية غيرت جنسه إلى الجنس الأخر، و هذا الشرط قد وضعته محكمة النقض في قراريها الصادرين بتاريخ 11 ديسمبر 1992، و كان على الجهات القضائية تطبيق شروطها.و من تم فإن المعني بالأمر عليه أن يقدم خبرة طبية ليثبت خضوعه للجراحة ليقرب جنسه إلى الجنس المقابل
في قضية عرضت على محكمة Paris بتاريخ 16 نوفمبر 1982، خبيرين توصلوا أن التشخيص الأكيد لتغيير الجنس أكد أن له ميل ذكوري، و أن ....Colette D، لم يخضع لتدخلات ليتم تغييرات في جهازه التناسلي، لا أحد، لا يعترض على تغيير حالته المدنية.[195]

و بهذا هناك قضية حديثة صدر فيها حكم عن محكمة نانسي Nancy بتاريخ 13 مارس 2009، رفضت فيها تصحيح عقد ميلاد السيدة S.N، التي سبق لها أن تزوجت، و أرادت أن تغير جنسها من ذكر إلى جنس أنثى، و عللت المحكمة عدم قبولها ب:"أنه لم يقدم الإثبات طب- جراحي الخاص بتغيير الجنس الذي يطالب به في حالته المدنية." [196]

<u>النقطـــة الثـانـــية :</u> الإتـجـاه القضـائـي المـؤيـــد

مما لا شك فيه، هو غزارة الاجتهاد القضائي المعارض لعمليات تغيير الجنس خاصة قبل سنة 1992، و لكن هذا لم يمنع بعض الجهات القضائية حتى في هذه الفترة أنها قبلت العديد من الحالات التي عرضت عليها لتغيير جنسها.و هذا لا يعد تعارض يضار منه بل العكس، فإنه يبين إختلاف وجهات نظر القضاة لهذا الموضوع، و هو الاختلاف الذي لا يفسد في الأمر قضية، و إنما يعد تجديدا يثير النقاش في المجال القانوني للوصول إلى حل مقبول.

و قد وجد التفسير العلمي صدى واسع، و أحدثت المعطيات الحديثة تغيرا معتبرا ترتب عليه تطور الاجتهاد القضائي، و قد توسع الطب الحديث في تعريف الجنس، و اعتبره فكرة معقدة تحتوي مجموعة من العناصر منها : الجنس الوراثي أو الكروموزومي و كذا الجنس الهرموني، الجنس التشريحي أو الظاهري، و الجنس النفسي أو النفسي الاجتماعي، أو السلوكي.[197]

و بناءا على هذا المفهوم الحديث، قرر بعض القضاة الإقرار بمشروعية عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية. كما عرف مفهوم العلاج توسعا ليشمل إزالة الآلام النفسية، و هذا بإحداث التوازن النفسي لدى المغير لجنسه، لأن الاضطراب الذي يعاني منه لا يمكن له مقاومته، مما جعل الأطباء يقررون إجراء الجراحة لإعادته إلى وضعه الطبيعي تلبية لقوة ضاغطة لا دخل لإرادة صاحب الشأن فيها، و جعل هذه العمليات مشروعة.[198]

و الملاحظ أن هناك تيار أكثر تسامحا في القضاء الفرنسي، قبل أسباب أخرى لتغيير أو تعديل الجنس القانوني، و هو ما يعرف بالتطور العارض Occidentelle أو المفاجئ، و الذي يعني التسليم بأن الشخص كان له جنسان على التوالي فنكون بصدد تغيير حقيقي للجنس بالنسبة للمستقبل و من تم تكون

---

[195] Voir, Branlard, Op.Cit, p.491-492, n°1525.

[196] «…ne produisait pas la preuve médico-chirurgical du changement de sexe.. » phillippe Reigné, la reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence, Semaine Juridique, 25Avril 2011, n° 17, p .800.
لكن هذه القضية استأنفت و صدر قرار بتاريخ 3 جانفي 2011 أيد هذا الحكم و اعتبر أن العلاج الهرموني وحده غير كاف و من الضروري إجراء عملية جراحية.

[197] Voir, , Henri DELVAUX, XXIII°colloque, p.177.

[198] Voir, J .C.P, 1993-II-21991, p.42. note Memeteau

عقيدة ثبات الحالة الجنسية أو عدم المساس بها قد تم هجرها، و لم يبق إلا مبدأ عدم جواز التصرف فيها بفعل إرادي من جانب الشخص[199].

و في هذا الصدد فقد قبلت بعض المحاكم الفرنسية، الإستجابة للتطورات التي كشف عنها الطب الحديث، و كذا للتغيرات التي فرضتها الجهات القضائية الدولية.كما حدث من المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان و غيرها لتقبل دعاوى تغيير البيانات الخاصة بالجنس و كذا تغيير الاسم في سجلات الحالة المدنية و الوثائق الرسمية.

و قد صدر العديد من الأحكام الموضوعية بتعديل الحالة المدنية لأصحاب الشأن و قد برزت المحاكم تأييدها لهذه العمليات في حيثيات أحكامها سنذكر البعض منها:

1- **أن التغيير خارج عن إرادة الشخص**:

على القضاة التأكد أن التدخل الجراحي كان بسبب غير إرادي بمعنى بسبب إكراه من طبيعة نفسية، ففكرة السبب الأجنبي استعملت بكثرة من طرف قضاة الموضوع، لقبول طلبات تغيير الجنس لأسباب نفسية.[200]

قضية ...Annies: محكمة إستئناف Agen

ولدت بتاريخ 27 أوت 1980 و تريد تغيير جنسها إلى ذكر، و قدمت طلبا إلى المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Agen و التي **قبلـــت** طلبه لتغيير جنسه و إسمه إلى Alain. و تم استئنافه و صدر قرار في 02 فيفري 1983 بإلغاء الحكم محل الإستئناف، فقضى بتغيير جنس الطالبة لذكر و تغير إسمها ل Alain.

و برر قراره على أنه تبين من نتائج الخبرة الطبية أن المعني له تصرف ذكوري، و يحمل كروموزوم، من نوع **أنـثـوي** عادي (و ليس ذكوري). و توصل القرار من خلال خلاصات الخبرة أن تغيير جنس..S أمر به، ليس بإرادة متعمدة للمعني(non a la volonté de libée de l'interessé)، و لكن تحديد حقيقي، الذي بعد علاج نفسي فضل الخبير التدخل و العلاج، و بموجب ذلك تم قبول طلب المعنية لأنه تم خارج إرادتها.[201]

2- الإعتماد على العناصر النفسية المكونة للجنس، و كذا الجنس المخي :

نظرا لتوسع مفهوم الجنس و الذي لم يعرفه القانون، و الذي يتكون من عناصر مختلفة من بينها الجنس النفسي الذي أصبح القضاة يعترفون به و يعتبرونه مبررا للإعتراف بعمليات تغيير الجنس، نظرا أن المعني يعاني من وضعية مؤلمة يعيشها الشخص و تجعله يلجأ إلى القضاء.

قضية..... Colette D : محكمة Paris بتاريخ 16 أفريل 1982

ولد بتاريخ 25 ماي 1951، مصرح به أنثى، و يريد التحول إلى ذكر و إسمه Wilfrid و تم الإستجابة من قبل المحكمة لطلبه. و علل الحكم بالحيثيات التالية:

- أن التغيير الحاصل يتكون من عناصر جسدية و عناصر أخرى للجنس ليسو أقل واقعية و تصبح مغلبة و هي العناصر النفسية،

[199] تعليق Linossier. L مذكور في علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.64.
[200] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.75.
[201] Cour d'appel d'Agen, 2 fév 1983, Gazette de Palais 1983, p.603-605.

- أن هناك تشخيص لحالة تغيير الجنس تمت من طرف الخبراء.[202]
- بالإضافة إلى ما سبق، فانه هناك أبحاث طبية حول مدى وجود جنس مخي أي أن جنس الإنسان يتحدد في مخه ويكون هو المعيار المحدد لنوع جنس الإنسان و من تم قبول طلب التغيير. و رغم أن هذه الأبحاث لازالت في طور التجربة إلا أن بعض القضاة أخذوا بهذا المعيار و قبلوا بتغيير الجنس. و قد عثرنا على حكم قضائي صدر عن مجلس قضاء Agen في 02 فيفري 1983، أشار في حيثياته أن تشخيص الطبيب Klotz أثبت أن هناك تأثير حول الجنس المخي للمعني، بإشباع هرموني غير ملائم تحت المهاد.[203]

3- ضرورة توافر قصد العلاج و تشخيص الحالة :

يجب أن يتم **تشخيص** حالة تغيير الجنس الحقيقي بصفة دقيقة ، و إذا كانت تبرر التدخل الجراحي من عدمه، و هذا نظرا لحاجة القاضي للتأكد من توافر شروط التدخل الطبي، يستهدي معها بتقارير الخبرة الطبية، فإثبات الحالة المرضية، و توافر قصد العلاج، و قد كان هناك سلطة تقديرية في إصدار حكم يتفق و حقائق الأمور.و من تم توافر مصلحة شرعية للاعتراف بتغيير الجنس و من تم تعديل الحالة المدنية .

قضية ....Théré A : محكمة Nanterre:

ولد بتاريخ 07 جانفي 1956، مصرح بها أنثى، و تريد أن تصبح ذكر تسمى François تم الاستجابة لطلبها من المحكمة لتعلل حكمها بتاريخ 21 أفريل 1983،

- تشخيص المختص في الغدد الصماء Klotz، يؤكد أنه مغير لجنسه حقيقي لأنه تأكد أنها من جنس ذكوري و تتصرف كذلك في الحياة الاجتماعية و العاطفية.
- أنه توجد مصلحة مشروعة سمحت للمعنية بتغيير إسمها كما تريد.[204]

4- أن التغيير لا رجعة فيه :

الاتجاه القضائي الحديث أصبح يتطلب التأكد أن القرار الذي يجيز تغيير الجنس له أثر منشأ و ليس كاشف الذي يستبعد أي رجعة فيه.[205] و هذا يتبين أيضا من قرار 11 ديسمبر 1992، الذي استعمل عبارة "Désormais" أي أن القرار له طابع منشأ و لا يسري إلا في المستقبل.و هذا ما يظهر من خلال قرار حديث لمحكمة النقض بتاريخ 14 نوفمبر 2006، و قرار محكمة استئناف lyon بتاريخ 15 ماي 2007[206] و أيضا فإن التغيير الجسدي الحاصل يجب أن يكون نهائيا، أي أن المعني يتخلص كليا من جنسه الأصلي ليكتسب خصائص الجنس المقابل بدون الرجعة عنه.

و في قضية صدرت عن محكمة استئناف باريس 27 جانفي 2011، الذي جاء بعد حكم المحكمة الإبتدائية ل Créteil المؤرخ في 09 فيفري 2010 الذي **رفـــض** طلب التغيير، و أيده المجلس لأن الشهادة الطبية الوحيدة المثبتة للعلاج الهرموني المؤنث من 2004 إلى 2009، لا تسمح بإثبات تغيير جسماني نهائي و لا رجعية سيرورة الجنس المرغوب فيه[207].

---

[202] TGI Paris, 16 Nov 1982,Gazette de Palais 1983, p.605-607.
[203] TGI Paris, 16 Nov 1982,Gazette de Palais 1983, p.605.
[204] TGI Nanterre, 21 Nov 1983,Gazette de Palais 1983, p.605-607.
[205] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.77.
[206] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.77.Marge 10.
[207] Voir, Philippe Reigne, Semaine juridique, 2011,n°17, p.801.

5- عـدم إشتـراط خـبـرة طـبيـة إلا فـي حـالـة الـشـــك:

دعت مديرية الشؤون المدنية و الختم DACS بالمنشور رقم مدى/10/07، 14 ماي 2010، النيابة العامة إلى إبداء الموافقة على طلب تغيير الحالة المدنية، بمجرد كون العلاجات الهرمونية تؤدي إلى تغيير بدني نهائي مقرن بعمليات جراحية تشكلية أدت إلى تغيير الجنس لا رجعة فيه - بدون إشتراط إستئصال الأعضاء التناسلية -، و عدم إشتراط خبرة إلا في حالة إذا كانت العناصر المقدمة تترك **شـكـــا** جديا حول واقـع تغير الجنس للمدعي.[208]
و من تم فقضاه الموضوع، يقومون بتغيير الحالة المدنية للأشخاص بدون إشتراط خبرة.إنما على ضوء الوثائق الطبية يبين أن عدم رجعية الحالة بمجرد العلاج الهرموني و العمليات التشكلية.

6- التقارب للجنس الذي سيتحول اليه: Rapprochement

إشترطت محكمة النقض في قرارها المشهورين في 11 ديسمبر 1992، أن يكون هناك تقارب "Rapprochement" للجنس الذي سينتمي إليه، و لم تستعمل مصطلح تغيير changement،
و هذا رغم علمها أن الجنس نوعان ذكر و أنثى، و مع ذلك من باب الإحتياط تطلبت التقارب للجنس الآخر[209]، و أن يكون له تصرف إجتماعي يرتبط بالجنس المرغوب فيه.
و نشير إلى القرار السالف الصادر عن محكمة إستئناف باريس في 27 جانفي 2011، فبالرغم من أنه رفض طلب التغيير للسبب للذكورة آنفا، إلا أنه **مبدئيا** و قبل الفصل النهائي، توصل إلى إجازة مبدأ التغيير لأن المعني يتوافق أكثر بمظهره الجسدي، بنفسيته و بإنتمائه الإجتماعي مع الجنس المتبني على جنسه الأصلي.و ذكر أن المادة 57 من القانون المدني الفرنسي واجبة التطبيق. لكنه عند فحصه للإثبات المقدم من المدعي وجده غير كاف فرفض طلبه.[210]

و من خلال ما سبق، فإننا نلاحظ أن القضاء الفرنسي عرف تغيرا ملحوظا أدى به إلى الإستجابة لطلبات تغيير الجنس و الإسم، و كان ذلك تحت ضغط الآمال الفردية ، و الضغوط النفسية
و الإعتبارات الإنسانية لأصحاب الشأن.
و لهذا لم يكن بالغريب عندما ذهب القضاء الفرنسي الحديث إلى الإعتراف بتغيير الجنس على الرغم من أن الفحص الكروموزومي الوراثي كان في غير صالح طالب التغيير معتمدة في ذلك على الإحساس الذي يتمخض عن رغبة الشخص المعبر عنها سلوكه و إنخراطه في الجنس الآخر، دون التعويل على الجنس الوراثي. لم يكن بالغريب لدى القضاء الذي عـول على الجنسي النفسي، أن يعترف في نفس الوقت بأن الجنس النفسي الإجتماعي الذي يعتمد على الميول و الإنخراط في الجنس الآخر، أنه يتعارض مع بعض المظاهر الأخرى، بإعتبار أن هذا الإستعداد كان نتيجة لقوى ضاغطة لا تترك للشخص مجالا للإختيار،[211] و هكذا إذا كان القضاء الفرنسي إعترف بهذه العمليات فكان ذلك لأنه توصل إلى التسليم بأن المعيار المستمد من الشكل الخارجي للجنس غير كامل بل زائفا
و مصطنعا.[212]
و حتى تكتمل الصورة عن إتجاه القضاء الفرنسي، فإننا سنعرج على موقف محكمة النقض الفرنسية بإعتبارها محكمة عليا.و ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي على مستواها و هذا في النقطة الموالية.

---

[208] Voir, Jacques Massip, Transsexualisme, Defrenois, 2010,n°18t, p.2020 et 2021.
[209] Voir, Henry Capitant et François Terré Yves Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence civil, Tome 1, 12e édition , Dalloz, paris, 2007, p.195.
[210] Voir, Philippe Reigne, Semaine juridique, 2011,n°17, p.801.
[211] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.510.
[212] Voir, Jean Petit, Op.Cit, p.286.

النقـطـــــة الثالثة : موقـف محكمة النقـض الفرنسية .

لقد عرف القضاء الفرنسي تذبذبا في موافق مختلف جهاته القضائية ، فمنهم من كان يؤيد هذه العمليات و منهم من رفضها محاولا في كل قضية إيجاد تعليل للقبول أو الرفض. و لقد كان لمحكمة النقض في هذا الصدد باعتبارها أعلى جهة قضية عادية آراء متعددة، و مواقف في عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية من خلال جملة القضايا التي عرضت عليها لفترة طويلة خاصة من سنة 1975 إلى غاية 1992، التي صادفت صدور قرار دولي شهير من المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 25 مارس 1992 في قضية رفعتها B (مغير لجنسه بالجراحة) ضد فرنسا، وتمت لأول مرة فيها **إدانـــــة** فرنسا لعدم إحترامها لمبدأ احترام الحياة الخاصة و الذي سنفصله عند تعرضنا لموقف القضاء الأوربي لاحقا و قد كان هذا القرار له صدى كبير في تغيير الاتجاه القضائي لمحكمة النقض.
و بناء على ذلك، كان من المهم التعرض لموقف محكمة النقض في المرحلتين:

أولا : قبل سنة 1992.

مشكلة تغيير الجنس لم تنظم في فرنسا بتشريع خاص، القضاة وجدوا أنفسهم على مدار السنوات، أعدوا مجموعة من الأحكام المطبقة على المتحولين جنسيا.هذه الأحكام المقدمة من طرف القضاء قد تباينت بين مختلف الجهات القضائية على درجاتها، الأمر الذي دفع محكمة النقض باعتبارها أعلى جهة قضائية للتدخل و إزالة التناقض بين الأحكام، و تضع مبدأ تسير عليه درجات القضاء الفرنسي العادي.

و قد إتخذت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية موقفا حازما تجاه عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية حيث **رفضت** كافة الطعون المرفوع إليها ضد الأحكام الصادرة من قضاة الموضوع و قد صدرت في الفترة الممتدة من 1975 إلى غاية 1989 ستة أحكام خاصة بتغيير الجنس و بتاريخ 21 ماي 1990، أربعة أحكام و قد إختلفت تبريرات لرفض تعديل الحالة المدنية إعترافا منها بعدم شرعية هذه العمليات الطبية. و سنحاول ذكر أهم هذه القرارات بإختصار لإلقاء لمحة سريعة عليها :

1- قرار النقض المدني بتاريخ **16 ديسمبر 1975** تحت رقم 73-10615: قرار "Aubin"
في هذا القرار تأكدت أن المعني بالأمر خضع عمدا لعلاج هرموني و لعملية جراحية التي أدخلت تغييرات اصطناعية لخصائص جنسه.

2- قرار النقض المدني بتاريخ **30 نوفمبر 1983**، تحت رقم 82-13808:
هنا تأكدت أن ...Nardine x، كانت إشهار تقريبا بفعل شخص المحول جنسيا الذي كان له اقتناع بطريقة مطلقة، بالرغم من وضوح تشكيلته و تشريحه، و قضوا مع ذلك أنها لا يمكنها الاستفادة من تغيير حالتها. كما أضاف القرار مستندا نظريا على ان حالة الضيق النفسي لا تكون مصلحة شرعية تسمح بتغيير الحالة. و حيث أن القرار رغما عن العمليات المجرات Nadine "لم تكن من جنس ذكر".[213]

3- قرار النقض المدني بتاريخ **03 مارس 1987**، تحت رقم 84-15691.[214]
يعاب على قضاة الموضوع، أنهم لم يتأكدوا من وجود تغيير جنس نتيجة سبب أجنبي عن إرادة المعنية بالأمر.بمعنى بإكراه من طبيعة نفسية . في الواقع العلاجات و التدخلات الجراحية المجرات من طرف المعني، لا تكون باختيار إرادي من طرفه لكن تكون إلزامية لهدف علاجي.

---

[213] في سنة 1990 أعيد النظر فيها rejugé "أن تغيير الجنس لا يمكن أن يتحلل إلى تغيير جنس حقيقي"
Voir, Henry capitant, sur l'identité…, Op.Cit, p.170.

[214] و هو نفس القرار الذي أعيد النظر فيه من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قرار B بتاريخ 25 مارس1992

4- قرار النقض بتاريخ **31 مارس 1987**، تحت 85-14176:[215]
اعتبر أن الحالة الوضعية للمعني ليست نتيجة عناصر موجودة سابقا على العملية و التدخل الجراحي لم يطلب لضرورة علاجية لكنه تغيير بإرادة اختيارية للمعني.

5- قرار النقض بتاريخ **7 جوان 1988**، تحت رقم 86-13698.
عندما تقضي هذه المحكمة أن تغيير الجنس "الذي يكون مخالف للواقع"، و لا يمكن أن يكون منظم بهدف وحيد علاجي و النتائج لا تكون من جهة أخرى مضمونة.

6- قرار النقض بتاريخ **10 ماي 1989**، تحت 87-1711.
اعتبرت أن المواد 8 و 12 من الاتفاقية الأوربية مستبعدة و أن الثابت أن التغييرات حدثت إراديا. و أن **الاضطرابات النفسية** المزعومة كانت غير كافية .

7- قرار النقض **21 ماي 1990**، تحت رقم 88-12829
- أنه يعود للتقديرات العليا قضاة الموضوع، بعد خبرة، حول غياب الدافع في حالة المتحول جنسيا و الطبية الإرادية للعمليات.[216]
- محكمة النقض هنا إذا و بموجب **4 قرارات**؛ ثلاثة، منها متعلقة بمغيرين لجنسهم تمثل نموذج لمسلك تصريحات مبدئية:

" تغيير الجنس، حتى عندما يكون طبيا معروف، لا يمكن أن يتحلل إلى تغيير حقيقي للجنس، المتحول جنسيا رغم انه فقد بعض خصائص جنسه الأصلي لم يكتسب تلك التي لجنسه المقابل."[217]
أما الرابع يؤكد أن حالة تغيير الجنس لم تكن ثابتة في هذه الحالة. السبب إذا مفهوم، و محكمة النقض قالت لا، بدون غموض.[218]
و من خلال هذا القرارات، فان محكمة النقض تضيف أن المادة 08 من الاتفاقية (حق إحترام الحياة الخاصة و العائلية)، لا تفرض أن نسند إلى المتحول جنسيا، جنس الذي لا يعتبر في الواقع ملكه.

و من هنا يظهر أن محكمة النقض لم تعتد بالجنس النفسي، و لا بالتغييرات التي تحصل له بعد الجراحة التي يفقد فيها خصائص جنسه الأصلي دون أن يكتسب خصائص الجنس المقابل، الأمر الذي يؤكد **على تغير ظاهره** دون **تبدل جوهره** .

و بصفة عامة، و بكلمة واحدة، محكمة النقض بين 1975 إلى 1990، تبين ما يتم بالإرادة الحرة، والذي يجرى بضرورة علاجية.[219]
و نعتقد أن هذه القرارات الصادرة بالرفض تدل على عدم مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس لأسباب نفسية، و قد أوردت في حيثيات أحكامها مبادئ تتعلق بالحالة المدنية و من أهمها مبدأ حظر المساس أو التصرف في الحالة المدنية.
و من المبادئ التي أكدتها المحكمة أن الجنس عنصر موضوعي، محدد في الحالة المدنية للأشخاص ولا يمكن المساس به. و رغم أهمية الجنس النفسي، إلا أنها لم تعتبر مبرر لمصلحة شرعية تجيز عمليات تغيير الحالة (قرار 30 نوفمبر 1983) و أضافت أن الجنس محدد بالكروموزوم الثابت. و أن هناك مخاطر تمس بالنظام العام و بالتغيير الحاصل من طرف الغير.[220]
هذا الرفض الصادر عن محكمة النقض تم **انـــتـــقـــاده** من طرف بعض الفقه كما يلي:

---

[215] و هو نفس القرار الذي أعيد النظر فيه من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قرار B بتاريخ 25 مارس1992
[216]-171. Voir, Henry capitant, sur l'identité…, Op.Cit, p.170
[217] «Le Transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé »
[218] Voir, Jean Hausser, RTD civ, 1991, p.290.
[219] Voir, Henry capitant, sur l'identité…, Op.Cit, p.171.
[220] Voir, Jean Hausser, RTD civ, 1991, p.290.

1- فيما يتعلق بعدم المساس بحالة الأشخاص :

عدم المساس لا يمثل الثبات. الإرادة تلعب دورا مهم في تغيير الجنس (في مادة الزواج، النسب الطبيعي، التبني، الطلاق بالتراضي....)

2- فيما يتعلق احترام النظام العام :

تطور النظام العام أو اجتذاب الأفراد، يأخذ مكانة أكثر اهتمام لمضرة مصالح الجماعة.

3- متناقضا، القانون الفرنسي مع CEDH:

عدم المساس بحالة الأشخاص و احترام النظام العام، هما مبدآن وطنيان تقع أمام القوى العليا الوطنية لحق في احترام الحياة الخاصة (المادة 8 من الاتفاقية و المادة 55 من الدستور؛ قيمة عليا عن القانون الداخلي في الواقع، في قرار D.V.O ضد بلجيكا 1 مارس 1976.....)

الملاحظ بعض قضاة الموضوع عبروا فوق الرفض المعترض من طرف محكمة النقض، بمعنى انه بالرغم من رفض الاعتداد بآثار تغيير الجنس من طرف محكمة النقض، فقد ظلت المحاكم الفرنسية تقبل النظر في دعاوى تغيير الجنس.[221]

و قد وضعت محكمة النقض شرطا للقول بمشروعية عمليات التحول الجنسي من عدمها، يتمثل في ضرورة توافر السبب الأجنبي، و لكنها لم تترك هذا الشرط مطلقا، بل وضعت حدودا منها أن الضيق النفسي، لا يمثل مصلحة شرعية تجيز تغيير الحالة.

ثـــانـــيـــا : بـــعـــد ســـنـــــة 1992 .

عرفت محكمة النقض الفرنسية، موقفا ثابتا تجاه عمليات التحول الجنسي من سنة 1975 إلى سنة 1990، حينما رفضت الاعتراف بهذه التغييرات المظهرية ناكرة شرعية هذه العمليات.

و قد بررت هذه الهيئة رفضها على مبدأين أساسين؛ هما إحترام الحياة الخاصة ومبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص. بهذا اعتبر موقفها أنه حسم النزاع الحاصل بين جهات القضاء الفرنسي.إلا أن هذا الرفض قد تجاوز الإقليم الفرنسي ليصل إلى الإقليم الدولي نظرا للجوء ذوي الشأن إلى القضاء الأوربي مثل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مستندين إلى أحكام الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.
تبعا للإدانة الأوربية لفرنسا بمناسبة إصدارها قرارها المؤرخ في 25 مارس 1992 لمخالفتها نص المادة 8 من الإتفاقية الأوربية لرفضها تغيير جنس وتعديل التسجيل بالحالة المدنية، و أوصت المحكمة الأوربية فرنسا، بتعديل نظامها القانوني في ثلاثة أمور : شهادة الميلاد، أوراق الهوية الشخصية و الوثائق التي جرى العرف على إستعمالها .
و بموجب هذا القرار المشهور وجدت فرنسا نفسها، لزاما عليها أن تنحني وتغير إجتهادها سنة 1992.
و خضوعا لقرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، محكمة النقض بقرار صادر من الجمعية العامة، في 11 ديسمبر 1992، قبلت أنه "عندما، تبعا **لعلاج طبي جراحي** خضع له بهدف علاجي، شخص يعمل أعراض مرض تغيير الجنس **لا يملك كل خصائص الجنس الأصلي، له مظهر جسدي يقربه للجنس الآخر** المرتبط به، تصرفه الاجتماعي، مبدأ الإحترام الواجب لحياة الخاصة يبرر أن حالته المدنية المشار إليها بعد الآن للجنس الذي يظهر عليه ."

[221] Voir, Geneviève SUTTON, Gazette du Palais , 1983, J.603.

و هناك منتقدين كثر بعد قرار 25 مارس 1992 أشاروا إلى بقاء غموض فالقرار لم ينطق **صـراحـــة** أنه يوصي بأن يتم تغيير الجنس في الحالة المدنية. كل ما في الأمر أنه في الملاحظات الختامية أمام محكمة النقض، أول محامي عام Jéol، إقترحوا أساس قانوني على محكمة النقض سجلت "لا يعنينا بنوع خاص ممارسة الحقوق الزوجية من طرف المغير لجنسه، يكون له في النهاية فائدة لكي لا يستبعد بالأولوية....."[222].
المحامي العام لمحكمة النقض Jéol، موقفه واضح لفائدة تغيـــر الإتجاه القضائي .
"تسبيب جهرا متعلق بالإقتراب العلاجي و مبررين إمكانية تغيير الحالة الممنوحة للمغير لجنسه بالإهتمام بحمايته. في حياته اليومية، ضد عدم سرية وعدم تفهم الغير." و يضيف " تسبيب أعلى، متقبلين أنه إنطلاقا من التحليل العلمي للظاهرة، حق الطاعن للإعتراف بهويته الجنسية، عنصر مهم لشخصيته."[223]

و يكفي لتحقق ذلك في نظر البعض، قيام محكمة النقض بتغيير إتجاهها و موافقتها على تغيير الحالة المدنية لأصحاب الشأن، دون حاجة إلى تدخل تشريعي.[224]

كما ذهب المحامي العام الأول Jéol ، إلى ضرورة إتباع قضاة المحكمة العليا، لتلك التوصيات التي قدمها بهذا الصدد، و تمنى أن تقوم فرنسا بإعتبارها بلد العلم و الحرية بمنح أصحاب الشأن أكثر مما منحتهم إياه محكمة إستراسبورغ في حكمها السابق، و إتباع أيديولوجيات تمنحها مركز الصدارة في مجال حقوق الإنسان التي تعد مهدا لها.[225]

و نظرا للانتقادات الواسعة التي تعرض لها القضاء الفرنسي خاصة محكمة النقض إزاء تعرض فرنسا للإدانة، و إلزامها بدفع تعويضات عن الأضرار التي لحقت أصحاب الشأن و كذا المصروفات القضائية، مما أدى إلى تخوف فرنسا من التعرض لحكم جديد بالإدانة من قبل محكمة الأوربية لحقوق الإنسان،
و قيامها بإحداث تغيير جذري في اتجاه محكمة النقض الفرنسية، لتعتد بالآثار القانونية لعمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية، وقد جعل ذلك الجمعية العامة لمحكمة النقض تجتمع لتنظر في طعنين يتعلقان بهذه المشكلة، و أصدرت حكمين بنفس التاريخ في 11 ديسمبر 1992 إستندت فيهما إلى : مبدأ إحترام الحياة **الخاصة** المنصوص عليه في المادة 8 من الإتفاقية الأوربية جاء فيهما:

القضية الأولى :

...René X ولد بتاريخ 03 مارس 1957، تم قيده في سجلات الحالة المدنية **ذكـــــرا** و لكنه عاش منذ طفولته إلى أن بلغ سن العشرين كأنثى، و تم علاجه هرمونيا، و في سن 30، تم إستئصال أعضائه التناسلية الداخلية مع خلق شبه فرج، و تبعا لهذه العملية رفع دعواه إلى المحكمة الإبتدائية الكبرى ليطلب تعديل عقد ميلاده ليشار فيه إلى جنس أنثى بدلا من ذكر و كذا تغيير إسمه فقبلت المحكمة طلب تغير إسمه لكن رفضت طلب تعديل نوع الجنس. و أيد محكمة الإستئناف حكم الدرجة الأولى مستندة إلى أن الإقتناع الخاص بالمعني بالإنتماء إلى الجنس الأنثوي و إرادته للتصرف مثلها لا يكفي للإعتراف بأنها أصبحت أنثى و أن مبدأ حظر المساس بحالة الأشخاص يأخذ بعين الإعتبار أن التغييرات الحاصلة بموجب عمليات عمدية.

حيث أن محكمة الإستئناف ابتداء تأكدت من خلاصات الخبير النفسي المعين من قبل المحكمة أن السيد X تحمل خصائص تغيير الجنس و أن العلاج الطبي الجراحي الذي قامت به أعطاها مظهر جسدي لحالتها

---

[222] «En ce qui concerne plus spécialement l'exercise des droits matrimoniaux par le transsexuel, il aurait enfin l'avantage de ne pas l'exclure a priori»
Voir, Jean Hausser, RTD civ, 1993, p.325.
[223] Voir, Vialla, Op.Cit, p.125.
[224] Voir, Concl Jéol, RTD civ, 1992, p.46et 540.
JCP,1993-II-21991,p.43.
[225] JCP,1993-II-21991, p.43.

الجديدة التي تقربها للأنثى، و قضت محكمة النقض بناءا على ذلك و طبقا للمادة 2/627 من قانون الإجراءات المدنية الجديد التي تقضي بضرورة الفصل في الدعوى و هذا بنقض القرار محل النقض المؤرخ في 15 نوفمبر 1990 عن محكمة إستئناف Aix en provence و من تم تعديل الحالة المدنية ل...Renée X لتصبح من جنس أنثى.

القـــضيــة الثـــــانيــة :

...Marc Y، ولد بتاريخ 05 ماي 1968. تم قيده بالحالة المدنية ذكرا. منذ ولادته حتى سن 21، خضع لتدخل جراحي، لأجل استئصال أجهزته التناسلية الذكرية تم علاجه هرمونيا، و بعدها رفع دعوى إلى المحكمة الابتدائية الكبرى ليطلب تعديل عقد ميلاده. بالتأشير "جنس أنثى" بدلا من ذكر و كذا تغيير اسمه إلى Claudia، و المحكمة لم تقبل سوى تغيير اسمه أما نوع الجنس فرفضته، و إستأنف الحكم ليطالب فيه بتعيين خبر طبي ليثبت حالة تغيير الجنس لديه لكن القرار أيد حكم أول درجة ليقوم الطاعن برفع طعن بالنقض، و تقضي له بناء على المادة 08 من الإتفاقية الأوربية و المادتين 9 و 57 من القانون المدني، و كذا مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص. و قررت محكمة النقض بنقض و إلغاء القرار المؤرخ في 15 نوفمبر 1990، بين الأطراف من قبل محكمة إستئناف Aix Provence، مع إرجاع القضية إلى مجلس إستئناف Montpellier.[226]

و بما أن فرنسا قد صادقت على الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ونصت على ذلك في المادة 9 من القانون المدني. فوجدت نفسها ملتزمة بتطبيق أحكامها بقوة القانون. و هذا ما يجعل المادة 09 من القانون المدني لها صدى غير متوقع و قيمة إضافية زيادة على ذلك فان تغير الاتجاه القضائي **لا يعد إستثناءا،** و إنما نتعلم إذا بدون استغراب مفرط و بدون تعليق أن التغيير المطلوب لا يخالف مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص.لأن **أساس** قضية B، هو مبدأ الاحترام الواجب للحياة الخاصة[227].

في الواقع، الطاعنان عانوا بسبب ضرورة تكرار إفشائهم لأمور تتعلق بحياتهم الخاصة للغير، مما أصابهم باضطرابات جد خطيرة ليكون احترام حقوق الغير هو المبرر لطلبهم[228].
و من خلال تغيير اتجاه القضاء الفرنسي، فان محكمة النقض من خلال هذين القرارين الشهيرين في 11 ديسمبر 1992 وضعت ثلاثة شروط مجتمعة للإعتراف بالآثار المترتبة على عمليات تغيير الجنس:

1- الإثبات الطبي Constation médicale

تغير الجنس أو كما سماه الطب الحديث dysphorie de genre أي حالة اللاارتياح في النوع، يجب أن يعترف بها طبيا و هذا بموجب خبرة قضائية و هو شرط موضوعي وليس وسيلة من وسائل التحقيق .

2- التحول الجنسي Conversion sexuelle

لا يمكن اللجوء إلى القضاة لتصحيح حالتهم المدنية، إلا إذا تم إجراء عملية التحول الجنسي، و هذا بعمليات مختلفة أكيدة تكون كدليل لتحديد أن المعني غير جنسه،[229] بمعنى أن المعني يجب أن يخضع لعملية التصحيح الجنسي.[230]

---

[226] Voir, Allison Fiorentino et marie Hoscoet, droit de la famille, Armand Colin, Paris, 2010, p.43-46.
Henry capitant et autres , les grands arrêts.., Op.Cit, p.186.
[227] Voir, RTD civ, 1992, p.98.
[228] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.76.
[229] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.77.
[230] Voir, Haute autorité de la santé, Op.Cit, p.41.

3- فقد خصائص الجنس الأصلي :

الشخص يجب أن يحمل أعراض مرض تغيير الجنس، ويجب ألا يملك كل خصائص جنسه الأصلي و هذا يكون بأنه:

- يجب أن يأخذ مظهر جسدي يقربه من الجنس الآخر،
- يجب أن يكون له تصرف اجتماعي مرتبط بالجنس الذي يطالب به[231].

هذه شروط تطلب ليتم تبديل قضائي لجنس الشخص. و بهذا تكون فرنسا، على خلاف الدول الأخرى، لم تختار الطريق **التشريعي الخاص** لتجيز العلاج الطبي الجراحي، إذا القانون المقارن هو الذي بحث و وجد مبررات الجراحة الاستئصالية بالخصوص. و تقرير الطبيب Kûss، جد واضح حول شروط الضرورة الطبية. تشخيص أعراض المرض يظهر ضروري. و لكن هذا غير كاف يجب أن يكون بكل وضوح مسند من طرف إختيار الشخص.[232]

كان علينا أن نفكر أن محكمة النقض، بسبب خلطها، يكون أكثر إدراكا على وضوحها، و هذا الأمر لم يكن على هذا الحال، و نتأسف لذلك، مهمة محكمة النقض ليس لتنطلق في مزايدة مع محكمة ستراسبورغ في ساحة حقوق الإنسان لكن لتطرح أحسن الحلول في المجتمع الفرنسي.[233]

و لا شك أن هذا التغير في إتجاه القضاء الفرنسي المقيد بشروط له آثار خطيرة، ويحسب لها ألف حسبان مما يجعل البعض يطلق على هذا بتسييس الإنحرافات الأخلاقية في وضح النهار، و بصورة قانونية، و بتساؤل عما إذا كان موقف المحكمة العليا. يعد تقدما بارعا أم إسرافا شديدا في الغيرة ؟ أم حماسا تجاوز الحد ؟ أم أنه إستعجال حقيقي تجاوز مقتضيات محكمةإستراسبورج ؟ [234]

الـفـــرع الثـــــانـــــي

موقـف القضـاء الأوروبـي من مشـروعيــة عمليـات تغييــر الجنـــس

البرلمان الأوربي بتاريخ 12 سبتمبر 1989، تبنى قرار حول التمييز الذي يكون ضحيته المغيرين لجنسهم، و إعترف صراحة بالحق في الهوية الجنسية : " البرلمان الأوربي مقتنع أن كرامة الإنسان و حماية شخصية الإنسان تطبق بالضرورة الحق في أن يعيش حياة مطابقة لهويته الجنسية " القرار يدعو الدول الأعضاء لإدراج الحق في تغيير الجنس بالإستعانة بعلاج الغدد الصماء، جراحة التقويمية، و لعلاج تجميلي كذلك الاعتراف القضائي بالجنس الجديد، يطلب من الدول أن تنص بالمقابل على إرجاع المصاريف و تنظر في إعانات نقدية للمساعدة الاجتماعية لصالح المغيرين لجنسهم، الذين تبعا لتحولهم الجنسي، فقدوا، بدون خطأ منهم، عملهم و مسكنهم[235].

و بخصوص موضوع تغيير الجنس، فقد قام العديد ممن غيروا جنسهم نتيجة أعمال طبية جراحية، برفع دعاوى إلى القضاء الأوربي للحصول على أحكام بإدانة الدول التي رفضت التسليم بهويتهم الجنسية الجديدة و رفضت تعديل البيانات المتعلقة بحالتهم المدنية، و هذا أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان[236]، التي أنشأت لرقابة الدول الأعضاء في الإتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية التي تم التوقيع عليها بروما في 04 أكتوبر 1950 و التي دخلت حيز التنفيذ في 1953/09/03

---

[231] Voir, Corine Renault et Brahinsky, Op.Cit, p.77.
Voir aussi, Haute autorité de la santé, Op.Cit, p.41.

[232] Voir, Vialla, Op.Cit, p.126.

[233] Voir, Henry Capitant et François Terré Yves lequette, Op.Cit, p.198.

[234] و هو نفس التساؤل الذي نشاطره فيه. أنظر، محمد أنس إبراهيم، المرجع السابق، ص.183.

[235] Voir, Résol.A3-16/89 du parlement Européen 9 Oct.1989.JOCE n°256, 9 oct.

[236] لم تباشر المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان عملها بالتطبيق للاتفاقية الأوربية إلا في عام 1959، و ذلك بعد أن قبلت ثمان دول كأطراف في هذه الاتفاقية بالقضاء الإلزامي لهذه المحكمة، و وضعت المحكمة نظامها الداخلي في 1959/09/18، و قد أدخلت عدة تعديلات على نظام المحكمة كان آخرها سنة 1998، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار التعديلات التي أدخلها البروتوكول الرابع عشر الموقع عليه في 2004/05/13 و الذي لم يتم التصديق عليه من كل الدول، و الذي لم يدخل حيز التنفيذ على نظام المحكمة.أنظر، عبد الله محمد الهوارى، المحكمة الأوربية الجديدة لحقوق الإنسان،دار الجامعة الجديدة للنشر،الطبعة الأولى، الإسكندرية، سنة 2009، ص.6 و9.

و عملت على تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية.[237] و المتعارف عليه أن الأحكام الصادرة منها في الدعوى التي يرفعها رعايا هذه الدول تصدر في مواجهة الدول التي ينتهك فيها احد الحقوق المنصوص عليها في هذه الإتفاقية، فإذا قضت بالإدانة، إستطاعت الحكم على الدولة المعنية بتعويضات مالية[238].
و نظرا لأن اللجوء إلى هذه المحكمة متاح للأفراد من خلال الطعون التي ترفع إليها ضد حكومات الدول الأعضاء فيها، فقد كان من الضروري وضع شروط محددة يلتزم بها هؤلاء الأفراد في هذا الصدد، طبقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 25 من هذه الاتفاقية قبل تعديلها بالبروتوكول الحادي عشر(المادة 35 بعد التعديل).فإذا توافرت هذه الشروط و إنتهكت أحد الحقوق أو الحريات المنصوص عليها في الاتفاقية، و استنفدت طرق الطعن المقررة في القانون الوطني[239]، كان من حق الأفراد رفع طعنهم إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان **و كان سابقا من المهم** أن يتم أولا رفع الطعن إلى **اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان** كمرحلة سابقة[240]، و هي بدورها ترفعها إلى المحكمة الأوربية إذا ما رأت أحقية الدعوى، و لكن **بعد تعديل سنة 1998**، لم يصبح للجنة دور في هذه الطعون، إذ يتم رفع الطعن مباشرة إلى المحكمة الأوربية و لهذا عند التطرق لدور اللجنة فإنه سيقتصر على الدعاوى المرفوعة إليها قبل سنة 1998.

و بهذا الخصوص فقد رفعت طعون كثيرة ضد العديد من الدول نذكر منها: ألمانيا الاتحادية، بلجيكا، بريطانيا، سويسرا، إيطاليا، فرنسا، و كان **للجنة** قبل إلغائها سنة 1998، **وللمحكمة الأوربية**، موافق متعددة حول مشروعية عمليات تغيير الجنس بسبب نفسي على وجه الخصوص و هذا ما سنراه بالتدرج.كما أن **المجلس الأوربي** كان له موقف حول هذا الموضوع سنوضحه، بالإضافة إلى أن هناك **محكمة عدل الاتحاد الأوربي**، التي كان لها رصيد حافل من القضايا التي أبدت رأيها فيها سنتعرض للبعض منها وفقا لما تتطلبه دراستنا، حتى تكون لنا نظرة شاملة على القضاء الأوربي عموما.وسوف نتعرض لأحكام القضايا التي رفعت من الطاعنين الذين غيروا جنسهم، في بعض الدول و رفضت طلباتهم، مما إضطرهم إلى الطعن أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان :

أولا : ألمانيا الاتحادية :

أقامت السيدة (X) برفع شكواها إلى اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 11 أكتوبر 1989 تحت رقم (669914 .X....c/FRA) متهمة السلطات القضائية الألمانية برفض تعديل جنسها في أوراق الحالة المدنية، و رفض تغيير بيان الجنس في شهادة ميلادها، إلا إن الدعوى قد توقفت قبل أن تبدأ، نتيجة عرض الحكومة الألمانية قيام محكمة موطن المدعية بقبول دعوى تغيير الجنس الخاصة بها، و أدى ذلك إلى شطبها من الجدول.و رغم ذلك دفعت الحكومة الألمانية مبلغ 2500 D.M ترضية للمدعية. و على الفور حدث تعديل تشريعي عقب تقديم مشروع قانون سنة 1989 عقبه صدور قانون خاص حول مسألة تغيير الجنس في 10 سبتمبر 1980.[241]

و هناك مثال آخر من ألمانيا قبل التدخل التشريعي السالف الذكر و بعد قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية سنة 1978، الذي فرض التغيير القانوني للجنس في حالة المغير لجنسه الحقيقي و الكاشف، المحكمة بينت بشدة مطنبة في هذا القرار حول الشروط الضرورية لتغيير الحالة، تعددت الطلبات المتلقاة لمدة عامين من طرف الاجتهاد القضائي فضيحة تسامحية في أحسن الأحيان.نذكر أيضا من بين القضايا، قرار مشهور

---

[237] عبد الله محمد الهوارى، المرجع السابق، ص.11.

[238] Voir, Frédéric Sudre, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, La semaine juridique, N°30, 2010, p.1587.

[239] عبد الله محمد الهوارى، المرجع السابق، ص.93.

[240] هذا كان قبل سنة 1998، إذ أنه و بعد اعتماد البروتوكول الحادي عشر و دخوله حيز التنفيذ في 1998/11/01، ألغيت اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان و كلفت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان وحدها بمهمة السهر على احترام الدول الأطراف في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لما نصت عليه من حقوق و حريات، و هي الجهاز الوحيد المنوط به فحص كل الطلبات أو الالتماسات سواء فيما بين الدول أو الطلبات الفردية. أنظر، عبد الله محمد الهوارى، المرجع السابق،ص.12 و 106.

[241] Voir, J . Branlard, Op.Cit, p.529.n° 1678.

تلقى في أفريل 1980، طلب تغيير الجنس و بيان جنس رجل متزوج، يمثل اتحاد زوجي بين إمرأتين، كما أنه هناك قرارات أخرى سمحت بتغير الحالة المدنية للمغير لجنسه حتى في غياب أي تدخل جراحي أو أي دليل على العقم هذا في 31 ديسمبر 1980.[242]

هناك قرار حديث سنة 2003 في قضية Van Kûck و تتمثل وقائعها في:
المعني بالأمر Van kûck تحصل على رخصة قضائية لتغيير إسمه. إستحضرت شركة التأمين أمام المحكمة الجهوية لبرلين الحصول على إرجاع المصاريف الصيدلية و الطبية. عين خبير لفحص الطاعنة و قدم تقريره، مشيرا أن الجراحة ليست **العلاج الوحيد الممكن** لكن هذا موصى عليه في الحالة الدقيقة.
إرتكازا على مجرد أن الجراحة ليست العلاج الوحيد المتأمل فيه، المحكمة الجهوية رفضت طلب المغير لجنسه. الإستئناف يؤيد ذلك، يبين أن هذه شكوك من جهة واقع أعراض مرض الطالب. المجلس الدستوري يرد بدوره الطلب.[243]

ثـــانيـــا : بلجيكا

إحدى رعايا بلجيكا ولدت سنة 1948 تدعى Daniel Van Dosterwijc (D.V.D) تحمل الخصائص البيولوجية لجنس أنثى و عانت من مدة طويلة بإحساس عميق بالانتماء لجنس الذكر خضعت لعلاج جراحي و هرموني للإضطرابات الجنسية[244].
طلبت بعدها تصحيح عقود الحالة المدنية للبيانات بجنسها لكن بلا جدوى, و بتاريخ 07 ماي 1974 محكمة إستئناف بروكسل أيدت رفض محكمة أول درجة بموجب العريضة المقدمة لها مؤكدة بالأخص على عدم وجود أي أحكام للقانون البليجيكي تسمح الأخذ بعين الإعتبار التغيير الحاصل إصطناعيا لتشكلية الفرد ، حتى و لو إرتبط بالميول النفسية العميقة[245].

و كذلك استندت في حكمها إلى : - أن طلب التعديل لا ينطوي على أي خطأ منسوب إلى موظف الحالة المدنية عند الاطلاع عن واقعة الميلاد.

- لا نتصور حسب الأساليب الطبية المتوفرة لحظة الميلاد أنها تنتمي إلى جنس مغاير للنوع المثبت في شهادة الميلاد،
- لا يمكن معرفة ما إذا كان ازدواجية للجنس عند المعني هو خلقه شاذة أو مكتسب،
- أن جنس الفرد يكون محددا منذ الولادة، دون انتظار تعديلات محتملة.[246]

ثـــالثـــا : بريطانيا

تعد القضيتان اللتان رفعتا إلى المحكمة الأوربية في مواجهة بريطانيا المعروفتين ب Rees et cossey من أهم و أشهر القضايا التي أبدت فيها المحكمة موقفها الحقيقي بشأن عمليات تغيير الجنس بالإضافة إلى قضايا أخرى و لكن مؤخرا طرحت قضية أخرى تعرف ب Goodwin جاءت بعد عشر سنوات من إدانة فرنسا حول مسألة حق المغير لجنسه في الزواج و أبدت فيها المحكمة موقفا مهما .

---

[242] Voir, J. Pousson, Op.Cit, p.780.

[243] Voir, J-P.Marguénaud, J.Raynard, transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations contractuelles, RTDciv.2004,p.361.

[244] خضعت لعمليتين أجريت لها ببروكسل من طرف الجراح Fardeau و بعدها ل 10 عمليات في لندن في غضون عامين و إجماليا عولجت من طرف 14 طبيبا مختلفين الذين طبقوا عليها علاجا عميقا استئصالي الذي اعتبر الوحيد القابل لإصلاحها. Voir, J.Branlard, p.425. n° 1230.

[245] Voir, Vincent Berger, Jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme, 7 éditions, Sirey, Paris, 2000, p. 388.
أنظر أيضا، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.280-281.

[246] أنظر، أحمد محمود سعد، نفس المرجع، ص.280.

1/ قضية Rees:

تعود وقائعها لشخص عند ولادته سنة 1942. كان له كل الخصائص الجسدية و البيولوجية لطفل من جنس أنثوي مذ طفولته كان له تصرف **ذكوري**، و له تصور غامض.باشر سنة 1970 (في سن 28 سنة) علاج للتحول الجنسي و اختار سنة 1971 أسماء ذكورية منذ أن عاش كذكر و المجتمع يعرفه هكذا.

سنة 1977، يغير من جديد إسمه ليصبح Marc Nicolas Alban Rees و الذي يحمله لحد الآن، في كل الوثائق الرسمية من جواز سفر...الخ ما عدا في شهادة ميلاده.

بتاريخ 25 نوفمبر 1980 ردا الأمين العام لعقود الحالة المدنية على طلبه مصرحا أن سجل الولادات أصبح **مصحح ليأخذ في الاعتبار** تغيير الهوية الجنسية. " le registre des naissances soit rédigé du changement d'identité sexuelle "pour tenir compte في **بريطانيا** تدخلات الإضطرابات الجنسية، لا تشترط أية شكليات قضائية ، و يمكن تمويله من طرف الخدمة الوطنية للصحة مثل حالة Marc Rees لا المشرع و لا القضاء أوقفوا قرار عام و منتظم فيما يخص الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم بالجراحة.

حاليا، من أجل الزواج، فانه ممكن في القانون الإنجليزي فقط بين أشخاص الجنس المقابل. والإجتهاد القضائي المطبق يعتبر أن هناك 4 معايير منها؛ كروموزومي، غددي، الوراثي و النفسي هي التي تحدد الجنس، منهم الثلاثة الأولى هي عوامل بيولوجية هي التي تحدد إذا كان الشخص المعني هو رجل أو امرأة (أي لا يأخذ بمعيار الجنس النفسي مما يعني عدم إقرار مشروعية تغيير الجنس لذلك).كما أنه لا يوجد أي نظام للحالة المدنية كامل، لكن فقط سجلات متميزة للميلاد، الزواج، الوفاة، التبني، تدون الوقائع كما وجدت (كحدث تاريخي) بدون الإشارة للتغييرات (الاسم، العنوان،...) إلا في ظروف استثنائية مثل التبني، الشرعية...أي شخص ممكن له أن يغير اسمه و لقبه بنفسه بدون شكليات.فسجلات الحالة المدنية أو وثائق الهوية المطابقة ليست لا مشترطة، و لا لإستعمال، و إذا كانت الهوية ضرورية يكفي بصفة عامة رخصة السياقة أو جواز سفر.[247]

2/ قضية Cossey:

تتلخص وقائعها في :

مغير لجنسه له ميل أنثوي يتزوج يتم إلغاء زواجه من محكمة La high لأن الأطراف هم من نفس الجنس[248].

3/ قضية X. Y et Z :

تلخص وقائعها :الطاعنان هما رعايا بريطانيا المقيمين في Manchester.

"X" هو مغير لجنسه تبدل من جنس أنثى إلى جنس ذكر، يعيش منذ 1979 مع "Y" و هي إمرأة.

في 13 أكتوبر 1992، "Y" تنجب طفلا "Z" الذي كان نتيجة تلقيح إصطناعي مع الغير و هذا بموافقة لجنة أخلاقيات المستشفى، في فيفري 1992 قبل ولادة "Z" "X" يطلب من الأمين العام للحالة المدنية إذا كان يمكنه تسجيله كأب ل "Z" .

وزير الصحة أجابه بتاريخ 04 جوان 1992، أن الأمين اعتبر أن شخص **واحـــد** ينتمي **بيولوجيا** إلى جنس الذكور يمكن أن يعتبر كأب "Z" يمكن له أن يحمل اسم "X" . و بعد الولادة x وy يأملان في التسجيل كأب و أم ل Z.

تم رفض ل X إمكانية الظهور كوالده مما جعله يرفع طعنا للمحكمة الأوربية لخرق المادة 8 من الإتفاقية.[249]

---

[247] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.390.

[248] Voir, CEDH, 27 sept.1990.aff.10843/84,Cossey c/Royaume-Uni:série A, n°184.

[249] Voir, Vincent Berger, Cf, p.346.

4/ **قضية Sheffield et Horsham**:

تتلخص وقائعها في :(هي لا تختلف عن القضايا السابقة وترتكز على المادة 08 من الاتفاقية مثل rees و cossey) طاعنين مسجلين بجنس ذكوري، خضعوا لعمليات التحول الجنسي رغم ذلك القانون الانجليزي لتسجيل الولادات لا يتقبل التغييرات و لا زال يعتبرهما كذكور من وجهات نظر متعددة، مما اضطرهم إلى اللجوء إلى القضاء و بعدها للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، لأن الرفض يمس بحياتهم العائلية.[250]

5/ **قضية christin Goodwin** تحت رقم 28957/95، و قضية ...I تحت رقم 25680/94:

هما قضيتين **توأمين** لأنهم تم إصدار قرارين بشأنهما في نفس اليوم من طرف المحكمة الأوربية في 11 جويلية 2002، و هذا يعتبر بدون شك معتبر تعطيان لمغيرين لجنسهم بالجراحة من جنس ذكوري إلى جنس أنثوي.[251]

Christin goodwin ولد (ت) سنة 1937 غيرت جنسها بالجراحة من جنس ذكوري إلى جنس أنثوي تزوجت قبل التغيير و كانت أبا لأربعة أطفال و طلقت[252].

إذا christin Goodwin و...I، هما مغيرين لجنسهما بالجراحة كلاهما من ذكرين أصبحا أنثيين. محكمة **ستراسبورغ** تأتي أيضا بطريقتها لتنفذ قفزة الملاك "le saut de l'ange " لمتنح للطاعنين الجديدين تقريبا كل ما كان من عدة سنوات مطلوبا في المجال القضائي من طرف أغلبية الذين اجروا جراحة تغيير الجنس.و بهذا يكون هذين القرارين يشكلا مسرحا (spectaculaire) يغير اتجاه الاجتهاد القضائي، المتعلق بحق احترام الحياة الخاصة للمغيرين لجنسهم، و كذلك حقهم في الزواج.[253]

رابـعـــا : **سويسرا** قضية schumpf (إرجاع المصاريف الطبية)

الطاعنة سويسرية عولجت بعملية تحول جنسي في سن متأخرة 67 سنة، سجلت عند ولادتها تحت إسم ذكر، تزوجت و لعبت دور الأب في العائلة إلى غاية بلوغ الأولاد و حتى وفاة زوجته. بعد أن كشفت خبرة طبية أعراض مرض تغيير الجنس، الطاعنة طلبت من Swica شركة تأمين المرض التي كانت منسوبة إليها منذ 1958، شهادة التكفل بالمصاريف المرتبطة بجراحة التحول التي كانت تريد إجرائها.

Swica رفضت التمويل مشيرة إلى الإجتهاد القضائي للمحكمة الفيدرالية للتأمين المؤرخ في 1988 في الواقع حسب القرارين المبدئيين لسنة 1988، إرجاع المصاريف لا يمكن أن يكون إلا في **مهلة سنتين** التي خلالها المريض يجب أن يتبع علاج نفسي و الغدد الصماء. Swica، تعتبر إضافة إلى ذلك أن العملية لا تظهر ضرورية، أو في كل الأحوال غير مناسبة, بالنظر إلى السن المتقدم للمعنية. رغم هذا الرأي غير المقبول، الطاعنة قامت بالعملية، و تحصلت على تغيير لحالتها المدنية.بعدها قدمت طعنا أمام المحكمة الفيدرالية للتأمينات، التي **رفضت** طلبها في جلسة علانية **سامحة** للخبراء لتبرير ضرورة التدخل.[254]

---

[250] Voir, J-P.Marguénaud, transsexualisme et immobilisme, RTDciv.1998, p.1001.

[251] Voir, Jean Hauser , RTDciv, Oct/Dec 2002, n°4, P.863.

[252] Voir, Frédéric Sudre et autres, Les grands arrêts de la cours européen des droits de l'homme, 5ᵉédition, 2009, PUF, Paris, P.467.
Jean Hauser , RTDciv, Oct/Déc 2002, n°4,P.782.

[253] Voir, Frédéric Sudre et autres, Op.Cit, P.467.
Jean Hauser , RTDciv, Oct/Déc 2002, n°4,P.862.

[254] Voir, CEDH, 8 janv.2009.aff.29002/06,Schlumpf c/Suisse.

خامسـا : إيـطـالـيـــا .

بصدور قانون 01 أفريل 1982 يسمح بتصحيح البيانات المتعلقة بالجنس في سجلات الحالة المدنية. طالب أنصار الحركة الايطالية للمتحولين جنسيا الذين يبلغ عددهم حوالي 25.000 شخص أن يكون لهم الحق في تغيير حالتهم المدنية في مدة لا تزيد عن شهر واحد.[255]

سادسا : فـرنـسـا قضـيـة B (Botella).

ولدت بالجزائر سنة 1935، صرحت بجنس ذكري عند ولادتها تحت اسم Nobert et Antoine منذ صغرها تبنت تصرف أنثوي لأنها تعتبر نفسها من جنس أنثوي، و أن عائلته اعتبرتها كبنت، بعد أن أنهت خدمتها العسكرية رجعت سنة 1963 إلى باريس أين تقيم حاليا و تعمل في عالم المسرح، عولجت من الانهيار من 1963 إلى 1967 بعدها عولج بعلاج هرموني ليحرك أنوثتها في جسدها، خضعت لتدخل جراحي للاضطراب الجنسي في المغرب سنة 1972 و تعيش منذ ذلك مع الرجل الذي تتمنى الزواج به ،

سنة 1978، رفعت دعوى التصريح بجنسه الأنثوي و تصحيح لعقد ميلاده من اجل أن يشير إلى تغيير الجنس و اسمها الجديد الأنثوي الجديد هو Lyne Antoinette.

المحكمة الابتدائية الكبرى ل Libourne بتاريخ 22 نوفمبر 1979، و محكمة الإستئناف ل Boudreau بتاريخ ماي 1985، و بعدها محكمة النقض بتاريخ 31 مارس 1987، رفضت طعونه و كل وثائقها الرسمية (جواز سفر، بطاقة الهوية، رخصة السياقة) كانت بإسمه الذكري Nobert.B، كذا بطاقة الضمان الاجتماعي، تحت الرقم المستعمل، للأشخاص الذين هم من جنس ذكوري.[256]

و بعد استعراضنا لأهم القضايا الدولية التي لم تعترف بالحق في تغيير الجنس ولم تعترف بالهوية الجنسية الجديدة، بعد الجراحة فان الهيئات القضائية الدولية كان لها موقف ضد كل دولة من هذه الدول،و بهذا سنبين موقف كل منها:

1/ موقـــف المجـلس الأوربـــي :

بموجب توصية 1117 للمجمع البرلماني للمجلس الأوربي المؤرخة في 29 سبتمبر 1989، الدول الأعضاء مدعوون للتدخل بواسطة نصوص تشريعية لتنظيم شروط تغيير الجنس:

- يجب أن يصحح في سجلات الميلاد و كذا وثائق الهوية البيان المتعلق بجنس المعني،
- يجب أن يرخص بتغيير الإسم،
- يجب أن تحمى الحياة الخاصة،
- يجب أن يمنع أي تمييز في التمتع بالحريات والحقوق الأساسية طبقا للمادة 14 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان،

كما أضافت اتفاقية اللجنة الدولية للحالة المدنية المتعلقة بالإعتراف بالقرارات المثبتة لتغيير الجنس، المعتمدة في 16 سبتمبر 1999، الموقعة بتاريخ 12 سبتمبر 2000 هناك حالات رفض الاعتراف بالهوية الجنسية في ثلاث حالات:

- عندما التوافق الجسدي لم يكن محقق و ثابت،
- عندما الاعتراف يكون مخالف للنظام العام للدولة،
- عندما القرار يكون اتخذ بالتدليس.

[255] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.497.n°1546.
[256] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.392-393.

و توصل المجلس الأوربي إلى **توصيـــة** حول مقاومة التميزات المبينة على التوجه الجنسي أو هوية النوع، و المعتمدة بتاريخ 31 مارس 2010.[257]

2/ موقف اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان :[258]

يظهر موقف اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان من عمليات تغيير الجنس من خلال تقاريرها الصادرة ردا عن الطلبات المقدمة لها من الأشخاص الذين غيروا جنسهم و رفضت الجهات القضائية الوطنية تعديل حالتهم المدنية و قد كان لهذه اللجنة موقفا في القضايا التي عرضت عليها كمرحلة أولى قبل رفعها على المحكمة الأوربية و تمثلت آراؤها حسب القضايا التي تناولناها سابقا و سنبدي موقفها حسب الترتيب كالآتـي:

أ. قضية Bottela ضد فرنسا :

قدمت "B" عريضة بتاريخ 28 سبتمبر1987، للجنة تشتكي من رفض السلطات الفرنسية للاعتراف بهويتها الجنسية الحقيقية، و بالأخص قبول تغيير الحالة المدنية مستندة إلى المواد 8. 3. 12. من الاتفاقية. اللجنة احتفظت بالعريضة في 13 فيفري 1990، صرحت بعدم قبول الطعن المؤسس على المادة 12، و في تقريرها في 6 سبتمبر 1990، خلصت إلى انتهاك **المادة 08** و ليس المادة 03.[259]

ب. قضية (D.V.O) ضد بلجيكا:

قدم الطاعن عريضته في 01 سبتمبر 1976، لجنة و اعتمد على 03 مواد للإتفاقية:
المادة 3/ لأنه يعيش في وضعية غير إنسانية و مهنية الموت المدني (الحرمان من الحقوق المدنية).
المادة 8 / فيها أن تطبيق القانون يلزم استعمال وثائق غير مطابقة لهويته الحقيقية.
المادة 12 / لأن قرارات المحاكم البلجيكية تفاوت بين الكائن الشرعي و الكائن الجسدي، يمنعه من الزواج و تكوين أسرة[260].
و بتاريخ 01 مارس 1979 قررت اللجنة في تقريرها أن هناك قصد العلاج الطبي المشروع الذي يهدف إلى إحداث التطابق و الانسجام بين الجنس النفسي و الجنس العضوي[261]، **و لأول مرة** في الإنسانية تقبل اللجنة بأعضائها فكرة أن الفرد له حق أساسي في هويته الجنسية، و صرحت أن بلجيكا لم تخترق فقط المادة 8 (حق احترام الحياة الخاصة)، و إنما خرقت المادة 12 من الاتفاقية[262].

ج. قضيتي Rees و Cossey ضد بريطانيا :

نجد أن اللجنة في قضية **Rees** قدمت لها عريضة من الطاعن في 18 أفريل 1979، الذي إشتكى أن القانون البريطاني لا يمنحه نظام قانون متعلق بوضعيته الواقعية استنادا إلى المواد 3. 8. 12 من الإتفاقية ،و بتاريخ 15 مارس 1984، رفت اللجنة الدفع المتعلق بالمادة 03 و أضافت في تقريرها في 12 ديسمبر 1984 لتوضح الرأي **أن هناك مخالفة للمادة 8** و ليس المادة 12,[263] و أقرت مشروعية هذه العمليات[264].

---

[257] Voir, Recommandation CM/Rec(2010) 5 du comité des Ministres aux etats members.
[258] دورها في الدعاوى المرفوعة قبل سنة 1998، لأنه بتاريخ 1998/11/91 ألغيت اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان و أصبحت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان المحكمة الوحيدة و الدائمة للفصل في هذه الدعاوى و هذا بفضل البروتوكول الحادي عشر.
[259] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.393,marge 1.
[260] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.388.
[261] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.449.n°1329.
[262] Voir, CEDH, 6 nov.1980.aff.7654/76,Van Oosterwijck c/Belgique:série A, n°40.
[263] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.391,marge 1.
[264] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.449.n°1329.

أما في قضية Cossey قدمت عريضة ضد بريطانيا مستندة فيها على خرق المواد 8. 12. 14 من الإتفاقية.[265]

د. قضية X,Y et Z ضد بريطانيـا:

في عريضة قدمت بتاريخ 06 ماي 1993 للجنة المؤسسة على انتهاك المواد 8. 12. 13. 14. من الاتفاقية.
و بتاريخ 01 ديسمبر 1994، فان اللجنة قبلت العريضة بناء على الطعن المؤسس على المواد 8 و 14.
و في تقريرها 27 جوان 1995، فإنها أعطت رأيها أن هناك انتهاك للمادة 8 (13 صوت ضد 5)،
و أنها لم تفرض على نفسها فحص إذا كان هناك انتهاك للمادة 14 المنظمة مع المادة 8 (17 صوت ضد واحد).[266]

3/ موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان :

الإجتهاد القضائي الغزير للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، يؤكد على إصرار السلطات على تحديد جنس الإنسان من خلال المعيار البيولوجي، و رفض حشو أو إتمام سجلات الولادات حتى تحمل فيها الهوية الجنسية الجديدة للمغير لجنسه بالجراحة.
- رغم عدم إتاحة الفرصة لإبداء رأي المحكمة الأوربية و موقعها من مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس، في القضايا التي رفعت ضد **إيطاليا** من حوالي 38 شخص ممن غيروا جنسهم، لأنه قامت اللجنة بدور فعال في عقد تسوية ودية بين هؤلاء الأفراد و بين الحكومة الإيطالية التي إلتزمت بحل مشاكلهم من الناحية القانونية. لهذا صدر قانون ينظم عمليات التحول الجنسي.[267]
- أما بالنسبة **لبلجيكا** فان القضية التي رفعت ضدها من قبل D.V.O فإنها لم تتمكن من نظر الدعوى من الناحية الموضوعية.و من تم قضاتها لم يتمكنوا من إعطاء وجهة نظرهم حول وجود أو عدم وجود حق في الهوية الجنسية.و لم تتبع المحكمة رأي اللجنة و إنما إكتفت بتاريخ 06 نوفمبر 1980 بنظر الجانب الشكلي لها، مقررة عدم توافر أحد الشروط الشكلية في دعوى دانيال المغير لجنسه الذكوري الذي لم يمارس طرق الطعن الداخلي (13 صوت ضد 4).[268]

-أما بالنسبة **لألمانيا**، فإن القضية التي رفعت ضدها من قبل Van kûck، فإن المحكمة الأوربية بتاريخ 12 جوان 2003، واجهت في هذه القضية صعوبة التي ظنت أنها حلت منذ زمن. أقرت شرعية التدخل الجراحي للإضطراب الجنسي، و حق إسترجاع المصاريف الطبية جزئيا نسبة 50 % من طرف شركة التأمين الخاص الألماني[269].

المحكمة أدانت ألمانيا لعدم معرفتها متطلبات إنصاف الدعوى لأن القضاة كان عليهم يستناروا من طرف الخبراء، المحكمة إعتبرت أن هناك مساس بالحياة الخاصة، بموجب المادة 8 لأن الجهات القضائية انتهكت حق الهوية الجسدية و الإجتماعية للمعني بالأمر. فعلا العناصر مثل النوع، التوجه الجنسي، الإسم، الجنسي الداخل في فلك الشخصية المحمية بموجب المادة 8 الذي يضمن ليست فقط حق التطور الشخصي و العلاقات مع الغير لكن أيضا حق التحديد الذاتي.

---

[265] Voir, CEDH, 27 sept.1990.aff.10843/84,Cossey c/Royaume-Uni:série A, n°184.
[266] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.346,marge 1.
[267] أنظر،محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.185
[268] بموجب أمر 16 أفريل 1986 محكمة أول درجة لبروكسل قبلت دعوى تصحيح عقد الحالة المدنية المقدم من دانيال بتاريخ 04 نوفمبر 1981,
Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.389,marge 1.
Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.530.n°1683.
[269] Voir, J-P.Marguénaud, J.Raynard, transsexualisme..,Op.Cit, RTDciv.2004,p.361.

المحكمة تعتبر أن هناك انقطاع التوازن بين مصالح شركة التأمين و مصالح الطاعنة و هذا القرار حسب الناقدين، مجدد (متبدع) عندما يؤمن النفاذ الأفقي للاتفاقية. بالمقابل على المستوى المنهجي القرار مثال للتهجين القضائي لأنه يشير أيضا لأحكام القانون الألماني.[270]

المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان كان لها موقفا في القضايا الكثيرة التي عرضت عليها **ضد بريطانيا** نذكر منها:

- في قضية Rees خلصت المحكمة الأوربية بتاريخ 17 أكتوبر 1986 التي عدم إدانة بريطانيا مخالفة بذلك رأي اللجنة التي رأت انتهاك المادة 8 من الاتفاقية.المحكمة ارتكزت على تعادل التوازن بين المصالح العامة و مصالح الطاعنين لتخلص إلى غياب انتهاك المادة 8 من الإتفاقية. تعتبر في الواقع أن رفض تصحيح شهادة الميلاد الذي يفصل في نفس الصدد أن سجل الوقائع التاريخية المتعلقة بالميلاد، ليس مخالف لإحترام الحياة الخاصة المكفول بالمادة 8 من الإتفاقية .

المحكمة الأوربية وجهت نوع من الإنذار أنه يجب حاليا ترك لبريطانيا لتحديد إلى أية درجة يمكن الإستجابة لمتطلبات المتغيرين جنسيا، لكن ليس لها أقل إدراكا لخطورة المشاكل التي تعترضهم مثل ما لهم الإضطراب.
و أضافت أن الاتفاقية تفسر حسب الظروف الحالية، و ضرورة وسائل قانونية خاصة يجب أن يتيح الفرصة لبحث مستمر سيخرج للنور خاصة مع تطور العلم و المجتمع[271].

الوضعية البريطانية جد خصوصية، بالنظر إلى الدول الأوربية الأخرى، في الواقع القانون البريطاني يسمح لكل شخص ليختار اللقب و الإسم الذي يريد و يستعمله بطريقته.
المحكمة تعتبر إذا أن النظام البريطاني يحتوي على انتظام كاف للأشخاص الذين يحملون أعراض مرض اللاإرتياح في النوع (dyshorie de genre) ليعيشوا عاديا[272].

- في قضية Cossey تؤيد قرار المحكمة العليا و نذكر أن الزواج هو المجال الذي يتعاقد فيه الأشخاص من اجل التقارب بينهما و بتمتع أكبر قدر من التقدير.

القضاء الأوربي يقضي بان المادة 12 لا تخص إلا الزواج التقليدي و الذي يتضمن المعايير البيولوجية لتحديد جنس الشخص و الوصول لعقد الزواج[273]. مضيفة أن التطور المسجل، حتى إذا كان بعض الدول يمكن أن تعتبر الزواج صحيحا الذي يتم بين شخص مغير لجنسه و شخص من الجنس المقابل، لا يمكن المرور لإثبات الهجر الكلي للتصور التقليدي للزواج، و اعتبرت أن هذا التصور التقليدي هو سبب كاف لمواصلة تطبيق المعايير البيولوجية لتحديد جنس الشخص وصولا للزواج. هذه امادة ترفع من السلطة التي تتمتع بها الدول لتنظيم بموجب قوانين ممارسة الحق في الزواج[274].

- في قضية Botella لفرنسا، المحكمة الأوربية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 25 مارس 1992، المحكمة تقرر أن القانون الفرنسي، بإشتراط الإعلان المستمر عن جنسه الرسمي، تضع يوميا الطاعن في وضعية عامة، لا تتماشى مع الإحترام الواجب لحياته الخاصة. و بهذا فرنسا تمت إدانتها بإنتهاكها المادة 8 من الاتفاقية.[275]

و قررت المحكمة أن تعتبر أن B عانت معنويا من الوضعية المحكوم فيها بموجب قرار مخالف للإتفاقية، و قضت بأن تدفع لها مبلغ 100.000 فرنك فرنسي (15صوت ضد 6).

---

[270] Voir, J-P.Marguénaud, J.Raynard, transsexualisme..,Op.Cit, RTDciv.2004,p.361.
[271] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.391.
Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.531.n°1689.
[272] Voir, J-P.Marguénaud, J.Raynard, transsexualisme..,Op.Cit, RTDciv.2004,p.361.
[273] Voir, CEDH, 27 sept.1990.aff.10843/84,Cossey c/Royaume-Uni:série A, n°184.
[274] Voir, haute autorité de la santé, Op.Cit, p.53.
[275] "Le droit français, en exigeant une révélation constant de son sexe officiel, plaçait quotidiennement la requérante dans une situation globale incompatible avec le respect dû a sa vie privée."
Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.05.
Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.394.

تستبعد بالمقابل الإدعاء المتعلق بالضرر المادي: واقعيا، الصعوبة في إيجاد عمل، بسبب ضرورة كشف وضعها، ليست لا تقهر (بالإجماع).و أن الدولة المدعى عليها (فرنسا) يجب عليها إرجاع مبلغ 35.000 فرنك فرنسي، للمعنية كمصاريف (15 صوت ضد 6).[276]
و قد استندت المحكمة الأوربية في تبرير موقفها بإدانة فرنسا إلى ما يلـــي:
اعتبرت يقينا في مسألة تغيير الجنس، أن الذهنيات تقدمت و العلوم تطورت وصولا لتزايد أهمية هذا المشكل في هذه المدة. و على ضوء دراسات و أعمال تتم بين الخبراء، عدم التأكيد حول الطبيعة العميقة لتغيير الجنس، لازالت موجودة يضاف إلى ذلك أن دول الأعضاء في المجلس الأوربي لازالت متخوفة إذ لم تتم موافقة جد واسعة حول هذا الموضوع.[277]

إن هناك إختلافات فرنسا و بريطانيا جد حساسة بين القانون و التطبيق في مادة الحالة المدنية.و تغيير الاسم و إعمال وثائق الهوية....الخ.[278] و أن ظروف قضية B تختلف عن قضيتي .Rees et Cossey

- في قضية X.Y et Z ، المحكمة الأوربية بتاريخ 22 أفريل 1997 تقضي ابتداء، حول "الحياة العائلية".تذكر أن تصور الحياة العائلية لا تنصب فقط على العائلات القائمة على الزواج، العناصر مثل المعاشرة، و المدة و العلاقة يدخلون في الحسبان .

تأكدت المحكمة أن X أن يعيش مع Y منذ 1979 وهو يعلب أمام الملأ دور الشريك الذكر خلال العلاج التحضيري للتلقيح الاصطناعي مع الغير (IAB) ويتصرف كأب ل Z منذ ولادته في هذه الظروف تعتبر أن روابط عائلية عامل يجمع الطاعنين الثلاث والمادة 8 موجودة لتطبق.

المحكمة لا تشاطر رأي اللجنة فيما يخص خرق المادة 8.في الواقع أنها تقبل وجود روابط عائلية بين الثلاث الطاعنين، و تعتبر أن غياب توافق بين الدول الأعضاء حول هذا الموضوع يبرر ترك المجال الواسع لتقدير بريطانيا. كما تبين أنه من مصلحة المجتمع أن تحفظ تماسك (Cohérence) ضوابط قانون الأسرة التي تضع في الدرجة الأولى مصلحة الطفل. الدولة يمكن أن يكون لها أسباب جدية لتظهر حذرها في إصلاحات القانون، لأنه يمكن أن التعديل الذي يبحث عنه تكون له نتائج غير مرغوب فيها أو غير متوقعة للأطفال الذين يكونون في نفس وضعية Z .الأكثر، مثل هذا التعديل يمكن أن يكون له تأثير على فروع أخرى لقانون الأسرة .القانون يمكن مثلا أن يقدر بعدم التماسك، إذا كان المتحول جنسيا من إمرأة إلى رجل يمكن أيضا أن يصبح "أب" إلى أن يصبح معتبرا في القانون كأنثى.و من تم يمكن أن يعقد قران مع رجل.
مقابل هذه المصالح المتعلقة بالنظام العام، المحكمة، تقيم وزن السلبيات التي تتداخل بالنسبة للطاعنين رفض اعتراف شرعيا X كأب ل Z العديد بينهم يمكن أن يرتفع إذا كان X و Y، أخذوا الإحتياطات اللازمة مثال إذا كان x حرر وصية هذه تطرح عمليا مشكلة انطلاقا من أن Z، لا يستطيع بذاته أن يرث منه إذا جاءه الموت بلا وصية نفس الشيء إلا إذا كان X و Y، لا يقرران إفشاء للعموم هذه المعلومات لا الطفل و لا أحد من الغير، لا يكون إلا **عنوان** أب ترك على بياض على عقد ميلاد Z لأن X كان مغير لجنسه.لا شيء يمنع X من أن يتصرف كأب في المجتمع لZ و يمكن أن يطلب مع Y أمر بزيارة الزوج، الذي يعطى له تلقائيا سلطة الأبوة في مواجهة Z بموجب القانون الانجليزي .

و كخلاصة تغيير الجنس يحمل تساؤلات معقدة ذات طبيعة علمية قانونية معنوية وإجتماعية، التي لا يمكن أن تكون موضوع مقاربة عموما متبعة في الدول المتعاقدة، المادة 8 لا يمكن أن تمر لتفرض أن

---

[276] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.395.
Voir aussi, Henri Mazeaud, Op.Cit, p.75.
[277] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.394.
[278] Voir, François Vialla, Op.Cit, p.117.
Vincent Berger, Op.Cit, p.394.
Voir, Henri Mazeaud, La protection de la vie privé par le droit, Economica, Paris,1995, p.74.

بريطانيا من الواجب عليها الاعتراف رسميا كأب لطفل شخص ليس أب بيولوجي إذا لا يوجد خرق للمادة 8 (14 صوت ضد 6)[279].
هذا القرار لا يأخذ بالمعيار البيولوجي للأبوة يحمل تساؤلات.لأي سبب نجيز التحول الجنسي إذا كان ننكر النتائج القانونية ؟ بالمقابل الطفل Z المحروم من أي أب شرعي هل ترى أن مصلحته محمية ؟

في قضية sheffield و Horcham، بتاريخ 30 جويلية 1998، المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تشير إلى قراري Rees et Cossey **و ترفض** من جديد إدانة بريطانيا بخرقها للمادة 08. 12. 13. 14 من الاتفاقية الأوربية.
المحكمة تعيد التعليل التقليدي، تقدر ابتداء أنه لا يوجد منذ قضية Rees (منذ 12 سنة)، تطور عملي أصيل، يبرر تغيير الاتجاه، كما أنها تضيف انه بمعرفة أن تغيير الجنس يواصل في طرح تساؤلات معقدة

من طبيعة علمية قانونية، معنوية و إجتماعية لا تشكل موضوع مقاربة عموما متبعة في الدول المتعاقد و الأكثر من ذلك متنازع فيها.[280]
المحكمة تدعم بالمقابل، مجرد أن الطاعنين يجدون أنفسهم ملزمين بالإفشاء بجنسهم السابق في بعض الحالات لا يسبب لهم عراقيل ذات خطورة كافية، لنستطيع إعتبار أن هناك **تجاوز حدود التقدير** للدولة المدعى عليها بهذا الشأن, هذا الرأي لا يمثل الإجماع.فعلا اللجنة لا تشاطره، بالإضافة إلى ذلك عدم خرق المادة 8 من الاتفاقية لم تقبل إلا من طرف 11 قاض مقابل 9.
بالمقابل، عدم خرق المواد 12. 13. 14 يظهر جليا و ليس جاهزا للنقاش.هذه قضيتين يمكن أن تحمل قطعيا إحساس لا ارتياح.المحكمة في تقلص بالمقارنة مع النصوص و الاجتهاد القضائي الأوربي[281].

في قضية Goodwin و قضية.....I، بموجب قرارين صادرين من المحكمة الأوربية بنفس التاريخ ب 11 جويلية 2002، المحكمة تثير لأول مرة خرق لإحترام الحياة الخاصة (المادة 8)، و كذا حق الزواج (المادة 12) .

أ. <u>تغير الاتجاه بخرق الاحترام الماس بالحياة الخاصة للمغيرين لجنسهم المادة 8</u> :

المحكمة تفحص ابتداء بالتفصيل وضعية المغيرين لجنسهم في بريطانيا. إصلاحات جارية أو محمولة، لكن في الوقت الحالي، وضعية المتحولين جنسيا متفككة ومرضية.
فعلا القانون الإنجليزي يعترف من جهة بحالة اللاإرتياح جنسي (dyshorie sexuel) يجيز العلاجات و التدخلات الجراحية، يمول كل جزء من العمليات و يوافق أيضا التلقيح الاصطناعي لامرأة تعيش مع مغير لجنسه، و من جهة يرفض الاعتراف بالتوابع القانونية للنتيجة التي يؤدي إليها العلاج؛ لا يؤيد تغيير الحالة المدنية.[282]
أكثر من الحلول البريطانية و تظهر اليوم استثنائية في المجموعة الدولية المحكمة تركز على أعمال المنظمة الحرية ل 17 جانفي 2002، لتتأكد من الموافقة الأوربية.[283]

المحكمة تعتبر أن الدولة المدعى عليها لا يمكن لها الاستناد إلى حد تقديرها في هذا الشأن، إلا إذا كانت هذه الوسائل ستدخل لتضمن إعتراف القانون المحمي بالإتفاقية. لا يوجد أي عامل مهم لصالح العام يمكن أن يدخل في المنافسة مع مصلحة الطاعن للحصول على الإعتراف القانوني لتحوله الجنسي.
خلصت المحكمة أن فكرة تعادل التوازن المرتبطة بالإتفاقية، ستقوم بالأقدام على ترجيح الكفة لصالح الطاعن. إذا، هناك عدم إحترام حق المعني لحياته، إنتهاكا للمادة 8 من الإتفاقية.[284]

---

[279] Voir, Vincent Berger, Op.Cit, p.346-347.
[280] Voir, Frédéric Sudre et autres, Op.Cit,p.466.
[281] Voir, J-P.Marguénaud, transsexualisme et immobilisme, RTDciv.1998, p.1001.
[282] Voir, Frédéric Sudre et autres, Op.Cit, p.466.
[283] Voir, J. Pierre Marguenaud et J.Raynard, RTDciv 2002, Op.Cit, p.864.
[284] Voir, Frédéric Sudre et autres, Op.Cit, p.467.

المحكمة تستخدم هنا لأول مرة، بربط ثانية بحق التقدم الشخصي وبالسلامة الجسدية **و المعنوية**، لتبرر حالة إنتهاك المادة 8 و 90 في قرار Goodwin و المادة 807 مكرر في قرار...I.[285]

ب. <u>تغير الاتجاه المتعلق بحق المتحول جنسيا في الزواج من شخص من الجنس المقابل لجنسه الجديد</u> :

في هذين القرارين، المحكمة تصحح مقاربتها للجنس، لإضطراب الهوية الجنسية، و للزواج تؤكد أن هناك **خرق للمادة 12** من الإتفاقية.
المحكمة تلاحظ أن المادة 12 تضمن حق الزواج و تكوين عائلة، لكن تؤكد أن الثاني ليس شرطا للأول، و أن عدم قدرة الزوجين لحمل أو تربية طفل، لا يشكل في حد ذاته عائقا على الزواج.

الخلاصة التي أشارت إليها المحكمة في هاتين القضيتين تدعو مع ذلك للقلق أكثر من الهدوء. تعتبر في الواقع إذا كانت الفقرة الأولى للمادة 12 تنص، صراحة الحق للرجل و المرأة في الزواج، ليس أكيد أن نواصل اليوم أن نؤيد هذه المصطلحات للقول بأن الجنس، يجب أن يكون محدد حسب معايير بيولوجية محضة. في النطاق الذي نؤكد إصطناعيا أن الأشخاص الذين خضعوا لعملية تحول جنسي ليسوا محرومين من حق الزواج. مادام مع ذلك يمكن الزواج من شخص من الجنس المقابل لجنسه السابق، تقضي إذا بعد الآن أن المعنيين يمكن أن يشتكوا لمساس بجوهر حقهم في الزواج.
حتى و لو أن المحكمة تميل لتلطيف هذا التغيير في الاتجاه بقولها أنها لا ترى، أي سبب يبرر أن المتحولين جنسيا ليحرمون في كل الظروف من الحق في الزواج، و يجب ألا تعلل بالأوهام (Se bercer d'illusions)، مهملين تفسير المادة 12 التي تحفظ الزواج الأشخاص الجنس البيولوجي المختلف ليس فقط للمغيرين لجنسهم بالجراحة لكن أيضا لمشتهي نفس الجنس (homosexuel).
و أن المحكمة الأوربية تقدم على فتح الأبواب قليلا للحكام des mairies، و سيكون مجالا للعديد من التعليقات[286].
و كخلاصة عامة من قراءتنا لموقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فيما يخص القضايا التي عرضت عليها ضد بريطانيا، سنجد إبتداء أن كل من قضايا sheffield et Horshay. Cossey، كان لهم موقف مرتكز على المادة 12 من الإتفاقية، ضامنين حق الزواج بين شخصين من جنس بيولوجي مختلف.
و تضيف المحكمة أن التطور المسجل حتى الآن حتى في بعض الدول يمكن أن تعتبر الزواج **صحيحا** بين مغير لجنسها أنثى، وشخص من الجنس المقابل، هذا بإثبات التخلي العام عن التصور التقليدي للزواج، المحكمة ترى إذ أن الإرتباط بالفكرة التقليدية بسبب كاف لمواصلة تطبيق المعايير البيولوجية لتحديد جنس الشخص من أجل الزواج. هذه المسألة مستمدة من سلطة تتمتع بها الدول أن تنظم بموجب القوانين تطبيق الحق في الزواج.
و بعدها حدث تغير في الإتجاه القضائي حول مسألة الزواج للمغيرين لجنسهم في سنة 2002 بموجب قرارين ل Goodwin et I. في الواقع أن تطبيق المادة 12 في الإتفاقية؛ ينص على الزواج بين الرجل والمرأة. و الملاحظ أن تطور المجتمع وتقدم الطب، والعلم ادخلوا تغييرات جذرية في مجال التغيير الجنسي، و ترى أن المادة 8 من الاتفاقية لا تتطابق مع العوامل البيولوجية و لا يمكن أن يكون سببا كافيا لتبرير رفض الاعتراف القانوني تغيير الجنس .
مع ذلك، يعود لدول لكي تحدد الشروط لتبرهن أن التحول الجنسي تحقق على أحسن حال و التي يمكن بموجبها الزواج السابق يتوقف أن يكون صحيحا أو أيضا للشكليات المطبقة لزواج المستقبل.لا يوجد أي سبب على الإطلاق يبرر الحرمان في كل الظروف المغيرين لجنسهم من الحق في الزواج.[287]
-في قضية Schumpf (سويسرا)، المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تفصل في النزاع وتعتبر بالإجماع أن هناك خرق للمادة 1/6 من الإتفاقية، وخرق للمادة 08 (5 أصوات ضد 2).

[285] Voir, J. Pierre Marguenaud et J.Raynard, RTDciv 2002, Op.Cit, p.864.
[286] Voir, J. Pierre Marguenaud et J.Raynard, RTDciv 2002, Op.Cit, p.865.
[287] Voir, Haute autorité de la santé, Op.Cit, p.53-54.

أكيد، في هذه الأدلة، المحكمة تعترف أنه يأتي بالدرجة الأولى للسلطات الوطنية لتفسر و تطبق القانون الداخلي، مع ذلك في نطاق اختصاص المحكمة لتراقب.
الإجراء المتبع أمام المحاكم و تعتبر أن التطبيق الصارم لمهلة عامين يمكن أن يظهر، مخالف للمادة 8 للإتفاقية. تصر على مجرد أنها تحمي حقوق مادية وفعالة.و أنه بالنتيجة، المحكمة الفيدرالية كان عليها أن تأخذ بعين الاعتبار **سن الشخص و ظروف حياته**.الخبراء كان يجب أن يتم سماعهم،[288] كما أبرزت أيضا أن الطب تطور منذ 1988، و قد تبقى مقاربة متطورة على ضوء شروط الحياة الحالية[289].

و من خلال إستعراضنا لهذه القضايا التي عرضت على القضاء الأوربي لاسيما المحكمة الأوربية، نجد انه فتحت بابا واسعا و أذنا صاغية لأصوات المغيرين لجنسهم الذين إشتكوا معاناتهم النفسية و المشاكل التي إعترضتهم مع الواقع القانوني.
و في هذا الصدد هناك أحد رجال القانون المصريين، من اعتبر أنه كان من الأولى أن تغلق المحكمة الأوربية الباب أمام مثل هذه الانحرافات الأخلاقية، و تقضي على هذه التشوهات البدنية الزائفة، التي تفقد الفرد أهم الوظائف الجوهرية للجنس البشري كالإنجاب.و ذلك من خلال إعادة النظر في موقفها السابق، سدا للذرائع النفسية التي تؤدي إلى ترجيح الجنس النفسي، وتغليبه على الجنس البيولوجي الوراثي.[290]

و أنه رغم تصدي المحكمة الأوربية لمشاكل تغيير الجنس، فإنه رغم ذلك فإن الحكم الصادر عن المحكمة الأوربية له حجية نسبية قانونا، إذ يقتصر آثاره في مواجهة أطراف النزاع الذي فصل فيه و فقط. و رفض الدولة المحكوم عليها تنفيذ الحكم النهائي الصادر عن المحكمة يشكل مخالفة للمادة الثالثة من النظام الأساسي لمجلس أوربا و يترتب غليه تعليق حق تلك الدولة في التمثيل. كما أن الأطراف المتعاقدة تتعهد بالإلتزام به وفقا للمادة 1/46 من إتفاقية حقوق الإنسان و يرسل الحكم الى لجنة الوزراء التابع لمجلس أوربا التي تتولى الإشراف على تنفيذه[291]. و الأكثر من ذلك فان الباب فتح، و غلقه الآن لا جدوى منه لأن فيه مساس بمراكز قانونية، ومبدأ المساواة بين الأشخاص. و بدل أن ننتظر تغير موقف المحكمة الأوربية، علينا البحث عن حل جذري لهذه المشكلة داخل كل دولة حسب نظامها العام
و الآداب العامة، لأن المشكل سيبقى مطروحا مادام قد إعترف لهذه الفئة بشرعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس في بعض الدول فستكون الآثار وخيمة، عندما يدخل المغير لجنسه بالجراحة في الخارج إلى دولة تمنع هذه العمليات، فما الموقف الذي سنتبناه ؟!! و هذا هو مربط الفرس الذي سنراه عند التعرض للآثار المترتبة على تغيير الجنس .

أما موقف محكمة عدل الاتحاد الأوربي: CJUE [292] فقد ترددت من التدخل في هذا المجال الأجنبي عن انشغالاتها الاقتصادية و اتخاذ موقف كان بالنتيجة أو بالأحرى قياسي لائق لكن في الوقت الحالي، **تنـافـس** المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، باستعمال قانون الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي و نصوص أخرى للمجموعة.
و قد كان لهذه المحكمة موقف في قضايا التحول الجنسي نذكر منها:

1/ قضية P ضد cornwall county concil وتتمثل وقائعها في:
P، من جنسية انجليزية و طرف طاعن، عمل كمسير في مؤسسة التعليم التي تعود آنذاك ل cornwall. county concil سنة فيما بعد توظيفه، P، يعلم S نيته في الخضوع في سياق التحول الجنسي.في بداية شهر سبتمبر 1992، P الذي منذ شهر أفريل يلبس، و يتصرف كامرأة، يتلقى إشعار بالطرد ينتهي في 31 ديسمبر 1992، العملية الجراحية القطعية أجريت **بعـد** تبليغ الإشعار.

---

[288] Voir aussi, Haute autorité de la santé, Op.Cit, p.52-53.
[289] Voir, CEDH, 8 janv.2009.aff.29002/06,Schlumpf c/Suisse.
[290] أنظر، محمد أنس إبراهيم، المرجع السابق، ص.193.
[291] أنظر، عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص.130-131.
[292] هي التي عرفت في السابق ب CJCE

-محكمة العدل بتاريخ 30 أفريل 1996، ردت قرار قبل إعطاء الحكم النهائي، حول تفسير التوجيه (la directive) CEE/207/76 لمجلس 09 فيفري 1976، متعلق بتطبيق مبدأ المساواة في الأجور بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بالدخول للعمل، التكوين و الترقية المهنية وشروط العمل .
محكمة العدل التي فحصت على ضوء المادة 1/5 من التوجيه .
" تطبيق مبدأ المساواة في العلاج فيما يخص شروط العمل، بما فيهم شروط الطرد، يفرض بأن يؤمن للرجال و النساء نفس الشروط، بدون تمييز مبني على الجنس "

محكمة العدل تشير أن التوجيه ليست إلا عبارة مبدأ المساواة الذي هو أحد المبادئ الأساسية لقانون إتحادي. تضيف أن القانون ليس أن يكون مميز بسبب جنسه الذي يمثل حقوق أساسية للإنسان الذي يجب عليها أن تؤمن الإحترام.

و خلصت محكمة العدل أن التوجيه مطبقة في الحال، حسبها مجال تطبيق هذه التوجيه ، لا يمكن أن ينقص من التمييزات الوحيدة، المنطلقة من الإنتماء لهذا أو للجنس الآخر. و بموجب التوجيه فإنها مدعوة أيضا، لتنظيم التمييزات، التي تجد أصلهم في التحول الجنسي للمعني. و الحال أن مثل هذه الأخيرة طردت بسبب أن لها نية الخضوع لتبدل جنسي، كانت موضوع علاج غير مرض بالنظر لأشخاص الجنس الذي كانت معروفة، بإنتمائها إليه قبل هذه العملية.الحال كان سار. لكن مضمون بطلان الطرد محل نقاش. الإشارة لكرامة الإنسان و حرية الشخص أيضا مساواة العلاج بين العمال في شروط العمل ستكون واجب كفى (dû suffire).

حيثيات القرار كانت محل نقد عام من طرف الفقه. كان من الممكن قضائيا الاعتراف بحضور مبدأ أساسي لعدم التمييز في القانون الاتحادي.[293]
و بهذا تكون محكمة عدل الاتحاد الأوربي تشارك في الإتفاق القضائي، بعزم جد مهتمة بمصير متعلق بزواج المتحولين جنسيا، و تمييزهم المحتمل الوقوع، مطبقة مبدأ عدم التمييز في طرد المغير لجنسه.[294]

2/ قضيةKB ضدNational Health Service pension Agency (N H S) وتتمثل وقائعها في :
الطاعنة عملت كممرضة لمدة 20 سنة في National Health Service pension Agency، تعيش منذ عدة سنوات مع شخص (R) الذي خضع لعملية تبدل جنسي، جعله يمر من جنس أنثى إلى جنس ذكر، الإستئصال غير مسجل في الحالة المدنية القانون الانجليزي **يرفض** أي تصحيح في السجلات . الزواج غير ممكن مادام القانون الإنجليزي يعتبر باطل أي زواج بين شخصين من نفس الجنس.

NHS، تعلم الطاعنة انه في حالة **الوفاة**، لا يمكن منح نفقة الحياة لصاحبته.[295]
الطاعنة، تتوجه للقضاء البريطاني لتعرفه انه بسبب الأحكام البريطانية هي ضحية تمييز مبني على الجنس و مخالف للمادة 141 من الاتفاقية و التوجيه 117/75 المؤرخ في 10 فيفري 1975 المتضمن تقريب تشريعات الدول الأعضاء المتعلق بتطبيق مبدأ المساواة في الرواتب بين العمال الذكور و الإناث. القضاة رفضوا طلبه في الدرجة الأولى و محكمة الاستئناف ترسل القضية أمام محكمة العدل قبل إعطاء حكمها النهائي.

الطاعنة طلبت أن قرار P يجد مجال للتطبيق و إحتياطيا تعتبر أن إشتراط الزواج يعتبر تمييز غير مباشر لأن معيار الزواج لا يمكن أن يتحقق في حالته. و في 10 جوان **المحامي العام** يعتبر أن قضيتها تختلف عن قضية P لأن :

[293] Voir, J. Pierre Marguénaud et P.Rémy-Corlay, L'état civil dans tous ses états : le transexualisme encore et toujours. RTDciv 2007, p.737
[294] Voir, Jean Hauser, RTDciv 2004, p.267.
[295] Voir, Haute autorité de la santé, Op.Cit, p.55.

- التمييز لا يؤثر مباشرة بالفائدة من الحق المحمي من طرف الاتفاق لكن بأحد شروط المنحة.هذا التفرع لا يبرر اختلاف الحل، لأن حتى و لو أن عدم المساواة في الراتب تجرى بطريقة غير مباشرة، التمييز مباشر.

خلاصة المحامي العام، واضحة : "منع كل تمييز حول الجنس مجسد بالمادة 141 من الإتفاقية الأوربية (لا يشير إطلاقا ل Directive) يعارض التشريع الوطني الذي، يرفض منح المتحولين جنسيا حق عقد زواج مطابق لجنسه المتحصل عليه و يمنعه من الوصول إلى معاش الأرملة".

الحكومة البريطانية أبرزت أن العمال الذكور و الإناث غير المتزوجين، لا يستطيعون أن يستفيدوا من آداءات المعاش الآيل للورثة، أيا كان السبب الذي جعلهم لا يتزوجون و يعتبر أيضا انه يوافق مع الرجوع إلى قرار "D" المؤرخ في 31 ماي 2001،
اللجنة تعتبر أن قرار P لا يمكن التمسك به لأن العلاج غير المناسب الذي تلقاه P له علاقة مباشرة بجراحة التحول الجنسي.و العلاج غير المناسب في قضية K B، ليس له أيضا إلا علاقة بعيدة مع تغيير جنس R و متعلق بعدم إمكانية عقد زواج.
اللجنة تدعم إضافة إلى ذلك، أن الطالب لا يمكن أن يستند على القانون الإتحادي، تعريف الزواج هو مسألة قانون الأسرة يعود الإختصاص للدول الأعضاء، من جهة أخرى المحكمة الأوربية قضت أن عائق الزواج مرتبط بمجرد أن قانون بريطانيا لا يسمح للمغيرين لجنسهم بتغيير عقد ميلاد، لا يمثل إنتهاك للمواد 8. 12. 14 من الإتفاقية الأوربية .
بناء على هذه الأدلة **محكمة العدل** بتاريخ 07 جانفي 2004، ردت قرار بفوارق دقيقة (nuancée) جاء فيه :
- مبدئيا، تعتبر أن الآداءات الممنوحة على سبيل نظام المعاش مرتبط براتب المستفيد و المستمد من المادة 141 من الاتفاقية:

قرار التحفظ على بعض الفوائد للزوجين ليس تمييزي وليس مخالف للمادة 141 من الإتفاقية أول توجيه CEE/117/75.في كل مرة الحالة الوضعية، هناك عدم المساواة في الراتب يؤثر بأحد شروط المنحة المحمية حول هذه النقطة المحكمة تتبع خلاصات المحامي العام، و الحال أن المحكمة الأوربية قضت بمناسبة قضية سابقة أن عدم إمكانية المتحول جنسيا على الزواج مع شخص من الجنس الذي كان ينتمي إليه قبل العملية **يخرق** المادة 12 من الاتفاقية. (في قرار Goodwin 11 جويلية 2002).

التشريع البريطاني بخرقه الإتفاقية، يمنع شخصين من الزواج إذا **نظريا** غير منسجم مع مقتضيات المادة 141 من الإتفاقية.[296]
إذ الملاحظ أن محكمة العدل أدانت عدم إمكانية زواج المتحولين جنسيا في بريطانيا إلى أن منعتهم من الإستفادة من المعاش الآيل للورثة.[297]

و قد تم **تقدير الحلول** المقدمة من المحكمة الأوربية و محكمة العدل في هذه الحالة:
- أن هناك بعض الانسجام بينهما C J U E و C E D H، لكن أحسن المختصين تأكدوا أنه حاليا التقارب واقعي، في غستثناءات نادرة.[298]

إضافـــة إلى مـــا سبـــق:
- أن هاتين المحكمتين أثبتت وحدة النظرة الجد مهمة حول مسألة قوية، حساسة ومنقلبة، لأنهما توصلا إلى خلاصة **مشجعة** بمناسبة عدم وجود موافقة، لا بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي لا بالأولى الموجودين في المجلس الأوربي، غالبا ما شكت أنها تتبنى مواقف حضورية أو التي تكون في منطق منافسة. والحالة أن هذا القرار يظهر أنها تعرف توحيد مجهوداتها

---

[296] و الملاحظ هذه الصياغة متقلصة قليلا عن تلك المستعملة من المحامي العام، فلماذا استعمال عبارة نظريا "en principe"
[297] Voir, Frédéric Sudre et autres, Op.Cit, p.514.
[298] Voir, Jean Hauser, RTDciv 2004, p.267.

لتضمن حماية كاملة وفعالة لحقوق الإنسان في أوربا، بالأخص لصالح مجموعة المجتمعات المتجاهلة غالبا من طرف السلطات العامة.[299]

و فيما يخص خلاصة اجتهادهما، فانه ترك مجال مهم لتقدير الدول لتسوية الوضعية القانونية للمغيرين لجنسهم. وقد شاركت سنة 2002 في تغيير مهم في وضعية الدعاوى.و هنا قررنا التدخل في التطبيق الإداري و القانوني للدول، و حصرنا بطريقة مهمة هامشية عملها، يمكن مراعاة لتعطل بعض الدول، رأينا أن المحكمة الأوربية في قرار Goodwin لم تترد أن تصوب لهذا التعطل مرتكزين أن وضعية المغيرين لجنسهم "يعيشون بين عالمين"لا يمكن أن يطول ويضيف عبارة لا يمكن أن نكون أكثر وضوحا.[300]

الفـــرع الـثـالـــث

مـوقــف بعض الـقـضـــاء العــربـــــــي

تناولت المجتمعات الغربية موضوع تغيير الجنس بإسهاب سواء من الناحية الطبية و القانونية و الإجتماعية و النفسية، و عرضت قضايا كثيرة هذا المجال أدت إلى تغيير الأحكام من مجتمع لآخر، و من وقت لآخر و كانت أحيانا الحلول المقترحة من قبلهم غير متوقعة و قد لا يصلح تطبيقها لدى المجتمعات العربية، و إنعكس هذا على تحديد أطر هذه المشكلة، فتباينت الإتجاهات في إيجاد الحلول الناجعة لها، و من تم إختلاف القول في مدى مشروعيتها، و إذا كان هذا في المجتمعات المتطورة علميا و المتحررة، فلا شك أن الأمر يختلف في المجتمعات العربية. التي لازالت تتخوف من الخوض في هذا الموضوع و تفضل أن تبقى بعيدة عن إعطاء وجهة نظرها، و لكن الواقع فرض عليها التدخل عند الضرورة إذا رفعت عليها دعاوى من أصحاب الشأن و من تم كان لبعض القضاء العربي وجهة نظر في القضايا القليلة التي عرضت عليه.

و من بين القضايا التي عثرنا عليها و عرفت على الساحة القانونية نذكر أربعة دول سنتناولها بترتيب زمني معاكس، وهي الكويت (أولا)، بإعتبارها قضية نوعا ما **حديثة**، و هي معروفة بتدين مجتمعها، و لم يكن من السهل أن يظهر فيها هذا النوع من العمليات، و نضيف بعدها لبنان(ثانيا)، تونس (ثالثا)، و في الأخير مصر(رابعا)، باعتبار هذه القضية أخذت نصيبا كبيرا من النقاش القانوني و هي الوحيدة ربما من الدول العربية التي قبلت بهذا النوع من العمليات و إعترفت بالآثار المترتبة عليها.

أولا : مـوقــف القضـــاء الكــويتـــي .

لقد أثار انتباهي أن تعرض هذه القضية على دولة الكويت بالذات و بالرغم من كون هذا الموضوع لم يعد يدهش الأوساط القانونية كما كان عليه الحال سابقا، و لأن الدول الغربية و بالأخص فرنسا عرفت تطورات فيه بكثرة وتناول قضاء دول عربية، و لكن الملفت هنا أن دولة الكويت معروفة بمجتمعها المحافظ و المتدين و يطبق أحكام الشريعة الإسلامية بكثرة، فليس الأمر بالبساطة أن تعرض عليها قضية تتعلق بعمليات تغيير الجنس و اعتبرت أن تناول هذه القضية يعتبر كالسبق الصحفي و أن كان ذلك بعد سنوات طويلة من الفصل فيها، و هذا لأنها تثير الرأي العام و رجال القانون بصفة خاصة، سنحاول تناولها حسب ما وجدناه حولها من مادة علمية عند قراءتنا لأحدى المقالات في مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا و نحن بصدد جمع ما يتعلق بهذا الموضوع .

[299] Voir, J-P.Marguénaud, J.Raynard, transsexualisme..,Op.Cit, RTDciv.2004,p.361.
[300] Voir, Haute autorité de la santé, Op.Cit, p.56.

و لحسن الطالع أن القانون الكويتي في هذه المسألة يحكم بموجب الشريعة الإسلامية ، حيث أنه ليس ثمة في القانون الكويتي نص تشريعي يحكم دعوى التحويل الجنسي في ظل أي قانون من القوانين، و هذه الواقعة لا تخضع لقانون تنظيم إجراءات دعاوى النسب و تصحيح الأسماء، لعدم تعلق الأمر بإحدى حالاته، و من تم فليس للنيابة العامة الحق في رفع الدعوى أو التدخل فيها، لإنتفاء ما تقضي به المادتين 337 و 338 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي. و عليه يتعين على المحكمة القضاء في هذا الموضوع وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر إتفاقا مع واقع البلاد.[301]

و تتعلق القضية التي عرضت على القضاء المدني الكويتي بدرجاته بأنه: أقام المدعي "أحمد" دعوى تحت رقم 2003/861 ت.م.ك.ح/1 ضد كل من وكيل وزارة الصحة بصفته، و وكيل وزارة الداخلية بصفته، و وكيل التربية الهيئة العامة للمعلومات المدنية بصفته. و قد حدد طلباته بأحقيته في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى، و حفظ كافة حقوقه في سلوك الطريق إلى رسمه القانون للوصول إلى تغيير البيانات الخاصة بإسمه، وجنسه بكافة الأوراق الرسمية في مواجهة المدعى عليهم.

أ. <u>طلبات المدعي الكويتي :</u>

طلب المدعي ندب الطب الشرعي بوزارة الداخلية لتندب بدورها احد الأطباء الشرعيين لتوقيع الكشف الطبي عليه، و مناظرته و الاطلاع على كافة ما تحت يده من تقارير و فحوص طبية لفحص حالته و تحديد نوع الجنس.بما يتفق مع حالته الراهنة من عدمه، و ذلك تمهيدا لعرض الأمر على اللجنة المختصة قانونا لتصحيح الأسماء بغية الحكم له بتعديل إسمه و نوع جنسه في مواجهة المعلن إليهم جميعا.

ب. <u>موقف محكمة أول درجة بالكويت قبل الفصل في الموضوع :</u>

قضت محكمة أول درجة بتاريخ 2003/06/28، و قبل الفصل في الموضوع بندب إدارة الطب الشرعي بوزارة الداخلية بتوقيع الكشف الطبي الشرع.

و قد جاء في تقرير الخبرة ما يلي :

- أن المدعي ولد من الناحية العضوية و الوراثية مكتمل الصفات الذكورية، و يحمل جميع الأعضاء التناسلية الذكرية الداخلية و الخارجية، و هو من الوجهة الجينية -الصبغية- يحمل الصفات الجينية ، كما في الذكور (x. y 46) و لا يعاني من أي خلل بتلك الصيغة .
- أن تاريخه الطبي يشير إلى معاناته من أعراض المرض النفسي الذي يطلق عليه "إضطراب الهوية الجنسية"، أدت إلى إرتدائه ملابس نسائية و ظهوره بمظهر أنثوي وتصرفاته في التحدث و الجلوس و الحركة تميل إلى السلوك الأنثوي، و يضع المساحيق و المكياج .
- أنه بدافع هذه الحالة المرضية لجأ إلى العلاج الهرموني و أجريت له تدخلات جراحية تم فيها إزالة الأعضاء التناسلية الخارجية المميزة للذكورة (الصفن، الخصيتين، و القضيب)، مع وجود البروستاتا و الحويصلات المنوية، و تم إصطناع أعضاء تناسلية، و مظاهر أنثوية - في شكله الخارجي- و ما يماثل الفرج والقناة التناسلية الأنثوية .

- و توصل أن هذه العلاج الهرموني و الجراحة أفقدت المدعي الإحساس الجنسي الرجولي و إمكانية الإنجاب، كما انه لا يصل به إلى التحويل الكامل للقيام بوظائف الأنثى من حمل و إنجاب، نظرا لعدم وجود الأعضاء التناسلية الداخلية للأنثى، - كالرحم والأنابيب والمبايض -، كما أنها لا تغير الوضع الصبغي.[302]

- تم عرض المدعي على لجنة الأطباء النفسانيين، وإنتهوا في تقريرهم إلى أنه تبين مراجعة المدعي للعيادة النفسية لأول مرة بتاريخ 1994/01/15، فأدخل المستشفى لوضعه تحت الملاحظة الطبية بعد محاولته **الانتحار**، و خرج في نفس اليوم ضد النصح الطبي، و لم يتبين في ملفه أنه عرض على طبيب نفسي لإستشارته في إضطراب هويته الجنسية، و لم يتلق أي علاج

[301] أنظر، فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1470.

[302] ذكر في حكم المحكمة الكلية، ص.4. مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1472.

أو إرشاد لفترة زمنية مناسبة حسب الأعراف الطبية، إلا أنه تبين من فحوصاته النفسية، وجود بعض سمات إضطراب الهوية الجنسية، و اللجنة لا تستطيع الجزم بوجود رغبة قهرية للمدعي في تغيير جنسه في الفترة السابقة على العملية التي أجريت له.[303]

4- موقف القضاء الكويتي في درجاته الثلاث .

عرضت الواقعة على القضاء الكويتي بدرجاته الثلاث، و أصدرت كل درجة للمحكمة حكمها كالتالي:

الدرجة الأولى :
أصدرت محكمة أول درجة بتاريخ 2004/04/24، حكما قضى ب: "أحقية المدعي في تغير جنسه من ذكر إلى أنثى، و ألزمت المدعى عليهم بصفتهم بالمصاريف و عشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة.

و إستندت لإصدار هذا الحكم على أن القضاء بأحقية المدعي، في تغيير جنسه ليس فيه مخالفة للشريعة الإسلامية، و محقق لمصلحة المدعي و مصلحة المجتمع، و علل ذلك بعدة أسباب نذكر منها."

السبب الأول : و نوقش في هذا الإستدلال وجهين :

الوجه الأول : أن هذه الرغبة عند المدعي، إنما هي مرحلة مرضية بما يعرف بمرض اضطراب الهوية الجنسية، و التي قد ينتهي الحال بالمريض إلى الانتحار.فجاز القضاء بتحويل الجنس بناء على أنها حالة ضرورة تباح عندها المحظورات، و لا يعد هذا تغيير لخلق الله، بل هو تغيير لحالة مرضية، حتى يكون الإنسان المخلوق أكثر قدرة على القيام بمسؤولياته التي خلق من أجلها.[304]

الوجه الثاني : أن التقرير الطبي النفسي لم يقطع بأن المدعي مصاب بإضطراب الهوية الجنسية، إذ أن المدعي من مواليد 1975/10/03 و انه لم يثبت انه عانى من أية إضطرابات نفسية حتى دخوله مستشفى الطب النفسي بتاريخ 1994/01/15، و لم يرد في ملفه ما يشير إلى أي إضطراب في الهوية الجنسية، في فترة دخوله إلا بتاريخ 2002/12/11، بعد أن أجرى العملية الجراحية التحويلية التي تمت بتاريخ 2000/06/29، أي بعد سنة و نصف و أنه لم يعرض على طبيب نفسي لاستشارته في موضوع اضطراب الهوية الجنسية، و لم يتلق أي علاج أو إرشاد لفترة زمنية حسب الأعراف الطبية قبل إجراء الجراحة.[305]

السبب الثاني : أن العملية الجراحية التحويلية .

من باب التداوي الذي قال عنها النبي صلى الله عليه وسلم : " تداووا عباد الله فإن الله عز وجل لم ينزل داء إلا انزل معه شفاء "[306] فهي تحدث راحة نفسية للمريض .

السبب الثالث :
أن من يعاني من هذا المرض قد يدفع إلى أن يسلك مسلكا غير سوي في حالة السماح له بمخالطة الذكور مدفوعا برغباته الأنثوية التي هو عليها و التي سببها ما تعاطاه من هرمونات أنثوية، فدفعا لهذا الضرر عن المجتمع جاء هذا الحكم، و يناقش هذا الإستدلال من وجهين :

---

[303] ذكر في حكم الاستئناف رقم 2004/1040/1051 مدني/8،ص.29، مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1472.
[304] ذكر في حكم المحكمة الكلية. مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1473.
[305] ذكر في حكم الاستئناف. مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1474.
[306] رواه أحمد في مسنده حديث رقم 17987 مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1464، هامش 80.

الوجه الأول: أن هذا المسلك الذي يتحدث عنه الحكم غير السوي سيتم تشريعه، و إضفاء المشروعية بهذا الحكم، فالقضاء بأحقية المدعي في تغيير جنسه موجب للوقوع بالرذيلة، إذ أن المدعي إنما كان تحوله ظاهريا فقط دون أعضائه الداخلية، فالجنس لم يتغير، إذ أنه بذات الصفات الجنسية، فيكون إستمتاع الرجل بالرجل من قبيل عمل قوم لوط المستحق للعنة الله وغضبه، فلا يدفع المسبب بأقوى مسبباته.[307]

الوجه الثاني: انه يمكن دفع الضرر المتوقع من مخالطة المدعي المذكور بأن يودع جبرا في مصحة علاجية حتى يتم علاجه من الناحية النفسية.[308]

الدرجة الثانية:

ألغت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الكلية بالحكم الحامل رقم 1051. 2004/1040/مدني/8، و قد استندت لإصدار الحكم على مـا يلـي:

- أن ما أتى به المدعي (المستأنف ضده) من تصرف ممثل في خضوعه للعملية الجراحية التحويلية، قد خالف شرع الله كونه كامل الذكورة من الناحية **الجينية** الصبغية، ولما كان الواجب الحكم بموجب الشريعة الإسلامية وجب إلغاء الحكم المستأنف ،
- و أضاف انه لا يقدح في هذا ادعاء المستأنف ضده انه يعاني من إضطراب الهوية الجنسية، فإن تقرير الطب الشرعي لم يقطع بأنه مصاب بإضطراب الهوية الجنسية، علاوة على أن إضطراب الهوية الجنسية ما هي إلا نظرية لازالت يوجه إليها سهام النقد، و ينكرها البعض،
- و أنه إذا اعتبر أن الجنس الحقيقي لا يتغير بهذه العملية، فيكون استمتاع الرجل بالرجل المبدل جنسه من قبيل عمل قوم لوط المستحق للعنة الله و غضبه.[309]

الدرجة الثالثة : في القضية رقم 2004/674/مدني/2.

أيدت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف، و رفضت الطعن المقدم من المدعي، الذي أقام طعنه على أربعة أسباب و تم الرد عليها في الحكم،[310] و لكن لم يتسنى لنا الحصول عليه و لهذا يتعذر علينا مناقشتها.

من خلال اطلاعنا على تفاصيل مختصرة للدرجات الثلاث التي مر بها القضاء الكويتي في أول قضية من نوعها متعلقة بالاضطراب في الهوية الجنسية، و هو موضوع حساس بالنظر لتحفظ المجتمع الكويتي، و كان على القضاء أن يحتكم إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غياب نص تشريعي حول مسألة تحول الجنس.

و الغريب في الأمر أنه في بدايـة الأمر نجد أن قضاء الدرجة الأولى قد اعترف بعمليات تغيير الجنس، و سمح للمدعي تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى، معللا حكمه أن هذه العملية ليست مخالفة للشريعة الإسلامية، و أنها تحقق مصلحة المدعي و مصلحة المجتمع.

و لكن سرعان ما تراجع القضاء في الدرجة الثانية و الثالثة عن موقفه. و كان قراره سديدا، و سيتم بالحكمة نظرا لتأكيده على عدم شرعية هذه الجراحة و ما يترتب عنها من اعتراف بأصحاب الشذوذ الجنسي، و قد أخذ القضاء في هذا الموضوع بأحكام الفقه الإسلامي الذي يتماشى مع واقع البلاد، و قد اعتبر أن العملية الجراحية التحويلية مخالفة لشرع الله لأنه:

1- يعتد بالمعيار الكروموزومي في تحديد جنس الفرد ،
2- إعتبر أن الإضطراب النفسي وحده غير كاف لتغيير الجنس،
3- لأن العملية تفقده بعض خصائص جنسه الأصلي و لم تكسبه خصائص الجنس الآخر،

---

[307] ذكر في حكم الاستئناف. مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1474.
[308] أنظر، فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1475.
[309] ذكر في حكم الاستئناف، مشار إليه في فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1475.
[310] ذكر في حكم محكمة التمييز قاعدة قانونية أصولية لا تقبل إثبات العكس.أنظر، فهد سعد الرشيدي، المرجع السابق، ص.1475-1476.

4- أن جنسه الحقيقي لم يتغير، و أنه أصبح من أصحاب الشذوذ الجنسي و علاقتهم محرمة شرعا.

و قد أصاب القضاء الكويتي عندما اعتبر هذه الجراحة محرمة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، إستنادا إلى ما وصل إليه جمهور الفقهاء المعاصرين وما أفتت به الهيئات و المجامع الفقهية، من أنه لا أثر لإضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي، و بهذا و في غياب نص تشريعي يحكم مدى شرعية هذه العمليات، يكون حكم محكمة التمييز في هذه الواقعة قاعدة قانونية في هذا النوع من الدعاوى، لا يمكن مخالفتها.

ثـانـيـــا : مـوقــف الـقـضــاء الـلـبـنــانـــي .

كان للقضاء اللبناني نصيب من هذه الدعاوى المثيرة للجدل، و قد عالج هذه المسألة بنوع من الموضوعية مرتكزا على المبادئ المستقرة قانونا و الأسس الطبية المتفق عليها.
و سنحاول، إلقاء نظرة على القضية التي عرضت على القضاء اللبناني حول التحول من جنس إلى آخر، و مدى الاعتراف بها و التي عولجت من طرف القاضي المنفرد في بيروت بموجب الحكم المؤرخ في 1992/05/22 تحت رقم 61.[311]

1- أن تصحيح القيود الواردة في سجلات النفوس قد أجيز إجراؤه بموجب المادة 21 من المرسوم 8837 بتاريخ 1932/01/15، التي ميزت بين البيانات التي لا يجوز تصحيحها إلا بموجب حكم قضائي، و البيانات القابلة للتغيير كالصنعة، و المذهب، و الدين و محل الإقامة، و التي يجري تصحيحها من قبل دوائر النفوس،
2- أن المادة المستند إليها لتصحيح من درجات سجلات النفوس باعتمادها التمييز المنوه عنه، تكون قد كرست مبدأ ثبات القيود و البيانات غير القابلة للتبديل أو التحوير أو التصرف وفقا للرغبة، و تبعا لتبدل الظروف، بحيث لا يمكن إدخال أي تعديل عليها تصحيحا لها إلا استثناء، و تحت إشراف قضائي،
3- أن جنس الإنسان و اسمه ليسا من العناصر القابلة وفقا للرغبة، و تبعا لتبديل الظروف، بل هما من الصفات الثابتة التي تتعلق بالشخص و تطبعه، و تتصل به اتصالا وثيقا، و تسهم في تكوين الشخصية القانوني، و الكيان الإجتماعي اللذين تحققا له منذ ولادته، بحيث لا يجوز تصحيحها إلا بموجب حكم قضائي يصدر من المحكمة المختصة ، و بعد إجراء التحقيقات اللازمة بهذا الصدد.
4- إن تعرض المحكمة بالتصحيح لبيانات الجنس و الإسم في سجلات النفوس سندا للمادة (21) المتقدم ذكرها، يفترض أساس إثبات توفر الخطأ المرافق لعملية التسجيل، و الذي أدى تضمين السجلات قيودا مخالفة للواقع في ذلك التاريخ ،
5- أنه إستدل أن قيود المستدعى التي أشارت إلى كونه ذكرا، جاءت بذلك متوافقة مع الحالة التي كان عليها عند قيده في سجلات النفوس، مما ينفي وقوع خطأ رافق عملية التسجيل،
6- إن التحقق من تحول المستدعى من ذكر إلى أنثى يستوجب تحديد جنسه الحالي في ضوء الخصائص المميزة لهذا الجنس و من الثابت في هذه القضية بالإدالة المتوفرة، و بالوقوف على ناحية حال المستدعى، أنه إحتفظ بميزات أساسية من خصائص الرجولية، أهمها الصبغيات أي الكروموزومات الذكرية، و تفاحة آدم، و الصلعة المميزة للذكور الظاهرة لدى الكثيرين منهم، واتلي عمد في وضعه إلى تغطيتها بشعر مستعار،
7- أن القانون اللبناني اكتفى في بعض مواده، و منها المادة (15) من قانون الإرث لغير المحمدين بالتمييز بين الذكور و الإناث، لم يعط تعريفا واضحا لكلا الجنسين، و لم يبين الخصائص، و بالتالي، فإنه ينبغي للتوصل إلى تحديد جنس المستدعى الاسترشاد بالآراء و القواعد المتعارف عليها علما و طبيا. و من المتفق عليه، أن معايير تحديد الجنس كما بينها أهل الإختصاص في

[311] الرئيس رلى الجدلي الأساس 1992/147، المجلة العربية للفقه و القضاء، جامعة الدول العربية، العدد 15، أفريل 1994، ص.163 إلى 169.

إفادتهم أمام هذه المحكمة و هي : الأعضاء التناسلية الخارجية، و الصبغيات أو الكروموزومات التي تختلف من الذكر و للأنثى، و الحالة النفسية.[312]

8- أن استئصال الأعضاء التناسلية الذكرية لدى المستدعى لم يكن بفعل الطبيعة، بل حدثا إراديا طارئا، يتمثل في جب و خصاء، و يؤدي فقط إلى تحقق عجز جنسي دائم لديه، بحيث لا يمكن إعتماده كعامل من عوامل التحول الجنسي المدعى به ،

9- أن العملية الجراحية التي أجريت للمستدعى و زودته بمهبل اصطناعي، وإن كانت تؤكد تطور الطب وحداثته اللافتة، إلا أنها لا تكفي بذاتها لمنح من رغب من الخضوع لها كامل الأعضاء التناسلية التي يفتقر إليها أساسا كالرحم و المبيض، وفقا لما تبين من الفحوصات التي أجريت للمستدعى قبل العملية الجراحية، و التي أشار إليها الطبيب "مازن طه" في شهادته أمام المحكمة،

10-أن تعديل نسبة الهرمونات الذي أسهم في جنوح المستدعى نحو الحالة الأنثوية ، لا يمكن التوقف عنده للقول بحصول التحول الجنسي لديه، لأن هذا التعديل ليس طبيعيا و لا أصيلا، و لأن نتائجه تتوقف وفقا لما أدلى به الطبيب "مازن طه" بتوقف تعاطي مسبباتها فيعود الصدر إلى الضمور، و الشعر الذكري إلى الظهور .

أن تغليب الجنس المرغوب و المحسوس على الجنس المقيد يؤدي إيضاحا لما تقدم إلى المساس بقواعد الأحوال الشخصية، وإثارة الاضطراب فيها، فيجيز على سبيل المثال لا الحصر: الزواج بين شخصين من جنس عضوي واحد، تولد أحدهما شعور راسخ بالانتماء إلى الجنس الآخر، و يجيز أيضا حرمان الأبناء من وضعهم الطبيعي كأولاد لرجل وإمرأة بجعلهما أولادا لشخصين من جنس مخالف لجنسه.

و بعد الإطلاع على وقائع الدعوى، و ما تبين للمحكمة منها، فإنه وفقا لمطالعة مأمور النفوس في جلسة 1992/05/08، قرر القاضي المنفرد رد الطلب و بذلك، لم يستجب إلى ما طلبه المستدعى من تغيير حالته المدنية، إستنادا إلى المعيار البيولوجي و الكروموزومي الثابت، بالإضافة إلى مبدأ حظر المساس بقيود الحالة المدنية، و تغليب مصلحة المجتمع في استقرار مبادئه وقواعده القانونية و الإجتماعية، و خاصة ما يتعلق بالنظام العائلي و الأسري و الحالة المدنية المتعلقة بالنظام العام.[313]

---

[312] أنظر، المجلة العربية للفقه و القضاء، جامعة الدول العربية، المرجع السابق، ص.164.

[313] أن السيد "جميل"....ممثلا بوكيله تقدم باستدعاء مقيد لدى قلم هذه المحكمة بتاريخ 1991/06/07 طلب فيه تصحيح قيد جنسه بدلا من "ذكر" بحيث يصبح "أنثى" و تعديل اسمه بالتالي لكي يصبح "جيهان" بدلا من "جميل" و أبدى ما خلاصته أنه ولد ذكرا عام 1929 لكن علامات الأنوثة أخذت تظهر عليه بعد فترة، مما عرضه لإشكالات في مجتمعه، فعرض حالته على غير طبيب، ثم أجرى بتاريخ 1991/03/30، عملية جراحية حولته من ذكر إلى أنثى، واضعة بذلك حدا لجنسه المحير، بحيث بات واقعه و ناحية حاله يدلان على تناقض بين شكله الخارجي و قيوده في سجلات الأحوال الشخصية الأمر الذي ألحق به أضرارا مادية و معنوية فادحة .

و انه تم، في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1991/11/08، الاستماع إلى المستدعى و الوقوف على ناحية حاله، و عرض المستدعى مراحل التحولات التي طرأت عليه و أثرها في علاقاته مع عائلته و معارفه و مجتمعه.

و انه، نفاذا لقرار صدر عن المحكمة بتاريخ 1991/12/06، تم في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1992/02/14، الاستماع إلى شهادة الطبيب الجراح مازن طه بعد تحليفه اليمين القانونية، فبين الطبيب الوضع الجسدي و النفسي للمستدعى قبل العملية الجراحية التي أجريت له، و أسباب هذه العملية و الوسائل التي تعتمد لتحديد جنس الإنسان .

و أن الجهة المستدعية أبرزت بتاريخ 1992/03/06، و إنفاذا للقرار، لائحة ناقشت فيها نص المادة /21/ من المرسوم رقم 8837 تاريخ 1932/01/15، و علقت على شهادة الطبيب طه مكررة مضمون الاستدعاء ومؤكدة أن النصوص القانونية لم توضع في الأصل إلا لدوزنة المجتمع بحيث لا يسمع من خلالها إلا النغم السليم الذي يستهدف، في حالة المستدعى الحكم له بإجابة مطالبه، و أن المحكمة قررت في الجلسة المنعقدة بتاريخ 3/6/سنة 1992 تعيين الطبيب نبيل ميقاني المختص في الأمراض النفسية و العصبية خبيرا في هذه القضية وتكليفه الاطلاع على حالة المستدعى و بيان العوامل التي أوصلته إلى الحال التي أضحى عليها .

و أن الخبير المعين الذي حلف اليمين القانونية أمام المحكمة سندا للمادة /314/أ.م.م. قدم تقريرا عن حال المستدعى بعد الكشف عليه، و أدلى في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1995/05/08، بإفادة أوضح فيها بعض النقاط الواردة في تقريره الموضوع .

و أن الجهة المستدعية أبرزت بتاريخ 1992/05/08، تعليقا على تقرير الخبير كما أبرزت تأييدا لمطلبها و ادلاءاتها، بيان قيد إفرادي للمطلوب تصحيح قيده و إفادة بإرجاء العملية صادرة عن الدكتور طه و صورتين شمسيتين للمستدعى بعد خضوعه للعملية الجراحية و قرارين صادرين عن القاضي المنفرد في قضيتين مشابهتين للقضية الحاضرة .

و أن وكيل المستدعى حضر الجلسة الختامية المنعقدة بتاريخ 1992/05/08 و كرر ،

و أن مأمور النفوس الذي تقرر بتاريخ 1991/06/14، إحالة نسخة عن الاستدعاء إليه للاطلاع و إبداء الرأي أبدى بتاريخ 1991/07/05، مطالعة خطية في هذه القضية أرفق بها بيان قيد عائلي للمستدعى و آخر لوالده و عارض في إجابة الطلب لدى الاستماع إليه في الجلسة الختامية بتاريخ 1992/05/08 ،

بنـــــاءا عـلـيـــــــــــــــه

بما أن اطلب الوارد في الاستدعاء يرمي إلى تصحيح قيود المستدعى في سجلات النفوس اللبنانية بحيث يعتبر أنثى بدلا من ذكر و من ثم و تبعا لذلك، تعديل إسمه ليتوافق مع تصحيح جنسه و ذلك بسبب تحولات نفسية طرأت عليه و توجت بخضوعه لعملية جراحية أدت إلى استئصال أعضائه التناسلية الذكرية كليا و الإستعاضة عنها عام 1991، بمهبل إصطناعي استكمل مظهره الأنثوي الخارجي بعد تضخم حجم ثدييه ،

و بما أن تصحيح القيود الواردة في سجلات النفوس قد أجيز إجراؤه بموجب المادة /21/من المرسوم رقم 8837 تاريخ 1992/01/15، التي ميزت بين البيانات التي لا يجوز تصحيحها إلا بموجب حكم قضائي و البيانات القابلة للتغيير كالصنعة و المذهب و الدين و محل الإقامة و التي يجرى تصحيحها من قبل دوائر النفوس، و بما أن المادة المستند إليها لتصحيح مندرجات سجلات النفوس باعتمادها التمييز المنوه عنه : تكون قد كرست مبدأ ثبات القيود و البيانات غير القابلة للتبديل أو التحرير أو التصرف وفقا للرغبة و تبعا لتبدل الظروف بحيث لا يمكن إدخال أي تعديل عليها تصحيحا لها إلا استثناءا و تحت إشراف قضائي، و بما أن جنس الإنسان و اسمع ليسا من العناصر القابلة للتغيير وفقا للرغبة و تبعا لتبدل الظروف بل هما من الصفات الثابتة التي تتعلق بالشخص وتطبعه و تتصل به اتصالا وثيقا في تكوين الشخصية القانونية و الكيان الاجتماعي اللذين تحققا له منذ ولادته بحيث لا يجوز تصحيحها إلا بموجب حكم قضائي يصدر عن المحكمة المختصة و بعد إجراء التحقيقات اللازمة بهذا الصدد، و بما أن تعرض المحكمة بالتصحيح لبيانات الجنس و الاسم في سجلات النفوس سندا للمادة /21/ المتقدم ذكرها يفترض أساسا إثبات توفر الخطأ المرافق لعملية التسجيل و الذي أدى تضمين السجلات قيودا مخالفة للواقع القائم في ذلك التاريخ و بما أنه من الثابت للمحكمة باد لاءات المستدعى و بإفادة الشاهد الطبيب مازن طه، و سائر الأدلة و المستندات المتوفرة أن المستدعى ذكرا ولد عام 1929 و نشا ذكرا حتى قيده ذكرا خلال إحصاء عام 1932 و ثم عاش القسم الأكبر من حياته ذكرا فاقترن بزوجة أولى سجل زواجه منها عام 1935 و أنجبت له ابنه غسان عام 1954 ثم اقترن عام 1967 بزوجة ثانية أنجبت له ابنته فضيلة عام 1968 و لم ينصرف كليا إلى ممارسته حياة الأنثى إلا و هو في عمر متقدم أي منذ خمسة عشر عاما أو عشرين عام، و بما أنه يستدل مما تقدم أن قيود المستدعى التي أشارت إلى كونه ذكرا جاءت بذلك متوافقة مع الحالة التي كان عليها عند قيده في سجلات النفوس، مما ينبغي وقوع خطأ رافق عملية التسجيل، و بما انه لا يرد على ذلك بأن المستدعى كان يلقى منذ طفولته معاملة الإناث و يشعر برغبة في التشبه بهن لأن هذه الإدلاءات لن تتأيد بالدليل فضلا عن أنها تناقض قبوله بالزواج و الإنجاب تكرارا ، بما أنه يبنى على ما تقدم أن عملية تسجيل المستدعى في سجلات النفوس باعتباره ذكرا تمت صحيحة دون أي خطأ مرافق لها مما يؤدي إلى إستبعاد إمكان التصحيح المطلوب بالإستناد إلى خطأ من هذا القبيل لم يثبت توفره في هذه القضية، و بما انه بعد استبعاد إمكان تصحيح قيود المستدعى بالاستناد إلى خطأ رافق تسجيل في سجلات النفوس يقتضي البحث في جواز تصحيح هذه القيود بسبب تعارضها مع متغيرات طرأت عليه بعد قيده الحاصل عام 1932 و تمثلت وفقا لإدلاءاته بتحوله من ذكر إلى أنثى بحيث باتت قيوده غير متوافقة مع واقعه، و بما أنه يقتضي غبتداء و حيال إدلاءات المستدعى المتعلقة بتحوله الحاصل إلى الوجه المبين بالتحقق من صحة هذه الإدلاءات ليبنى بعد ذلك على الشيء مقتضاه، و بما أن التحقق من تحول المستدعى من ذكر إلى أنثى يستوجب تحديد جنسه الحالي في ضوء الخصائص المميزة لهذا الجنس،

و بما أن القانون اللبناني اكتفى في بعض مواده و منها المادة /15/ من قانون الإرث لغير المحمدين بالتمييز بين الذكور و الإناث، لم يعط تعريفا واضحا لكلا الجنسين و لم يبين الخصائص و بالتالي إلى تحديد جنس المستدعى الاسترشاد بالآراء و القواعد المتعارف عليها علميا و طبيا، و بما أن الشاهد الطبيب الجراح عدد في إفادته أمام هذه المحكمة الوسائل المعتمدة لتحديد جنس الإنسان بثلاث هي الأعضاء التناسلية الخارجية و الحالة النفسية و الصبغيات أو الكروموزومات التي تتوفر لدى الذكر بشكل "و لدى الأنثى بشكل"، معربا عن إعتقاده بأن توفر أي من هذه الوسائل كاف لتحديد جنس الإنسان ،

و بما أن رأى الشاهد لم يكن قاطعا فضلا عن أن آراء أخرى خالفت إعتقاده فذهبت إلى القول أن العناصر المحددة للجنس هي مجموع الخصائص و الوظائف التي تميز الذكر عن الأنثى و تمنح كلا منهما دورا

خاصا في التكاثر عن طريق إنتاج خلايا جرثومية ناضجة ذكرية أو أنثوية و تجعل لكل منهما معالم مميزة بحيث يحدد الجنس نفسيا بشعور الانتماء إلى جنس أو إلى آخر و عضويا بالكروموزومات خاصة و بالهرمونات و الأعضاء التناسلية الأساسية الظاهر منها و الخفي و الثانوية كالطلعة و الصوت و نسبة تكاثر الشعر و يراجع لطفا بهذا الصدد :

و بما أنه من الثابت في هذه القضية، بالأدلة المتوفرة و بالوقوف على ناحية حال المستدعى بأنه احتفظ بمميزات أساسية من خصائص الرجولية أهمها الصبغيات أي الكروموزومات الذكرية و تفاحة أدم و الصلعة للذكور و الظاهرة لدى الكثيرين منهم، و التي عمد في وضعه إلى تغطيتها بشعر مستعار، و بما أن إستئصال الأعضاء التناسلية الذكرية لدى المستدعى لم يكن بفعل الطبيعة بل حدثا إراديا طارئا يتمثل في جب و خصاء و يؤدي فقط إلى تحقق عجز جنسي دائم لديه، بحيث لا يمكن اعتماده كعامل من عوامل التحول الجنسي المدعى به، و بما أن العملية الجراحية التي أجريت للمستدعى و زودته بمهبل إصطناعي، و أن كانت تؤكد تطور الطب: وحداثته اللافتة إلا أنها لا تكفي بذاتها لمنح من رغب في الخضوع لها كامل الأعضاء التناسلية الأنثوية التي يفتقر إليها أساسا كالرحم و المبيض، و وفقا لما تبين في الفحوصات التي أجريت للمستدعى قبل العملية الجراحية و التي أشار إليها الطبيب طه في شهادته أمام المحكمة، و بما أن تعديل نسبة الهرمونات الذي أسهم في جنوح نحو الحالة الأنثوية لا يمكن التوقف عنده للقول بحصول التحول الجنسي لديه لأن هذا التعديل ليس طبيعيا و لا أصيلا و لأن نتائجه تتوقف وفقا لما أدلى به الطبيب طه بتوقف تعاطى مسبباتها، فيعود الصدر إلى الضمور و الشعر الذكرى إلى الظهور، و بما أن العوامل العضوية تكون في ضوء ما تقدم وبالرغم من تضافرها عاجزة عن إثبات تحول المستدعى من ذكر إلى أنثى ، و بما أنه بعد إستبعاد العوامل العضوية من ضمن العناصر المعتمدة لإثبات التحول المدعى به، يقتضي البحث في العامل النفسي لدى المستدعى و جواز اعتماده أساسا للقول بتحقق التحول، و بما أنه بالإستماع إلى المستدعى و بالكشف النفسي عليه، إن شعورا داخليا بالإنتماء إلى الجنس المخالف لتكوينه الطبيعي قد ولد و تنامى لديه، مع تقدمه في السن، حتى بات يشعر بضرورة العيش كإمرأة و بضرورة تغيير جنسه الأصلي لاعتقاده بأنه ضحية خطأ أنتجته الطبيعة فاقتضى تصحيحه، و بما أن الرغبة التي تنامت لدى المستدعى وفقا لما تقدم بيانه تعرف طبيا وفقا لما ورد في تقرير الطبيب المعين خبيرا في هذه القضية باصطلاح هو الجنس المخالط وهي ليست تحولا و لا شذوذا جنسيا و لا سوء تكوين عضوي جنسي كالتخنث أو الجنس المزدوج، بل هي اعتقاد نفسي ناشئ و مترسخ يوجب البحث، ضمن إطار هذه القضية و بعيدا عن ضرورات المعالجة النفسية، في إمكان تغليبه على الجنس الأساسي للمستدعى كما هو مقيد في سجلات النفوس بحيث تعدل السجلات بالإستناد إليه، و بما أن الرد إيجابا على هذا الطرح ومجاراة من إقتنع بإنتمائه إلى جنس مغاير لجنسه الأصلي في ما طلبه و ما ذهب إليه يستتبعان حكما بتضمين السجلات قيودا تخالف الواقع العضوي أصحابها، و يؤديان بالتالي إلى نتائج تناقض الكيان الاجتماعي و الحالة القانونية و المتكونين له منذ ولادته و الى خلل في الأوضاع العائلية و الإجتماعية و القانونية مع ما قد شكل ذلك من مساس بالنظام العام، فيصبح المستفيد من التعديل مغردا في غير سربه و نغما ناشزا عن الدوزان، (النسق الطبيعي).

و بما أن تغليب الجنس المرغوب و المحسوس على الجنس المقيد يؤدي إيضاحا لما تقدم إلى المساس بقواعد الأحوال الشخصية وإثارة الاضطراب فيها فيميز على سبيل المثال لا الحصر الزواج بين شخصين من جنس عضوي واحد تولد لدى احدهما شعور راسخ بالانتماء إلى الجنس الأخر و يميز أيضا حرمان الأبناء من وضعهم الطبيعي كأولاد لرجل و إمرأة و يجعلهما أولادا لشخصين من جنس مخالف لجنسه الطبيعي، و بما أن المحكمة في حال تكريسها ما تقدم و إجابة طلب تصحيح القيد المتعلق بالجنس بالاستناد إلى إعتقاد المستدعى بإنتمائه إلى جنس مغاير للجنس المقيد في خانته تكون قد حلت محل المشرع و تجاوزت بذلك صلاحيتها المختصرة في تطبيقه.

و بما أنه يقتضي لما تقدم من تعليل عدم تغليب قناعة المستدعى و تحول جنسه إراديا وجراحة على قيوده في سجلات النفوس و الإبقاء بالتالي على جنسه المسجل و اسمه اللاحق به، و بما أنه لا يرد على ذلك بوجوب تامين مصلحة الراغب إراديا في ممارسة حياة تعود للجنس الآخر لأنه بين مصلحة المجتمع و مصلحة الفرد يقتضي إيثار مصلحة المجتمع صونا لها و حفظا لإستقرارها.

الملاحظ أن الموقف الذي تبناه القضاء اللبناني في حكمه الذي إعتد فيه بالمعيار البيولوجي في تحديد جنس الفرد على معيار الجنس النفسي، و لم يولي الإهتمام بتلك التغييرات المصطنعة على الجسم التي تم فيها إستئصال الأعضاء التناسلية الأصلية و إستبدالها بأخرى مصطنعة غير نافعة، و هو الموقف نفسه الذي أخذ به القضاء الكويتي لاحقا، كما سبق تبيانه ، و قد إعتبر القضاء اللبناني، أن تغليب الجنس النفسي للمدعي، و قناعته بإنتمائه إلى الجنس المقابل، وتحول جنسه إراديا بإجراء جراحة تشويهية على ما هو مدون في سجلات النفوس من قيود متعلقة بصاحب الشأن، يتعارض مع مبدأ **حظر المساس** بما هو ثابت بسجلات الحالة المدنية من قيود و بيانات متعلقة بجنسه المسجل، و إسمه اللاحق به، مما يؤدي إلى الإبقاء على هذه البيانات في سجلات النفوس دون تغيير.

و إعتبر أن العملية الجراحية لا تستطيع أن تؤدي إلى تغيير حقيقي في الجنس الطبيعي للفرد، و لا تمتلك القدرة على جعل أعضائه من الجنس الآخر، الذي يصبح لديه عجز جنسي دائم دون مبرر طبي، و هذا ما يجعل مثلا : للسماح بإجازة الزواج بين شخصين من جنس عضوي و بيولوجي و وراثي واحد، بحجة أن احدهما يشعر بانتمائه إلى الجنس المقابل، و هذه أهم نقطة تطرق لها القضاء، و قد أصاب في تعليله هذا لان ذلك فيه نوع من التحايل لإجازة علاقات في الأصل غير مشروعة تحت ستار التحول الجنسي.و قرر القضاء أن بياني الإسم و الجنس ليسا من العناصر القابلة للتغيير وفقا لرغبة الشخص لأنهم من العناصر الثابتة، و لا يجوز المساس بهما بالتصحيح إلا بحكم قضائي و بعد إجراء التحقيق اللازم.

و من هذا كله توصل القضاء اللبناني إلى إعطائه رأيه بعدم مشروعية عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية دون توافر مقتض مشروع، أو ضرورة طبية و إعتبر أن ذلك تكون فيه المحكمة قد تجاوزت إختصاصها، و حلت محل المشرع بتعديل البيانات المتعلقة بالجنس و الإسم الشخصي لصاحب الشأن تأسيسا على جنسه النفسي .

ثـــالـــثـــا: مـــوقـــف الـقـضـــاء الـتـونســـــي .

لقد كان للقضاء التونسي نصيب لأن تعرض عليها مثل هذه الدعاوى، ليكون له موقفا بشأنها يعبر فيه عن رأيه، نظر لعدم وجود نصوص ينظمها القانون التونسي حول هذه المسألة، و هي أمام إشكالية جواز من عدم جواز تغيير الشخص لجنسه من ذكر لأنثى بواسطة عملية جراحية ، و قد أتيحت هذه الفرصة[314] بمناسبة قضية إشتهر إسمها بقضية سامي[315] و التي رفع بشأنها دعوى بتاريخ 02 ماي 1992 تحت رقم 5984 ضد ممثل الحق العام. و سنتناول تفاصيلها كما يلي :

1- الوقائـــع: رفع شاب تونسي يدعى سامي، و إسمه كاملا سامي بن عمر محمد ابن حسن[316] دعوى أمام المحكمة الإبتدائية لتونس بتاريخ 02 ماي 1992 تحت رقم 5984، ليطالب بالحكم له بإعتبار جنسه أنثى لا ذكرا، و الإذن له تبعا لذلك بحمل إسم سامية، كالإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتره.[317]

و قد إتضح من أوراق القضية أن المدعي هو في الأصح ولد ذكرا، و أطلق عليه أبوه إسم سامين غير أنه بمرور الأيام تغيرت بعض أعضائه بصفة طبيعية، و صارت له خاصيات أنثوية من ذلك نمو النهدين و نمو الشعر في العانة بشكل أنثوي، بالإضافة إلى كون الأعضاء التناسلية تثبت أنوثته، و بالخصوص، وجود شفرين كبيرين و مهبل في عمق طبيعي، مما إضطره إلى إجراء عملية جراحية لتغيير أعضائه

---

[314] و قد سبق و أن عرضت على المحكمة الابتدائية بين عروس تحت عدد 621 بتاريخ 28 مارس1990 تضمن قيام المدعي ضد النيابة برفع دعوى مدعيا انه ولد له بنتا سماها أميرة و بعد ترسيمها بدفاتر الحالة المدنية تبين بعد الفحص الطبي أن تلك المولودة ذكرا طالبا إصلاح مضمون ولادة ابنته باعتبارها ذكرا لا أنثى و قضت المحكمة بالإصلاح ، و قد صدر الحكم معللا تعليلا قانونيا ممتازا، مشار اليه في مجلة القضاء و التشريع بتونس، ص.59.

[315] أنظر، قرار استئنافي مدني،عدد 10292، مؤرخ في 22سبتمبر 1993، مجلة القضاء و التشريع بتونس، عدد يناير 1994،ص.109 إلى 122.

[316] لم يذكر إسمه كاملا في مجلة القضاء و التشريع بتونس، و إنما ذكر من قبل الشهابي إبراهيم الشرقاوي الذي تحصل على حكم محكمة الاستئناف، المرجع السابق،ص.272.

[317] أنظر، مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.113-114.

التناسلية و قدم تدعيما لذلك، شهادة طبية صادرة عن طبيب إسباني معربة، و إختبار طبي من مستشفى شارل نيكول صادر عن الحكيم عبد الحميد قربعة المختص في أمراض النساء لهذا المستشفى ويبين أن له خاصيات أنثوية.[318]

2- موقف المحكمة الإبتدائية بتونس .

قضت المحكمة إبتدائيا بتاريخ 1993/02/08، برفض الدعوى، وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها،[319] وقد إستندت المحكمة في ذلك على أن تغيير جنس المدعي كان بفعل فاعل، وبصورة إصطناعية، خلافا لمقتضيات القانون الجزائي و الديانات السماوية.[320]
كما استندت المحكمة في قضائها إلى تقرير الحكيم، رفيق بوخريص الذي أكد فيه أن الإضطراب النفسي أدى بالمذكور إلى القيام بعملية جراحية لتغيير جنسه، وبالتالي فإن ذلك العمل إرادي، وبموجبه وقع تغيير إصطناعي في الجسم، وكان بالإمكان تلاقيه غير العلاج النفسي الذي يجنب صاحبه اللجوء إلى القيام بتصرفات لا تمكنه في نهاية المطاف من تغيير حقيقي لجنسه، بإعتبار أن هذه العملية الجراحية لا تؤدي إلى إكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقومات البيولوجية والتناسلية للجنس الذي ينتمي إليه منذ ولادته.[321]

3- موقف محكمة الاستئناف بتونس .

تم السيد سامي بواسطة محاميه بتقديم تصريح بالإستئناف بكتابة محكمة الإستئناف بتاريخ 15 فيفري 1993، بعد إتباعه للإجراءات المطبقة طبقا لقوانين تونس[322]، وقد إرتكز في تأسيس أسباب إستئنافه على ما يلي :

1- أن الحكم الإبتدائي إعتمد على تقرير صادر غير مختص أجري أثناء نشر القضية، وكان من الأنسب الاعتماد على تقرير طبيب مختص الذي طرحه المدعي الصادر عن طبيب في أمراض النساء و التوليد بمستشفى شارل نيكول، سيما و أن الحالة المطروحة حتما حالة دقيقة، وتقتضي التحريات اللازمة لضمان حقوق منوبة دون المس بالنظام العام ،
2- لم تجب محكمة البداية على ما وقع التمسك به من تقسيم بين الأحكام المنشئة للحق و الأحكام المقرر له، وقضية الحال تندرج ضمن الصنف الثاني أي أن دون المحكمة يتمثل في معاينة الحالة الموجود عليها المدعي، وذلك بالإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص في دفاتره على أن جنس المدعي هو أنثى وان اسمه هو سامية،
3- خلافا لما تمسكت به محكمة البداية، فان تغير المدعي لجنسه بواسطة عملية جراحية لم يكن نتيجة نزوة أو إضطراب نفسي، بدليل أنه رغم المأساة التي كان يحيها، والمتمثلة في نمو خاصيات أنثوية لديه، فانه م يكن يميل إلى تغيير جنسه، وبالفعل فانه لم يسارع إلى إجراء هذه العملية، وبقي ينتظر إلى حد بلوغه سن السادسة والعشرين لإجرائها، أي بعد أن يئس من البقاء على الحالة التي ولد بها و أن طلبه ليس فيه أي مساس بالنظام العام، بدليل أن النيابة العمومية لن تبد أي إعتراض أو إحتراز، ولا أية مخالفة للشريعة الإسلامية، بدليل أن مفتي الجمهورية إعتبر أن الطلب وجيه، ويكون من حسن القضاء الإستجابة له، كما لا توجد أية مخالفة للقانون الجزائي، إذ لو كان الأمر خلاف ذلك لوقع تتبع المدعي و مقاضاته.
4- أن الوضعية التي صار عليها المدعي لا يمكن تداركها بأي طريقة، وبالتالي أن عدم الإستجابة لطلبه تجعله في وضعية إجتماعية وقانونية غير عادية، بالإضافة إلى ما يمكن أن ينجر عن رفض مطلبه من تعكر حالته النفسية، وما يمكن أن ينتج عن حالة اليأس التي هو عليها، وطلب

---

[318] مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.115.
[319] مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.114.
[320] مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.115.
[321] حكم محكمة الاستئناف،ص.5،3،2، مذكور في الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق،ص.273.
[322] مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.114.

تبعا لذلك قبول الاستئناف شكلا ونقض الحكم المطعون فيه و تمسك نائب المستأنف صلب تقرير ثان أن فقه القضاء الفرنسي بقي فترة طويلة يرفض هذا النوع من القضايا على أساس أن الحالة المدنية والجنسية، للشخص غير قابلة للتغيير، غير أنه بتاريخ 11 ديسمبر 1992، تراجعت محكمة التعقيب بدوائرها مجتمعه و أصدرت قرارين ركزت فيهما على حرية الفرد في تغيير جنسه طبق قناعته من جهة، و من جهة ثانية على طعون دور القضاء يقتصر في هذه الحالة على إحترام إختيار و حرية الفرد[323].

و صدر حكم محكمة الإستئناف بتاريخ 1993/12/22، وقضت المحكمة بقبول الإستئناف شكلا و رفضه أصلا، وتقرير الحكم الإبتدائي، و إجراء العمل به و تخطئه المستأنف بالمال المؤمن و حمل المصاريف القانونية عليه.[324]
و قد إستند حكم الإستئناف على حيثيات علل بها حكمه نجملها فيما يلي:

1- أن المستأنف ولد ذكرا مثلما أقر بذلك أمام محكمة البداية عندما وقع التحرير عليه، وبالتالي لا يمكن أن يوصلنا الفقه الإسلامي إلى حل ثابت و معلوم ، بإعتبار أنه تعرض باطنا إلى وضعية الخنثى، دون الخوض في مسألة مثل المسألة المطروحة الآن على القضاء، و التي تعتبر حديثة الوقوع، و مستحدثة نظرا لتطور العلوم الطبية، و حيث يكون من أكد الواجبات محاولة الوصول إلى حل لهذه الإشكالية عبر القرآن و السنة و إجتهاد الفقهاء المسلمين، باعتبار أن الفصل الأول من الدستور إقتضى أن "تونس جمهورية دينها الإسلام، و لغتها العربية".
أنه بالرجوع إلى القرآن الكريم نجد أن الله جعل توازنا في الكون الذي لولاه لفسد و بالنسبة للبشر كذلك جعل توازنا بين عدد الذكور و الإناث، و ذلك بصريح الآية الواردة بسورة الرعد و التي نصها:"..**الله يعلم ما تحمل كل أنثى و ما تغيض الأرحام و ما تزداد و كل شيء عنده بمقدار**..".[325]
و حيث بالرجوع إلى الأحاديث النبوية نجد انه قال صلى الله عليه و سلم:" **لعن رسول لله صلى الله عليه و سلم المتشبهين من الرجال بالنساء، و المتشبهات من النساء بالرجال** ".[326]و كما هو معلوم فإن اللعنة لا تكون إلا لكافر أو مارق أو منافق.
و حيث بالرجوع إلى أراء الفقهاء نجدهم يجمعون على أن الضرورات تبيح المحظورات، و إتجه دراسة أركان الضرورة، و هي أن يكون الضرر الجسيم أو الخطر بصدد الوقوع. هو الركن الجوهري، وبدونه لا تقوم الضرورة.و يجب أن يكون جسيما، أي أن المضطر مهدد بالموت و الهلاك، و أن يكون حالا أي أن الضرورة تقوم بالنسبة إلى خطر لا يقع مستقبلا، و أن يكون الوسيلة الوحيدة التي يلجأ إليها المضطر لرفع الضرر المحدق بالنفس أو بالمال أو بالعرض، علاوة على أن الضرر لا يزال بضرر، عملا بالحديث الشريف: " **إن الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم**".
أنه و بعد استعراض الحلول الفقهية للمسألة تحتم الرجوع إلى التقارير الطبية لمعرفة هل أن ما قام به المستأنف يندرج ضمن حالة من حالات الضرورة، أن هو فعل إرادي بحت.
أنه ثبت بالإطلاع على التقرير المحرر بواسطة الحكيم الإسباني الجنسية، أن المستأنف أجريت عليه عملية جراحية لتغيير الأعضاء التناسلية الخارجية و تقويم مهبلي في ماي 1989، و أصبح له أعضاء تناسلية خارجية تامة و فرج بأشفار جميلة و عمق فرجي يشبه ما لدى الإناث، كما أكد الحكيم عبد الحميد قوبعة المختص في أمراض النساء بمستشفى شارل نيكول أن المستأن له خاصيات أنثوية و لا يمكن أن يكون إلا من جنس الإناث ، في حين أن الحكيم رفيق بوخريص أكد أن الإضطراب النفسي أدى بالمستأنف القيام بعملية جراحية لتغيير جنسه، و بالتالي أن ذلك العمل

---

[323] مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.116-117.
[324] مجلة القضاء و التشريع بتونس، المرجع السابق، ص.113 و 122.
[325] أنظر، سورة الرعد، الآية رقم 8.
[326] حديث رقم 5546-تحت باب المتشبهين بالنساء، و المتشبهات بالرجال بلفظ عن ابن عباس رضي الله عنهم، صحيح البخاري دار ابن كثير بيروت،الطبعة الثالثة، 1987، 2207/5.

إرادي وبموجبه وقع إصطناعي في الجسم و كان بالإمكان تلاقيه عبر العلاج النفسي الذي يجنب صاحبه اللجوء إلى القيام بتصرفات لا تمكنه في نهاية المطاف من تغيير حقيقي لجنسه، بإعتبار أن هذه العملية الجراحية لا تؤدي إلا لاكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقومات البيولوجية و التناسلية للجنس الذي ينتمي إليه منذ ولادته.

و حيث و الحالة تلك فان ما قام به المستأنف لا يعتبر حالة من حالات الضرورة، التي تخول له تغيير جنسه، و كان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته.أما و الأمر خلاف ذلك، و تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه، يكون قد خالف الموروث الحضاري و الأخلاقي لهذه الأمة، و هو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة.

و حيث أن فقه القضاء الفرنسي المحتج به درج على رفض الدعاوي المشابهة لقضية الحال.
و من ذلك القرار التعقيبي المؤرخ في 16 ديسمبر 1975 (و المنشور بدالوز 1976-897) والذي تضمن أن :" مبدأ عدم تكافؤ حالة الأشخاص الذي يهم النظام العام يحرم الأخذ بعين الإعتبار التغييرات الجسمية الحاصلة بعد إجراء عملية جراحية". و كذلك القرار التعقيبي المؤرخ في 04 جوان 1975 (المنشور بدالوز 19775-121) و الذي تضمن أن : مختلط الجنس الذي أجريت عليه عملية جراحية غيرت له بصفة اصطناعية المظهر الخارجي لا الداخلي للجنس الذي يريد الانتماء إليه " و كذلك القرار التعقيبي المؤرخ في 07 جوان 1988 (المنشور بدالوز 1988-173) و الذي تضمن أنه : " بعد العلاج الهرموني و إجراء العملية الجراحية مازال المدعي له مميزات شخص من جنس الذكور " .
و حيث و الحالة تلك فان فقه القضاء الفرنسي رفض بكل شدة دعاوى المختلطين جنسيا، إستنادا على التقارير الطبية، علاوة على أن الأطباء منقسمون حول جدوى العملية الجراحية كعلاج نفساني (أنظر مجلة القانون الصحي الاجتماعي – 1989 – ص.7)
و حيث عرفت محكمة التعقيب الفرنسية منعرجا حاسما بتاريخ 11ديسمبر 1992، و أصدرت قرارا بدوائرها المجتمعة، قبلت بمقتضاه دعوى مماثلة لقضية الحال، و ركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه طبق قناعته، إلا أنه بقراءة هذا القرار لا نجد أي تعليل علمي و قانوني مقنع، بل هو موقف أجبرت عليه عملا بالإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. و لا يمكن مجاراة ما توصل إليه الأوربيون لإختلاف الحضارات.
و قد قال أحد الفقهاء الفرنسيين أن: " الحقيقة تختلف من بلد لأخر" بإعتبار أن القاضي الأوربي مقيد بمخزون حضاري و ثقافي مخالف لثقافة و حضارة القاضي العربي المسلم. في هذا الإطار كتب العميد الصادق بلعيد (في رسالته لإحراز الدكتوراه و التي عنوانها:" السلطة الإنشائية للقاضي" في الصفحة 287) أن :" القاضي يجد نفسه مقيدا بحضارته و يجب عليه إحترام متطلبات الوظيفة التي يقوم بها في المجموعة الاجتماعية.لا شك أنه سيد الموقف إلى استنباط القاعد الملائمة إلا أنه سلطة إجتماعية في نظام معين و في مجتمع منظم. و بالتالي فإنه مقيد بالمبادئ الأساسية العامة...".
أن مختلط الجنس سواء تحصل على تغيير بطاقة ولادته أولا لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين. وهذا يمنعه من الزواج، رغم أن الزواج ليس هدفه الأساسي الأنجب، إلا أن العميد كاربوني يؤكد أن الهدف الأساسي للزواج هو تربية الأطفال و ما أعتيد عليه لدى الجنس البشري في جميع الأمم...".
و حيث و الحالة تلك فإن رفض تغيير الحالة الجنسية للأشخاص هو الخوف من رؤية أنمطه من التنظيم الإجتماعي مثل العائلة محل تساؤل، مما يشكك في تواصل القواعد الثابتة التي تنظم المجتمعات، و الموروث الحضاري.

من خلال قراءتنا للحكم الصادر عن محكمة إستئناف القضاء التونسي، لم نكن نتوقع هذا التعليل المتسق، والمتزن و المؤسس على قواعد شرعية مستقرة في الشريعة الإسلامية، غالقا بذلك الأبواب أمام أي تيار للشواذ جنسيا الذي قد يظهرون لو قبلت هذه الدعاوى و يخرجون من جحورهم التي يختبئون فيها كما هو الحال عليه في الدول الغربية التي أصبحت تعرف جمعيات لمساعدة المتحولين جنسيا[327].و هو بذلك لم ينجر وراء التيار الغربي.في مثل هذه القضايا، الذي لا يعرف شيئا عن الدين و الأخلاق، و ينجر وراء الحريات الفردية التي لا تعرف حدودا، و لا تجلب سوى المشاكل في المجتمع و تخلق التعقيدات القانونية التي تشد منها الرؤوس .

و قد إستدل القضاء التونسي بالأدلة الشرعية من الكتاب و السنة و اجتهاد الفقهاء ليصل إلى أن الجراحة التي أجريت لهذا الشاب لم تكن لها دواع عضوية، و لا تعتبر حالة من حالات الضرورة، التي تخول له تغيير جنسه، و كان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته، بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير **إصطناعي** في جنسه، و هو بذلك قد خالف الموروث الحضاري و الأخلاقي لهذه الأمة، و هو ما يعبر عنه بالنظام العام و الأخلاق الحميدة, وبهذا إعتبر القضاء أن العملية التي قام بها المدعي غير مشروعة و لا يعتد بآثارها .

هذا و رفض القضاء التونسي صراحة الأخذ بالإتجاه الحديث لموقف القضاء الفرنسي الذي أقر بمشروعية هذه العمليات بعد القرارين الشهيرين في 1992/12/11، و برر ذلك بأن القضاء الفرنسي قد **أجبر** على هذا الموقف عملا بالإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، و أنه لا يمكن للقضاء التونسي مجاراته في ذلك لاختلاف الحضارات باعتبار أن القاضي الأوربي مقيد بمخزون حضاري و ثقافي مخالف لثقافة و حضارة القاضي العربي المسلم، **و قد أصاب فعلا في ذلك**.

الفـرع الـرابـع

مـوقـف الـقـضـاء الـمـصـري

لطالما عرفت دولة مصر، أنها بلد البحث العلمي، و كان باحثيها في المجال القانوني، من الأوائل في التحليل القانوني، و لو لمسألة قانونية بسيطة، و رجال القانون فيها يتحاورون في مجالات الطب و القانون و الإقتصاد و كانت آرائهم منطقية و تسند إلى أساس قانوني غير مهملين لأحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها بلد الحضارات.

و بظهور عمليات التحول الجنسي، التي فرضت نفسها على واقع البحث، و تناولها الشراح بالتحليل، و وصل الأمر ببعض التشريعات الأوربية إلى درجة تنظيمها بنصوص قانونية، و لم يكن هذا الأمر غريبا عن تلك المجتمعات. و لكن الدول العربية وقفت صامتة أمام حقيقة هذه المشكلة، إلى أن وصلت إلى عقر المجتمع المصري، حيث فجرها شخص واحد مصري، و طرحها في مجتمعه أمام ساحات المحاكم، فكانت هذه القضية ربما هي الأولى على الأقل التي ظهرت في الوسط القانوني، فأصبحت حديث رجال الفقه و القضاء و الشريعة، و مجالا لدراسات نفسية و فقهية و قانونية، وهذه القضية إشتهرت بقضية سالي.[328]

و قد إرتأينا التطرق إليها في آخر دراستنا عن موقف القضاء العربي رغم أنها كانت أولى القضايا التي طرحت على ساحة القضاء العربي لأنها أثارت نقاشا قانونيا كبيرا، لابد من الوقوف عنده بالإضافة إلى أنها الوحيدة التي أقرت بمشروعية عمليات تغيير الجنس خلافا للقضايا الثلاث السابقة ، ليكون لنا مجالا للتطرق لأوجه كل قضية لنصل في آخر المقام لإعطاء وجهة نظرنا بشأنها مقارنة مع القضايا الأخرى .

---

[327] Voir, Association Trans Aide Dec 2004, Stéphanie Président de l'association h//p// etudionsgayment.blogspat.com.

[328] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.70 و ما بعدها.

و سنلقي نظرة نركز فيها على ما يهمنا في هذه القضية التي عرفت بإجراءاتها الطويلة و المتشبعة و ذلك يتضح مما يلي :

أولا: الـوقـائــع تتمثل في أن، السيد "سيد محمد عبد اله مرسى" و الذي يدعي لنفسه اسم سالي ، هو طالب في كلية الطب بجامعة الأزهر، مقيد بها في السنة الخامسة، كان يمارس حياته بين الطلبة، لكن كان يصدر منه تصرفات غير طبيعية، وضحت على مظهره الخارجي، يمكن تلخيصها في محاولة تشبهه بالحبس الأنثوي من حيث وضعه مساحيق تجميل من وجهه و شفتيه، و ارتدائه ملابس النساء، الأمر الذي أدى بالأستاذ الدكتور عميد كلية الطب (بنين) جامعة الأزهر، بإصدارها قرار وقف الطالب المذكور عن مواصلة الدراسة بالكلية ، و منعه من دخولها، و تشكيل لجنة طبية [329] للكشف على الطالب، و ذلك لتقرير حالته و بيان ما إذا أجريت له عملية جراحية لتغيير نوعه و طبيعة هذه العملية و مدى ما أحدثته من تغييرات و هل كان ثمة داع لإجراء العملية المذكورة.[330]

1- موقف النيابة العامة :

في البند السابع لقرار مجلس تأديب الطلاب - الذي قرر فصل الطالب - أوصى المجلس بأن يرفع الأمر إلى فضيلة الأستاذ الدكتور رئيس جامعة الأزهر لإتخاذ الإجراءات القانونية بإحالة الموضوع للنيابة العامة بإعتبارها صاحبة الدعوى العمومية .

و تطبيقا لذلك قامت النيابة العامة بإجراء تحقيقاتها مع الطبيب الذي أجرى العملية و وجهت له تهمة إحداث عاهة مستديمة في القضية تحت رقم 21/1988 حصر تحقيق نيابة الجيزة الكلية [331] و طلبت من مصلحة الطب الشرعي بوزارة العدل قسم **الـجيــزة** تقريرها بشأن حالة الطالب. و جاء في تقريريها ما يلي :

أن سيد محمد عبد الله مرسى، و الذي يدعي لنفسه اسم "سـالــي"، كان ذكرا كامل الذكورة من الناحية العضوية، و لكنه كان يعاني من حالة مرضية نفسية و هي تحويل جنسي نفسي لإضطراب في الهوية الجنسية، و قد عولج نفسيا بالأدوية و المعايشة لمدة طويلة، و بالرغم من ذلك لم يتم شفاؤه، و أنه من المعروف طبيا بأن العلاج النفسي لهذه الحالة المرضية عادة لا يجدي بعد سن البلوغ، و أن التدخل الجراحي التحويلي هو الحل الأوحد في مثل هذه الحالة المرضية النفسية، وبالنسبة للطبيب الذي أجرى العملية فإنه يتضح أنه لم يقم بإجراء العملية الجراحية إلا بعد الإطلاع على تقارير الأطباء النفسانيين في هذا الخصوص، و إتباع كافة اللإشتراطات الطبية اللازمة في مثل هذه الحالة و قد تمت العملية الجراحية حسب الأصول الطبية العلاجية و العلمية لحالته، و لا يوجد من الناحية الفنية ما يمكن نسبته من خطأ مهني إلى الطبيب عزت عشم الله جبرائيل، و لم يتخلف لدى المذكور أية عاهة مستديمة....و أن المدعو سيد محمد عبد الله، بعد إجراء العملية الجراحية له و من فحصه يعتبر أنثى رغم عدم وجود، رحم أو مبايض أو حدوث دورة شهرية، و أنه من فحصه موضعيا على المنطقة الشرجية وجد بحالة سليمة، و لم يوجد به من الناحية الطبية الشرعية ما يشير إلى إستعماله حديثا أو تكرار إستعماله من الخلف لواطا بإيلاج من قدم ".[332]

و بناءا على هذا التقرير إنتهت النيابة العامة إلى إستبعاد الشبهة الجنائية من الأوراق، و قيدها إدرايا، و حفظها إداريا، و إعتمد ذلك من السيد المستشار النائب العام .

---

[329] من ضمنها أساتذة للجراحة و النساءو التوليد و الامراض الجلدية و التناسلية و الطب الشرعي و الآشعة و جراحة التجميل.
[330] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.81-82.
[331] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.105.
[332] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.290-291.

و من تم فقد كان طبيعيا أن يقضي مجلس تأديب الأطباء البشريين بمحكمة استئناف القاهرة في الاستئنافين المقيدين بالجدول العمومي تحت رقمي 3 و1988/4 بجلسة 1989/12/07، بإلغاء القرار الصادر من هيئة التأديب الإبتدائية بنقابة الأطباء، بمعاقبة الطبيب الذي أجرى الجراحة بإسقاط عضويته من النقابة، و دكتور التخذير رمزي مشيل جاد بغرامة مائتي جنيه، و ببراءتهما مما نسب إليهما تأديبيا.[333]

2- تقييم دور النيابة العامـــــــة :

نعتقد أن النيابة العامة كانت تريد أن تبرأ ساحة الأطباء بأي طريق و حاولت إيجاد أي ثغرة لذلك، و هذا واضح من خلال إعتبارها أن هذه القضية هي بسيطة و روتينية ككل القضايا الجزائية الأخرى، رغم أن الحالة المطروحة أمامها تتناول مسألة حساسة متعلقة بجنس الإنسان الذي يتصف بالثبات. وما إستنادها على تقرير صادر من مصلحة الطب الشرعي بالجيزة لوحده و اعتباره كاف للفصل في حالة الطالب لأمر يثير الغرابة و يدل على ميل واضح للنيابة و محاولة منها لحماية هذين الطبيبين (الذي أجرى الجراحة والذي قام بالتخذير) متجاهلة التقارير الصادرة من كلية طب الأزهر بنين بعد الجراحة و التقارير السابقة على إجراء الجراحة.
و ليس معنى ذلك أننا نطلب من النيابة العامة أن ترجح بين التقارير الطبية لتعتمد منها ما يحقق قناعتها لأن ذلك من مهمة القاضي و ليس مهمة عضو النيابة لكن أقل ما كان على النيابة العامة أمام تعارض التقارير الطبية أن ترفع الأمر للقضاء ليقول كلمته، و ألا ينصب عضو النيابة من نفسه قاضيا في دعوى لازالت في بدايتها.[334]

3- مـوقـف القضـاء الإداري المـصـــري :

لقد مر القضاء الإداري المصري بمراحل عديدة تجاه القضية الشهيرة تحصر في أربعة مراحل نتناولها بالترتيب كالتالي:

المرحلة الأولى : محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 42/5432 جلسة 1991/07/02، أقام المدعي "المدعو سالي" بعريضة أودعت قلم كتاب محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1988/07/13، ضد رئيس جامعة الأزهر، و طلب في ختامها الحكم بوقف تنفيذ و إلغاء القرار الصادر بفصله من كلية الطب جامعة الأزهر، و ما يترتب على ذلك من آثار، و في الموضوع بإلغاء القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار، مع إلزام جامعة الأزهر بالمصروفات. و قال المدعي شرحا لدعواه أنه طالب بالسنة النهائية بكلية الطب بجامعة الأزهر، و قد فوجئ بصدور قرار من رئيس الجامعة بفصله نهائيامن الكلية، و نعى المدعي على قرار فصله صدوره بالمخالفة لأحكام القانون رقم 1961/103 بإعادة تنظيم الأزهر و الهيئات التي يستلمها و لائحته التنفيذية، و افتقاده إلى سبب صحيح يبرر صدوره، الأمر الذي حدا به إلى إقامة هذه الدعوى إبتغاء الحكم له بالطلبات المتقدمة.

أ- الشق الاستعجالي للدعوى :

عينت جلسة 1988/09/27، لنظر الدعوى في شقها العاجل و تداولت بالجلسات على النحو الثابت بمحاضرها. و قدمت جامعة الأزهر ردا على الدعوى ثلاث حوافظ للمستندات بها 09 وثائق.[335]

---

[333] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.83.
[334] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.293.
[335] أنظر بالتفصيل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.295-296.

كما قدم وكيل المدعي حافظة مستندات أخرى تحتوي على 04 وثائق.[336] و إعتمدت المحكمة في حكمها على أن الطالب كان مكتمل الذكورة، و كانت أعضاؤه التناسلية مكتملة النمو، و لم يكن لديه أعضاء تناسلية أنثوية خارجية أو داخلية، و أنه وافق على إجراء عملية لم تكن لها دواع طبية عضوية على الإطلاق، فضلا على أن الطالب كان يتشبه بالنساء في الملبس و الزينة قبل إجراء العملية، فيكون بذلك قد خرج على السلوك السوي و الآداب الإسلامية الفاضلة التي يلزم توافرها فيمن ينتسب إلى جامعة الأزهر التي تعمل على أن يكون خريجوها قدوة طبية، و مثلا أعلى يحتذي به، كما جاء في ذات الحكم ردا على دفاع الطالب "أن المدعي باعتباره طالبا في كلية الطب جامعة الأزهر، كما يتعين عليه الالتزام بقواعد الشريعة الإسلامية التي هي منهج هذه الجامعة الشامخة ". كما أشار أيضا إلى ما جاء بفتوى دار الإفتاء من بيان لضوابط مشروعية الجراحة.[337]

ب- <u>الشق الموضوعي للدعوى</u> :

أودعت هيئة مفوضي الدولة تقريرا مسببا بالرأي القانوني، ارتأت فيه الحكم برفض الدعوى و إلزام المدعي المصروفات، و عينت جلسة 1991/04/09، لنظر الشق الموضوعي من الدعوى، و بهذه الجلسة طلب الحاضر عن المدعي في مواجهة الحاضر عن جامعة الأزهر، و أثبت بمحضر الجلسة تصحيح شكل الدعوى تغيير اسم المدعي من " سيد محمد عبد الله" إلى "سالي محمد عبد الله" و قدم حافظة تضمنت عدة وثائق،[338] كما قدم الحاضر عن المدعية بجلسة 1991/05/14، حافظة مستندات تحتوي عدة وثائق.و قدم مذكرتي دفاع تعقيبا على ما جاء بتقرير هيئة مفوضي الدولة و خلص فيه إلى طلب الحكم بما يلي :

<u>أولا</u> : بإلغاء قرار الفصل الصادر من كلية طب الأزهر،
<u>ثانيا</u> : إعادة قيد الطالبة باسمها الجديد بكلية طب بنات جامعة الأزهر بالنسبة الخامسة،
<u>ثالثا</u> : إحتياطيا إحالتها إلى إحدى كليات إلى الأخرى، أو إحالتها إلى كلية البنات جامعة الأزهر مع تنفيذ الحكم بمسودته دون إعلان.

و ردا على ذلك، قدمت جامعة الأزهر حافظة مستندات حاصلها صورة ضوئية من صفحات بعض المجلات تتضمن تحقيقا عن المدعية .

هذا مجمل ما جاء بدفاع الطرفين، و بناء عليه قررت المحكمة حجز الدعوى لحكم بجلسة 1991/07/02، وفي تلك الجلسة أصدرت المحكمة حكما بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الأزهر بنين بفصل الطالب سيد محمد عبد الله مرسي، لوقوعه على غير محل، و رفض ما عدا ذلك من طلبات
و ألزمت المدعية و جامعة الأزهر المصروفات مناصفة بينهما ، و أسست المحكمة حكمها السابق بقولها :
و قد قررت مصلحة الطب الشرعي قسم الجيزة التابعة لوزارة العدل في تقريرها...ان الطالب المذكور يعتبر بعد إجراء هذه العملية الجراحية له أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبايض أو حدوث دورة شهرية.
و عاملته الجهات الرسمية فعلا على إعتبار أنه أنثى، حيث صدر بيان تصحيح وتثبيت و إبطال قيد من...بإعادة قيد اسم المولود من "سيد" إلى "سالي" و النوع من ذكر إلى أنثى، و أصدرت مصلحة الأحوال المدنية ببولاق صورة قيد ميلاد بإسم "سالي".كما صدرت لمصلحة المدعية بطاقة شخصية من مكتب سجل مدني المطرية بإسم "سالي". و هي جميعها شهادات رسمية تكشف عن كون الطالب المذكور لم يعد بعد إجراء العملية الجراحية المنوه عنها ذكـرا، و هي مستندات لها حجيتها، و يتعين الإعتماد عليها في مسائل الأحوال المدنية، إعمالا لحكم المدة 11 من القانون رقم 1960/260، في شأن الأحوال المدنية المعدلة بالقانون رقم 1965/11 و التي تنص على أن : "تعتبر السجلات بما تحويه من بيانات و الصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم.

---

[336] أنظر بالتفصيل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.296-297.
[337] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.80-81.
[338] أنظر بالتفصيل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.298.

و يجب على جميع الجهات حكومية كانت أو غير حكومية، الإعتماد في مسائل الأحوال المدنية على البيانات المقيدة في هذه السجلات".

و قد أقرت جامعة الأزهر أن المدعية لم تعد ذكرا، و إن أنكرت عليها وصف الأنثى. حيث ذكرت الجامعة في قرار التأديب المطعون عليه أن الطالب المذكور بإجرائه العملية التي أفقدته رجولته، فلا بقي ذكرا و لا أصبح أنثى...، و بذلك إفتقدت شرطا جوهريا يلزم توافره لإستمرار قيد الطالب بكلية الطب بنين جامعة الأزهر، و إنتظامه بالدراسة بها بأن يكون من الذكور. و هو شرط يترتب على فقدانه حتما و بحكم اللزوم إنتهاء القيد بالكلية، الأمر الذي كان يقتضي من الجامعة مجرد إصدار قرار كاشف وتنفيذي، يعلن إنتهاء قيد المدعية بالكلية المذكورة، و رفع إسمها من بين طلابها، أما و قد قامت الجامعة بمعاقبتها تأديبيا بتاريخ 1988/06/07، بالفصل نهائيا من كلية طب بنين فان قرارها هذا يعد- و الحال هذه- و بعد أن إنقطعت صلة الطالبة بالكلية التي لا تضم بين جنباتها طالبات بحال صادرا على غير محل، متعينا القضاء بإلغائه.[339]و على الأساس نفسه قررت المحكمة لا تملك إصدار قرار تحويل الطالبة إلى كلية أخرى، لأنه أيضا يكون واقعا على غير محل.
أما عن قبولها بإحدى الكليات أو الجامعات الأخرى، فهو مما يخضع لتقدير تلك الجامعة أو الكلية بحسب القواعد المعمول بها في هذا الشأن.[340]

و مما سبق يتضح أن قبول محكمة القضاء الإداري نظر الدعوى من الناحية الشكلية، وقضائها برفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه الصادر من جامعة الأزهر بفضل المدعي نهائيا، و إلزام المدعي بالمصاريف، بعد حكمها متفقا مع المنطق العقلي " بعدم مشروعية هذه العمليات الإرادية و مع الاتجاه الديني الذي أكدته دار الإفتاء المصرية[341] و كان الأمل على أن تتبعها المحكمة الموضوع عند نظر الدعوى في شقها الموضوعي، إلا أنها لم تكن عند حسن الظن حين قضت في 1991/07/02، بإلغاء القرار المطعون عليه و الصادر من كلية الطب جامعة الأزهر الشريف، بفضل الطالب المدعي لوقوعه على غير محل، و رفض ماعدا ذلك من طلبات، و ألزمت المدعية و جامعة الأزهر المصروفات مناصفة بينهما، و إستندت إلى تقرير مصلحة الطب الشرعي، و الى المستندات و الأوراق الرسمية التي تم تعديلها بمعرفة اللجنة المختصة بتعديل الحالة المدنية للمواطنين المصريين، كبيان تصحيح و تثبيت و إبطال قيد، و صورة قيد ميلاد و البطاقة الشخصية و وثيقة الزواج ، و جميعها تدل على تغيير بيان الاسم من سيد إلى سالي و بيان النوع من ذكر إلى أنثى[342].
و بذلك يكون القضاء الإداري قد وقع في المرحلة الأولى، وهو بصدد تصديه لنظر قضية "سالي"، في مأزق جد خطير، إذ تعامل مع هذه القضية بصورة أبرزت التناقض العجيب الذي وقع فيه، و يتضح ذلك مما يلي:

1- الخطأ في الإستدلال، الناتج عن التعارض الواضح بين التقارير التي استندت إليها المحكمة في الوصول إلى رأي صائب فيها، فإستنادها إلى قرار مجلس التأديب الصادر من جامعة الأزهر و الذي إنتهى إلى فصل الطالب لأنه لم يعد ذكرا، و لم يصبح أنثى. و بالتالي، يكون فاقدا لصلاحية الانتساب إلى تلك الجامعة العريقة، المحافظة على القيم و الآداب الفاضلة، قد تعارض مع استنادها إلى تقرير مصلحة الطب الشرعي الذي يؤكد أنوثة الطالب بعد الجراحة، رغم عدم وجود أعضاء تناسلية أنثوية داخلية له ، و إنتصافها لتقرير مصلحة الطب الشرعي، و بعض التقارير الطبية الفردية التي أعدها ثلاثة من الأطباء النفسانيين، اثنان منهم غير مسلمين، و لأحدهما دخل حقيقي بالقضية و هي الطبية النفسية المعالجة للمريض، و ترجيحها رسمية مختصة " لجان التحقيق الطبية أو الخبراء من الأطباء، و نقابة الأطباء الفرعية، و النقابة العامة

339 أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.108-109.
الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.298-299.
340 الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.300.
341 علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.81.
342 أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.638.

للأطباء " التي أكدت أنه رغم تداول هذه الحالة في العلوم الطبية، فإنها لا تدخل ضمن حالات الإزدواج الجنسي العضوي المعروفة بحالات الخنثى المشكل (الخنوثة العضوية)، كما أكدت عدم توافر الضرورة العلاجية، أو الدواعي الخلقية العضوية التي تبرر الأعمال الطبية لتغيير الجنس، لإجرائها على شخص مكتمل البنيان، طبيعي التكوين من الناحية التشريحية و الوراثية، مما يدل على أن الطالب رغم قيامه بإجراء العملية لم يعد ذكرا طبيعيا مكتمل الخلقة السوية، التي ينبغي أن تتوفر فيمن ينتسب الى هذه الجامعة و بالتالي، فإن قرارها يفصله قد صادف صحيح القانون، و راعى قواعد الملائمة، و لا يمكن الطعن فيه[343].

2- أن القاضي و أن كان له سلطة تقديرية في الأخذ بتقرير طبي دون الأخر أو إستبعادهم كليا إلا أنه مقيد بتقديم تسبيب قانوني مبني على أساس منطقي، و لكن قاضي الموضوع و أمام تعدد التقارير الطبية حول حالة الطالب و إختلافها و التي إجتمعت على أن حالة الطالب الذي كان ذكرا كاملا عضويا و أن حالته هي نفسية بحتة، كان من المفروض أن القاضي أن يبرر الموقف الذي إتخذه خاصة و أنه لم يلتزم بما ورد في الفتوى الدينية المتعلقة بهذا الشأن، و من تم يكون قد خالف القانون، بإعتبار أن الشريعة الإسلامية هي مصدر من مصادر القانون المدني المصري.

3- الخطأ في إعتماد القضاء الإداري على شهادات رسمية لتبرير حكمه، والتي إستخرجها الطالب ليبين حالته المصطنعة، إذ أن الطالب قدم شهادة ميلاد باسم سالي ....و النوع أنثى، بطاقة شخصية بإسمه الجديد و نوعه الجديد، جواز سفر بالإسم و الحالة الجديدين.....و رغم أن هذه الشهادات هي بالفعل - وبحسب الأصل- شهادات رسمية لها حجيتها، إلا أنه كان من المفروض عدم الإعتراف بها و لا بآثارها لأنها لا تدل على حقيقة حالة الطالب فالشكل و لو كان صحيحا، لا يصلح مضمونا فاسدا.[344]

و على ذلك، فالذي كان يجب أن يحدث هو الحكم ببطلان هذه المستندات، لأنها إستخرجت إعتمادا على وضع غير صحيح، يتعارض مع المبادئ التي يحكم الحالة المدنية من كونها تعكس الصورة القانونية الحقيقية لصاحبها، حتى و إن كان الفصل في ذلك يخرج عن حدود اختصاص القضاء الإداري. فكان له أن يحيل الموضوع أي المحكمة المختصة لتحكم بالبطلان أو بعدمه بحسب ما يثبت لديها. و هذا إعمالا للقانون الذي يعتبر السجلات و الأوراق الرسمية المتعلقة بالحالة المدنية تعد حجة، و تتمتع بقرينة الحقيقة إلى أن يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم.[345]طبقا لحكام المادة 12 من قانون الأحوال المدنية المصري تحت رقم 143 لسنة 1994، و من تم لا يمكن الإستناد إلى هذه المستندات المقدمة من المدعي لتعارضها من حيث بيان النوع و الإسم مع ما ورد في سجلات الحالة المدنية المصرح بها عند الولادة.

<u>المـــرحـلـة الـثـــانـيـة:</u> محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ت، جلسة 1999/09/28.
تقدم الطالب سالي إلى رئيس الجامعة بتاريخ 1996/01/22، بطلب قيده بكلية الطب بنات بالجامعة بالفرقة النهائية في السنة الجامعية 1996/95، و ذلك باعتباره بعد الجراحة أنثى، إلا أن رئيس الجامعة و عميد الكلية امتنعا عن إصدار القرار بذلك، مما دفع الطالب إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري بتاريخ 1996/02/10، تحت رقم 50/4019 ق، طالب فيها وقف تنفيذ و إلغاء القرار السلبي من قبل الجامعة بال إمتناع عن قيدها، بزعم أن القرار مخالف لأحكام القانون و لحقها الدستوري في إستكمال تعليمها وإستمرار تمتعها بمركزها القانوني السابق .
و حددت جلسة بتاريخ 1996/03/12، لنظر الشق المستعجل من الدعوى، و فيها قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها، و تقديم تقرير بالرأي القانوني في شقيها، و خلصت جامعة الأزهر في دفاعها إلى طلب الحكم بما يلي:

أولا : بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ،
ثانيا : عدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري ،
ثالثا : رفض الدعوى بشقيها.

---

[343] محمد أنس إبراهيم، المرجع السابق، ص.202.
[344] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.305.
[345] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.92.

و بعد عدة جلسات المرافعة، قضت المحكمة في جلسة 1999/09/28، برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها و برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لإنتفاء القرار الإداري، و بقبول الدعوى شكلا، و في الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار و ألزمت الجهة الإدارية المصروفات ، و إستندت المحكمة في حكمها إلى المادة 18 من الدستور المصري التي تنص، على أن التعليم حق تكفله الدولة و كذلك نص المادة 34 من القانون رقم 1961/103، بشأن إعادة تنظيم الأزهر و الهيئات التي يشملها و تعديلاته، و المواد 234. 279. 298، من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم 250/سنة 1975 و أيضا المادة 11 من قانون رقم 260 لسنة 1960 المتعلق بالأحوال المدنية المعدل بالقانون رقم 11 لسنة 1965 و أوردت المحكمة بعضا من نصوص هذه المواد، و بينت دلالتها من حيث أن التعليم حق مكفول للكافة، و أن الطالب - بوجه عام- من حقه التحويل بين الكليات بالضوابط و الشروط القانونية ، تم اتبعت المحكمة ذلك بتأكيد صفة الأنوثة للطالب سالي استنادا إلى ما استند إليه الحكم في المرحلة السابقة مما ورد بتقرير طبي شرعي الجيزة، و بما هو ثابت من المستندات الرسمية التي يجوزه الطالب تم أنهت هذا التقديم بقولها:

"لما كانت المذكورة بتغيير جنسها إلى أنثى قد أصبحت في مركز قانوني جديد، و أنها بموجب هذا المركز قد انخرطت في المجتمع و عوملت على هذا الأساس بصفتها الجديدة، سواء في علاقتها بالجهات الحكومية أو بالجهات غير الحكومية، و من تم كان يتعين على جامعة الأزهر قيدها بكلية الطب بنات لدى تقديمها طلب القيد بها، حتى نتمكن من إستكمال دراستها باعتبار أن حقها في التعليم هو حق مكفول لها دستوريا، و لا يجوز لأي جهة سلبها هذا الحق إستنادا إلى أية أسباب قد تتجافى مع ما هو ثابت من بيانات في سجل أحوالها المدنية بعد تغيير جنسها".[346]

المرحلة الثالثة : حكم القضاء الإداري في الدعوى رقم 54/1487 ق.جلسة 2000/06/20، هي مرحلة التماس إعادة النظر المقدم من قبل رئيس جامعة الأزهر بصفته ضد سالي، و ذلك بموجب صحيفة أودعت قلم كتابة المحكمة بتاريخ 1999/11/14، طالبا فيه بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه و إلغائه و القضاء برفض الدعوى و إلزام الملتمس ضده بالمصروفات،[347] و أسست الجامعة إلتماسها على سببين:

الأول : أن الملتمس ضدها أدخلت غشا على المحكمة حيث لم توضح في صحيفة دعواها أنها تتخذ من الرقص في الملاهي الليلية حرفة و نشاطا، إذ لو أفصحت عن ذلك ما أصدرت المحكمة حكمها الملتمس فيه لما تمثله جامعة الأزهر من مكانة و عراقة في كل العالم الإسلامي، و لا يجوز أن تتخرج من تحت قبتها راقصة في ذلك من تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

الثاني : أن الجامعة قد تحصلت بعد صدور الحكم محل الالتماس على أوراق قاطعة في الدعوى و هي المحضر رقم 96/2527 جنح الأزبكية المحرر ضد الملتمس ضدها بمعرفة ضابط مباحث الآداب لإتيانها أفعالا مخلة بالآداب، حيث كانت تزاول الرقص بحركات مثيرة جنسيا، و المحضر رقم 98/321 إداري حلوان المحرر ضدها لإصطحابها أجانب داخل شقتها، فضلا عما نشر على لسانها في صحيفة الميدان بالعدد 307 الصادر في 1999/10/05، من قولها أنها احترفت الرقص، لكي تعيش، كما تضمن الخبر صورا لها بملابس الرقص و من تم فهي تفتقد شرطا جوهريا نصت عليه المادة 197 بند 5 من اللائحة التنفيذية للقانون 103/ لسنة 1961، من حيث أنه يشترط لقيد الطالب في الجامعة أن يكون محمود السيرة حسن السمعة و قد حددت المحكمة جلسة 1999/12/07، للنظر في الدعوى، و قدم الملتمس ضده (سالي) مذكرة دفاع خلص فيها إلى طلب رفض الشق المستعجل و رفض الالتماس، و أسس دفاعه على أمرين :

أولـهـمـــا :
عدم جواز قبول الالتماس أصلا، حتى كان الحكم الملتمس فيه قابلا للطعن بالطرق العادية للطعن،

---

[346] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.306-307.
[347] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.308.

و الحكم الملتمس فيه صادر من محكمة القضاء الإداري، و كان قابلا للطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا ، و لذلك لا يقبل فيه الالتماس، كما أن الأسباب التي تستند إليها الجامعة في الالتماس - جميعها- حدثت قبل صدور الحكم الملتمس فيه، و هي بذلك لا تعتبر وقائع حدثت أو أوراق ظهرت بصدور الحكم الملتمس، و كان يتعين على المحكمة أن تبديها و تتمسك بها كدفاع.

ثانيهما :
عدم توافر شرط من شروط الإلتماس، إذ أن عدم ذكر المستأنف ضده للمحكمة أنها تعمل راقصة لا يعد غشا من جانبها لأنها ليست ملزمة بفتح الأبواب للجدل و النقاش لم تبدها ولم تتمسك بها الجامعة في دفاعها، و على فرض - جدلا - أن ذلك يعد غشا، فانه لم يكن له تمة تأثير على الحكم الملتمس فيه لأن سند هذا الأخير، أن الملتمس ضدها قد إكتست بالفعل حقا و مركزا قانونيا سابقا، وصولها إلى السنة النهائية بكلية الطب، أم عن الأوراق القاطعة في الدعوى التي قدمتها الجامعة، فإنه يشترط لقبولها هذه الحالة أن يكون الخصم قد حال دون تمكين خصمه من التقدم بهذه الأوراق القاطعة، و هو ما لم يثبت في حق الملتمس ضدها .

- **فيما يخص إعادة تكييف المحكمة للدعوى :**

قررت المحكمة أن تكييف الدعوى على أنها إلتماس إعادة النظر بحسب ما قدرته جامعة الأزهر، لا يتفق و صحيح القانون، و مادام أن تكييف الدعوى خاضع لهيمنة المحكمة إستناد للقانون في ضوء ما يبين لها من نية الخصوم وراء إبداء طلباتهم، فقد كيفت الدعوى الماثلة أمامها بأنها في حقيقتها إشكال في التنفيذ تأسيسا على أن ثمة أمورا تكشفت للجامعة بعد صدور الحكم في تلك الدعوى من شأنها أن تجعل تنفيذ الحكم غير جائز، مما يندرج تحت مفهوم منازعات التنفيذ الموضوعية، و هو مما تختص به المحكمة.
و عليه أصدرت المحكمة في 2000/06/20، حكمها بقبول الإشكال و في الموضوع بعدم جواز تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الاداري بجلسة 1999/09/28، في الدعوى رقم 5/4019 ق، و ألزمت المستشكل ضده بالمصاريف .

و أسست المحكمة حكمها على أن " ما نشر من صور للمستشكل ضدها بالملابس و الأوضاع التي تمت بها، و إنما يتأبى و يتنافر مع ما يلزم من مسلك لمن يلتحق بكلية بنات التابعة لجامعة الأزهر التي تنفرد بخاصية تفرض إلتزاما دقيقا بمسلك خاص، لا يمكن تجاوزه أو التغاضي عنه، و هو إلتزام تابع من الطبيعة الخاصة لجامعة الأزهر و خصوصية الدراسة بها على نحو ما يكشف عن ذلك القانون الصادر بتنظيمها رقم 103 لسنة 1961، فإنه يتعين إجابة الجامعة إلى ما تبغيه بطلباتها في الدعوى المماثلة و هو ما تقضى به هذه المحكمة دون حاجة إلى وجوب إحالة الدعوى إلى هيئة مفوض الدولة، إذ الفصل في الإشكال لا يستلزم قانونا أن يتم تحضيره بل يكون للمحكمة الخيار في أن تستأنس برأي هيئة مفوضي الدولة إن هي إرتأت ملائمة ذلك، أو أن نفصل في الموضوع تتصدى له فتقول فيه كلمة الحق و القانون.[348]

في حقيقة الأمر أن محكمة القضاء الإداري، كانت تريد تأييد قرار الجامعة برفض قبول الطالب بين صفوفها، و الأمر الذي يثير الانتباه من الناحية القانونية أن المحكمة حاولت إيجاد مخرج لتبرير موقفها كيف ذلك ؟

المفروض أننا أمام دعوى إلتماس إعادة النظر، فلو رجعنا إلى المبادئ القانونية، كان على المحكمة إما أن تقبل الإلتماس أو ترفضه إذا تأكدت من توافر شروط من عدمها. و مسألة سلطة المحكمة في تكييف الدعوى تتعلق بموضوع الطلب (أي موضوع الإلتماس).

[348] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.301.

و ليس الإلتماس بإعادة النظر في حد ذاته، و إذ انه من غير الممكن للمحكمة أن تعيد تكييف طريق من طرق الطعن كما فعلت من إلتماس إعادة النظر إلى إشكال في التنفيذ نظرا لإختلاف كلا منهما في إجراءاتهما .

و ما قامت به المحكمة دليل على ذكاء القاضي الناظر في الدعوى إذ لو تركت الدعوى على ما كانت عليه. فالغالب أن يرفض الدعوى إذ أن الأسس المستند عليها ليست في صالح جامعة الأزهر.
و لا شك أن هذا الحل الذي أخذ به القضاء الإداري فيه محافظة على سمعة التعليم الإسلامي في العالم كله، و فيه إنقاد لسمعة جامعة الأزهر من انتماء أشخاص مثل هذا الطالب من الانتماء إلى هذه الجامعة العريقة.

المرحلة الرابعة : الطعن في الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2000/06/20، تحت رقم 54/1487 ق أمام المحكمة الإداري العليا، طعن وكيل الطالب بتاريخ 2000/08/03، أمام المحكمة الإدارية العليا ضد الأستاذ الدكتور رئيس جامعة الأزهر بصفته للمطالبة و بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار، و ذلك بإلغاء الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة 2000/06/20 و إلزام جهة الإدارة بالمصروفات و مقابل الأتعاب عن درجتي التقاضي، و تم قيد الطعن تحت رقم 9907 لسنة 48.[349]

و نعى الطاعن على الحكم المطعون فيه ما بني عليه من عيوب مخالفة للقانون، و الخطأ في تطبيقه و تأويله، ذلك أنه بتوافر وجود نص المادة 50 من قانون مجلس الدولة و التي نظم الشارع بمقتضاها الكيفية الواجب إتباعها بغية وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري، فإنه يمتنع لهذا السبب على محكمة القضاء الإداري نظر إشكالات التنفيذ سواء الوقتية أو الموضوعية المقامة ضد الأحكام الصادرة منها، لما في ذلك من سلب جسيم للولاية التي أناطها المشرع بدائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا وحدها دون غيرها.و من تم يكون الحكم المطعون فيه قد تجاوز ما رسمه الشارع من حدود لإختصاص دائرة الطعون بالمحكمة الإدارية العليا، و القول بغير ذلك ينطوي على إهدار جسيم بالنظام القانوني الذي رسمه الشارع في قانون مجلس الدولة .

كما أيد الطاعن دعواه بأن الرقص الموصوف في الحكم المطعون بأنه غش يجيز عدم إستمرارها في التمتع بحقها في التعليم، لا يندرج مجال من الأحوال في هذا الوصف و ذلك لخلو القوانين جميعها من أي نص يقرر أن الرقص مانعا من الحق في التعليم، كما أن الرقص ليس مجرما قانونا، بل أن من يمتهن مهنة الرقص إنما يمارسها بناء على تنظيم قانوني يخول ممارستها كعمل، و بناءا على ترخيص طبقا لتنظيم قانوني في هذا الشأن، و لا يقتصر الرقص على الإناث فقط، بل يوجد أيضا راقصين من الذكور، وقد خلت القوانين من وجود نص يمنع على الطالبات بالكليات الجامعية، و منها كلية الطب لجامعة الأزهر، إمتهان هذا العمل و الذي لا يجوز أن يتخذ سببا دون وجه حق و دون سند من القانون لتبرير حرمان الطاعنة من حقها في التعليم الذي بلغت فيه المرحلة النهائية، ثم قرر وكيل الطاعن في نهاية تبريراته، أن الطاعنة تقر قرار قضائيا يلزمها أمام المحكمة الإدارية العليا بأنها عدلت عن هذا العمل.[350]

موقف القضاء عامة (المصري، التونسي، اللبناني)

من خلال إطلاعنا على أحكام القضاء عامة سواء الأجنبي أو العربي نلاحظ أن عدم معرفة أسباب مرض تغيير الجنس بصورة واضحة طبيا، كان له ورد في التأثير في الأحكام المتناقضة للقضاء. ففي البداية أنكر القضاء الأجنبي مشروعية هذه العمليات و بعدها يقرها و يرتب آثار عليها، بدافع وجود ما يعرف الجنس النفسي أو سماه بالتغيير النفسي غير الإرادي للجنس.

[349] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.312.
[350] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.312-313.

في حين أنه حتى في البلدان العربية كان هناك اتجاهين قضائيين، فبينما كانت مصر أول بلد إعترف بمشروعية هذه الجراحة، و رتبت آثار عليها رغم خطورتها مخالفة بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، لأن فيه تغيير لخلق الله تعالى، إلى درجة أن أحد رجال القانون تكهن أن سالي، ستذهب إلى الخارج، و تعود بطفل من هناك و تطالب بالإعتراف الشرعي و القانوني به خاصة أمام تطور تقنيات التلقيح الإصطناعي و أنه من المنتظر أن يستعد القضاء المصري لمثل هذا التصرف مستقبلا، و ليستعد لمواجهته.[351]

أما كل من تونس و لبنان و الكويت، رفضوا الاعتراف بهذه العمليات في حالة الازدواج النفسي، و رفضوا التسليم بآثارها لمخالفتها لقواعد الشريعة الإسلامية ، و المبادئ المستقرة المتعلقة بالنظام العام و عدم توافر حالة الضرورة، و من هنا أصبح من الضروري على كل الباحثين و منهم رجال الفقه و الشريعة أن يجتهدوا لسد الفراغ في باب فروع المعاملات التي أصبحت إكتشافات الغرب تتحكم في فرضها على المجتمعات الإنسانية طبقا لمقاييسهم المصلحية و الدنيوية دون أن نتخذ منها نحن المسلمين موقفا .

و لا شك أن إقدام الطبيب على تخفيف من آلام المريض أو القضاء عليها هو هدف العلاج، خاصة عندما يتعلق الأمر بإجراء جراحة لتغيير الجنس وفق الضوابط الشرعية و القانونية و أن خروجه عنها قد يعرضه للمسؤولية. و هذا ما يتطلب معرفة طبيعة عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس(الفصل الثالث).

[351] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.304.

الفـــصـــــل الثـــالـــث

عقـــد العـــلاج الطبـــي لتغييـــر الجنـــس

يبدو من الغريزي و الطبيعي أن يعهد إلى ذات الشخص بحماية جسمه ، لأن البدن هو العنصر المادي المكون للحياة ، فإذا انعدم انعدمت ، و إذا اشتكى عضو تألم كامل الجسم ، لذا قيل أهل مكى أدرى بشعابها ، و من هنا جاءت القاعدة التي تقول: الإنسان سيد جسمه. و من هنا برزت العلاقة القانونية بين المريض و الطبيب .

المريض الذي يعاني من ازدواج جنسي عضوي أو نفسي يريد البحث عن علاج لحالته لإزالة حالة الغموض أو الحيرة التي تعتريه. و هذا وصولا إلى تحديد جنسه الحقيقي الذي يتفق مع جميع العناصر المكونة لجنسه ، و الأمر ليس بالهين في إيجاد علاج ناجع أمام تضارب الآراء الفقهية و القضائية حول الحكم الشرعي لمثل هذه العمليات كما سبق توضيحه ، و كذلك أمام إيجاد طبيب ثقة يقدم له النصح و يبصره بعواقب التدخل الجراحي و تهمه مصلحة المريض، و بين طبيب لا يهتم سوى بقبض أتعابه.و مع ذلك فان العديد من المرضى، يثقون اليوم أن مصلحتهم الحيوية تكمن في بناء علاقة ثقة مع طبيبهم و التي تنشأ منها علاقة تعاقدية .

فالعلاقة التي تنشأ بين الطبيب الثقة و المريض طالب تغيير جنسه تعرف بعقد العلاج الطبي، يترتب عليها العديد من الالتزامات على عاتق الطرفين لابد من مراعاتها طوال فترة العلاج للوصول إلى تحقيق مصلحة المريض بما يتماشى مع الأصول العلمية و أخلاقيات الطب و ما وصل إليه الطب في مجال جراحة تغيير الجنس و ما تتبناه الدول من حظر لإجراء مثل هذه الجراحة لعدم مشروعيتها أو إباحتها .

و في هذا المقام كان لزاما علينا أن نعرج في بحثنا هذا على مجال العقد الذي سيربط الطبيب الثقة بالمريض الذي يعاني من خلل عضوي أو نفسي، و لكن في مجال ضيق بما يفيدنا بالإحاطة بموضوع تغيير الجنس و يثريه. و لذلك رأينا أنه من الضروري معالجة بعض النقاط التي تخدم بحثنا و نتناولها فيما يلي:

المبـحـــث الأول : أركـــان عقـــد العـــلاج الطبـــي لتغييـــر الجنـــس .

المـبـحـث الـثـــاني: الالتزامات المترتبة عن عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس .

المـبـحـــث الـثـــالـث: تنفيـذ العقد و المسؤولية المترتبة عنه.

المبـحـــث الأول

أركـــان عقـــد العـــلاج الطبـــي لتغييـــر الجنـس

المريض هو الذي يختار عادة الطبيب الذي يعالجه من المرض الذي يعاني منه و هو بذلك إما أن يتجه إلى المستشفى العمومي أو الخاص فتنشأ بذلك علاقة بينهما تعرف بعقد العلاج الطبي أي العلاقة التعاقدية التي لم يعترف بها إلا عند صدور حكم شهير في فرنسا يدعى Mercier بتاريخ 20 ماي 1936 عن محكمة نقض فرنسا،[1] لأنه قبل ذلك بالرغم من وجود عقد إلا أن مسؤولية لأطباء كانت تقصيرية و ليست عقدية، و هي نفس الفكرة التي تبناها المشرع الجزائري .

و قد ذهب الفقه و القضاء إلى اعتبار هذا العقود غير المسماة[2]، لكون المشرع لم يضع تنظيما خاصا كاملا لهذا العقد رغم أهميته و كثرته ، و لذاك كان من الضروري اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكم المهن الحرة .
و لا يمكننا الخوض في تحديد أركان العقد الطبي، إلا إذا توصلنا إلى تعريف عقد العلاج الطبي بصفة عامة، و عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس بصفة خاصة. و في هذا المجال فقد وردت عدة تعريفات لعقد العلاج الطبي سنوردها لنصل إلى تعريف لعقد العلاج الطبي لتغيير الجنس و الذي هو نقطة اهتمامنا و نستنتج أركان هذا العقد .
فقد عرف البعض العقد الطبي بأنه " اتفاق يربط بين الطبيب و المريض بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري للمريض وفقا للقواعد العلمية ، الذي بدوره يقوم هذا الأخير بدفع أتعاب العلاج.[3]

كما عرفه الأستاذ السنهوري بأنه " اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ".[4]

إلا أنه يعاب عليه أنه يضفي على العقد الطبي تكييف عقد مقاولة[5] و هو الرأي الذي عارضه البعض كما سنبينه لاحقا في موضعه .

و عرفه الأستاذ savatier أنه " اتفاق بين طبيب من جهة و المريض أو من ينوبون عنه من جهة أخرى ، بموجبه الطبيب يقدم للمريض بناء على طلبه النصائح و العناية الصحية ".[6]

و لم نجد في مراجعنا لشراح القانون الجزائري تعريفا فقهيا لعقد العلاج الطبي ، و لذلك إرتأينا إقتراح تعريف معجز كالأتي: عقد العلاج الطبي " هو عبارة عن إتفاق بين الطبيب و المريض أو من ينوب عنه يلتزم بموجبه الطبيب بتقديم العناية اللازمة في علاجه للمريض أو على الأقل التخفيف من آلامه سواء تلقى مقابلا عن ذلك أو لم يتلق (في المستشفيات العمومية أو عند عسر المريض)"
و مضمون عقد العلاج الطبي يختلف من حالة مرضية لأخرى، و لذلك يمكن تعريف عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس بأنه " اتفاق يربط بين فريق طبي له اختصاصات في الأجهزة التناسلية يقدمون به للمريض أو من ينوب عن طالب تغيير جنسه إما لدواع عضوية أو نفسية ، العلاج المناسب لتغيير جنسه بما

---

[1] Voir, Cass civ, 20 mai 1936, Juris-Classeur 1999, note Patrice jourdain, p.7.

[2] أنظر، أحمد أدريوش، مسؤولية الاطباء المدنية بالمغرب، منشورات، حمعية التنمية البحوث و الدراسات القضائية، المغرب، سنة 1989ص.131.

[3] Voir, Louis Melennec et Arnick Dorsner Doliver, Traité de droit médical, tome5-les honoraires médicaux-, édition Maloine, paris, 1981.p.14. مشار إليه في عشوش كريم، المرجع السابق،ص.09.

[4] أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص.18.

[5] أنظر، عبد الرزاق السنهوري،، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.18.

[6] Le contrat médical est une convention entre un médecin d'une part, un patient ou ses representants, de l'autre part, par laquelle le médecin accord au patient sur sa demande des conseils et des soin de santé. Savatier, traité de droit médical, paris, 1956,p.211.

يتماشى مع العناصر المكونة له و حسب جنسه الغالب أو الذي يميل إليه، ليتمكن من التكيف مع مجتمعه، مقابل مبلغ مالي يدفعه المريض ".

و من التعاريف السابقة يتبين لنا أن عقد العلاج الطبي عامة أو لحالة تغيير الجنس بصفة خاصة يتطلب أركان لإنشائه، و هي الرضا، إذ يتطلب وجود إرادتين متوافقتين، و اتجاه هاتين الإرادتين إلى إنشاء التزامات معينة و هو ما يعرف بمحل الغقد، و أن يكون الباعث من وراء ذلك مشروعا، و هو ما يعرف بسبب العقد و هي النقاط التي سنتناولها من خلال المطالب التالية :
المطلب الأول: التراضي
المطلب الثاني:المحل
المطلب الثالث:السبب

الـمـطـلـــب الأول

الـتـراضي في العقد الطبي لتغيير الجنس

وجود الرضا هو الأصل في العقد بوجه عام، بحيث لابد لقيامه من وجود التراضي. و هو يكتسي بالنسبة للعقد الطبي أهمية خاصة ، فضلا عن كونه في العقد. و يترتب على تخلفه ليس فقط إعتبار العقد غير قائم، و يجعل المساس بجسم المريض من غير رضا منه جريمة يعاقب عليها القانون.

و قد نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري[7] على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية".
فالعقد الطبي إذا ينعقد بمجرد تبادل المريض التعبير عن إرادته مع الطبيب، هذا حسب الأصل الذي يمكن أن يرد عليه دائما إستثناء.

حتى يستطيع أي فرد الإقدام على إبرام أي عقد ، لابد أن تتوافر فيه الإرادة، المتمثلة في القدرة على اتخاذ القرار، و تكون له شخصية قانونية مؤهلة، أي أن المريض يكون أهلا لإتخاد مثل هذا التصرف، و بالمقابل لابد من توافر أهلية في الطبيب المعالج لينشأ العقد صحيحا .

و تطبيقا لذلك على عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس في حالة الازدواج العضوي فان المريض إذا لم يكن قادرا على التعبير عن إرادته لصغر سنه أو عجزه عن التعبير عنها، يجوز أن ينوب عنه أو يمثله قانونا أي شخص مكتمل الأهلية، أما في حالة الخنوثة النفسية فلا بد من صدور الرضا من إرادة طالب تغيير جنسه بنفسه و التأكد من رغبته في تغيير جنسه بصورة ثابثة. و هذا نظرا للمخاطر المتوقعة من جراء هذه الجراحة مع الإحتفاظ له بحقه في الرجوع عن رضائه السابق في أي وقت يشاء قبل إجراء العملية الجراحية.[8]

الـــفـــــــرع الأول

رضــا الـمتعاقدين لتغيير الجنس

ينعقد العقد الطبي بمجرد تبادل التعبير عن إرادة المتعاقد ، و استعمال عبارة " تبادل التعبيرعن الإرادة " تعني تطابق رضا المتعاقد مع المتعاقد الأخر ، بمعنى أنه يشرط ضرورة توفر رضا المريض و رضا الطبيب، حتى يكون العقد صحيحا.

[7] أنظر، الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني،جريدة رسمية عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13،جريدة رسمية رقم 31 مؤرخة في 2007/05/13.
[8] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.483-484.

و قد سبق لنا أن فصلنا في الشروط المتطلبة في الرضا حتى يعتدبه قانونا عند تناول موضوع الأعمال الطبية ، فلا داعي لتكرار هذه الأمور و نحيل إليها لمزيد من التفصيل .
و يتضمن الرضا زيادة على ما سبق، حرية المريض في إختيار الطبيب ، و إحترام إرادته و رغبته في طلب العلاج . كما له الحق في رفض العلاج و هي الصورة الأخرى المجسدة .

لرضا المريض المتعاقد[9] و هذا مانصت عليه المادة 49 من المرسوم 92- 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على إمكانية رفض المريض للعلاج شريطه تقديم تصريح كتابي في هذا الشأن .

فبالنسبة لرضا المريض:لكي يكون رضاه صحيحا، لابد أن يكون صادر عن المريض أم من ينوب عنه، و أن يكون حرا؛ أي بعيدا عن كل تأثير أوضغط و هدفه هو الشفاء. و أن يكون **متبصرا؛** إذ من الضروري أن يعلم المريض بالمرض الذي يعاني منه و بالمخاطر المترتبة عليه ليستطيع إبداء موافقته.
ففي حالة عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس و نظرا لحساسية هذا النوع من الجراحة لمساسها بجنس الشخص و حالة المدنية فان الإقدام على مثل هذه الجراحة يتطلب أن يكون طالب تغيير جنسه **خاصة** لأسباب نفسية قد خضع لعدة فحوصات و تشخيصات للتأكد من إرادته إذا كانت حرة ، باعتبار أن حالته النفسية قد تؤثر على رضائه نتيجة إحساسه الراسخ بانتمائه إلى الجنس المقابل دون أن تكون له أعضاء جنسية للجنس الذي يرغب بالتحول إليه. و أن يكون رضائه متبصرا بقدر كاف و ذلك بإحاطة المريض المغير لجنسه بطبيعة العلاج الذي سيخضع له و مخاطر العملية الجراحية، و الآثار المترتبة عن الجراحة خاصة و أنه تبث أن المغير لجنسه لا يكتسب الصفات الأصلية للجنس الذي يرغب بالتحول إليه و تشترط المادتين 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب القانون الجزائري ، في عقود العلاج عامة أن تكون موافقة المريض موافقة حرة و متبصرة ، و لا يكون ذلك إلا بمساهمة و مساعدة الطبيب المعالج ، إذ يجب على هذا الأخير أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن تدخله الطبي و العلاجي[10] غير أنه قد يعفى الطبيب من إعلام مريضه في بعض الحالات، كحالة الضرورة، فيكون في حالة لا تسمح بإخباره بالعلاج و طريقته، أو كحالة إصابته بمرض خطير، فيمكن للطبيب و لأسباب مشروعة يقدرها بكل صدق و إخلاص أن يخفي عليه طبيعة مرضه.[11]

و بقياس هذا العقد العلاجي بصفة عامة على عقد علاج المغير لجنسه لأسباب عضوية ، فإنه حسب المبدأ لابد يبصر الخنثى أو من ينوب عنه بجميع المعلومات اللازمة حول حالته الجنسية و طريقة الغلاج المتبع و مدى نجاعته و طريقة تكيف المريض مع مجتمعه ليتأقلم بجنسه المصحح الذي كان مطمورا أو مغمورا .
أما بالنسبة للمغير لجنسه لأسباب نفسية، فإنه لابد أن يراعي الطبيب طبيعة حالته النفسية ، و مدى تأثير المرض الذي يعاني منه على ارادته ، و أن يبصر أن العلاج الناجح له هو خضوعه للعلاج النفسي و تفادي العلاج الهرموني و الجراحي لعدم جديتهما و عدم فعاليتهما .
أما عن شكـــــــل الرضـــــــا: فلا يشترط أي شكل خاص لرضا المريض ، مثلما لا يشترط أي شكل خاص لقيام العقد الطبي ، بل يكفي لذلك توافق إرادتي الطرفين أي الطبيب و زبونه. و من باب أولى لا يشترط أي شكل خاص لإثباته، و يكفي لذلك أية و سيلة من وسائل الإثبات .

لكن حماية المريض من المخاطر المحتملة لبعض الأعمال الطبية الحديثة (مثلما هو الحال لجراحة تغيير الجنس)، دفع بكثير من التشريعات إلى اشتراط شكل خاص لرضا المريض أو غيرهم من الأشخاص الذين تجرى عليهم هذه الأعمال، كما هو حال الشخص لأحد أعضائه بقصد العلاج لزرعه في جسم إنسان أخر، حيث إشترطت شكلا كتابيا لهذا الرضا، و هذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 1/162 من مدونة أخلاقيات الطب من أنه : " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية ..... و تشترط

[9] أنظر، عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، سنة 2007، ص.38.
[10] أنظر، المادتين 43-44 من مرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر.
[11] انظر، المادة 51 من مرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر.

الموافقة الكتابية على المتبرع ....." في حين أخضعته تشريعات أخرى لمراقبة القضاء فضلا عن المراقبة الطبية أيضا.[12]

و نظرا لعدم وجود نصوص تنظم جراحة تغيير الجنس نظرا لحداثتها و اختلاف الآراء حول مشروعيتها من عدمها ، فان الأمر يتطلب أن يكون الرضا المطلوب هنا من طالب تغيير جنسه كتابيا[13] و هذا من المفروض هو أحسن ضمان لتوفير الحماية لجنس الإنسان لكيلا لا يتعجل في اتخاذ قرار حاسم تحت تأثير الألم النفسي الذي يعاني منه .
و نحن نعتقد أن الشخص هنا لا يعبر عن رضاه بالعقد الطبي ، إنما يعبر عن رضاه بتصرف أخر هو المساس بأعضائه التناسلية و من تم بحالته المدنية، و هو ليس بالأمر الهين ، إذ يحتاج إلى تفكير قبل التوقيع على أية وثيقة، و يجعله واعيا بخطورة الخطوة التي سيضع بها حدا لحالته الجنسية، و لعل ذلك من شأنه الإنقاص من عدد الراغبين في تغيير جنسهم أو على الأقل أخذهم الوقت الكافي لمحاولة الخضوع إلى العلاج النفسي .
و نظرا لأنه عادة ما ينذر حصول الطبيب من المريض على إقرار كتابي برضاه ، فإن المحاكم تستخلص هذا الرضا من القرائن و الظروف المحيطة ، كطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائي ، فهذا يعني ضمنيا قبوله لتدخل هذا الأخير و علاجه . و في حالة قيام نزاع بين المريض و الطبيب حول إبداء الموافقة للتدخل العلاجي ، فانه سيطرح مشكلة إثبات الرضا ، و يكفي الرجوع في هذه الحالة إلى القواعد العامة ، فالبينة على من ادعى ، أي أن المريض هو الذي يتحمل عبء الإثبات.[14]
أما بالنسبـــــة لسلامـــــة الرضـــــا: فلا يكفي وجود رضا المريض ، بل يجب أن يكون هذا الرضا حرا من غير إكراه و سليما من أي عيب من عيوب الإرادة ، و بالرجوع إلى القواعد العامة ، فإنه يشترط لصحة رضا المريض خلوه من عيوب الرضا و هي : الغلط و التدليس الإكراه و الاستغلال ، التي إذا توافرت جعلت للمريض الحق في طلب إبطال العقد.[15]

أما بالنسبـــــــة لرضـــــا الطبيب :
فقد سبق الإشارة إلى أن العقد الطبي لتكوينه لابد من توفير ركن التراضي الذي يقتضي رضا الطرفين. فلا يكفي فقط رضا المريض ، بل يجب أن يقابله رضا الطبيب من جهة أخرى . و إن كان الأصل هو موافقة الطبيب لتقديم العلاج، فالاستثناء هو إمكانية هذا الأخير رفض تقديم العلاج في حالات و شروط محددة.
الأطباء ما يزالون، بفضل علمهم و خبرتهم، مصرين على أنهم يمتلكون القدرة على الحكم بما هو ضار و مفيد لمرضاهم، فهم يمثلون مهنة مبينة على الضمير و الخلق و الإنسانية، ولا يفهمون، كيف أصبح واجبا عليهم تحت وطأة سيف القانون أن يجلسوا في منصة المتفرجين لمشاهدة المرضى يتخذون القرار العلاجي بدلا عنهم.[16]

و يجب الإشارة إلى أن هناك فرق بين رضا المريض لاختلافهما، إذ أن الطبيب عادة ما يجد نفسه في معظم الأحيان مجبرا على موافقة لتقديم العلاج.لأن العقد الطبي يقوم على اعتبار شخصي و ينصب على عوامل إنسانية، يدفع بالطبيب إلى التنازل عن بعض حقوقه بعض النظر عن كل الاعتبارات الأخرى ليحقق من وراء ذلك خدمة للفرد و الصحة العمومية. و ضمان إحترام حياة الفرد و شخصه البشري[17]، على عكس المريض الذي يستطيع رفض العلاج بدون أي قيد.

---

[12] أنظر، أحمد أدريوش، العقد الطبي تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، سنة 2009، ص.122.
[13] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.483.
[14] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.46.
[15] أنظر، المواد من 81 إلى 91 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.
[16] أنظر، سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض و متطلبات القانون الحديث، طبعة 2، دار ورد الأردنية،الأردن، سنة 2007، ص.37.
[17] أنظر، عشوش كريم، المرجع السابق، ص.47-48.

في حالـــــة موافقـــة الطبيب لتقديـــم العلاج : فإن كان للطبيب كامل الحرية في قبول المريض من عدمه حسبما نصت عليه المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب بالجزائر ، فانه بمجرد موافقته ينشأ عقد العلاج الطبي و من تم يقع على عاتق الطبيب التزام تقديم العلاج الذي يتسم بالإخلاص و التفاني، و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و بالمقابل فان تأكيد حماية المريض يقتضي أحيانا أن تكون لإرادة الطبيب دورهام بالنظر إلى خطورة الأعمال الطبية غير العلاجية و انتفاء المصلحة المباشرة لمن يخضع لها كما هو الحال في عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس لأسباب نفسية ، بحيث تصبح تمثل قيدا على إرادة المريض ، تضمن عدم انحرافها بقبول الخضوع لأعمال قد يجرمها القانون أو تمثل خطرا كبيرا بالنسبة لمن يخضع لها.[18]

حالـــــة رفض الطبيب تقديـــم العـــلاج:

في بعض الحالات يستطيع الطبيب رفض علاج المريض ، حتى و لو كان هذا الأخير يطلب ذلك أو يصر عليه .
و لقد أشارت المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائر على إمكانية الرفض علاج لأسباب شخصية، أما المادة 39 من مدونة أخلاقيات بفرنسا تنص على إمكانية رفض الطبيب لتقديم العلاج لأسباب شخصية أو مهنية. إلى جانب ذلك يمكنه الرفض إذا كان العلاج المطلوب منه فيه خطر على حياة المريض أو صحته. أو إذا كلن العمل يطلبه المريض من الطبيب غير مشروع أي مخالف للقانون و هذا ماسنراه عند التطرق لركن السبب في عقد العلاج الطبي لاحقا .

غير أن هذه الحرية الممنوحة للطبيب في رفض تقديم العلاج تبقى محدودة أحيانا ، كحالة المريض الذي يواجه خطرا وشيكا ، كما هو منصوص عليه في المادة 42 التي تنص على مراعاة أحكام المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب التي جاء فيها " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعفا مريضا يواجه خطرا وشيكا، و أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له .

الفـــرع الثانـــي

أهلية المتعاقدين لتغيير الجنس

حتى يستطيع الفرد الاقدام على إبرام أي عقد، لابد أن تتوافر فيه تلك الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف أو قرار، و أن تكون صادرة من شخصية قانونية مؤهلة، و هذا يتطلب أن يكون المريض أهلا لمثل هذا التصرف و بالمقابل لابد من توفر أهلية الطبيب ليصـح إنعقاد العقـد.

فبالنسبة **لأهلية المريض** : يشترط فيه أن يتمتع بالأهلية القانونية حتى يتمكن من إبداء موافقته لإبرام العقد الطبي.
و مادام أن مشرعنا الجزائري لم ينظم بنص خاص سنا قانونيا معينا يتعلق بأهلية المريض في ابرام هذا العقد، فقد كان من الضروري اللجوء الى القواعد العامة، فقد ذكر المشرع الجزائري في المواد من 42 و 44 من القانون المدني و كذا المادة 78 منه، على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون. و سن التمييز لدينا هو 16 سنة أما سن الرشد فهو 19 سنة.
فيكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الطبي إذا كان راشدا أو مميزا و متمتعا بكامل قواه العقلية، أما غير المميز، فلا يعتد برضاه بل لابد من موافقة من يمثله فينوب عنه وليه أو وصيه في مثل هذه التصرفات .

[18] جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص.279.

ففي حالات الجراحة لتغيير الجنس لأسباب نفسية، و مراعاة لصعوبة الجراحة فان الطبيب هو الأدرى بحالة المريض. و يقع على عاتقه التزام بإعلام المريض و بتبصيره بحالته المرضية، و طريقة علاجه و نتائجها و المخاطر التي قد تترتب عنها، و هو الأمر الذي ينبغي أن يكون المصاب بالخنوثة النفسية أهلا لإدراك كل هذه الأمور و أن يستوعب طبيعة مرضه، و يحسم الأمر و يتخذ قرارا سيغير به مجرى حياته، و هذا ما يقتضي أن يكون متمتعا بأهلية ابرام عقد العلاج، و حسب **وجهة نظري** أنه إذا كان قاصرا فلا يعتد برضا من يمثله قانونا لإجراء هذا النوع من الجراحة (لأسباب نفسية).
أما في حالة الازدواج العضوي أي لأسباب عضوية، اذا كان المريض عديم الأهلية أو ناقصها، أو إستحال الحصول على رضائه إذا كان عاجزا عن التعبير عن رضاه طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 80 من القانون المدني الجزائري، لكونه أصم، أبكم، أعمى, و تعذر عليه التعبير عن ارادته جاز أن يمثله من له عليه ولاية أو أي ممثل قانوني و إلا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال.

و قد سبق و أن ناقشنا حالة الضرورة في عمليات تغيير الجنس بنوعيها أنها غير متوفرة، لكون أن تشخيص المريض يكون من فريق طبي، و التبصير الكافي لأصحاب الشأن، و متابعة حالته وقت كاف من الزمن و هذا كله يتطلب مدة زمنية معتبرة، و من تم لا يمكن القول بتوافر حالة الضرورة التي تبيح للطبيب عدم المبالاة برضا ذوي الشـأن .

و إذا تأثرت إرادة المريض بأحد عوارض الأهلية كالجنون، العته والسفه و ذي الغفلة، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة إبرام عقد مع الطبيب، إذ لا يعتد بأهليته على اعتبار أن أهلية المجنون و المعتوه منعدمة[19], إما السفيه و ذا الغفلة فهو ناقص الأهلية.[20]

أما بالنسبة **لأهلية الطبيب**: لابد أن يكون الطبيب أهلا لإبرام العقد الطبي، و تتوفر فيه شروط ممارسة المهنة.
فهناك من يعتبر أنه ليس المقصود بأهلية الطبيب بلوغه سن الرشد، إذ لا يتصور طبيب ليس بالغا سن الرشد[21]،إلا أن هذا تصور غير منطقي، فيمكن أن يكون فعلا الطبيب راشدا و لكن هذا لا يمنع من أن يكون مصاب بعارض من عوارض الأهلية، فهل هذا ليس له تأثير على أهلية الطبيب و إمكانيته على إبرام عقد العلاج الطبي ؟

أنه إبتداء لابد من القول أن عامل السن قد لا يثير إشكالا كبيرا لأن مدة تكوين و دراسة الطبيب بالجامعة، تجعله يكون قد تعدى سن الرشد إلا أنه إذا تأثرت أهليته بعارض من عوارض الأهلية فنكون أمام حالتين :

الأولى : إذا كان الطبيب المعالج مجنونا أو معتوها، فان أهليته ستكون منعدمة إضافة إلى كون المادة 197 من قانون حماية الصحة و ترقيتها تشترط تمتع الطبيب بصحة عقلية جيدة، و عدم إصابته بأية عاهة أو علة مرضية بما في ذلك الجنون، و من تم لا يمكن للطبيب أن يبرم أي عقد للعلاج لعدم أهليته.

الثانية : إذا كان الطبيب المعالج سفيها و مغفلا، فان تصرفاته تكون كتصرفات ناقص الأهلية، فتصرفاته النافعة صحيحة و الضارة باطلة و الدائرة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة الولي أو الوصي. و لذلك فهناك من يرى من أن الطبيب حين تقديمه للعلاج، فان عمله يصنف ضمن الأعمال النافعة، فتكون نافذة بالرغم من أنه سفيه
أو مغفل، فإنه يستطيع أن يبرم العقد الطبي. و يقدم العلاج الضروري، خاصة و أن السفه و الغفلة عارض يصيب التدبير لا العقل، فمن باب أولى أن يستفاد من خدمة الطبيب، و ما يقدمه للمرضى من علاج، و أنه

[19] أنظر، المادة 42 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.
[20] أنظر، المادة 43 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.
[21] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.249.

ما يخشى عليه إلا الأتعاب التي يتحصل عليها، هنا يمكن الحجر عليه حتى لا يبدد أمواله، و هذا لا يمنعه من ممارسة المهنة[22].

و إلى جانب توافر أهلية الطبيب اشترطت مدونة أخلاقيات الطب توافر بعض الشروط لممارسة المهنة و هي :

- أن يكون حاصل على إحدى الشهادات الجزائرية، دكتوراه في الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلية أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.
- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة،
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف،
- أن يكون جزائري الجنسية، و بعدها يتحصل على مقرر بالترخيص لمزاولة المهنة يسمله له الوزير المكلف بالصحة بعد التأكد من توافر الشروط السالفة الذكر، و من تم يسمح له بمزاولة المهنة[23]، شرط أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليمها المنصوص عليه في هذا القانون، وأن يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب ما يحدده التنظيم[24].

المـــطـلـب الـثـانـــي:

مشروعية محل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.

يعد محل العقد[25]، شرطا من شروط انعقاده طبقا للقواعد العامة، و من تم لا يتم عقد العلاج بدونه.
و قد نصت المادة 1/92 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا و محققا....."، و من تم أشارت الفقرة الأولى إلى محل الإلتزام.

و قد عرف السنهوري محل الالتزام بأنه؛ الشيء الذي يلتزم المدين به، و هو يكون إما نقلا لحق عيني أو عملا أو إمتناعا عن عمل.[26]
و لذلك ثار جدل فقهي بخصوص التمييز بين محل التزام و محل العقد، إذ يكون محل الإلتزام صحيحا في حد ذاته، بينما العقد باطلا، لأن العملية القانونية المراد تحقيقها غير مشروعة، في حين يرى آخرون أن محل العقد هو محل الإلتزام الرئيسي الذي ينشئه العقد، و هو الرأي المرجح، كون العبرة تكون بمحل الإلتزام، لأن العقد ليس له في الحقيقة محل، إنما يرتب آثارا تتمثل في إنشاء إلتزامات، و لفظ "محل العقد" غير صحيح إنما يستعمل من باب إيجاز الحذف فقط.[27]

و بإسقاط هذه المفاهيم القانونية العامة على مجال المسؤولية الطبية، فانه يمكن القول أن محل العقد الطبي هو؛ ما يلتزم الطبيب القيام به تجاه مريضه، و يلتزم الطبيب، بتقديم العلاج الضروري أو الحد من آلام المريض أو تخليصه منها، فالالتزام الذي يباشره الطبيب يقع على جسم الإنسان بأعضائه، و وظائفه العضوية و الحيوية، سعيا في ذلك للتخفيف من معاناته أو تقليصا من آلامه أو الحد من أمراضه، بمعنى أن دائرة التعامل في العقد الطبي تختلف عن باقي العقود التي قد ترد على المال أو الأشياء.[28]

---

[22] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.32-33.
[23] أنظر، المادة 197 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل في الجزائر.
[24] أنظر، المادة 199 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل في الجزائر.
[25] و لا بد من الإشارة إلى أن السنهوري يرى أن المحل و السبب، ركنان في الإلتزام لا في العقد، فالعقد ليس له سبب بالمعنى المقصود من هذا اللفظ. وإذا كان محل فهذا المحل هو إنشاء التزامات معينة، و كل التزام ينشئه العقد يجب ان يكون له محل و سبب، حتى إذا نشأ من العقد أكثر من التزام واحد، تعدد المحل و السبب بتعدد الالتزام. أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،دار الإحياء الثرات العربي،بيروت، دون سنة الطبع، ص.132.
[26] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص.132
[27] عشوش كريم ، المرجع السابق، ص.52.
[28] عشوش كريم ، المرجع السابق، ص.53.

و بذلك يكون محل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس هو القيام بالأعمال الطبية و الجراحية، و أداء الخدمات الطبية اللازمة لتغيير جنس صاحب الشأن، بتراضي الطرفين على ذلك، و تنصب هذه الأعمال الطبية على جسم الإنسان و تمس بسلامته، و تتعلق بالأعضاء التناسلية ذات الوظيفة الجوهرية فيه.[29]

الـــفـــــرع الأول

شـــــروط مشـــروعية محل عقد العلاج الطبي

و من شروط محل الالتزام الناشيء عن العقد أن يكون **موجودا، ممكنا و معينا، و قابلا للتعامل فيه** أي مخالف للنظام العام و الآداب العامة.[30] فشرط **الوجود** لا يمكن تطبيقه في العقد الطبي، نظرا لأن العبرة بوجود الشيء محل الالتزام هو نقل حق عيني أو مالي، و المعلوم أن جسم الإنسان بعيد عن كونه حق عيني أو مالي، و المعلوم أن جسم الإنسان بعيد عن كونه حق عيني أو مالي و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 جويلية 1945، بقولها:

« Il semblait rationnellement impossible que le corps de l'homme libre, ne peut être évalué en argent, étant la personne elle même, il ne pouvait être traité comme une chose. On peut bien dire, par image que l'homme est maître de son corps mais non pas techniquement, qu'il en est propriétaire.»[31].

أما شرط إمكانية الوجود، فيمكن أن يعتد به نظرا لأن الآداءات تتمثل في قيام المدين بعمل شخصي إيجابي
أو سلبي، و بما أن الطبيب يلتزم في العقد الطبي أن يقدم العلاج الضروري للمريض، إذن يتعين أن يكون المحل ممكنا بمعنى لا يكون مستحيلا .
أما فيما يخص تعيين المحل، فهذا الشرط هو الآخر لا يجد صداه في العقد الطبي، لأن جسم الانسان ليس شيئا يتطلب تعيينه كما سبق ان أكده قضاء فرنسا سنة 1949 السالف الذكر.

وعليه فالشروط السابقة الذكر، لا تثيرا إشكالا كبيرا في مجال العقد الطبي، بل الأمر الذي يتطلب الوقوف عند شرط قابلية التعامل فيه أي شرط المشروعية ،
فالسؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز أن يكون المساس بالجسم محلا لعقد العلاج الطبي، وهل يتمتع جسم الإنسان بمعصومية تجعله لا يجوز التعامل فيه ؟ وما المقصود بالنظام العام، و الآداب العامة في مجال عقد العلاج الطبي؟

فالمبدأ هو عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان؛ فلا يسمح التعامل في جسم الانسان و لا في حياته و لا صحته و أن أي تعامل من هذا النوع محظور بحكم القانون.

و يكون المحل غير قابلا للتعامل فيه، إما للغرض الذي خصص له، مثل إذا إستعمل جسم الانسان ليكون محلا للتجارب الطبية، فهذا محظور. و قد يعود الى كونه غير مشروع و عدم مشروعية المحل إما ترجع إلى نص في القانون، أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب العامة [32]،و قد أكد المشرع الجزائري في نص المدة 93 من القانون المدني المعدل التي جاء فيها :

---

[29] محمد أنس ابراهيم، المرجع السابق، ص.251.
[30]أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص.133.
[31] Voir, Cass civ, 25 juillet 1949, J.C.P 1949-II-2102
[32] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص.142.

"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".

و تطبيقا لهذا النص على عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس، فنجد أن جراحات تغيير الجنس لم ينظمها المشرع الجزائري بنص صريح لا بالإباحة و لا بالحظر، و يبقى لنا تقدير مدى مشروعيتها إلى مدى بالنظام العام و الآداب العامة، فما هو النظام العام و الآداب العامة؟

هذه المسألة لا يجدي فيها نص تشريعي، و هي من أكثر المسائل القانونية تعقيدا فنحن نريد ان نعرف ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، حتى يخضع لها الجميع، و لا يجوز لأحد أن يخالفها، أو هي قاعدة اختيارية، لا يهم المجتمع ان يأخذ بها كل الناس. فيوجد دون شك من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى المجتمع، و هذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية أو خلقية، و المصلحة الخلقية هي التي تقوم عليها الآداب العامة، و من ذلك نرى أن دائرة النظام العام أوسع و تشمل الآداب العامة[33].
و لا يخفى أننا أمام مفهوم مرن يصعب ضبطه، و بالتالي تعريفه، فهو مفهوم يتغير في الزمان و المكان، يضيق و يتسع حسب حاجات الناس، و هو ما جعل الفقهاء يجتمعون أن هذه الصعوبة هي التي جعلت التشريعات تحجم عن تعريف فكرة النظام العام و الآداب العامة، و فتحت بابا أمام الفقه و القضاء للاجتهاد أو مراقبة محتوى العقود و التصرفات نيابة عن المجتمع، و قد اقترح لتحديدهما، ضابطا مرنا، هو ضابط المصلحة العامة.[34]

بإعتبار ان جسم الإنسان غير صالح للتعامل، و يحظر المساس به هذا هو المبدأ إلا أنه قد ورد استثناء عليه، كان وليد التطورات العلمية و الطبية، و التي جعلت من مصلحة المريض جواز المساس بجسمه، بما يحقق تكامله الجسدي، و يجعله يحتفظ بمستواه الصحي، و يتحرر من الآلام البدنية [35].عندئذ تتحقق مشروعية عقد العلاج الطبي، و لا يكون مخالفا للنظام العام .

فالسؤال المطروح : ماذا لو كان من بين أعضاء الجسد تم المساس بالأعضاء التناسلية للشخص، و من تم حالته المدنية ستتغير، فهل يتمتع نوع جنس الانسان بحرمة تجعله متعلقا بالنظام العام ؟ و هل يعتبر مساس الطبيب بجنس المريض و تغييره عملا طبيا غير مشروعا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الموالي.

الـــفـــرع الـثـانـــي

تطبيق شروط مشروعية المحل على محل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.

إن محل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس، هو لا محالة المساس بأحد أعضاء جسم الإنسان، و هذا العضو هو الأعضاء التناسلية، و هي تختلف من ذكر الى أنثى، فالمريض الذي يطلب تغيير جنسه إما لأسباب عضوية أو نفسية، يكون للطبيب المعالج حرية اختيار قبول او رفض العلاج كما سبق و أن بيناه . و على الطبيب قبل إبداء موافقته أن يتأكد من مدى توافر شروط مشروعية محل الإلتزام الطبي تطبيقا للقواعد العامة، و الملاحظ أن شرط أن يكون محل الإلتزام **مـمـكـنـــا** بتطبيقه على عقد العلاج لتغيير الجنس يعني أنه على الفريق الطبي أن يكون قادرا على تحقيق تغيير جنس صاحب الشأن، و هو الأمر الذي يكون بالإمكان تحققه في حالات الخنثى (بسبب عضوي)، بإعتبار أن المريض يعاني من تشوهات خلقية، و غموض في تحديد جنسه و يحتاج إلى جراحة تصحيحية

[33] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع،ص.145.
[34] أنظر، أحمد أدريوش،العقد الطبي، المرجع السابق، ص.146.
[35] أنظر، عصام أحمد محمد،المرجع السابق، ص.111.

و تصليحية لجنسه لا تغييره و هذا عن طريق جراحة تبرر الجنس المغمور لديه و ذلك بعلاجه بما يتفق و الأصول العلمية المتبعة في الطب.

أما في حالة تغيير الجنس في حالة الخنوثة النفسية، فقد إنقسم **الـفـقـــه** الفرنسي بصدد مشروعية هذه العملية بين مؤيد و معارض، فقد عرف أيضا **القضـاء** الفرنسي تردد في قراراته لدرجة أن محكمة النقض الفرنسية عرفت عدم استقرار و كان لها موقفا قبل 1992، حيث رفضت الاعتراف بتغيير تسجيل الجنس في الحالة المدنية نظرا لمخالفته لمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص و احترام النظام العام و كذلك لأن التغيير يفقد فيه الشخص خصائص جنسه الأصلي و لكن لا يتحصل على جنس جديد لأنه لا يملك خصائص الجنس المقابل. و لكنها غيرت إتجاهها بعد صدور حكم بإدانتها من المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في 25 مارس1992، و قبلت تغيير الجنس معتمدة في ذلك على مبدأ إحترام الحياة الخاصة الذي نصت عليه المادة 08 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.[36]

و حتى أن القضاء المصري قد أجاز جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية[37].أما القضاء المغربي فقد أجاز جراحة الخنثى لأسباب عضوية [38]،و رفضها كل من القضاء اللبناني و الكويتي و مهما كان الإختلاف السائد فان هناك إتجاها فقهيا، يقر بمشروعية جراحة تحويل الجنس لأسباب نفسية، و يمكن من خلالها للفريق الطبي أن يستخدم الوسائل الطبية و العلاجية المختلفة لتغيير الشكل الخارجي لصاحب الشأن ليكون أقرب إلى الجنس المقابل، و تغيير المظاهر الخارجية له لتكون أقرب للميل النفسي الذي يعاني منه على أساس أن تلك هي الطريقة الوحيدة التي تعيد للمريض توازنه النفسي. و قد أيدته العديد من الدول و نظمته بنصوص قانونية مبررة ذلك بتوافر قصد العلاج في هذا النوع من الجراحة[39]. و بهذا يعد محل الإلتزام الطبي لتغيير الجنس طبقا لهذا الإتجاه مشروعا يمكن القيام به.

بالمقابل هناك إتجاه آخر فقهي و قضائي في فرنسا كان يرفض هذا النوع من جراحات تغيير الجنس لأسباب نفسية لعدم مشروعيتها[40]. لكون أن محل الالتزام مستحيلا في ذاته لعدم القدرة على تنفيذه و استحالة تغيير جنس صاحب الشأن حقيقة، إذ أنه حتى و لو حدث تغيير ظاهري يترتب عليه فقد الخصائص الطبيعية للجنس الأصلي دون إكتسابه خصائص الجنس المقابل، و لا يمكن أن نمنحه جنس لا يملكه[41]، و كون محل الالتزام مستحيلا يترتب عليه بطلان العقد طبقا للقواعد العامة في التشريع الجزائري.[42]

أما بالنسبة لشرط المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، فإنه و أمام الفراغ التشريعي في الجزائر لحكم جراحة تحويل الجنس نفسيا فيثار التساؤل حول إمكانية المساس بجنس الإنسان و تغييره، و من تم تعديل شهادة الحالة المدنية للشخص؟

لاشك أن المساس بجنس الشخص أي بأعضائه التناسلية يعتبر مساسا بجسم الإنسان و يعتبر الانتقاص من التكامل الجسدي للشخص متوافر بصورة كلية أو جزئية[43].و من تم يعتبر محل الالتزام هنا غير مشروعا لمخالفته النظام العام لعدم توافر قصد العلاج الطبي، فالغاية العلاجية تضفي المشروعية على العمل الطبي. و لكن يجب في عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس أن نفرق بين حالتين:

<u>الأولى</u> : إذا كان تغيير الجنس لأسباب عضوية .

---

[36] Voir, patrice hilt,transsexualisme état des lieux, Op.Cit, p.04 et suite.

[37] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.108.

[38] أنظر، أحمد أدريوش،العقد الطبي، المرجع السابق، ص.196.

[39] J. Petit, l'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel,R.T.D.Civ,1976,p.272-273.

[40] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.552.

[41] Voir, Corine Renault-Brinsky, Op.Cit, p.76.

[42] أنظر، المادة 93 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

[43] أنظر، عصام أحمد محمد،المرجع السابق، ص.120.

إن مهمة الفريق الطبي من وراء هذا العقد سيسعى إلى إزالة التشوهات الخلقية، و تصحيح الأعضاء التناسلية، أو إستظهار حقيقتها، فالهدف من ورائها هو التنسيق بين خلايا جسم الشخص، و غايتها هي الشفاء من إضطراب في الهرمونات[44]. و هي تهدف الى تحقيق مصلحة مشروعة، يمكن من خلالها معرفة إنتماء صاحب الشأن إلى نوع محدد. و يسجل في سجلات الحالة المدنية و يعرف لترتب آثاره القانونية و من تم فمحل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس إذا كان لأسباب عضوية فهو مشروع و غير مخالف للنظام العام.

الثانية : إذا كان تغيير الجنس لأسباب نفسية .

ففي هذه الحالة فإن الشخص طالب تغيير جنسه، بالرغم من انتمائه إلى جنس محدد و يحمل صفاته الجينية و التشريحية إلا أنه يشعر بميل نفسي إلى جنس آخر لا يحمل خصائصه، فإن الفريق الطبي له سلطة تقديرية أماغياب نص قانوني. و هذا بالرجوع إلى فكرة النظام العام التي تختلف و تتغير حسب الزمان و المكان، أي تختلف حتى من بلد الى آخر. و هذا يعني أن مدى شرعية المحل هنا تتوقف على موقف النظام القانونية في البلد الذي ستجرى فيه عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية إذا كان يقر مشروعيتها فإنه يجوز أن تكون جراحة تغيير الجنس محلا لعقد العلاج الطبي كما هو الحال مثلا لفرنسا حاليا. و إذا كان النظام القانوني يحظرها و لا يسلم بمشروعيتها كالكويت و لبنان مثلا، فإنها لا تصلح لأن تكون محلا لعقد العلاج الطبي لمخالفتها النظام العام. و إذا كنا في نظام قانوني ساكت عن تنظيمها (كما هو الحال بالنسبة للجزائر)، و يطبق أحكام الشريعة الاسلامية فلا بد من الاحتكام لقواعد الشرع التي تجمع بعدم جواز هذه الجراحة و من تم لا تصلح لأن تكون محلا لعقد العلاج الطبي لتغيير الجنس لعدم مشروعيتها و مخالفتها للنظام العام و عدم توافر قصد العلاج فيها.

المطلب الثالث

سبب عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.

يعتبر ركن السبب، ركن جوهري لتكوين العقد الطبي، مثله مثل الاركان السابقة الذكر، ولقد عرف هذا الركن تطورا كبيرا سمح بظهور مفاهيم أخرى للمشروعية تختلف باختلاف مضمون هذه النظريات.[45]

أولا : تعريف السبب.

يعرف السبب عادة بأنه هو السبب المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، و يقارنون بين المحل و السبب، بأن المحل هو جواب من يسأل : بماذا التزم المدين؟. أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين؟. و أن السبب بهذا يعني لا يكون إلا في الالتزامات التعاقدية.[46]

و لقد تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين 97 و 98 من القانون المدني[47]، و اختلف مفهوم السبب حسب نظريتين : تقليدية و أخرى حديثة .
فالنظرية التقليدية تميز بين السبب الانشائي، والسبب الدافع، والسبب القصدي. و تأخذ بالسبب القصدي : وهو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء إلتزامه.[48]

---

[44] أنظر، جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص.280.
[45] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.103.
[46] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص.150.
[47] و تقابلها المواد 1131 إلى 1133 من القانون المدني الفرنسي.
[48] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص.152-153.

أما النظرية الحديثة، و التي بموجبها أصبحت العبرة بسبب العقد، لا بسبب الإلتزام. و أصبح الدافع هو السبب و ليس الغرض المباشر الذي ساد النظرية التقليدية، الذي يتمثل في الاعتبارات النفسية و الشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد. فهي المبررات التي كانت وراء عزم و تصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية و بذلك أصبح السبب شيئا نفسيا متغيرا منفصلا عن العقد و هي مزايا كسبها من إختلاطه بالباعث. بمعنى أن السبب هو أمر خارجي عن عملية التعاقد و تختلف بإختلاف الأشخاص و التصرفات القانونية و أمر شخصي ونفسي.[49]

و قد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة و من تم يمكن تعريف سبب العقد الطبي تطبيقا للمفاهيم السابقة بأنه الباعث أو الدافع للتعاقد، أي تلك الدوافع النفسية التي دفعت الطبيب أو المريض إلى ابرام العقد الطبي .

إن سبب تعاقد الطبيب مع مريضه هو علاج المريض أي الحد من آلام المريض أو التقليل منها أو الوقاية من المرض. و نفس الشيء بالنسبة للمريض طلب العلاج هو الذي يدفعه إلى إبرام العقد الطبي مع الطبيب و من تم إذا كان الباعث أو الدافع للتعاقد يرمي إلى تحقيق أي هدف يخرج عن هذا النطاق يعتبر باطل بطلانا مطلقا لعدم مشروعيته .

ثـــانـــيـــــــــا : شروط صحة السبب.

لمعرفة الشروط الواجب توافرها فيه حتى يكون السبب صحيحا، لابد من الرجوع الى المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري، التي تشترطان ان يكون صحيحا، فهو يشترط أن يكون السبب حقيقيا (vraie) و مشروعا (licite) إذ جاء في المادة 98 من القانون المدني : "كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا....و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي....".

أ- <u>السبب الحقيقي:</u>

يعتبر السبب حقيقيا اذا كان غير كاذب. ويكون السبب كاذبا إذا كان موهوما (erronée) أو صوريا (simulé).

و السبب يكون موهوما، إذا لم يكن موجودا، واعتقد أحد المتعاقدين غلطا أنه موجود, و يكون السبب صوريا، إذا كان غير حقيقي و يعلم بذلك كل من المتعاقدين و لكنهما أرادا بذكره اخفاء السبب الحقيقي.

و من ذلك هناك من يرى أن السبب الكاذب لا يعدو أن يكون سببا غير موجود إذا كان موهوما، أو سببا غير مشروع اذا كان صوريا يخفي سببا حقيقيا غير مشروع.[50]

و بتطبيق هذه المفاهيم على سبب عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس بإعتباره من العقود الملزمة لجانبين، يتبين لنا أنه في حالتي التغيير لأسباب عضوية و نفسية فان ما يسعى إليه المريض من إجراء الأعمال الطبية يكون إما للتخلص من العيوب الخلقية في الأعضاء التناسلية أو إزالة التشوهات الخلقية و تصحيحها لأسباب عضوية إما لتخلصه من الآلام النفسية و إعادة التوازن للخلل الذي يصيبه نتيجة التناقض بين العناصر المكونة للجنس و الاحساس النفسي الذي يعيش المغير لجنسه لأسباب نفسية، و أن سبب إلتزام الطبيب هو معالجة المريض من هذه الآلام أو التخفيف منها .

فإذا كان الإجماع أن العلاج من حالة **الخنثى (لأسباب عضوية)** هو متفق عليه أن سبب التزام الطبيب هو تصحيح للخلل الذي يشوب الأعضاء التناسلية للمريض و هذا لإظهار الجنس الحقيقي المطمور

---

[49] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص.167-168.
[50] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص.155-156.

أو المغمور للمريض و من تم فان السبب يكون حقيقيا أي غير كاذب و لا مهموم و ليس صوريا مما يجعل السبب صحيحا.

إلا أن المشكلة تكون في حالة **الخنوثة النفسية** اذ أن المريض يريد تغيير جنسه من أجل التغيير لمجرد احساس نفسي بميله للجنس المقابل، إذا كان طلب المريض هو إجراء جراحة تغيير الجنس، هذا ظاهريا، لكن هذا السبب غير موجود لأن المريض يعتقد غلطا أنه موجود، بإعتبار أن التغيير المرفولوجي، كيف لنا أن نعتبره تغيير للجنس؟ مادام أن الذي يغير هو مظهر الجسم، و بالنتيجة الطريقة التي ننظر فيها الفرد و نراه، هذا ما يمضي به حياته الإجتماعية، لكنه بالمقابل هو لا يتغير، ذاكرته تستمر، جسده، و لو أنه تحول حسب تصوره هو، دوما نفس الجسد، بطريقة مبتدلة
حتما و ثابتة ، خاصة و أن التحول الذي يحمله على مستوى الجسم و وظائفه (يذكرنا قديما بما يعرف بالقطع...)لا ينهي حقيقة مهما كانت التصورات التخيلية التي تصاحبه، اتصال الوحدة النفسية الجسدية (psyché-soma) التي تكون الانسان. فتغيير الجنس من جهة ما هو إلا تغيير ظاهري، من جهة أخرى يمثل وهم (l'illusion) الذي يجعلنا نفكر أن الجسم كغلاف حقيقي. و أن مجرد أن نكون رجل أو امرأة يمثل تظاهر فعلي بمجرد أن النظريين يستعملون مصطلح تغيير الجنس و يظهر المكانة الرئيسية التي يحتلها هذا الوهم في مجال التقدم الطبي و الإجتماعي الذي هو عنصر أساسي لهذه الظاهرة.[51]

من خلال هذا التحليل يتبين أن الفكرة هي مجرد وهم في ذهن المريض و إعتقاد خاطئ بإنتمائه الى الجنس المقابل نفسيا، لأنه لا يمكن أن يحدث تغيير حقيقي في الجنس مادام يحمل عضويا كل خصائص جنسه الأصلي. وهذا ما يجعل سبب تعاقد المريض موهوم و غير موجود بمعنى أنه غير حقيقي الأمر الذي يجعل السبب غير صحيح و من تم عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس باطل.

أما بالنسبة لسبب إلتزام الطبيب فنفس الشيء، مادام أنه يهدف من وراء هذه الجراحة إلى شفاء المريض من مرض وهمي موجود فقط في ذهن صاحب الشأن، في حين أنه لا يمكن للطبيب أن يحقق له الشفاء نظرا لعدم التناسب بين مخاطر العملية، و الفائدة المنتظرة منها، فالغاية العلاجية وحدها ليست كافية، لأن طريقة العلاج التي تترجم هذه النية إلى أفعال يجب ألا تتضمن خطر مبالغا فيه
أو بدون جدوى، فالعلاج يقوم هنا على البتر، و يجرد الإنسان من هويته الجنسية و من قدرته على الإنجاب و بين السعي وراء تخليصه من هواجس نفسية أو حتى من عقد نفسية تتسلط عليه
و تجعله ينفر من الجنس الذي ينتمي إليه نحو الإنتماء إلى الجنس المقابل، فعلاج هذه الحالة من الأفضل أن يكون للأطباء النفسانين و ليس بعمليات جراحية.[52] و أن الطريقة الوحيدة لحل هذا التنازع هو العلاقة المحصورة و المتصلة بين الجسد و الروح الموهومة بتغيير الجنس.[53]و هو الأمر الذي يجعل السبب في عمليات تغيير الجنس غير صحيح لأنه ليس سببا حقيقيا و إنما مجرد كذب لأن فيه تغيير لخلق الله عز وجل[54].
و لا يوجد أي علاج مجد ليوقف بين حقيقة المغير لجنسه البيولوجي، سوى التلاؤم الهرموني و الجراحي (réadaptation hormonale et chirurgicale).

ب- <u>السبب المشروع :</u>
هو السبب الذي لا يجرمه القانون، و لا يكون مخالفا للآداب و لا النظام العام و إن كان اشتراط مشروعية السبب كاشتراط مشروعية محل الإلتزام، إلا أن هناك اختلاف بينهما في أنه قد يكون المحل

---

[51] Voir, Mercader Patricia, l'illusion transsexuelle, Op.Cit, p.18.
[52] أنظر، جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص.285-286.
[53] Voir, Gooren, le role du médecin auprés du transsexuel, XXIII colloque 1993, Op.Cit, p.57.
[54] أنظر، محمد بن محمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص.201-202.

مشروعا، و السبب غير مشروع.[55]و يترتب عليه عدم قيام العقد إذا تخلف أحدهما في العقود الملزمة لجانبين كما هو الشأن لعقد العلاج الطبي.
و ترجع المادة 97 من القانون المدني الجزائري عدم مشروعية السبب إما لمخالفته للنظام العام أو الآداب العامة.[56]
و لا شك أن السبب الدافع لكل من المريض و الطبيب إلى ابرام عقد الزواج هو سبب مشروع، و هذا حكم **مفترض** في جميع العقود بدليل ان المشرع الجزائري نص المادة 1/98 من القانون المدني على ان "كل إلتزام مفترض ان له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك..."
و وجه مشروعية السبب هو استهداف الوقاية من الامراض أو تشخيصها أو **العلاج** منها و هو جوهر النظام العام في المجال الصحي .
و قد نص الدستور الجزائري 1996 المعدل في نوفمبر 2008 في مادتيه 34 و 35 على عدم انتهاك حرمة الانسان و حظر أي عنف بدني أو معنوي يمس كرامته أو سلامته البدنية والمعنوية. و بذلك يعد المساس بهذه الحقوق هو انتهاكا للنظام العام و يترتب عليه بطلان العقد .

و قد أورد القانون الجنائي ضمن عنوان أعمال العنف في المواد من264 و ما يليها من قانون العقوبات نصوصا تجرم المساس بسلامته الجسم حتى ولو كان ذلك بخطأ في اطار ممارسة الطبيب لمهامه. و كل اتفاق على مخالفة هذه القواعد يعد باطلا لمخالفته النظام العام كما جاء في نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن أخلاقيات الطب بالتزام الطبيب بضرورة احترام حياة الفرد و شخصه البشري. و كل هذه القيود جاءت لجعل بعض الاعمال تحظى بالمشروعية حتى لا تخالف النظام العام .

و من هنا، فالعمل الجراحي يمثل مساسا بسلامة الإنسان البدنية، و لذلك لا يمكن إجراؤه إلا بعد الحصول على رضاء الخاضع له، لكنه لا يكفي لوحده لإضفاء المشروعية إنما يجب فوق ذلك أن يتم ذلك في الإطار الذي حدده القانون، و هو أن يكون لهدف علاجي و لا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا بنص القانون، فإذا انتفى الغرض العلاجي يكون العمل غير مشروع جنائيا، و يكون العقد بين الطبيب الذي يجري هذه الجراحة و بين من يخضع لها باطلا لعدم مشروعية سببه[57]، و لا تخرج عمليات التحول الجنسي عن هذه القاعدة، إذ أنها قد تؤدي إلى فقدان الشخص قدرته على الإنجاب و هو يعتبر عاهة مستديمة تجعله يخضع لعقوبة جنائية[58]، و مخالفة للنظام العام و تجعل العقد غير مشروع لعدم مشروعيته سببه.

و قد سبق و أن رفض الفقه و القضاء الفرنسي قبل سنة 1992 الاعتراف بمشروعية تغيير الجنس لإنتفاء غايته العلاجية، لأنها لا تهدف إلى العلاج من علة جسدية إذ أنها تباشر على شخص يعاني من إضطراب نفسي و أنها تقود الشخص إلى البتر الذي يؤدي إلى آثار مدمرة للمريض و أن الضرر الذي يصيبه أكثر حدة.[59]

كما أن الأطباء النفسانيين يعتبرون أن تغيير الجنس هو فكرة وهمية أو انحراف في ظهور الهوية الجنسية بما أن الهرمونات و المشرط لا يمكنهم أن يجدون الحل. و الأطباء يتخوفون من المساس بالتكامل الجنسي

---

[55] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق،ص.158.
[56] أنظر، جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص.283 و 292.
[57] Voir , Aix en provence 23 avril 1990, D 1991,360, note Jean Peneau.
[58] أنظر، المادة 3/264 من الأمر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.
[59] هذا ما عبرت عنه محكمة استئناف Aix في حكمها السالف الذكر بالحيثية التالية:
" Attendu sans doute qu'il n'existe actuellement aucun traitement médicamenteuw satisfaisant pour guérir ou atténuer le délire résultant parfois du transsexualisme et pouvant conduire le sujet à l'auto-mutilation, et même au suicide –Attendu que dans tous cas externes, deux voies se présentent aux praticiens, le traitement psychotérapique ou l'opération chirurgicale, celle – ci produisant des effets gravement mutilants et irréversibles, en principe interdite en raison de ses effets catastrophiques pour le patient que le mal dont il est atteint souvent plus." Voir, note Jean Peneau précité.

(l'intégrité sexuelle)، لأن الجسد لا يعاني من أي مرض حسب الضوابط الطبية في هذا المجال.[60] فهذه العلاقة التعاقدية لتغيير الجنس متعارضة مع النظام العام بما فيها من انقاص للتكامل الجسدي.

على خلاف ما سبق فان عمليات تغيير الجنس في حالة الخنوثة العضوية يتفق الفقه القانوني و الفقه الاسلامي على مشروعية سببها لأنها تحقق فائدة علاجية لصاحب الشأن إذ تتوافر فيها الضرورة الطبية لكشف حالة الغموض الجنسي، و إبراز الجنس المغمور و إزالة التشوهات التي يعاني منها صاحب الشأن.

أما عن مخالفة **الآداب العامة**، فانه يقصد منها : مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، و عصر معين، و هي وليدة المعتقدات الموروثة و العادات المتأصلة، و ما جرى العرف، و تواضع عليه الناس.[61]
ففي مجال العقد هناك طرق مخالفة للآداب، فقد نصت المادة 19 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي : "يتعين على الطبيب....حتى خارج ممارسة مهنة ان يتجنب كل عمل من شأنه أن يفقد المهنة إعتبارها"

يمكن أن يقوم الطبيب بالاتفاق مع المريض لإجراء له التغييرات اللازمة ليقربه من النوع الآخر للجنس الأصلي له و هذا **ليبرر** شذوذه الجنسي و يستطيع أن يقيم علاقات جنسية مع أشخاص من نفس جنسه الأصلي. دون أن يعرف ظاهريا بأنه شخص شاذ جنسيا خاصة في المجتمعات العربية التي تجرم هذا النوع من العلاقات الجنسية و تعتبره تصرف مناف للآداب العامة لكون أن المجتمع يستهجن هذا النوع من العلاقات. فيصبح الطبيب يبتغي الحصول على الكسب غير المشروع أي الحصول على أتعاب غير مشروعة، و هذا تعامل يخالف حسن الآداب و يمس بمهنة الطب و يفقدها اعتبارها. و يقع تصرفه تحت طائلة البطلان لعدم مشروعيته و فيه خروج عن المبادئ القانونية.

و لا شك أيضا أن للمجتمع مصلحة كبيرة في أن يظل أفراده قادرين على مباشرة الحياة الجنسية بصورة طبيعية و قادرين على الإنجاب و حرمان أي فرد هذه القدرة يمس بصورة مباشرة الجانب الإجتماعي للحق في سلامة الجسم، و يمثل في الوقت ذاته اعتداء على الآداب العامة فيه.[62]

المبحث الثاني

الإلتزامات المترتبة عن عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس .

هناك صعوبة في تحديد التزامات الطبيب و بيان محتواها، و كذلك الأمر بالنسبة لالتزامات المريض، و لعل ذلك يعود إلى أن المشرع لم يخص هذا النوع من العقود بتنظيم خاص كما فعل بالنسبة لكثير من العقود.

فغياب نص تشريعي يرجعنا إلى تطبيق القواعد العامة بهذا الشأن، و منها ما ورد في المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :"....و لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزمات وفقا للقانون و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام...."، و هذا ما يؤكد أن الالتزامات الناتجة عن العقود، يمكن أن تكون محددة مسبقا من قبل الطرفين طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (المادة 106 من القانون المدني الجزائري) و إما أن يتدخل القانون لتحديدها و وضع شروطها و لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، و ما أثار جدلا فقهيا و قضائيا هو إذا كان إلتزام الطبيب الذي أبرم عقدا مع مريضه هو التزام تعاقدي أم تقصيري؟ و في هذا المجال لا نريد الخوض في

---

[60] Voir, Gooren, le role du médecin auprés du transsexuel, XXIII colloque 1993, Op.Cit, p.57.
[61] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.108.
[62] جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص.286.

جميع الآراء و النظريات التي تطرقت للإجابة على هذا التساؤل[63]، و إنما سنحدد باختصار خلاصة هذه الآراء بما يخدم بحثنا بخصوص جراحة تغيير الجنس .

ففي حالة وجود **رابطة تعاقدية**، بين الأطباء المختصين و مرضى التحول الجنسي النفسي في المستشفيات **الخاصة** نظرا لعدم تشددها في شروط إجراء الجراحة، خاصة من جانب الطبيب الذي قد يستهويه الطمع المادي أو شهوة التجربة العلمية أو الشهرة لتحقيقه انتصار علمي الذي لا يبال بالضوابط القانونية و الشرعية و العلمية اللازمة لإجراء هذه الجراحة الخطيرة. و كذلك مع الأشخاص الذين يعانون من خنوثة عضوية و يبحثون عن قدر كبير من العناية الطبية لحالتهم المرضية التي يشوبها غموض في تحديد جنسهم. فإن هذا العقد سيكون هو مصدر التزام كل من الفريق الطبي و المريض وهو من العقود التبادلية التي يسأل الطبيب عنها مسؤولية عقدية.[64]

أما في حالة غياب أي عقد كما لو كان العلاج في إحدى المستشفيات العامة[65] أو حتمت الضرورة القيام به على وجه الاستعجال،[66] أو عدم صحة العقد[67]، فإن النصوص القانونية و اللوائح المنظمة لمهنة الطب هي مصدر إلتزام الطبيب، وتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية طبقا للقواعد العامة.[68]
إن لجوء المريض إلى الطبيب يهدف إلى تحقيق قصد العلاج، و يبذل من خلال ذلك الطبيب كل جهوده للتوصل إلى شفاء المريض إلا أن ذلك قد لا يتحقق في كل الأحوال، و قد يتسبب في وفاته، لأن الأعمار بيد الله عز وجل.

و لذلك قد يثار تساؤل حول ما إذا كان التزام الطبيب هو بذل عناية أم بتحقيق نتيجة، ولذلك ارتأينا أن نتعرض لمحتوى التزام الطبيب و المريض (المطلب الأول)، نتوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية لالتزامات أطراف عقد العلاج الطبي (المطلب الثاني) .

الـمـطـلـب الأول

محتوى إلتزامات أطراف عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس

من حق كل إنسان أن يتلقى العلاج اللازم لتحسين حالته الصحية و شفائه، بدون تمييز بين إنسان و آخر لأي سبب كان. و رغم الخلاف الكبير حول مشروعية عمليات التحول الجنسي كأسباب نفسية، إلا أن العلاج الجراحي أصبح أمر مقبولا و شائعا في الغدد من المؤسسات الطبية الموجودة في الدول التي أباحت هذا النوع من العمليات. و من المتصور أن ينشأ بين الطبيب و المريض الراغب في التحول الجنسي، عقد علاج طبي، كما هو الحال بالمستشفيات العامة أو عندما يكون المريض فاقدا الوعي أو توافرت حالة الإستعجال.
فالعقد الطبي يعتبر من العقود التبادلية، لأنه ينشأ التزامات متقبلة في ذمة كل من طرفيه.و يلتزم الفريق الطبي المتعدد الاختصاصات عند قيامه بعمليات تغيير الجنس بصورتيها بإلتزامات خاصة منها ما نظمتها القوانين و منها ما نشأت من العرف أو ما إستقر عليه القضاء و الفقه (الفرع الأول)، و بالمقابل فإن المريض ملتزم تجاه الفريق الطبي، بتقديم جميع المعلومات عن سوابقه المرضية و حالته الصحية و بدفع الأتعاب (الفرع الثاني).

---

[63] أنظر بالتفصيل، بسام محتسب الله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، ط 1، دمشق، سنة 1984، ص.94 و ما بعدها.

[64] أنظر، غادة فؤاد مجيد المختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني –دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، سنة2011، ص.162-163.

[65] لرغبتهم في عدم تحمل نفقات العلاج الباهضة و إلغائها و جعلها على عاتق الضمان الإجتماعي و التأمين الصحي.
Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.448-449 n°1324 et 1327

[66] و لو أن القضاء الفرنسي يؤكد عدم توافر حالة الإستعجال في عمليات تغيير الجنس، إذا كان على الأطباء أن يتركوا للمريض وقت كاف للتقدير.
Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.447 n°1322 .

[67] أنظر،محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،ط2،سنة 2005، ص.91.

[68] محمد أنس ابراهيم، المرجع السابق، ص.260.

الفـرع الأول

محتوى الالتزامات الخاصة بالفريق الطبي .

إلتزام الطبيب بوجه عام يضم في جوهره عدة التزامات تترتب على أي عمل طبي، و لكن نظرا لخصوصية جراحة تغيير الجنس من كونها تمر بمراحل علاجية مختلفة و ضرورية، و لا يعتريها عنصر الإستعجال بالمفهوم الذي تتعرض معه حياة المريض أو سلامته الجسدية للخطر، فإنها تحظى بنوع من الخصوصية فيما يتعلق بالتزامات الفريق الطبي سواء وجد عقد طبي أم لا. نظرا لأن معظمها نظمها المشرع في القوانين المتعلقة بمهنة الطب و منها ما أقرها الاجتهاد القضائي، و هذا ما سنحاول تبيانه في النقاط التالية مع الإشارة إلى أن تعداد هذه الإلتزامات بالترتيب ليس من قبيل أهمية التزام على الأخر إنما من حيث مراحل تنفيذها في علاج طالب تغيير جنسه و أن أي إخلال بأي منها يوجب مسؤولية الفريق الطبي. و سنتناول هذه الالتزامات تباعا كما يلي :

- الإلتزام بالحصول على رضا مستنير للمريض
- الإلتزام بإعلام المريض
- الإلتزام بالرقابة الطبية
- الإلتزام ببذل عناية شخصية
- الإلتزام بالمتابعة بعد الجراحة
- الإلتزام بالمحافظة على أسرار المريض و بالسلامة.[69]

أولا : الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات اللازمة .

طبيعي أن هذا الإلتزام سينشأ قبل انعقاد عقد العلاج الطبي بين الطبيب و المريض، بحيث أن الطبيب يدلي بالمعلومات التي يراها مهمة لتوضيح الحالة الصحية للمريض بشكل يسمح له بتكوين رضاه للخضوع للعلاج الطبي، و من تم قبول أو رفض الإقدام على التعاقد مع هذا الطبيب .

و هناك من يعتبر هذا الإلتزام هو نفسه الإلتزام بالتبصير أو بالإعلام إلا أن الأمر ليس كذلك لعدة أسباب و هذا من حيث **الوقت،** فهذا الالتزام يكون قبل انشاء العقد الطبي ليتمكن المريض من التعاقد أما الإلتزام بالتبصير يلتزم به الطبيب إبتداء من يوم إبرام العقد و يدوم طول مدة تنفيذه. أما من **حيث المعلومات،** فإن الطبيب قبل التعاقد يدلي بمعلومات عامة بعيدة عن التفاصيل الدقيقة لإعطاء المريض فكرة عامة عن طبيعة مرضه لتكوين رضائه بالعمل الطبي، في حين الإلتزام بالتبصير، يكون له طابعا تفصيليا أكثر دقة و في جميع مراحل العلاج[70].

و نشير إلى أن الطبيب هنا لا يعفى من تنفيذ هذا الإلتزام إلا في حالة الضرورة و الإستعجال هذا في الحالات العامة. لكن في حالة تغيير الجنس إستثناء فإنه لا يتصور توافر حالة الضرورة و الإستعجال[71]، نظرا لما تتطلبه جراحة تغيير الجنس من الوقت للتشخيص و الخضوع لمختلف أنواع العلاج قبل التقرير بإجراء العملية، و لعدم توافر حالة الضرورة .

---

[69] Voir, Patrice Jourdin, nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, juris classeur 1999, p.5.

[70] محمد أنس ابراهيم،المرجع السابق، ص.270.

لابد من الإشارة أن هناك من يعتبر أن إلتزام الطبيب بإعلام المريض قبل نشوء العقد الطبي لا يغير من طبيعته العقدية أي أنه متولد عن العقد الطبي الأصلي.مشار إليه في مامون عبد الكريم ص 123.

و تم انتقاد هذا الرأي. و الحقيقة انه لتفادي أي تناقض أو خلط بين المسؤولية التقصيرية او العقدية من الأحسن اعتبار أن على الطبيب التزام بتقديم المعلومات سابق على العقد و عدم احترامه من قبل الطبيب يترتب عليه مسؤولية تقصيرية. أما اللإلتزام الثاني و هو الإعلام أو التبصير الذي يعتبر مكمل للأول إذ بدون الأول لا يقدم المريض على ابرام العقد مع الطبيب.فالإلتزام الثاني يترتب على الإخلال به مسؤولية عقدية، هذا تفاديا لأي جدل فقهي خاصة و أن الأكيد أن الإلتزامين مكملين لبعضهما و مصدرهما النصوص القانونية.

[71] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.446 n°1316 et p.447 n°1322 .

ثـانـيـا: الإلـتـزام بالحـصـول علـــى رضـا الـمـــريض.

حيث و أن تعرضنا إلى رضا المريض كسب لإباحة العمل الطبي، و ضرورة توافره كركن في عقد العلاج الطبي الذي يتطلب ضرورة تطابق الإرادتين، و تكريس هذا المبدأ راجع لكون أن للمريض الحق في اختيار الطبيب الذي يعالجه الذي يعد من المبادئ الأساسية التي تحكم مهنة الطب[72]. و يستند هذا المبدأ إلى فكرة الثقة التي يجب أن تسود الطرفين في قد العلاج الطبي كونه من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي.[73]

و قد نصت المادة 22 من القانون الفرنسي لأخلاقيات الطب على أنه لا يجوز إجراء أي .... دون سبب طبي معقول... و لا يجوز أن يتم ذلك إلا بعد إعلام أصحاب الشأن و الحصول على رضائهم.[74]
ينبغي التفرقة بين الرضا الذي **ينعقد به** العقد الطبي بين الطرفين و بين ضرورة الحصول على الرضا المستنير من المريض بمباشرة الأعمال و الذي يشكل نتيجة طبيعية للإلتزام الذي يقع على الطبيب بالتبصير و الإعلام بمباشرة العمل الجراحي في كل مراحله، دون أن يقع الخلط بين نشوء العقد **و نفاذه** بما يتضمن من الإلتزامات المتبادلة بين الطرفين .

و قد نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي جاء فيها : "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، **لموافقة** المريض موافقة حرة و مبتصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون.."

و لكي يكون الرضا الصادر عن المريض صحيحا، لابد أن يكون أهلا للتعبير عن إرادته و إعطاء موافقته الصريحة و هو متمتع بكامل قواه العقلية، خال من الإضطرابات النفسية أما إذا كان ناقص الأهلية
أو عديمها أو عاجزا عن إصدار رضا صحيح كما في حالتي الضرورة (وهي مستبعدة في تغيير الجنس) أو الخطر الحال، كان لابد من الأخذ برضا من يمثله قانونا .

و حتى يكون الرضا صحيحا، القانون لا يحدد شكلا معينا له، و أن من واجب الطبيب أن يحتاط دائما بالحصول على رضا المريض كتابة لإبعاد أية مسؤولية عنه[75]. و تعد عمليات تغيير الجنس من العمليات التي تنطوي على قدر كبير من الخطورة و يترتب عليها أثار جسيمة. لذلك كان من الضروري الحصول على رضا طالب تغيير جنسه كتابيا.

فإذا أجرى الطبيب عملية تغيير الجنس دون حصوله على رضا حر و صريح من المغير لجنسه أو من يمثله قانونا اعتبر مرتكبا لخطأ موجب للمسؤولية، و قد قضت في هذا المجال محكمة Bruxelles بتاريخ 27 سبتمبر1969 على ثلاث أطباء Thibault, Fardeau و كذا slosse. بالإدانة لإجرائهم عملية على مغير لجنسه من رجل إلى امرأة والتي توفيت على اثر الجراحة و أسست حكمها بالإدانة على :
1- أن الجراحة أجريت لتهدئة المريض و ليس بهدف شفائه،
2- من جهة أخرى غياب رضا المريض.[76]

ثـالـثـــــا : الإلتزام بإعلام المريض و تبصيره .

---

[72] غادة فؤاد مجيد المختار ، حقوق المريض..،المرجع السابق، ص.197 و ما بعدها.
[73] محمد عبد النباوي،المرجع السابق، ص.58.
[74] Voir, L'art 22 code deontologie médicale français « Aucune mutilation ne peut être pratiqué sans motif médicale très serieux….et qu'après information des intéressé et avec leur consentement.»
[75] Voir, Dieter Giesen, la responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux experimentations, Ve Colloque de droit Européen organisé par le conseil de l'europe avec collaborations des universités ,sur la responsabilité civile des medecin, Paris, 1975, p.69.
[76] J.Branlard, Op.Cit, p.447 n°1319.

يجب على المريض قبل اعطائه لرضائه أن يتلقى المعلومات الضرورية التي تسمح له بمعرفة طبيعة و أهمية العلاج الطبي، كما يجب أيضا أن يتم إعلامه بالآثار الثانوية المصاحبة للعلاج حسبما تسمح بمعرفته العلوم الطبية في فترة العلاج لكن إعلام المريض يكون حسب أهمية المخاطر المحيطة بالعلاج مقارنة بالنتائج التي تعود على المريض اذا لم يخضع للعلاج. ولهذا يبدو غير نافع إعلام المريض بالمخاطر التي لا تتأتى إلا بصفة نادرة جدا.[77] إلا أن مفهوم هذا الالتزام قد تغير حديثا .

و الواضح أن الإلتزام قد عرف تطورا كبير، من خلال الإجتهاد القضائي الفرنسي بداية من قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 ماي 1951[78] الذي جعل عبء إثبات واجب الإعلام على عاتق المريض، بإعتباره مدعيا لكن تم تدراك ذلك، و تغير اتجاه القضاء بموجب قرار 25 فبراير 1997[79]، الذي أصبح فيه لزاما على الطبيب أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام، كما حدد هذا القرار مضمون الالتزام، إذ أنه يجب أن نفرق بين **مخاطر** العمل الطبي **و النتائج** المتوقعة من هذا العمل، فالأولى الطبيب ملزم بإعلامه فقط بالمخاطر **العادية** المتوقعة و يمكن له ألا يظهر المخاطر الإستثنائية، أما الثانية فالمطلوب فيها الإعلام الشامل بالمقابل.

في حين أنه في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 اكتوبر 1997[80]، طرح مبدأ إثبات الإعلام يمكن أن يكون **بكل طرق الاثبات** من طرف الطبيب، بالكتابة، الملف الطبي، الشهود من المساعدين الطبيين أو أطباء آخرين لكن مع ذلك تبقى الكتابة المتحصل عليها من المريض من ملفه الطبي خلال كل فترات تنفيذ العلاج الطبي هي الوسيلة الأنجع في الاثبات في الواقع، و الاثبات المطلوب من الطبيب هو مسألة وقائع ترجع لتقدير قضاة الموضوع و لا تخضع لرقابة محكمة النقض الفرنسية و لذلك لا يمكن أن يكون هناك أية قاعدة مبدئية في هذا المجال[81].

و في قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 أكتوبر 1998[82]، على الطبيب إثبات إعلامه لمريضه بالمخاطر العادية المتوقعة، و من الآن فصاعدا عليه إعلامه أيضا بكل المخاطر الجسيمة حتى و لو كانت إستثنائية[83].

فكرامة الإنسان تفرض أن نسمح للمريض بإعطاء رضا جد مستنير، و لا يكون ذلك إلا إذا كانت المعلومة شاملة، و على الأقل تحتوي على كل المخاطر الجسيمة الناجمة عن العلاج[84].و مع ذلك فلا يلتزم الطبيب بإعطاء للمريض، معلومات معقدة علميا دون أن يفسرها له.إذا المفروض أن تكون المعلومة بسيطة و تقريبية، فكثرة المعلومات **تبـهم** المعلومة.[85]

---

[77] Voir, Dieter Giesen, Ve Colloque de droit Européen1975,sur la responsabilité civile des medecin, Op.Cit, p.70.

[78] Voir, note savatier, D.1952 juris prudence, p.53.

[79] Voir, cass civ 25 fev 1997 ; G.P,1997,I,p.274, note p.sargos-J.Guique.

[80] Voir, cass civ 14 Oct 1997, J.C.P 1997, II, 22942, p.131, rapp p.sargos.

[81] Voir, Jean PENNEAU, les fautes médicales, juris classeur 1999, p.10.

[82] Voir, cass civ 07 Oct 1998, J.C.P 1998,II, 10179, concl.J.Saint Rose, note p.sargos.

[83] و من خلال القرار الصادر بتاريخ 14 اكتوبر 1997، الذي أظهر هو أيضا تغير قضائي مادام ان محكمة النقض الفرنسية في البداية لم تشر الى فكرة المخاطر الاستثنائية للعلاج. و تحدثت فقط عن أن الإعلام يكون قانوني، واضح و ملائم (loyale, claire et Appropriée) .و بهذا أرادت محكمة النقض أن تترك التفرقة بين المخاطر العادية المتوقعة و المخاطر الاستثنائية أيا كانت طبيعة العمل الطبي، و هذا في ظل قرار 07 اكتوبر 1998(المتعلق بالجراحة التجميلية) ، و أوجب على الطبيب أن يعلم مريض بكل المخاطر الجسيمة حتى ولو كانت استثنائية و التي من شأنها حسب المستشار sorgos، أن تجعل حياة أو السلامة الجسدية بخطر جمالي جد مهم .

و لكن و من هذا المنظور يمكن للطبيب أن يبرر عدم اظهاره للمريض لخطر جسيم ناتج عن العملية، بسبب ظروف خاصة أخذا بعين الاعتبار الضعف النفسي الخاص بالمريض التي تعد مبررا شرعيا للتخفيف من محتوى الاعلام و التي سماها sorgos بحدود الإعلام العلاجية.

و في هذا الصدد يتردد J. Penneu في قبول مثل هذا الاستثناء لأنه من الممكن أن يكون من صنع الاطباء "exeption de style" يصبح مخرج لترك هذا الالتزام و يصعب النزاع. Voir, J.Penneau, les fautes médicales, Op.Cit, p.11.

[84] Voir, J.Penneau, les fautes médicales, Op.Cit, p.11.

[85] أنظر، أسماء أحيد، أساس المسؤلية المدنية للطبيب الجراح دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، الرباط، 2009-2010، ص.136.

و أنه في الإستعجال، الإستحالة أو رفض المريض أن يتم إعلامه، فإنه يعفى الطبيب من واجب الإعلام لتعذر ذلك عليه[86].و الحقيقة أن عدم تبصير المريض بمخاطر العلاج الجراحي خطأ موجب للمسؤولية المدنية يقتضي أن يأخذ بعين الاعتبار التوازن المرجو بين المتناقضات التالية :

- أن يوجه الاعلام الى شخص المريض نفسه إذا كان في حال يسمح له بتلقيه[87]، باعتباره حقا لصيقا بشخصه و سلامة جسده أو الى أشخاص ثقة،
- حالة المريض النفسية و المعنوية ، مهل المريض بتقنية العلاج و النواحي الفنية للجراحة.[88]
- ألا تقل المعلومات عن المعلومات التي يقدمها من ظروف مماثلة طبيب مماثل بحسب ما هو متعارف عليه في مهنة الطب و في نفس التخصص[89].

بناء على ما سبق و تطبيقه على مرضى التحول الجنسي، فإن الأطباء ملزمون بأن يوجهوا إلى المغيرين لجنسهم شخصيا، - خاصة لأسباب نفسية -، معلومة واقعية و أكيدة (factuelle)، حول العلاج الجسدي. و أن أكثر ما يمكن إقتراحه طبيا هو التكيف للجنس الجديد هذا التكيف غير كامل و له سلبياته .

المغير لجنسه إلى أنثى يجب أن يدرك أن بعض الخصائص الجسدية (الطول، الشكل، الوجه، الوجنتين، الرجل، اليدين....) لا يمكن أن تتغير عن طريق الهرمونات، الذي ليس له نتائج مقنعة على اللحية و أن الثديين التي ستنمو توشك أن تكون جد صغيرة بالأخص شكل الجسم.و أن نتائج الفرج المصطنع من طرف جراح الترقيع (plasticien)، له خبرة تكون كافية، لكن الفرج الجديد ليس مطابق للفرج عادي للمرأة .

أما المغير لجنسه إلى ذكر يجب عموما أن ينتظر رجولة مذهلة، مع تطور نمو الشعر عادي و تغير نبرة الصوت لكن استئصال الثديين يترك ندبات في حين أن تشكيل قضيب هو عمل جراحي معقد، الذي في معظم الحالات يعطي قضيب جديد لا ينتصب (non érectile) .

المغيرين لجنسهم ينتظرون غالبا من الطب المستحيل، فيما يخص تكيف جسمهم مع الجنس المرغوب فيه، كما قال ambinder. Money 1978.لا يتعلق الأمر بالشفاء إنما إعادة التكيف (réadaptation)[90].
و لذلك فإن واجب الاعلام يوجه **<u>شخصيا</u>** للمرضى المحولين جنسيا، خاصة و أن معظم النظم التي أباحت هذه الجراحة تتطلب أن يكون بالغا من العمر 25 سنة أي أنه قادرا على تفهم المخاطر و آثارها.

أما في حالات التحول الجنسي **العضوي**، فمن الضروري القيام بالأعمال الطبية قبل مرحلة البلوغ لضمان نتائج طبية، و من تم فان الاعلام سيوجه إلى أولياء أمورهم أو الممثلين القانونيين لهم.

و ختاما نشير أن عمليات تغيير الجنس تتعلق بعضو حساس في الجسم و هو الأعضاء التناسلية التي لها دور مهم في الإنجاب و التناسل. و من تم فان الفريق الطبي ملزم بتبصير صاحب الشأن بكل ما يتعلق بتعديلها أو تقويمها أو إستئصالها و الجوانب الإيجابية و السلبية لإجراء الجراحة حتى يكون رضاء المريض المغير لجنسه بالتدخل الجراحي مستنيرا.

و بهذا الصدد إن أي إخلال بهذا الواجب جعل محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 ديسمبر 2004 ، تقرر بوضوح أن خرق واجب الاعلام لا يمكن أن يعاقب عليه إلا بعنوان فوات الفرصة (la perte de chance) التي خضع لها المريض[91].

---

[86] Voir, cass civ 07 Oct 1998, Op.Cit.
[87] Voir, Sargos, informations médicale un terrain très occupé, R.T.D.civ avr/juin 2008, p.272.
[88] أسماء أحيد، المرجع السابق، ص.137.
[89] مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.128.
[90] Voir, J.G.Gooren, le rôle du medecin Auprés du transsexuel, colloque 1993, Op.Cit, p.54.
[91] Voir, Jean Penneau, droit médicale, dalloz 2005, n°06, p.406.

رابـــعـــا: الإلـــتـــزام بـــبـــــذل عـنـــايـــة .

إن الرسالة المهنية للطبيب هي تقديم العلاج الضروري للمريض، و ليحقق ذلك على أكمل وجه عليه أن يبذل العناية اللازمة في علاج مريضه ليحقق التزامه كمبدأ عام ببذل عناية l'obligation de soin, و هذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي لمحكمة النقض بتاريخ 20 ماي 1936, في قرار Mercier و الذي أكد على أن :

العناية المطلوبة من الطبيب يجب أن تكون في نفس الوقت دقيقة consciencieux و يقظة Attentifs و مطابقة للمعطيات الثابتة علميا[92].و على هذا الأساس لا يكون الطبيب مقصرا في عناية للمريض، إلا اذا أثبت أنه لم يتصرف كتصرف طبيب عادي في نفس مستوى تخصصه و اجتهاده في هذا المجال[93].

و قد سار التشريع و القضاء الجزائري على هذا المسلك، فنص المشرع في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على : " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و الثقافي و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الإستعانة عند ضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين" فالطبيب لا يستطيع لأن يضمن الشفاء، بل عليه أن يقدم لمريضه العلاج الضروري و العناية اللازمة[94]، و الطبيب مهما أوتي من علم لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت أثناء معالجته للمريض، فهو لا يلتزم بمنع تفاقم تطور المرض، أو منع تدهور حالته الصحية، كما لا يلتزم بألا يخلق عنده عاهة بالغة، و بالتالي لا يستطيع الالتزام بمنع موت المريض[95].
و عند تنفيذ الطبيب للعلاج، لا يمكن له أن يتعهد بتحقيق نتيجة و لا يمكن أن يطالب بذلك المرضى[96].

و في حالة تغيير الجنس خاصة لأسباب نفسية فانه يصعب تحديد طبيعة العناية المطلوبة من الأطباء خاصة و أن تصور العلاج الجسدي تم شرحه جيدا من قبل Money :
أن تغيير الجنس ليس حالة قابلة للإنعكاس إذا لم نحكم التقنيات العلاجية الحالية. هو ليس أبدا تطور تدريجي متدهور، إنما يتعلق بعجز دائم يتطلب تلاؤم المريض من ناحية تواجده علاجا إعادة التعيين الجنسي في المجالات الإجتماعية الهرمونية الجراحية و القانونية هم بهدف جلب إرتياح للمغير لجنسه و إعادة دمجه و هذه ليس بعلاجات و الحال أنه لا يمكن الحصول على علاج معروف بوضوح لعلاج هذه الحالة في غياب سبب مبين بوضوح الذي يبق لأن يعرف[97].

خـــامـــســـا: الإلـــتـــزام بـــالـــســـلامـــــة Obligation de sécurité

أصبح علاج المريض يتطلب الاستعانة بالكثير من الأجهزة الطبية، و أن سوء استعمالها ينجز عنه إلحاق ضرر بالمريض.

و قد أثار الفقه مشكلة الخطر في حالة حادث طبي، هل يجب أن نعرض الضحية حق في حالة غياب أي خطأ؟ و قد نجح الاجتهاد القضائي بفرنسا في تعويض بعض ضحايا الحوادث الطبية بدون خطأ.

و في هذا المجال فان الاجتهاد القضائي بفرنسا لم يتردد في أن يخلق التزام لضمان سلامة المريض؛

---

92 Voir, Patrice Jourdin, juris class 1999, Op.Cit, p.07.
Cass civ, 20 mai 1936, Op.Cit.
93 Voir, J.Penneau, les fautes médicales, Op.Cit, p.09.
94 أنظر، عشوش كريم، المرجع السابق، ص.94.
95 Voir, cass civ, 28 juin 1960, J.C.P 1980,II,11987,note Savatier.
مشار إليه في عشوش كريم، المرجع السابق، ص.94.
96 Voir, Patrice Jourdin, juris class 1999, Op.Cit, p.05.
97 Voir, J.G.Gooren, le rôle du medecin Auprés du transsexuel, colloque 1993, Op.Cit, p.54.

و الذي يقصد به التزام بتفحص حالة الأدوات و وجود أجهزة ضرورية للجراحة، إلتزام بتطهير و تعقيم الأجهزة، و واجب الجراح أن يساعده طبيب التخذير و يحيط به أشخاص أكفاء. هذه الإلتزامات هي التي تسمح بإثبات خطأ الطبيب[98].

الإجتهاد القضائي وضع الالتزام بالسلامة، و محكمة النقض رفضت إدخاله في العقد الطبي[99].و لذلك فان الإلتزام السلامة هو أمر خارج العمل الطبي رغم اقترانه به[100].و بهذا فإن الإلتزام بالسلامة هو قضائي النشأة و ليس قانوني و المفروض على ممووني **الأدوية** المعيبة يقودنا لخلق الالتزام بنتيجة و هو عدم الضرر بالأدوية المقدمة من الطبيب[101].مع ذلك فانه بموجب قرار آخر لمحكمة النقض بتاريخ 2003/02/04، أجرت تفرقة بين الاستعمال و وضع الأدوات، المسؤولية مبنية على الالتزام **بوسيلة** في هذا المجال[102].و من تم فان الطبيب عليه أن يتحقق من صلاحية **الأدوات** الطبية التي يستخدمها في التشخيص أو العلاج. كما عليه أن يتأكد من صلاحية **الدواء** ضمانا لسلامة المريض، و عليه فهو لا يلتزم فقط بذل عناية صادقة ، يقظة بل عليه ان يضمن سلامة المريض أيضا، و هو الحد الأدنى الذي ينتظره المريض من طبيبه[103]. و يشكل هذا الالتزام تأمينا لصالح المرضى[104].

سادسا : الإلتزام بالاستشارة الطبية .

الإستشارة الطبية؛ هي ما يحصل من تشاور بين الأطباء بهدف إستجلاء التشخيص للحالة المرضية المعروضة عليهم
أو الوصول إلى أفضل خطة لعلاجها. و هي مشروعة لقوله تعالى : "....و شاورهم في الأمر..."[105].و لا غنى عنها في الأمور الطبية و خاصة **الخطيرة** منها و تشعب الفروع الطبية أدى إلى عجز الطبيب عن القطع برأيه منفردا في الكثير من الحالات المرضية. و يجب على الطبيب المعالج استشارة زملائه إذا رأى ضرورة لذلك. حرصا على مصلحة المريض و حماية لنفسه من المساءلة على تقصيره إذا كانت الحالة بحاجة فعلية للإستشارة الطبية[106].

و قد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام إذا اقتضت ضرورة ذلك موجب المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب " يلتزم الطبيب.....و الاستعانة عند الضرورة، بالزملاء المختصين و المؤهلين...."
و باعتبار ان تغيير الجنس يعتبر من الحالات الخطيرة، و بهذا يجب ان تكون هناك خبرة مهنية طويلة لمن سيكون في الاستماع لنداء المساعدة للمغيرين لجنسهم الذي هم في معاناة .
نحن نعلم ان هناك بعض الأطباء سليمي القصد لكن ليس لديهم خبرة يقنعونهم المغيرين لجنسهم بأن يصفون لهم دواء الهرمونات أو يجرون بعض الأعمال الجراحية. و مثل هذه العلاجات هي جد خطيرة لأنها سابقة لأوانه أو غير مرغوب فيها. و لهذا علاجات إعادة التعيين الجنسي يجب ان يعهد بها إلى فريق طبي متعدد الاختصاصات، و هذا الأخير يجب عليه ان يجتمع بصفة منتظمة ليتمكن من الحوار بسهولة، و يصوب تضامنيا إلى نجاح العلاج و يمكن ان يكتسب خبرة عيادية من هذه الحالة النادرة. و هؤلاء الأعضاء يمكن أن يتعاونوا باتفاق الأطراف في التخصص المتعلق بعلاج هذا الاختلال الجنسي، و أن

---

98 Voir, Patrice Jourdin, juris class 1999, Op.Cit, p.07.
99 Voir, Patrice Jourdin, juris class 1999, Op.Cit, p.07.
100 أنظر، محمد أنس ابراهيم،المرجع السابق، ص.276.
101 Voir, Patrice Jourdin, juris class 1999, Op.Cit, p.07.
102 Voir, Emmanuel Terrier, responsabilité medicale :retour pour le future, D 2005,n°31, p.2133.
103 أنظر، سمير عبد سميع الأوذن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخذير و مساعديهم، شركة الحلال للطباعة، الإسكندرية، سنة 2004، ص.336.
104 أنظر، عبد الرشيد مامون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار الهضة العربية، القاهرة، سنة 1986، ص.81-82.
105 أنظر، سورة آل عمران، آية رقم 159.
106 أنظر، أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط 1، سنة 2000، ص.18-83. مشار إليه في محمد أنس ابراهيم، المرجع السابق، ص.278 الهامش 1.

الأعمال هذه إذا كانت في مركز علمي، يمكن ان تكون هناك أبحاث حول هذه الحالة أيضا المعروفة بطريقة سيئة[107].

و أنه إذا لم يقم الطبيب باستشارة اخصائيين ذوي خبرة في مجال حالة المريض بالذات فان ذلك سيؤدي إلى عدم التوصل إلى التشخيص المناسب للحالة و تترتب على ذلك قيام مسؤولية الطبيب[108].

سابعا: الإلتزام بالمراقبة الطبية لحالة المريض .

هذا الالتزام هو قبل كل شيء التزام قانوني تفرضه القوانين الطبية و يلتزم به الطبيب و لو لم يوجد عقد علاج. يلتزم بموجبه الطبيب بمراقبة صحة مريضه و الاعتناء به خلال مراحل مرضه. و لا يمكن له أن يتحرر من مهنته إلا بضمان مواصلة العلاج للمريض[109]، سواء بإستخلافه بطبيب آخر أو بإنتهاء العلاج أو بإستغناء المريض عن خدماته.

و يظهر بصفة واضحة التزام مراقبة صحة المريض خاصة في التدخلات و العمليات الجراحية، و بعد إنتهائها، إذ على الطبيب التأكد و مراقبة صحة المريض منذ بداية العلاج أو العملية الجراحية إلى غاية الإستفاقة الكاملة[110].
إن إخلال الطبيب بمثل هذا الالتزام يعتبر بمثابة إهمال أو ترك المريض يعرضه للمسؤولية إذا تسبب في ضرر للمريض، غير انه قد يجد الطبيب لنفسه مبررا لترك مريضه و عدم مراقبته، إذا إستعان هذا الأخير بطبيب آخر خفية عن طبيبه المعالج، أو امتنع المريض عن دفع أتعاب الطبيب أو أساء له قولا و فعلا، بشرط ألا يكون الترك و عدم المراقبة في ظرف غير لائق أو غير مناسب و التحمل مسؤولية عما يترتب من ضرر[111].

و بالنسبة لتنفيذ هذا الالتزام في إطار عمليات التحول الجنسي، فان الفريق الطبي المتعدد الاختصاصات يتابع حالة الخنثى العضوي في أعضائه التناسلية و يشخص الغموض أو التشوه الخلقي الذي أصابها ويتابع حالته الجنسية ليقرر نوع الجنس الذي يصحح عليه المريض و يتخذ ما يراه مناسبا حسب الأصول الطبية لإجراء جراحة التصحيح الجنسي له .

في حين ان الخنثى النفسي و نظرا لعدم معرفة أسباب هذا المرض أو الوهم الذي يسيطر على اعتقاد المريض فان المختصين طبيا لا يمكن لهم ان يشخصوا المرض إلا بعد إخضاع الشخص لمتابعة و ملاحظة لمدة على الأقل بعامين من طرف فريق طبي له كفاءة خاصة و يكون من ضمنهم طبيب نفساني.[112]

ثامنا: الإلتزام بالمحافظة على السر الطبي .

لم نجد تعريفا للسر الطبي في التشريعات المختلفة، و ربما ذلك تماشيا مع العرف التشريعي في عدم وضع تعريفات و ترك ذلك لإجتهاد الفقه و القضاء. و قد يعود ذلك إلى أن تحديد مسألة السر تختلف باختلاف الظروف فما يعد سرا لشخص قد لا يعد كذلك لآخر. و ما يعد سرا اليوم لا يعد في ظرف آخر

---

[107] Voir, J.G.GOOREN, le rôle du médecin Auprés du transsexuel, XXIIIe colloque 1993, Op.Cit, p.57.
[108] سهيل يوسف الصويص، المرجع السابق، ص.116.
[109] أنظر، المادة 50 من مرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر.
[110] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.145.
[111] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.145-146.
[112] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.440 n°1291.

سرا. و قد وجدنا تعريف من أحد رجال القانون للسر الطبي بأنه " كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات مهما كانت طبيعتها سواء ما يتعلق منها بالمريض أو ظروفه أو بحالته سواء أفضى بها المريض أو الغير أو علم بها الطبيب بمناسبة العلاج أو الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها، و كان للمريض أو لأسرته أو لغيرهم مصلحة مشروعة في كتمانه[113].
بمعنى بسيط يقصد به؛ ذلك الإلتزام الذي يفرض على الطبيب التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه خلال ممارسة مهنته[114].
و لاشك أن المشرع الجزائري في المادة 36 و ما بعدها من مدونة أخلاقيات الطب قد أقر هذا المبدأ في إطار الواجبات الطبية و أخلاق المهنة. و لكن الشيء الذي يهمنا في هذا المجال هو الإلتزام بالسرية المستخلص من عقد العلاج الطبي. و بطبيعة الحال تعددت النظريات حول ذلك، و من ذلك فالنظرية **المطلقة :** تلزم الطبيب بعدم الإفشاء بالسر المهني بصفة مطلقة مستندة إلى فكرة النظام العام. أما النظرية **النسبية** ترى ان هذا الالتزام هو **اتفاق** بين المريض و الطبيب صريحا كان أو ضمنيا، و هذا معناه انه بإمكانه إفشاء السر الطبي إذا كان ذلك في مصلحة المريض أو المصلحة العامة.

و لذلك هناك من قال أن الإلتزام بالسرية ينبع من عقد العلاج لكن ليس ذلك هو كل شيء إذ الحقيقة أنه يقوم على أساسين مصلحة المريض و المصلحة العامة إذ من الممكن للمريض أن يعفي الطبيب من هذا التزام لكن مع ذلك يبق الطبيب صامتا لأن ذلك فيه تحقيق للمصلحة العامة، و من تم هذا الإلتزام لا تنهيه إرادة أحد الطرفين[115].
و كما هو معروف في حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية فان المغيرين لجنسهم غالبا و لكن من الأحسن أنهم ليسوا دائما منقطعين عن عائلتهم و أصدقائهم، و يجب لهم عموما إقامة علاقات جديدة و هذا الأمر ليس بالأمر الهين.من جهة، يمكن لهم السعي إلى التستر، كون الهوية الجنسية جديدة. لكن من جهة أخرى، هذا السر (secret)، يؤثر على العلاقات المستقبلية.ما دام أن إكتشاف الحقيقة يمكن أن يهدم الثقة التي تفترضها كل علاقة. الدور الجنسي الجديد يوشك أيضا أن يحد من امكانية العمل .فماذا عن الطبيب الذي يشرف على جراحة تغيير الجنس هل هو ملزم أن يكتم السر المهني و لا يكشف على أن صاحب الشأن قد غيّر حقيقة جنسه الأصلي، إذا طلب منه من طرف الغير معلومات، خاصة إذا تعلق الأمر مثلا بزواج؟ لاشك أن الإجابة صعبة و على الطبيب مراعاة دائما مصلحة المريض و المصلحة العامة و هو يقدم على الإلتزام بالسر المهني. و هي مسألة تقدير حسب ظروف كل حالة و طبيعة المعلومات و صفة الغير الذي يطلب الإدلاء له بمعلومات تحتوي على مثل هذه الخصوصية، و هو أمر ليس بالهين.
و نحن نرى أنه إذا تعلق الأمر بزواج و طلب أحد الزوجين معلومات عن المغير لجنسه أي الزوج الآخر، فإنه من حقه معرفة مثل هذا الأمر لأن إخفاء مثل هذه الحقيقة تجعله رضاه مشوب بعيب من عيوب الإرادة و هو التدليس و يمكنه ان يتراجع عن الزواج كما سنراه عند الحديث عن آثار تغيير الجنس على الزواج. و لكن الأمر في نفس الوقت يتطلب من الطبيب نوع من الحيطة، بأن يأكد بكل الطرق من حقيقة صفة هذا الغير، و ألا يكون يدعي هذه الصفة للحصول على مثل هذه المعلومة فقط للمساس بالحياة الخاصة للمغير لجنسه، و هو الأمر الذي قد يؤدي الى قيام مسؤولية الطبيب عن إفشاء السر الطبي.
أما إذا تعلق الأمر بالحصول على وثائق طبية لتعديل الحالة المدنية و الوثائق الرسمية لمغير لجنسه كتقديم تقارير طبية بحالته المرضية فان الطبيب لا يعد متجاوز حدود إلتزامه تغليبا للمصلحة العامة أو مصلحة المريض كما سبق التوضيح.

تاسعا: الإلتزام بالمحافظة على الأعضاء المستأصلة .

هذا ليس بإلتزام قانوني و لكن ما دمنا في عقد علاج طبي، فانه يمكن للطرفين المتعاقدين أن يتفقا على إلتزامات أخرى لا يكون فيها إخلال بالنظم العام و لا بقواعد أخلاقيات الطب، و قد أثار إنتباهي أمر مهم في هذا الصدد هو رأي أحد رجال القانون و هو الدكتور الشهابي في رسالته الذي يقترح ان يلتزم الطبيب

[113] أنظر، ثائر جمعة شهاب العانى، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،سنة 2013،بيروت- لبنان، ص.135.
[114] عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.75.
[115] أنظر، عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.76 و ما بعدها.

بالمحافظة على الأعضاء المستأصلة من الجراحة بحسب الأساليب العلمية المتبعة في هذا الخصوص حتى و لو لم يطلب المريض منه ذلك (ولكن لا يوجد ما يمنع حسب رأيي ان يتمسك المريض نفسه بهذا الالتزام لأن فيه محافظة على أعضائه وله مصلحة في ذلك) باعتبار ان الأعضاء لم يتم استئصالها لعلة مرضية مما يعني إمكانية الاستفادة بها شريطة الإلتزام بالضوابط الشرعية في هذا الخصوص و بالكيفية التي تحددها اللجنة الطبية التي إقترحها في رسالته[116].

لكن السؤال الذي يبقى مطروحا ماذا لو أراد المغير لجنسه أن يرجع إلى الحالة التي كان عليها قبل إجرائه جراحة تغيير الجنس؟ هل يجوز له ان يطالب بتغيير جنسه للمرة الثانية بحجة حالة اللاإرتياح في النوع و هو الأمر الذي لم يطرح لحد الآن على الساحة الطبية حتى في الدول التي أباحت جراحة تحول الجنس.[117]

الفـــرع الثـــاني

محتوى التزامات المريض المغير لجنسه .

مادام أن عقد العلاج الطبي هو من العقود الملزمة لجانبين، فان كل متعاقد يلتزم تجاه الآخر بإلتزامات فبعد معرفة التزامات الطبيب، لابد من معرفة الإلتزامات المقابلة للمريض التي يفرضها عليه الواقع الطبي.و سنتناولها في نقطتين:

أولا : إلتزام المريض بمد الطبيب كافة المعلومات عن حالته الصحية. عموما يلتزم المريض بمساعدة الطبيب في التعرف على نوع المرض الذي يعاني منه بتزويده بكل المعلومات الضرورية التي لها علاقة بمرضه ليتمكن من خلالها إختيار طريقة العلاج المناسبة.

لكن هناك حالات يصعب على المريض فيها ان يفي بهذا الإلتزام، كحالة الضرورة والإستعجال أو حالة الإغماء أو فقد الوعي، مما لا تسمح به حالته بإخبار الطبيب بما يحتاجه من معلومات، فما على الطبيب إلا التحري و بذل العناية اللازمة ليتوصل لتشخيص المرض و علاجه.
و لا يمكن للطبيب رفض تقديم العلاج بحجة عدم حصوله على المعلومات من المريض، إذ لا يحق له ترك المريض في حالة خطر، ولا يضمن مواصلة العلاج لأن ذلك سيعرضه للمسؤولية[118].
و بناءا على ذلك، فإن مرضى التحول الجنسي في حالة الخنوثة العضوية سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثليهم القانونيين عليهم الإدلاء بالمعلومات اللازمة للوقوف على طبيعة حالتهم المرضية و التعرف على أسباب التباسهم الجنسي و التشوهات الخلقية التي تعتريهم و هذا للتمكن من التأكد من الجنس الراجح.
و من تم علاجهم للتمكن من تصحيح أعضائهم التناسلية.

و نفس الالتزام يواجهه مرضى تغيير الجنس لأسباب نفسية الذين عليهم الإدلاء بكل ما يتعلق بإحساسهم الجنسي المقابل و كذا تقديم توضيحات حول تاريخ وجوده و تطور الحالة في خضم السنوات الأولى (علاقته مع والديه، و نظرائه، اختياره للألعاب و الملابس...) و كذا في سن المراهقة (حول بلوغه، الجنسية، مصاحباته....)[119].
بمعنى الأسباب التي أدت إلى هذا التناقض بين الجنسي البيولوجي و الإحساس النفسي ليساعد الطبيب في تشخيص المرض و تقرير العلاج المناسب.

---

[116] أنظر، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.379.
[117] Voir, Haute Autorité de Santé, Nov 2009, Op.Cit,p.39.
[118] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.154-155.
[119] Voir, Jaap E.Doek, Rapport général, colloque 1993, Op.Cit, p.227.

و أحيانا نجد ان المريض عموما يتعمد إخفاء بعض الحقائق عن مرضه أو يعطي للطبيب معلومات خاطئة عن عمد أي كذب أو عن جهل منه، مما يضلل الطبيب و يجعل تشخيصه خاطئ و يوقعه في أخطاء تضر بصحة أو حياة المريض، وهذا ما يجعل المريض يتحمل النتائج الضارة على عدم تعاونه مع الطبيب و تكون المسؤولية مشتركة بينهما إذا تسبب في ضرر ما[120].

فالمغير لجنسه يريد الوصول لإجراء الجراحة مهما كان الأمر و لهذا قد يغير لا إراديا أو عمديا تاريخه الشخصي، و لهذا على الطبيب الحصول على معلومات من أقاربه، والديه أو أشخاص يعززون أقوال المريض[121].
و بهذا لا يكتفي الطبيب بالمعلومات التي يقدمها المريض لتشخيص المرض وإنما عليه بذل العناية اللازمة لاتخاذ جميع الطرق العلمية الممكنة لإيجاد علاج مناسب، باعتبار المريض قد يكون ليس على درجة معتبرة من الوعي فلا يستطيع إعطاء فكرة صحيحة عن طبيعة مرضه و إلا فان الطبيب سيكون عرضة للمسؤولية.

ثـانـيـــا : الإلـــتـــزام بـــدفـــع الأتـــعـــــــاب .

يقصد به ذلك المقابل المالي المعادل للخدمة المقدمة[122].و يعد التزام المريض بدفع مقابل العلاج أو مقابل ما قدمه الطبيب من علاج للمريض بعد بذله لجهد فكري أو عضلي ان اقتضت الضرورة[123].و لا يوجد أي تحديد رسمي لأتعاب الطبيب و إنما ترك المشرع حرية في تحديد الأتعاب لطرفي العقد، إذ نص في المادة 57 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على : " يجب ان يجتهد الطبيب أو جراح الأسنان في تسهيل حصول مرضاه على الامتيازات الاجتماعية التي تتطلبها حالتهم الصحية، دون ان ينقاد لأي طلب مبالغ فيه. و يمنع كل تحايل أو إفراط في تحديد **السعر** أو إشارة غير صحيحة للأتعاب أو الأعمال المنجزة".

و بهذا فإن تحديد الأتعاب من المفروض أن يتم بكل حرية بين الطبيب و المريض لكن الواقع جرت العادة ان الطبيب هو الذي يحدد أتعابه و ما على المريض إلا أن يقبل به و يخضع للعلاج خاصة و أن المعاناة التي تهدد حالته الصحية ستمنعه من البحث عن قيمة الأتعاب، و الأكثر من ذلك فإنه لا يوجد معيار موضوعي، يمكن ان يعتمد عليه ليتسنى له مناقشة قيمة الأتعاب.

و لكن مهما كانت حرية الطبيب في تحديد أتعابه إلا انه يمنع عليه المبالغة في تحديد أتعابه او أي تحايل في تحديد الأتعاب.

و مع هذا فالملاحظ أنه في البلدان التي أجازت عمليات التحول الجنسي، فان العلاج فيها مكلف، لكنه الثمن الذي يلزم المغير لجنسه أن يدفعه ليتخلص من الوسواس الذي يسيطر عليه، باعتقاده بالانتماء إلى الجنس المقابل[124].

وقد إعتبر J. Breton، أن الجراحة ممكنة للمغير لجنسه، وأن هناك تكفل من طرف الضمان الإجتماعي لهذه الجراحة.[125]

إن بقاء أصحاب الشأن في المصحات النفسية لمدة طويلة باهظ بالنسبة للتأمين الاجتماعي و أن يوم واحد في المصحة قد يكلف معدل 800 فرنك أي بمبلغ 300.000 فرنك في السنة[126] (أما الآن فقد يكون المبلغ

---

[120] عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.87.
[121] Voir, Russel W.Reid, colloque 1993, Op.Cit, p.34.
[122] عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.87.
[123] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.150.
[124] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.422 n°1219.
[125] Voir, J.Breton, étude nosographique…, Op.Cit, p.30.

تضاعف).هذه الأتعاب يستحق دفعها للطبيب حتى و لو لم ينجح في التدخل الطبي لأن التزامه هو يبذل عناية و ليس بنتيجة.

و إذا إمتنع المريض عن دفع أتعاب الطبيب، فعلى هذا الأخير إثبات ذلك باعتباره مدعيا و من تم يستطيع ان يرفع دعوى قضائية للحصول على مستحقاته التي في ذمة المريض[127].

و بالرجوع إلى المادة 310 من القانون المدني الجزائري فان حق الطبيب في أتعابه يسقط بالتقادم بمرور سنتين.[128]

و من هنا يمكن الوصول للقول أن التزام المريض هو **دائما بنتيجة**، مؤداه قيامه بدفع الأتعاب المتفق عليه إلى الطبيب في عقد العلاج إضافة إلى مدة بالمعلومات المتعلقة بحالته المرضية إلا أن الطبيب ليس ملزم بشفاء المريض لأن ذلك بيد الله تعالى وحده، لكن يبقى الطبيب بحسب الأصل ملزما ببذل عناية صادقة تجاه مريضه حسب الأصول العلمية المستقرة في الطب، و لكن هناك حالات قد تتطلب منه أن يحقق نتيجة و إلا لن يقدم على العلاج مثلما هو مستقر عليه الاجتهاد القضائي في الجراحة التجميلية، فماذا عن طبيعة التزام الفريق الطبي الذي يجري جراحة تغيير الجنس ؟

المـطـلــب الـثــانـــي

طـبـيـعـة الـتـزامـات أطـراف عـقـد الـعـلاج الـطـبـي

تقدم العلوم الطبية المتعلقة بجسم الإنسان جعل الطبيب لديه التزامات تجاه المريض كما سبق التوضيح، و لكن بالمقابل نجد أن المريض في ظل هذه الظروف أصبح له وجهة نظر مستقلة عن نظرة الطبيب المعالج لتخوفه مما أصاب مرضى آخرين و المضاعفات التي مست بسلامة جسمهم البدنية. الأمر الذي أدى به إلى إستشارة أكثر من طبيب قبل خضوعه لأي علاج. و من هذا المنطلق فإن الساحة الطبية كشفت عن ضرورة أن تكون العملية الجراحية التي قد يخضع لها أي مريض تتم من طرف فريق طبي متخصص.

و من هذا كله يمكن أن تنشأ علاقة تعاقدية بين طبيب واحد و المريض، كما يمكن أن تتواجد علاقة تعاقدية بين مريض، و مجموعة من الأطباء.و هذا هو الحال في جراحة **تغيير الجنس** التي تتم ضمن فريق طبي متعدد الإختصاص[129].

و قد ظهرت مشاكل علمية و قانونية بين المريض و الطبيب عن مدى التزام هذا الأخير عما لحق المريض من أدى وعدم تحقق الشفاء المرجولة. و بهذا ثار تساؤل **بعيـــد** عن نوع المسؤولية المدنية أهي عقدية أم تقصيرية؟ إنما يكمن في تكييف إلتزام الطبيب أهو ببذل عناية (بوسيلة) أم بتحقيق نتيجة (السلامة).و تكمن أهمية التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة في أمرين :

1- تحديد متى يكون الطبيب مخطئا؟

---

[126] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.448 n°1326.
[127] أنظر، عبد الرشيد مامون، المرجع السابق، ص.91.
[128] تقابلها المادة 2272 من القانون المدني الفرنسي.
[129] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.498 n°1553.

2- على من يقع عب الإثبات؟ طبقا للقواعد العامة وتطبيق ذلك على علاقة المغير لجنسه بالفريق الطبي إذا خرج عن الأصول الطبية المستقرة علميا و هذا ما سنتطرق إليه تباعا.

الـــفـــــرع الأول

التزام الطبيب ببذل عناية (القواعد العامة).

بالرجوع إلى القواعد العامة المدنية و قواعد مهنة الطب سواء في العلاقة التعاقدية بين المريض وطبيبه أو غير التعاقدية. فان الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، لأنه أمر يبد اله تعالى و مشيئته و بالرجوع إلى المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي جاء فيها : " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم **علاج لمرضاه** يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الاستعانة، عند الضرورة، بالزملاء المختصين و المؤهلين ".

فالمقصود بالإلتزام ببذل عناية أو بوسيلة، هو قيام الفريق الطبي ببذل جهود صادقة، وعناية يقظة تتفق في غير الظروف الإستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب.[130]و يكاد ينعقد إجماع الفقه على أن أصل إلتزام الطبيب في مواجهة المريض إلتزاما عاما بالحرص و العناية، ألا يلتزم الطبيب بشفاء المريض، إنما يبذل عنايته و حرصه. لأن نتيجة شفاء المريض أمر احتمالي غير مؤكد، سواء بذلك وجد الالتزام مصدره في القانون أم في العقد[131].
و يستند الفقه في تحديد العناية اللازمة إلى معيار **الإحتمال**، فإذا كانت الغاية من الإلتزام غير محققة الوقوع أو الإحتمالية يكون الإلتزام دائما ببذل العناية الممكنة[132].

و المستوى المهني يدخل في تحديد إلتزام الطبيب، فالطبيب العام لا يتحمل نفس الإلتزامات التي يتحملها الطبيب المتخصص، إذ يطلب منه قدر من العناية يتفق مع هذا المستوى[133].
إن إلتزام الطبيب ببذل جهود متفقة مع الأصول العلمية الحديثة لا يتماشى مع استعماله لطرق طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث. و له الاجتهاد في اختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض و الإمكانيات المتاحة لعلاج الحالة المرضية[134].

و من تم فان الطبيب لا يكون **مخطئا** مادام قد بذل العناية الواجبة عليه **و لو لم** تتحقق النتيجة المرجوة من العمل الطبي الذي باشره على جسد المريض. أما إذا لم يبذل العناية المطلوبة منه يكون مخطئا لتقصيره. و عبء إثبات خطئه يقع على عاتق المريض.[135]
و لقاضي الموضوع سلطة في تقدير الأفعال المنسوبة للطبيب أو للفريق الطبي إذا كانت تنطوي على خطأ فني بخروجه على الأصول الطبية العلمية الحديثة. و هو أمر فني يتطلب معرفة كافية بالأصول الطبية وهو الأمر الذي يعود لاختصاص الخبراء (les experts). و يحتفظ القاضي بحقه وفقا للمبادئ العامة في تقدير الخبرة فهو غير ملزم بها فله أن يرفضها و عليه أن يسبب حكمه تسبيبا كافيا[136]. و بالمقابل إذا قرر الأخذ بها فيجب عليه أن يأخذها كما هي دون تحريف لأن الطبيعة الفنية لعمل الخبير تحول دون أية منازعة فيه[137].

---

[130] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.147.
[131] أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص.43.
[132] أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص.43.
[133] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.149.
[134] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.150.
[135] تساؤل النائب Matter في مرافعته أمام محكمة النقض، مذكور في أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص.45.
[136] أنظر، المادة 144 من قانون08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية 23 أفريل 2008، العدد 21، المتضمن قانون الإجرءات المدنية و الإدارية الجزائري، الذي دخل حيز التنفيذ سنة بعد نشره في الجريدة الرسمية حسب المادة 1062 منه.
[137] أنظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، ص.220.

الـــفـــرع الـثـانـــي

إلـتـــزام الـطـبـيـــب بـتـحـقـيـــق نـتـيـجـــــــة

يشكل الإلتزام بتحقيق نتيجة **إستثناءا** بطبيعته يهدف الطبيب أو الجراح إلى تحقيق غرض **محدد** بعينة، و بذله للعناية الكاملة تجاه مريضه، مهما كانت الظروف التي تجرى فيها العملية الجراحية.[138]

إن الإلتزام بالسلامة يعني أن الطبيب له الإلتزام بتحقيق نتيجة، و هو لا يعني الالتزام بشفاء المريض، إنما هو متعلق بالأجهزة و المواد في مجال الصحة **وإستعمالها** في تنفيذ عمل البحث أو العلاج[139]. أي أنه يلتزم بألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية و ألا ينقل إليه مرضا آخر نتيجة عدوى أو ن نقل الدم أو خلافه[140].
و المتفق عليه أن قواعد القانون المدني، فيما يتعلق بالمحل التزام المدين (بتحقيق نتيجة) معين بذاته[141]، فإذا لم تتحقق النتيجة، و نفي المسؤولية يتطلب إثبات وجود السبب الأجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة المرجوة و هذا ما أكدت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري. و بتطبيق ذلك على مسؤولية الطبيب عن الإلتزام بالسلامة الذي هو إلتزام بتحقيق نتيجة و لا يكون لفكرة الاحتمال فيها أي مجال، و لا يمكن أن توضع حدود في ضوء التقدم العلمي المستمر[142].

و من تم فإن الإلتزام بتحقيق نتيجة يجعل الطبيب مسؤولا حالة عدم تحقق النتيجة حتى لو بذل في سبيل تحقيقها العناية الواجبة عليه. و يعتبر **خطأ** الطبيب **مفترض** لا يحتاج إلى إثبات و دفع المسؤولية عن نفسه الذي عليه **إثبات** السبب **الأجنبي** الذي حال دون تحقق النتيجة .

الفـــرع الثـــالـــث

تحديد طبيعة التزام الفريق الطبي في حالات تغيير الجنس .

التزام الفريق الطبي في عمليات تغيير الجنس يتميز بنوع من الخصوصية نظرا لدقة التدخل الجراحي و يختلف حسب نوع التغيير الحاصل الذي قد يكون لأسباب عضوية أو نفسية و هذا ما سنتعرف إليه تباعا:

أولا : لأســبـــاب عـضـــويـــــــة .

يعد التزام الفريق الطبي في جراحة تصحيح الجنس في حالة الازدواج الجنسي العضوي يختلف حسب المراحل التي يمر بها العلاج وهذا كما يلي :

1- في مرحلة الفحص و التشخيص، المفروض ان تشخيص المرض هو التزام على عاتق الطبيب وهو التزام ببذل عناية نظرا لتشابه أعراض الكثير من الأمراض وغموضها. إلا ان هناك من يعتبر أن الأمر ليس كذلك في حالات تحديد النوع الراجح التي يكون فيها الأطباء ملتزمين بنتيجة وليس ببذل عناية، ويبررون ذلك بكون أن هذه المرحلة لا مجال للاحتمال فيها، فالتحاليل الطبية المطلوبة تقع على شيء **محدد** و هو تكوين خلايا الشخص إذا كانت ذكرية أم أنثوية، و الأشعة أيضا تقع على شيء محدد و هو وجود أو عدم وجود الأعضاء التناسلية للشخص.

---

[138] أنظر، سميرة أقروروا، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2009-2010 ، ص.119.
[139] Voir, Emmanuel Terrier, Op.Cit, p.2133.
[140] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.155.
[141] أنظر، المادة 94 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.
[142] أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص.48.

ففي هذه المرحلة تحدد الحقيقة الجنسية للخنثى وفق الأصول العلمية المستقرة و يمكن تشخيص الحالة التي يعاني منها معرفة الجنس الراجح للمريض و من تم فإن إلتزام الطبيب هو تحقيق نتيجة[143].
إلا أنه في حالة الخنثى الحقيقي **فإننا نرى**، أن التشخيص أحيانا يكون صعب، لأن الخصائص الجنسية للذكر و الأنثى متساوية، لا يمكن فيها الترجيح للطبيب، و إنما يصبح للمريض الدور الأكبر في تحديد ميله الجنسي إلى أحد الجنسين. و هنا يكون للطبيب إلتزام ببذل عناية.(رأيي الخاص)

2- في مرحلة العلاج النفسي أو الهرموني : فان التزام الفريق الطبي هو التزام ببذل عناية، وذلك باستعمال وسائل العلاج المعروفة علميا، إلا انه لا يمكن أن يضمن فعالية هذا النوع من العلاج ونجاحه، إنما يبذل كل جهوده ليتقبل المريض نفسيا النوع الذي سيصحح جنسه عليه، و قد يتناول هرمونات وفقا لما تتطلبه حالته الجنسية وفقا للأصول العلمية. و يمكن ألا يتقبل المريض الجنس المرجح له طبيا لأي سبب كان. و لذلك فان الفريق الطبي ليس ملزما بتحقيق نتيجة إنما ببذل العناية اللازمة.

3- في مرحلة الجراحة : النتيجة المنتظرة في هذه المرحلة هي الوصول إلى تحديد النوع الراجح وذلك بجعل الأعضاء التناسبية للمريض تكتسب المظهر الطبيعي للنوع المرجح له .

و لذلك يرى الدكتور الشهابي ان التزامه هنا هو تثبيت المريض على الذكورة بجعل أعضاؤه التناسلية لها مظهر طبيعي للذكر، و إذا كانت المريضة على الأنوثة، و هو يرى أن التزامه هنا هو بتحقيق نتيجة[144].

إلا أننا لا يمكن لنا التسليم بهذه الحقيقة و هذا لسبب بسيط هو كون أن هناك بعض الحالات المرضية قد يصعب فيها اكتمال الأعضاء التناسلية الخاصة بالنوع الغالب أو عدم اتخاذ الأعضاء التناسلية الحجم و الشكل المناسب المتفق مع الجنس الطبيعي المرجح عليه. و لذلك فان التزامه لازال ببذل عناية.
الأكثر من ذلك فانه قد تتم جراحة للتصحيح الجنسي للمريض و لكن قد لا تكون أعضائه التناسلية ذات فعالية ونشاط و مع ذلك لا ينسب للطبيب أي خطأ فني.
إلا إذا كان تسبب بخطئه في عدم فعالية العضو فتقوم مسؤوليته ما لم يقم الدليل على وجود بسبب أجنبي مثل تأخر المريض لإجراء الجراحة أو رفض المسؤولين عن القاصر بخضوعه للجراحة حتى بلوغه سن الرشد.

ثـــانـيـــــا : لأســبـــــاب نـفـسيـــــــــة .

ما اتفق عليه الطب في جراحات التحول الجنسي أن الجراحة لا تعدو إلا أن تكون جراحة لتغيير ظاهري لجنس الشخص.إذ لا يمكن تغيير كروموزومات الشخص لثباتها . و لا المساس بالجنس الوراثي له أي بخصائصه الوراثية و إنما فقط المظاهر التشريحية السطحية التي يمكن تغييرها بالمساس بالأعضاء التناسلية الظاهرية و إعطائها الشكل الخارجي للجنس الآخر.

فالأمر المسلم به علميا أن الجانب الكروموزومي و الوراثي أو البيولوجي لجنس الشخص لا يمكن و من المستحيل تغييره إذ هو بيد الله تعالى و من تم فإن التزام الفريق الطبي هو بذل عناية و لا يمكن أن يلزم بأية نتيجة و الأكثر أنه لا يمكن له المساس به.

---

[143] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.380-381.
إلا أن محمة النقض الفرنسية ذهبت إلى عكس ذلك فقالت أن محل التزام الطبيب في مثل هذه الحالات(التحاليل الطبية) يكون التزاما ببذل عناية مبنيا على حرص و يقظة و قضت بعدم مسؤولية الطبيب الذي أجرى تحليلا على أنه ورم سرطاني خلافا للحقيقة. مذكور في أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص.52.
[144] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.381.

أما بالنسبة لتغيير الجنس شكليا أو تشريحيا، فإنه يمكن القول أن التقدم الطبي و إن استطاع إلى حد كبير أن يحدث تغييرات ظاهرية لجنس الشخص ليجعله يشبه الجنس المقابل، إلا أننا لا يمكن القول أن هذا التغيير هو كامل و حقيقي؛ إذ أن الجراحة التي تجرى على الأنثى لتحويلها إلى ذكر، لا يمكن أن تؤدي الوظائف الجوهرية الخاصة بجنس الذكر. فالقضيب المصطنع لا يؤدي وظيفته بصورة طبيعية فهو لا يعطي إشباعا جنسيا غريزيا، و ليس فادرا على قذف المني.و من تم لا يمكن له الإنجاب و التناسل.

و من هنا لا يمكن أن نقول ان التزام الأطباء هو تحيق نتيجة، و إنما بذل عناية وفقا للأصول الطبية المتطورة علميا في هذا المجال. و الحال نفسه بالنبة للذكر الذي يريد التحول إلى أنثى فإن الجراحة التي ستجرى له ستزوده بفرج مصطنع و يحقن بهرمونات لتكبير الثديين، و يتم ترقيق صوته....الخ، و رغم هذا فإنه ليس بأنثى حقيقية مهما وصلت درجة العلم في هذا المجال و لن تتوافر لديها الأحاسيس الطبيعية للإشباع الجنسي التي أكرم بها الله تعالى المرأة، و تكون عاجزة على الإنجاب، لأنها لا يمكن أن تزود جراحيا برحم و لا بمبيض طبيعيين.

و بصفة عامة لا يمكن القول أن جراحات تغيير الجنس النفسي هي ناجحة و لا أنها زودت الراغب في التحول الجنسي بأعضاء تناسلية طبيعية للجنس الذي يرغب في التحول إليه و من تم فإن التزام الفريق الطبي عموما في مثل هذه الجراحات يبقى التزاما ببذل عناية، و لكن من الطبيعي أن تكون العناية المطلوبة تكون مبنية على الحرص و اليقظة و مراعاة الأصول العلمية في هذا المجال نظرا لحساسية هذه الجراحات و خطورتها و آثارها على جميع النواحي.

المبحث الثالث

مراحل تنفيذ المتعاقد لمحتوى عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس .

عقد العلاج الطبي يرتب إلتزامات متبادلة بين المريض طالب تغيير جنسه وكذا الطبيب ينبغي على الطرفين مراعاتها أثناء تنفيذ العقد، الذي يعتبر هو الشريعة العامة للمتعاقدين حسب ما تؤكده المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

و لكي يتوصل المتعاقدين إلى تحقيق ما يصبوا إليه كل منهما من خلال تعاقدهما، فان الأمر ليس بالسهل، خاصة و أن فترة العلاج قد تطول أو تقصر بحسب حالة كل مريض على حدى. و المرحلة التي وصل إليها مرضه هل هو لازال في بدايته أو أنه تطور؟

و الأمر الثابت طبيا حسب الدول التي تجرى فيها العلاجات الطبية لتغيير الجنس أن هذا المرض قد يستغرق مدة معتبرة من الزمن لتنفيذ العلاج الطبي، خاصة و أن أسباب تغيير الجنس لاسباب نفسية لم تعرف بعد و لازالت في طور البحث في الدول الغربية، و ما يلفت الإنتباه هو انه ظهر مفهوم الجنس المخي (sexe cérébrale) الذي لو سيثبت كحقيقة طبية فانه قد يغير مجرى العلاج الطبي، و تتغير معه المفاهيم الطبية لتحديد مفهوم الجنس، و بذلك الحديث و دراسة المراحل التي سيستغرقها تنفيذ عقد العلاج الذي يربط بين الفريق الطبي المتعدد الاختصاص و المريض الراغب في التحول الجنسي، هو أمر مهم للغاية و هو الذي سيساعد رجل القانون على فهم طبيعة مشكلة تغيير الجنس.

و مراحل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس لا تختلف عن المراحل العامة لأي عقد علاج طبي إلا في بعض الخصوصيات المتعلقة بالطبيعة الخاصة بمرض التحول الجنسي، الذي قد يعود إما إلى أسباب عضوية أو نفسية، و لكن سنتناول مرحلة قد تكون سابقة على التعاقد. و لكنها مهمة لتحديد القرار الذي سيتخذه المريض بخضوعه للعلاج و قبول الطبيب كذلك علاجه و من تم إبرام عقد أم لا. و سنحاول من

خلال ذلك إلى التطرق للقواعد القانونية و الشرعية و كذا الجوانب الطبية لهذا العقد الطبي و ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : المرحلة السابقة على التعاقد ،
المطلب الثاني : مرحلة الفحص و التشخيص،
المطلب الثالث : مرحلة العلاج السابق على الجراحة
المطلب الرابع : مرحلة الجراحة و المتابعة .

المطلب الأول

المرحلة السابقة على التعاقد

في هذه المرحلة هناك تفاوض بين طرفين على التعاقد، باعتبار أن العقد هو اتفاق فانه يتطلب تطابق الإرادتين. بمعنى ايجاب و قبول من جانب كل واحد منهما. فبالنسبة للمريض فإنه عندما يلجأ إلى الطبيب و يوضح له حالته المرضية، و يبين غايته فانه بذلك هو يوجه دعوة إلى الطبيب، لقبول التعاقد معه.

و هناك يظهر دور إرادة الطبيب واضحا، فهو يقع عليه التزام معين يلزمه بقبول العلاج، أم أن له حرية إختيار في قبول أو رفض العلاج؟ و هل يعد إمتناع الطبيب عن العلاج إخلالا، بواجبه نحو المريض يحمله المسؤولية ؟
فقد كان سائدا لدى الفقه و القضاء الفرنسيين وفقا للمذهب الفردي ان الطبيب له كل الحرية في مزاولته مهنته أي في قبول أو رفض علاج المريض، إلى أنه وفقا للاتجاه الحديث في نسبية الحقوق و وظيفتها التي أثرت في تقييد تلك الحرية المطلقة للطبيب، بألا يستعملها إلا في حدود الغرض الإجتماعي الذي خصصت له و إلا كان متعسفا في إستعمال حقه[145].

هناك بعض التشريعات كالعراق مثلا حددت في آداب مهنة الطب العرفي لسنة 2002 بعض الحالات التي تخرج من مجال التعسف وتبرر رفض الطبيب لتقديم العلاج و هي :
أسباب مهنية، أو أسباب شخصية إلا في حالة الطوارئ و الضرورة[146]، و يعتبر الطبيب متعسفا في إستعمال حقه في الحالات التالية :

1- إذا لم يقصد الطبيب من رفضه للعلاج سوى الإضرار بالمريض (أي بدون مبرر جدي)،
2- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من استعماله لهذا الحق **قليلة** الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع الضرر الذي يصيب المريض،
3- أن تكون للطبيب مصلحة **غير مشروعة** من خلال رفضه للعلاج،

و مع ذلك مهما كان سبب رفض الطبيب للعلاج يجب ألا يتعارض مع الجانب الإنساني، لمهنة الطب بشكل عام، و مع عقد العلاج الطبي، و ألا تتعارض في نفس الوقت مع مصلحة المريض[147]، و مصلحة المريض لابد أن تكون شرعية كما بيناه في أركان عقد العلاج سابقا و لكن ليس للطبيب رفض العلاج و مهما كانت الأسباب إذا كان المريض في حالة الاستعجال أو الضرورة و حتى و لو تبين أن حالة المريض ميئوس منها و لا فائدة من العلاج[148].

---

[145] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.26.
[146] غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص.178 إلى 180.
[147] غادة فؤاد مجيد المختار، نفس المرجع، ص.184.

و يرى الفقه أنه إذا إنعقدت مسؤولية الطبيب الذي رفض تقديم العلاج للمريض دون مبرر فانه يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية ، بسبب عدم وجود عقد بينه و بين المريض، متى ثبت انه ألحق ضررا بامتناعه عن علاج المريض[149].فإنه لا يكفي طلب المريض للعلاج و إصراره على ذلك وحده كاف لإنعقاد العقد، و من حق الطبيب الرفض لأسباب جدية و مشروعة، فإرادة المريض، لا تستطيع بمفردها إضفاء وصف المشروعية على العمل الطبي المطلوب من الطبيب إجرائه،

و لذلك في حال التحول الجنسي، يثار التساؤل عما إذا كان بإستطاعة الطبيب **رفـض** بناء على طلب صاحب الشأن أن يتدخل لتطبيق العلاج الذي يطلبه المريض؟ خاصة إذا كان لإعطاء الشخص مظهر جنس غير الجنس الذي ينتمي إليه بيولوجيا لمجرد إحساسه و إعتقاده بأنه ينتمي إلى الجنس الآخر،

و للإجابة على هذا التساؤل لابد لنا أن نميز بين نوعين من التغيير الجنسي:

1/ <u>الحالة الأولى</u> :

إذا كان الشخص له ازدواج جنسي عضوي أي يجمع الشخص فيها الأعضاء التناسلية الخاصة للجنسين معا سواء ظاهرة أو مغمورة أو كان يعاني من تشوهات خلقية في الأعضاء التناسلية، فإن العلاج في هذه الحالة يحتاج إلى فترة من الزمن و لا يتوافر فيه عنصر الإستعجال يستطيع الطبيب أو الأطباء المتخصصين ترجيح أحد الجنسين على الآخر أو تصحيح العيوب الموجودة في أعضائه التناسلية. فعندما يلجأ هذا المريض أو ذويه من أقاربه إذا كان صغيرا في السن إلى الطبيب لطلب العلاج، و يرفض الطبيب علاجه، فإنه حسب القواعد العامة السالفة الذكر **لا يوجد** ما يمنع **رفضه** للعلاج مادام أنه لم يثبت أي تعسف من جانبه و ما دام لم يلحق بالمريض أي ضرر خاصة و أن حالة المريض لا تتطلب الاستعجال و لا تدخل ضمن الضرورة و لا تنعقد أي مسؤولية. أما إذا ثبت أن حالة المريض الخنثى الصحية متدهورة نتيجة تناوله هرمونات مثلا...فإن مصلحة المريض تفرض عليه علاجه و أن رفضه قد يؤدي إلى تأخر علاجه و تفاقم وضعه الصحي و إصابته بضرر جسدي يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب خاصة و أن رفضه ليس له ما يبرره و قد يعتبر تعسفا منه.

2/ <u>الحالة الثانية :</u>

إذا كان الشخص له ازدواج جنسي نفسي أو اضطراب هويته الجنسية، فان الأمر في هذه الحالة يختلف حسب النظم القانونية و الشرعية السائدة في ذلك البلد لذلك نفرق بين أمرين:

1/ في البلدان التي لم **تجـــز** جراحة تغيير الجنس

إذا أصر المريض على دعوة الطبيب للعلاج بالجراحة بغية استئصال أعضائه التناسلية الأصلية و استبدالها بأعضاء الجنس المقابل، فإنه يحق للطبيب الامتناع عن إبرام عقد علاج طبي معه و يكون رفضه مبررا بعدم مشروعية العمل الجراحي الذي يطلبه و هذا في معظم البلدان الإسلامية و من بينها، الكويت، لبنان، و هذا ما أكدته القضايا التي عرضت على القضاء و رفضت الدعاوى لإنعدام الغاية العلاجية، و حتى مصر فبالرغم من أن قضية سالي التي أثارت ضجة قانونية و قبلت دعواه إلا أن ذلك لم يمنع نقابة الأطباء المصرية لأن تصدر قرار بتاريخ 1988/12/09، بحظـر إجراء مثل هذه العمليات الجراحية بواسطة أطباء مصريين أو غير مصريين[150].

أما بالنسبة لبلد **الجزائر** فانه بالرغم من عدم وجود أي نص لا بالإجازة و لا بالمنع، و لكن بالاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية و إلى المبادئ المتعلقة بالنظام العام و أخلاقيات مهنة الطب فإننا يمكننا

---

[148] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.191- 193.

[149] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.191.

[150] أنظر، جريدة الأهرام في 1989/11/02 مشار إليها في محمد أنس ابراهيم، المرجع السابق، ص.285 هامش 1.

القول أن رفض الطبيب دعوة المريض الراغب في تحويل جنسه لمجرد إحساس نفسي له ما يبرره من حيث المبدأ و نذكر من ذلك تبريرين.

أ- إنتفاء الغاية العلاجية : فقد سبق لنا و أن ناقشنا انعدام قصد العلاج في عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية و كذا عدم مشروعية سبب عقد العلاج الطبي، لأن الجراحة لا تهدف إلى العلاج من علة جسدية، باعتبارها تباشر على شخص سليم تماما من الناحية العضوية، و إنما تعالج اضطرابا نفسيا يعاني منه الشخص. و آثار الجراحة خطيرة لأنها تجرد الشخص من هويته الجنسية الأصلية[151].

ب- عدم التناسب بين مخاطر العملية و الفائدة المنتظرة منها[152] (أي فيها إضرار بمصلحة المريض) : لا يوجد تناسب بين جراحة تقوم على استئصال الخصائص الجنسية الأصلية و استبدالها بأخرى مصطنعة إذا كان لا يمكن لها أن تؤدي الدور الوظيفي لها و تجعل الشخص غير قادر على الإنجاب أو ممارسة حياته الجنسية بطريقة عادية.

و من تم وجب على الطبيب الامتناع عن مباشرة هذا العلاج الجراحي حتى ولو كان بناء على طلب المريض و إلحاله، و إلا فانه ستنعقد مسؤولية الجنائية عن فعل عمدي (كإحداث عاهة مستديمة و هي عدم القدرة على الإنجاب)، و كذا مسؤولية مدنية[153].
و دور الطبيب إذا في هذه المرحلة بعد رفضه لطلب الراغب في تحويل جنسه، يقتصر على إيصال رفضه بطريقة أخلاقية و لا يكون متشددا إلى درجة استفزاز المريض و زيادة عقدته النفسية، و أن يقوم بنصح المريض للتوجه إلى طبيب نفسي متخصص لمتابعة حالته و يبتعد عن الجراحة لأن فيها تشويه للمريض في غالب الأحيان إلى درجة قد يدفعه إلى الإنتحار.

2/ في البلدان التي **أجازت** جراحة تغيير الجنس

إذا طلب المريض من الطبيب إجراء جراحة لتغيير جنسه و رفض إجراء التدخل الجراحي بدون مبرر شرعي، فإنه يعتبر مسؤولا عما قد يلحق بالمريض من ضرر جراء رفضه, و هذا لأن التدخل الجراحي في حالة الازدواج الجنسي النفسي يتوافر فيه **قصد العلاج**، و هذا ثابت من عدة قضايا و قوانين سبق و أن تطرقنا إليها في الدول التي أجازت هذه الجراحة.

زيادة على ذلك نجد أن محكمة Aix en Provence بتاريخ 1990/04/23، أثارت فكرة **الضرورة[154]**، كعذر يعفي مسؤولية الطبيب الذي أجرى جراحة تغيير الجنس، و هذا معناه إذا حدث العكس أن الطبيب رفض إجراء الجراحة بالرغم من المريض كان في حالة ضرورة فهل يعتبر مسؤولا؟ و هنا قد أجابت ذات المحكمة بطريقة ضمنية أنه إذا توافرت حالة الضرورة و كانت ثابتة بصورة قاطعة فان عملية تغيير الجنس تكون جائزة، أي أنها استعملت صفة **القطعية**؛ بمعنى أنه على الطبيب ان يتأكد من توافر حالة الضرورة قطعا و هي ليست بالأمر السهل، و قد أكدت ذات المحكمة أن العملية ذاتها يمكنها في بعض الأحيان أن تؤدي بالمريض إلى الانتحار[155]. و هذا معناه أن الطبيب الذي يرفض إجراء جراحة تغيير الجنس بالرغم من تأكده من وجود ضرورة طبية للعمل الجراحي **قاطعة** و يعرض المريض لخطر محذق به يسبب له ضرر فان مسؤوليته ستنعقد.

---

[151] علي محجوب علي، المرجع السابق، ص.284.
[152] علي محجوب علي، المرجع السابق، ص.285.
[153] علي محجوب علي، المرجع السابق، ص.286.
[154] فالضرورة، التي تصلح لإجراء العملية في نظر القضاء الفرنسي، هي التي تفترض أن الشخص يعاني من اضطراب و خلل نفسي و احساس راسخ بالانتماء إلى الجنس الآخر يسيطر عليه، و على أفكاره إلى درجة يجعله يقوم باستئصال أعضائه التناسلية بنفسه. مما يؤكد أن بقائه على هذه الحال، سيؤدي إلى إقدامه على الإنتحار لعدم تحمله الألم النفسي، بالإنفصال بين أحاسيسه و جنسه الأصلي إذا لم تجر له الجراحة.
[155] Voir, Aix en provence 23 avril 1990, Op.Cit, p.295.
مشار اليه في علي محجوب علي، المرجع السابق، ص.287.

و في الأخير إذا استجاب الطبيب لدعوة المريض أو أقاربه لعلاجه و إجراء الجراحة اللازمة فانه بذلك يكون قد أنشاء عقد العلاج الطبي مما يسمح للطرفين للبدء في تنفيذ العقد المبرم بينهما و تبدأ أول مرحلة سنراها في المطلب الموالي .

المـطـلــب الـثــانـــــي

مرحلة الفحص و التشخيص

الثابت علميا أنه لا يستطيع الطبيب أن يختار العلاج المناسب لمريضه إلا إذا قام بالتعرف على طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض، مدة إصابته به، المرحلة التي وصل إليها و من تم تحديد درجة خطورته و هذا لا يمكن أن يكون إلا إذا قام بفحص المريض بالوسائل المناسبة له طبيا حسب حالته المدنية و ما تتطلبه الأصول العلمية المستقرة حوله بعد عدة فحوصات إذا تطلب الأمر مدة طويلة للفحص ليصل بعدها إلى إعطاء تشخيص حول المرض.

و لعل أدق مرحلة هي الفحص و التشخيص التي يبدأ بها العقد الطبي، و على ضوء ما يتوصل إليه الطبيب سيتم تحديد الطريقة الناجعة للعلاج و محاولة القضاء على المرض أو على الأقل التخفيف من آلام المريض الجسدية و النفسية.

و لذلك سنبدأ بدراسة هذه المرحلة في حالتي تغيير الجنس إما لأسباب عضوية أو لأسباب نفسية و نتعرف من خلالها لدور الطرفين فيها و تعاونهما للوصول إلى تحقيق الهدف العلاجي لتحقيق مصلحة المريض دون الاعتداء على المصلحة العامة.

أولا : الـفـــحـــــــص .

يتمثل الفحص **عموما** في فحص الحالة الصحية للمريض، فحصا ظاهريا، بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية، كمظهر المريض و جسمه، و قد يستعين فيها ببعض الأجهزة البسيطة. و الغاية منه هو إثبات أو التحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعده في وضع التشخيص للمرض[156].

و في هذه المرحلة يتم فحص المريض الراغب في التحول الجنسي لتحديد طبيعة مرضه إذا كان يعاني من إزدواج جنسي **عضوي** أو **نفسي**، سواء بالأجهزة الطبية أو بالتحاليل المخبرية للوقوف على حقيقته الجنسية، و ذلك بأخذ عينات و عمل تحليل كروموزومي، و أخذ جلد جسم من الأعضاء التناسلية لتحليل الحمض الأميني و هو يتم بفرنسا بتكلفة عالية[157]. و من الأهمية أن يتم إجرائه مبكرا في حالات **الخنوثة** العضوية، باعتبار ان الأطفال قادرين على إدراك الفرق بين الجنسين قبل سن سنة وفي السنة الثانية يبدأ في المرحلة الجنسية الموالية لنمو الإدراك، القدرة على ان يعنون نفسه ذكر أو أنثى. إذا سن الثانية يعتبر كمرحلة حرجة لتطور الهوية جنسية.
لذا من الضروري إجراء الفحوصات مبكرا لأن هناك خطورة على نفسية الطفل الذي قد يتعرض لإضطراب نفسي شديد في التعامل مع المحيطين به[158].

---

[156] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.61.
[157] أنظر، نبيل دسوقي حديثه لجريدة الإتحاد، العدد 8923، مشار إليه في الشهابي ابرهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.182.
[158] Voir, Russeil W.reid, OP.Cit, p.26-27.

و قد وضعت مجموعة من الأطباء المختصين بفرنسا بالتعاون مع مجلس نقابة الأطباء و الإجتهاد القضائي بعض لشروط إجراء الجراحة من ضمنها انه لا بد من إجراء فحوص غددية، نفسية، «La réalisation de bilans endocrinien, psychiatrique….»[159].

تهدف **الفحوصات النفسية** التي تكون بواسطة فريق يتكون من طبيب نفسي و متدربين في نهاية التكوين و الذي يدوم لمدة تقريبا 3 ساعات خلال حصة أو حصتين إلى تحديد اللارتياح في النوع، و يقوم بإجراء اختبارات عقلية بواسطة اختبار فكري فعال، و تم ابتكار اختبار جديد للشخصية (nouvelles épreuves de personnalité) بخصوص مشاكل الهوية الجنسية[160].

أما **الفحص الغددي** لها 3 أهداف ؛ أولها : تعلق بإجراء فحص (Bilan) ليسمح بتأكيد أن المريض لا يحمل أي أعراض للازدواجية أو مرض غددي .
بالمقابل عند المغير لجنسه ذكر، علامات خفية أو تشوهات صغيرة للجهاز التناسلي الخارجي، ضيق القلفة، سوابق طفيلية خصوبة تظهر بشكل بارز. هذا الفحص النظامي، يسمح أيضا الإحتفاظ بدلائل موضوعية للحالة التناسلية و الغددية الأصلية للمريض إذا ما أجريت الجراحة لاحقا.
و أخيرا يكون الهدف مراقبة العلاج الهرموني الذي يكون في معظم الأحيان ضال (غير نافع) لأن يقوم به المعني بالأمر بنفسه و يجعله في أسوأ الأحوال[161].

ثـــانـــيـــــا: الـتـــشـــخـــيـــــــص .

معناه أن الطبيب يحاول أن يترجم هذه الدلائل و الظواهر الناتجة عن الفحص الطبي و يستخلص منها النتائج المنطقية و السائغة وفقا للمعطيات العلمية و هذا التحديد نوع المرض[162]، و من تم كان من الضروري الوصول إلى تشخيص دقيق، للتمكن من التعرف على نوع المرضى، و درجة خطورته، و عليه أن يبذل العناية المطلوبة في تشخيص المرض، و أن يعطيه الوقت اللازم. كما أن له الاستعانة بزملائه الأكثر تخصصا إذا ما كان لديه شكوكا في تشخيص المرض و هذا ما نصت عليه المادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري. لذا على الطبيب ألا يقوم بتشخيص المرض بطريقة سطحية أو سريعة أو غير كاملة، بل يجب عليه التحري حول الأعراض و الحالة العامة، و السوابق المرضية و التأثيرات الوراثية، حتى يتيقن من طبيعة و نوع المرض لإمكانية تشخيصه[163].

و في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية، لابد على الطبيب يبين أن الأمر يتعلق بحالة لا ارتياح جنسي حقيقية véritable dysphorie sexuelle و يتحقق من أنها تحتاج إلى جراحة إعادة التحديد الجنسي (CRS) و هو الأمر الذي يرجع إلى مختص في السلوك spécialiste du comportement و هو طبيب نفساني أو عالم نفساني الذي عليه أن يتعرف على المريض باستشارات تهدف إلى تشخيص أو علاج لمدة لا تقل عن 06 أشهر[164].

و التشخيص لحالة تغير الجنس يتطلب وقت طويل، و على مراحل منها :

<u>المرحلة الأولى</u> : التشخيص يرتكز على معايير دقيقة و تصنيف نفسي للمرض و يتمثل في :

---

[159] سميرة أقرورو، المرجع السابق، ص.459.
[160] Voir, J. Breton, le transsexualisme étude nosographique et médico-légale, congrès de Psychiatrie et de Neurologie, Masson, 1985, p.75 et 77.
[161] Voir, J. Breton, le transsexualisme étude nosographique et médico-légale,Op.Cit, p.75 et 76.
[162] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.62.
[163] عشوش كريم، المرجع السابق، ص.136.
[164] Voir, J.Joris Hage, les conditions et conséconces médicales des interventions chirurgicales pour changement de sexe, XXIII colloque d'Amsterdam, Op.Cit, p.110.

1- إستمرار حالة لا ارتياح و شعور أن جنسه المعلن عنه ليس ملكه ،
2- الإنشغال المستمر منذ مدة لا تقل عن السنتين بالتخلص من خصائصه الجنسية الأصلية و الثانوية لإكتساب خصائص جنسية للجنس الآخر،
3- شخص بالغ ما بين 18 إلى 20 سنة[165].

و التشخيص هنا لابد أن يكون من طرف عالم نفس / طبيب نفسي الذي سيعد تقريره بعد أخذ رأي خبيرين طبيين قبل اتخاذ أي قرار بطريقة العلاج، وفي **هذه المرحلة الأولى،** على الطبيب النفسي أن يجمع معلومات على سوابقه، طبيعة ملابسه و إحساسه بالجنس المقابل و أمله في إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي (CRS)، و الأمر ليس بالسهل إذ أن المريض قد يغير لا إراديا تاريخه الشخصي حتى يتمكن من الوصول إلى هدفه بإجراء الجراحة، و لهذا فانه قد يسعى الطبيب إلى جمع معلومات من أقاربه، والديه أو أشخاص آخرين يدعمون أقوال المريض[166].

في هذه المرحلة التقييم النفسي هو بهدف إعطاء فكرة حول طرق رد الفعل العقلي و العاطفي لإكتشاف الأشكال **المعتدلة** و أقل تأكيد لأمراض نفسية، المعلومات عن المحيط الإجتماعي مسجلة لأن فترة تغيير الجنس هي مرحلة صعبة، و هم عموما بحاجة إلى التضامن من قبل عائلتهم و أصدقائهم. و في الحقيقة المرضى المغيرين لجنسهم المصابين باضطرابات نفسية ملازمة سيكونون من الصعب علاجهم لأن كل مرحلة لتغيير الجنس لها علاقة بحالته النفسية.

و لهذا فإن هناك بعض الأشخاص يبعدون من الجراحة؛ والتشخيص هنا إذا يجب أن يكون بشكل جيد ومثبت بدقة، في إتجاه تفاضلي و هو في الواقع أساسي لإبعاد طلبات المريض الذي له انحراف جنسي بسيط، أو مظاهر هذيانية أو ذهان عقلي مبني على **و هـــم** أن نظرته مختلفة فهو يعتقد بتفوق النوع؛ بمعنى نفسيته منفصلة عن جسده (Psychisme coupé du corps)،[167]وهذا لأن الأشخاص الذين يريدون تغيير جنسهم ليسو كلهم مقبولين لجراحة إعادة التحديد الجنسي، فالمتشبه بالجنس الأخر، الشواذ جنسيا، الفتشيين fétichistes ، بدون ان تكون لهم اضطرابات ظاهرة لاضطراب الهوية الجنسية، الأشخاص الذين لهم هوية جنسية عموما أو آخرين لهم اضطراب نفسي و كذلك الراغبين في التحول الجنسي في مرحلة متأخرة (tardifs) هؤلاء كلهم من الأفضل علاجهم نفسيا بصفة فردية في مصحة نفسية و هذا حسب التشخيص و ليس عن طريق الجراحة[168].

أما عن الأشخاص المراهقين الذين يبلغون 10 سنوات؛فإن التشخيص عندهم سيكون تقريبا مثل المرضى الأكبر سنا منهم (plus âgés).فالمرحلة الأولى، للتشخيص عادة تكون أكثر تعمقا و تتطلب أطول وقت من المرضى البالغين، في الواقع فان رغبة الجراحة عند المريض البالغ تكون في مدة قليلة[169]. دائما في التشخيص سنمر للمرحلة الثانية؛ وهي فترة ملاحظة أو ما يسميه الأطباء **اختبار الحياة الحقيقية** (l'épreuve de vie réelle) ننتظر من المرضى العيش كليا في دور الجنس المرغوب فيه. هذا التغيير في الدور الاجتماعي موجود في العديد من مراكز جراحة إعادة التحديد الجنسي مع علاج هرموني.

هناك عقد مستمر بين مريض الراغب في التحول الجنسي و عالم نفسي أو طبيب نفسي و هو إلزامي طيلة فترة اختيار الحياة الحقيقية. بدأ من محادثاته، التحول الاجتماعي و في المركز حوارات و عندما يتعلق الأمر "بإختبار"، فان العلاقة بين الطبيب النفسي والمغير لجنسه لا يعتبرها كعلاقة المختبر

[165] Voir, Russel.W.Reid, Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme, XXIII colloque d'Amsterdam, Op.Cit, p.34.

[166] Voir, Russel.W.Reid, colloque, Op.Cit, p.34.

[167] Voir, Jean Claude Dosdat, Op.Cit, p.405.
Voir aussi, Marcel Czermak et Frignet henry, Op.Cit, p.460.

[168] Voir, Russel.W.Reid, colloque, Op.Cit, p.36.

[169] Voir, Russel.W.Reid, colloque, Op.Cit, p.36.

و المترشح إنما القرارات يمكن ان تتخذ بينهما بشقة متبادلة. و غالبا ما نجد أن مرضى التحول الجنسي لا يحبذون المدة التي يستغرقها التشخيص لكن كل المرضى يتفهمون أن أي عمل فطير (travail hâtif) أي قبل أوانه لا يخدم مصلحة أي أحد[170].و من هنا فإن الوقت الضروري للتشخيص يكون بعد تكفل طويل، و من أطباء متعددي الإختصاص، و يؤكده الخبير المعين قضائيا[171].
و يمكن لفترة الملاحظة هذه أن تطول و أن أول استشارة ينتظرها هي على الأقل **سنة** قبل إتخاذ أي قرار. و طول فترة الملاحظة يظهر لنا جد ضروري. لأنه يسمح بمراقبة المزاج المستمر و الثابت لإقتناع الراغب في التحول الجنسي[172].

يجب على الطبيب النفسي التأكد أن المريض يحمل مدة أكثر من سنتين إحساس متواصل و ثابت أنه في الجسم غير المناسب و أن المريض راض في تجربته لطريقة العيش المقابلة لمدة أكثر من سنة، بتعبير آخر أنه تقلد جيدا وضعية قريبة من الواقع[173].

الملاحظ أن احترام فترة الاختبار في حياة الجنس الآخر المرغوب تدل بشكل كبير أن الأطباء يتخوفون من أن الشخص قد يتراجع عن إجراء الجراحة و يغير رأيه، و أيضا أن اعتقاده بالانتماء إلى الجنس الآخر ليس حقيقي خاصة و أن أسباب المرض لازالت لم تتضح بعد و تبقى غامضة، و يؤكدون ضمنيا أن المساس بجنس الإنسان و تغييره هو أمر غير مرغوب فيه، و معقد رغم أنهم لا يعتبرون العمل الجراحي بمثابة تغيير، و إنما يسمونها جراحة إعادة التحديد الجنسي (CRS)، و كان صاحب الشأن جنسه غير محدد، بالرغم من أن الأطباء و أطباء النفس يؤكدون أن المعني بالأمر لا يعاني من أي مرض جسدي، وجنسه البيولوجي محدد ومع هذا نجدهم يقدمون على إجراء الجراحة بالرغم من تأكدهم أن نتائجها ناجحة ظاهريا إلا أنهم غير قادرين على أداء الدور الوظيفي تماما للجنس الآخر.- نحن أمام حالة تعجيزية إلاهية-.

و في الأخير لابد من أن تتوافر الشروط الضرورية في التشخيص مجتمعة لنستطيع أن نقرر إعادة تسوية الجسم نحو المظهر الجنسي الجديد عند الأشخاص الذين جنسهم الحقيقي أو الجنس الأكثر توافقا الذي يظهر **متناقض** مع مظهره الجنسي الحالي. و في هذا الصدد يقول احد المتخصصين في هذا المجال Miltont Edgerton في هذا المعنى بصفة جد معمقة بأن هذه العمليات تعتبر عمليات تثبيت "de confirmation" للجنس، و ليس كطريقة لإعادة تحديد الجنس " redétermination du sexe"[174].

إذا كانت الحالات المرضية للخنوثة العضوية تتطلب التشخيص المبكر للتمكن من إعادة إصلاح العيوب الخلقية و تقويم أعضائه التناسلية و أن هذا التأخير في علاجها قد يؤدي إلى مشاكل صحية.فانه بالمقابل في حالة الراغب تحويل جنسه لأسباب نفسية في أمس الحاجة إلى إطالة مدة التشخيص للتمكن من الوقوف على الجنس الذي يتفق و رغبة المريض. و من تم فان الخطأ في التشخيص سيؤدي إلى اختيار جنس خاطئ، يترتب عليه مشاكل نفسية و إجتماعية و أسرية خطيرة قد تؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية عن هذا الخطأ. و لهذا نجد أن مجلس نقابة الأطباء الفرنسيين اشترط أن تأكيد التشخيص يجب أن يتم من طرف ثلاثة أطباء ؛ طبيب مختص في الغدد و طبيب نفسي عصبي و طبيب جراح[175].

---

[170] Voir, Russel.W.Reid, colloque, Op.Cit, p.37.
[171] Voir, J. Breton, le transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.168.
[172] J. Breton, le transsexualisme étude nosographique et médico-légale , Op.Cit, p.76.
J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam, Op.Cit, p.110.
[173] J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.110.
[174] J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.110.
[175] J. Breton, conditions du traitement médico-chirurgical des transsexuels, le transsexualisme Droit et éthique médicale, Groupe d'études du droit medicale, Masson 1984, p.45.
أنظر أيضا، سميرة أقرورو، المرجع السابق، ص.460 .

المطلب الثالث

مرحلة العلاج السابق على الجراحة .

يعتبر العلاج المرحلة التي يحدد فيها الطبيب وسائل العلاج الملائمة لنوعية المريض و طبيعته، و إن كان من الصعب في نظر البعض الفصل بين التشخيص و العلاج لاتصالهما ببعض لأن الإستمرار في العلاج أو تغييره يرجع إلى التشخيص المتتابع لحالة المريض[176].
و الثابت علميا أن اختيار العلاج المناسب و الجيد لأية حالة مرضية، يتوقف على دقة التشخيص المرضي السابق.و للطبيب الحرية المطلقة في إختيار الطريقة العلاجية التي يراها ملائمة لمريضه و لكن ذلك ضمن الطرق العلاجية العلمية المتعارف عليها.

إحترام المعطيات الثابتة علميا تم إشتراطها من طرف القضاء الفرنسي[177]، و قانون أخلاقيات الطب الفرنسي[178]، و من طرف قانون الصحة العامة الفرنسي[179]، و أيضا قانون حقوق المرضى في 2002/03/04 ، و أكد عليها أيضا المشرع الجزائري في المادة45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقوله " يلتزم الطبيب.....بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة.....".

و أدى ظهور أعراض اللارتياح في النوع dysphorie de genre إلى أشغال الساحة الطبية به و إحتل مجالا مهما. و قد إستعمل المشرع الفرنسي في قانون أخلاقيات الطب في المادة 47 منه عبارة شرط **الضمير** "clause de conscience" بمعنى حرية ضمير الطبيب التي أصبحت لها مكانة في هذا المجال، لأن الطبيب عليه أن يمارس المهنة بكل أمانة و ضمير.

يجب على الطبيب أن يسمع و ينصح و يفحص، و يعالج المرضى بدون تمييز بينهم و أن يضمن استمرارية أو مواصلة العلاج لمرضاه في كل الظروف.و لا يرفض العلاج إلا اذا كان يخرج عن إختصاصه، كمرض تغيير الجنس الذي يحتاج الى أطباء مختصين.و هذا معناه أن الطبيب الذي يتابع حالة مريض التحول الجنسي يجب ان يكون كفء "apte" لمتابعة هذه الفئة من المرضى[180].

---

[176] أنظر،أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.67.

[177] Le célèbre arrêt de la cour de cassation de 1936, Mercier, oblige le médecin à donner «des soins, non pas quelconques [-], mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exeptionnelles, conformes aux données acquises de la sciences.»

[178] L'article 32 du code de déontologie médicale reprend de façon identique les termes de la jurisprudence, en disposant que dés lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux,déoués et fondés sur les données acquis de la science, en faisant appel, s'il ya lieu, à l'aide de tiers compétents.

[179] Enfin , le nouvel article L.1110-5 du code de la santé publiques, issu de la loi sur le droit des malades , affirme que le patient « a le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité au regard des connaissances médicales avérées.»

[180] Voir, haute hautorité de la santé, Op.Cit, p.63 et 66.

و من تم فإن للطبيب حرية اختيار العلاج الذي يراه مناسبا لحالة مريضه. و لكنه يتحمل مسؤولية سوء الإختيار إذا ثبت ان هذا العلاج لم يكن علميا **متفقا عليه** و كافيا للحالة المرضية و أدى الى حدوث مضاعفات على صحة المريض و تأخير تلقي العلاج الناجح[181].

و مادام أن العلاج هو من المسائل الطبية البحتة، فان للطبيب كما قلنا حرية اختيار طريقة علاج المريض الراغب في التحول الجنسي، و لا يحق للقاء التدخل إلا في الحالة التي يخطأ فيها الطبيب خطأ ظاهرا لا يقع من طبيب من مستواه العادي لنفس التخصص لو وضع في نفس ظروفه، و تم تأكيد ذلك من قبل خبراء أطباء (وفقا للمعيار المهني أي حسب ما تقتضيه الأصول الطبية المستقرة). و على الطبيب أن يتدرج في العلاج البسيط إلى المركب بما يتماشى و مصلحة المريض الصحية، مبتدئا حسب ما ثبت من نقابة الأطباء الفرنسيين بالعلاج النفسي لقلة مخاطره و عمله على تهدئة نفسية المريض[182].و تقديم وصفة طبية ببعض الأدوية التي تتماشى و علته المرضية إلى إجراء بعض التدخلات الطبية الأولية لإحداث بعض الإصلاحات الجنسية الظاهرة دون المخاطرة بصحة المريض و تفاديا لحدوث أي مضاعفات تفاقم وضع المريض و تزيد من حدة مرضه.
و العلاج في حالات تغيير الجنس بنوعيه العضوي و النفسي ينحصر طبيا في ثلاث وسائل منها وسيلتين سابقتين أوليتين وهي العلاج النفسي (الفرع الأول) والعلاج الهرموني (الفرع الثاني) و الوسيلة الثالثة المتمثلة في التدخل الطبي بالجراحة سنراه في المطلب الموالي.و كل هذه المراحل تتطلب ان يتحمل المريض مصاريف باهضة للعلاج الأمر الذي يتطلب استفادته من التأمين الصحي و الحصول على مصاريف العلاج هذا ما سنرجئ الحديث عنه في الفرع الول للمبحث الثالث من الفصل الثالث.

الـــــفـــــرع الأول

العلاج النفسي لحالات التحول الجنسي (la psychothérapie)

و بطبيعة الحال فإن أي علاج يختلف من حالة إلى أخرى، و لذلك فإن العلاج النفسي و إن كان يهدف دائما إلى إيجاد نوع من الاستقرار لروح الانسان إلا أن درجاته تختلف بين حالة تغيير الجنس لأسباب عضوية أو لأسباب نفسية و هذا ما سنحاول توضيحه كما يلي:

أولا: العلاج النفسي في حالات التحول الجنسي لأسباب عضوية

ذهب الباحثين إلى أن الإعتماد على تحديد نوع الخنثى وفقا لمفهوم الأطباء على هذه الأمور يتميز بالدقة، إذ لا يمكن للشخص العبث، و لا إخفاء معالمه التي تكشفها الفحوص المخبرية بإرادته، و لا يمكنه أن يغير من تكوينه البيولوجي و لا العبث به[183].
و إذا كان الشخص يمكنه بواسطة الجراحات الطبية أن يغير تركيبه العضوي، فإنه من الضروري الخضوع على تربية نفسية ليتأقلم مع الجنس الذي سيصحح عليه وفقا لما شخصه الطباء ذوي الاختصاص. و يختلف العلاج النفسي حسب سن الشخص الذي سيتم تأكيد الجنس الحقيقي له.إذ من المهم جدا في حالة الخنثى العضوي أن يتم علاجه في سن مبكرة ليتأقلم مع الجنس الراجح طبيا.فإذا كان المعني بالأمر صغيرا فإن العلاج النفسي سيكون لأهله، لتعليمهم كيفية معاملته و تربيته روحيا ليتقبل الجنس المرجح له. و من تم إذا كان المريض قادرا على التعبير عن ارادته فإن العلاج النفسي الذي سيخضع له سيختلف حسب الجنس الذي سيرجح عليه؛

---

[181] أنظر، سهيل يوسف الصويص، المرجع السابق، ص.117.
[182] سميرة أقرورو، المرجع السابق، ص.460.
[183] شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، المقال، ص.62.

1- <u>الحالة الأولى :</u>
أن يستجيب المريض لقول الأطباء حسب الجنس الذي رجح عليه كذكر أو أنثى، و لا يعارضه،و هو ما سيكون في حالة الخنثى الحقيقي.

و هناك من يرى أنه من الراجح أن يتم اختيارالجنس الذي سجل في الحالة المدنية و عاش عليه الخنثى و تاقلم معه اجتماعيا لتسهيل تقبله نفسيا و تفادي خطورة التصحيح الجنسي على الآثار المترتبة على عكس عرف عليه[184].و من تم يربى المريض نفسيا من البداية على الجنس الآخر، و هو الأمر الذي يجعل العلاج النفسي امر صعب، و يتطلب تضامن من الطبيب و الوالدين و المحيط الإجتماعي و الأسري للخنثى العضوي حتى يستطيع العيش و التأقلم مع الوضع الجديد.

2- <u>الحالة الثانية</u> :

أن يعارض المريض قول الأطباء و هو يقول بأنه ذكر و هو يميل إلى الأنوثة و قد يقولون أنه أنثى و هو يرغب في أن يكون على الذكورة.
و يكون ذلك غالبا في حالة الخنثى الكاذب و لا يعترف بكلمة الأطباء و يريد إجراء الجراحة على عكس قولهم.
و في هذه الحالة سيكون العلاج النفسي صعب التقبل لدى الخنثى، و يتطلب طول مدة العلاج، لأن المريض يعاني من خنوثة عضوية اختلطت مع النفسية، مما يجعل رغبته غير مستجابة غالبا لأنها فيها فتح لباب تغيير خلق الله بدون داع شرعي، و سيؤدي الأمر إلى مفاسد ينبغي معها سد الذريعة.[185]
و الأمر يتطلب هنا إعادة تربية المريض نفسيا ليتعايش مع المرجح طبيا، و ليس لما يرغب فيه و هو الأمر الذي يتطلب أن يكون العلاج النفسي مستمر إلى ما لا نهاية، حسبما يقرره أحد خبراء الطب النفسي المشهود لهم بالكفاءة و العلم[186].

ثـانـيـــا: العلاج النفسي في حالات التحول الجنسي لأسباب نفسية .

في هذا المقام لا يمكن لنا بأي حال من الأحوال أن نتجه إلى الطب مباشرة في هذا النوع من العلاج أو بالأحرى فان الطبيب النفسي لوحده قد لا يصل إلى نتائج ايجابية إذا لم يجد ان هذا المريض لديه أشخاص آخرين يرغبون في مساعدته للخروج من هذه المحنة. ولعل أن ما سنتطرق له تفتقر إليه الدول الغربية و هو الإحتكام إلى شريعتنا الغراء التي و منذ عصور مضت أعطت لنا حلولا لو إتبعناه لما وصل الأمر إلى ما هو عليه الآن و هو ما يعرف بالتربية الأخلاقية الدينية و لهذا نستعرض لما ورد في الفقه الإسلامي من وسائل **وقائية** و أخرى علاجية عند وقوع المرض يساعد بها المحيط العائلي الطبيب النفسي للوصول إلى علاج ان لم يكن فيه شفاء تام فيه تخفيف للضغط النفسي الذي قد يعانيه المريض .

و يتمثل الـعلاج الـنـفـسـي لـهـذه الـحـالات في أن، المريض الراغب في التحول الجنسي هو بحاجة إلى إعادة التوازن النفسي له لإحساسهم بالانفصال بين جنسهم البيولوجي و إحساسهم بانتمائهم إلى جنس آخر مغاير أي أن هناك صراع مستمر بين الجسد و النفسية.وحسب المؤلفين فإن الذكور الراغبين في التحول الجنسي هم في الحقيقة شواذ جنسيا أي مشتهين لنفس الجنس (قبل إجراء الجراحة) و سماهم transsexuels homossexuels[187]. و فعلا لأن هؤلاء الأشخاص يشعرون أنهم من جنس آخر غير جنسهم البيولوجي و لذلك يميلون إلى اشتهاء أو إقامة علاقة جنسية مع أشخاص من نفس جنسهم البيولوجي .

---

184 أنظر، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.184.
185 أنظر، شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، المقال، ص.62.
186 أنظر، تقرير عادل صادق في قضية سالي، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.87-88.
187 Voir, Russeil W.Reid, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.32.

و بهذا أقاموا تفرقة بين المغير لجنسه المبكر précoce والمغير لجنسه المتأخر tardif أو بين المغير لجنسه المبتدئtranssexuel primaire و المغير لجنسه الثانوي transsexuel secondaire. و رأوا ان الفئة الثانية (secondaire, tardif) هي التي بحاجة و يمكنها الانتفاع بالعلاج النفسي لأن حالة اللاإرتياح في النوع التي يعانون منها قد تسببت فيها أحداث مضطربة. و هذا لأن ذات المؤلفين يعتبرون ان تغيير الجنس كرد فعل لنزعات شخصية داخلية. (لها عوامل نفسية[188] سبق لنا التطرق لها في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة).

فالعلاج النفسي إذا لحالات تغيير الجنس لأسباب نفسية هو بالتأكيد جد صعب و هذا ما يجمع عليه كل من لهم علاقة بالمجال النفسي[189]. لأن المرضى ينتظرون زوال مشكلتهم، وان ذلك لا يكون إلا بعد الجراحة، و أن البعض من الراغبين للتحول يريدون الابتعاد عن المعالج thérapeute لخشيتهم أحيانا انه سيرفض إجرائهم للجراحة - باعتبار أن تقرير الطبيب النفسي ضروري للمرور إلى الجراحة-، إذا المعالجين من جهتهم يواجهون بالضوابط و القيم، و يعانون من صعوبات في مواجهة الكبث أو العنف أو الإحساس المضطرب بالمظهر المتناقض وجدانيا لمرضاهم. كل هذه المشاكل تصعب من مهمة الطبيب النفسي
أو عالم النفسي و لكن هذا لا يمنع من ان عدد كبير من العلاجات النفسية حاولت علاج المتحولين نفسيا و لذلك كان لهم ان عزموا على الترك الكلي للتصرفات الجنسية المقابلة و إقامة هوية جنسية مطابقة للخصائص الجنسية البيولوجية[190].
و ما يصعب العلاج أيضا ان المرضى يحبذون المساس بالجسد و ليس بالنفس psychique ، لتخوفهم من أن العلاج النفسي سيغير لهم هدفهم وهو إجراء الجراحة و ربما حسب ما ثبت من الحالات التي خضعت للعلاج حسب Colette chiland أن ما يحدث في العلاج النفسي ليس بدون جدوى - كما يؤكد عليه البعض- إنما المريض يواضب في البداية على الجلسات النفسية و ما أن يفكر أن هدفنا هو أن تجعله يتخلى عن الجراحة، و بمجرد ان العلاقة بين الطبيب و المريض تصبح وطيدة فإننا نجد أنه اتجه للهرب[191] (و هذا هو الذي من الصعب تحليله).
و لهذا فانه يجب في العلاج النفسي ان يتم الإتصال **بأهل المريض** لاشتراكهم في مسؤولية العلاج لتحقيق التوافق البيئي النفسي. و قد يستمر ذلك إلى ما لا نهاية.و الأمر بعد ذلك يتوقف على مدى خبرة الطبيب النفسي و إقتناعه بجدوى أو عدم جدوى الجراحة[192].

فقط لوحظ ان هناك من المرضى من يعيش في وحدة بسبب مشكلته هذه و يبتعد عن عائلته ومحيطه المهني و أصدقائه[193]. و هذا بطبيعة الحال يحول دون الهدف من العلاج النفسي الذي يحتاج إلى تظافر الجهود لمساعدة المريض لتخطي هذه الحالة، إذ ان الدول التي اعترفت بعمليات تغيير الجنس إشترطت إن يعيش المريض في دور الجنس الذي يرغب التحول إليه لمدة زمنية معقولة يعددها الأطباء و الاجتهاد القضائي بأكثر من سنتين يخضع فيها المريض لمتابعة مستمرة من الطبيب النفسي لحالته و يستمع فيها لآراء أقاربه و محيطه و يتأكد من مدى تكيفه مع المجتمع الذي يعيش فيه و يقرر إذا كانت هذه المدة كافية أم. و إذا تأكد الأخصائي النفساني عدم فائدة العلاج له أن يعد تقريرا بالحالة.

---

188 Voir, Jaap E.Doek, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.225.

189 Voir, collette chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.249.
Russeil W.Reid, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.32.

190 Voir, Russeil W.Reid, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.32.

191 و قد ذكر لنا collette في كتابه changer de sexe أن احدى الراغبات في تغيير جنسها من ذكر إلى أنثى و بعد عدة جلسات قالت أن ما تريده و قبل كل شيء من وراء التحول و هربت بعدها من العلاج، و علمنا فيما بعد أنها خضعت لتحليل ثاني و تخلت عن التحول.
و يضيف أيضا حالة أن أحد المرضى قال:عندما والديه اعادوا إقامة علاقات جنسية أنه يمكن أن يتخلى نهائيا اذا كان والديه أرجعوا علاقاتهم الجنسية و تخلى بعدها عن مشروعه للتحول.

192 تقرير الدكتور عادل صادق، مشار إليه في احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.87.

193 Voir, collette chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.249.

- **I / موقف الفقه الإسلامي حول علاج هذه الحالات :**

لاشك ان الاحتكام إلى الدين الإسلامي فيه شفاء من كل داء، والإسلام قد حث الوالدين على حسن تربية الأبناء و جعلهم هم الذين يوجهون سلوكاتهم منذ الصغر و قال صلع "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه "[194]، و لقوله تعالى : " يا أيها الدين آمنوا قوا أنفسكم و أهليكم نارا "[195]، و من تم فان المفروض لهم قبل كل شيء دور **وقـائـــــي** و ذلك بمتابعتهم لأبنائهم وحرصهم على التحصن بتعاليم ديننا الحنيف، فإذا ما لاحظوا عليهم منذ **الصـغـــر** أي ميل أو سلوك يتخذ مظهر التشبه أو الميل إلى الجنس الآخر وجب عليهما السعي إلى تصحيح سلوكاتهم و هذا بالنصح و الإرشاد، و أن ينكر عليه المظاهر التي يتخذها، و يؤمر بتركها، و بهذا تطبع نفسه على مداومة ترك التشبه و الميل حتى يصير ذلك جزء من سلوكه المعتاد[196]. و بطبيعة الحال يكون للوالدين دور في علاج هذه الحالات قبل استفحال المرض أي لهم دور **وقـائـــــي.** و لكن قد يعجز الوالدين عن القيام بالدور المنوط لهم أو اهمالا منهم في المراقبة و تربية الأبناء أو أمر آخر خارج عن إرادتهم فيقع المرض، فهنا قد يعهد الأمر إلى الأطباء كما سنرى لكن هذا لا يعني ان دور الوالدين انتهى بعرضهم الحالة على الطبيب النفسي و إنما بالعكس فان المفروض ان نتضافر جهود المحيط الأسري للمريض مع الطبيب ليتمكن من إعطاء نتيجة للعلاج كما سنراه.

- **II/ تقدير فعالية العلاج النفسي في مثل هذه الحالات :**

الثابت أن العلاج النفسي في حالات الخنوثة العضوية يؤدي في الكثير من الحالات إلى نتائج طبية فعالة، خاصة إذا كان العلاج عند الطفل قبل البلوغ، إذ من السهل تقبله لوضعه الجنسي الذي اثبتت النتائج الطبية وجود أعضائه التناسلية الوظيفية، و ربما الأمر سيكون صعبا و لكن ليس مستحيلا، إذا تم التأخر في اكتشاف الغموض الجنسي العضوي عند الشخص البالغ.

أما بالنسبة لتغيير الجنس transsexualisme فان الأمر يختلف، إذ ان الأمر ليس بالهين أن ننزع فكرة أو إعتقادا راسخا لدى المريض بإنتمائه إلى جنس غير الذي هو عليه. و للأسف مبدئيا التأكيد **عموما** أن العلاج النفسي لم يظهر أنه نافع، و النتائج العيادية لم تأت بأدلة جد مقنعة في مواجهة أي تغيير كلي في الإتجاه، الدائم للهوية الجنسية المقابلة، و أكدت دراسات على أكبر مستوى أعطت نتائج لمختلف طرق العلاج النفسي معدومة (font défaut).[197]

و أثناء قراءتي لكتاب Colette[198]، لفتت انتباهي عبارة كتبها على لسان أحد مرضاه الذي قال: "يجب ان الطب يتقدم و أن نتمكن إما تغيير فعلا الرجل إلى إمرأة أو المرأة إلى رجل، إما تغيير ما يوجد في الرأس" و عنونها ب"changer ce qu'il a dans la tête" و هو فعلا حسبه طريقة علاج، لأن الجراحة لا تمثل علاجا شاف إنما علاج مخفف (palliatif) الذي له سلبيات بتركه للمشكل بدون تغيير و غلق لأي محاولات أخرى.

و يضيف احدهم هل ان العلاج هو بمثابة إعادة مسح كلي "Reformater" ؟ و أن المعني سيتأقلم مع الضوابط التي تألمه؟ و مع هذا يبذل النفسانيين كل جهودهم لموافقة النوع النفسي مع الدلائل البيولوجية، و يتعلق الأمر هنا حسبهم بموت نفسي meurtre psychique و لهذا يقال ان كل ما يفعله العلاج هو أنه يوطد نيته، و يشدد من معاناته النفسية و يتحدث عن محن الماضي مع أشخاص مغيرين لجنهم أو مغيرين لنوعهم و هذا لن يقلل من جنسيته transidentité[199].

---

[194] أنظر، إحياء علوم الدين للإمام حامد محمد عن محمد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، ج 3،ص.72.، مشار إليه في شوقي ابراهيم عبد الكريم علام(كتاب)، ص. 146.

[195] أنظر، سورة التحريم، الآية رقم 6.

[196] أنظر، شوقي ابراهيم عبد الكريم علام(كتاب)، ص.148 و 149.

[197] Voir, Russeil W.Reid, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.32.

[198] Voir, collette chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.247.

[199] Voir, Françoise sironi, Op.Cit, p.177-178.

و مع هذا كله فإننا و في حالات قليلة **و إستثناءا** لابد من الوقوف عند حقيقة و لو نسبية تؤكد حسب الوثائق المتاحة طبيا، أن عشرات العلاجات النفسية كللت بالنجاح، و بهذا استطاع الراغبين في تغيير جنسهم التخلي عن رغبتهم في الخضوع لجراحة C.R.S.[200]و لهذا لا يمكن أن نعتقد أن، أي عمل للعلاج النفسي هو مستحيل.
لكن يجب أن نخلق إطار ليجعله ممكنا. و يجب للمعالج أن يكون محايد (neutre) في مواجهة تحول المريض[201]؛ 1- الشيء الأكيد أنه لقبول المريض نفسه بالعلاج و رضائه دور في فعاليته لأنه إذا قبل مبدأ العلاج النفسي فهذا سيساعد في العلاج. 2- و في نفس الوقت المريض يحترس من الطبيب النفسي الذي بين يديه قرار إجراء الجراحة أم لا و ربما هذا يزيد من تخوفه من العلاج.3- أن العلاج النفسي يتطلب وقت طويل و المريض لا يترك غالبا الوقت.

و مع هذا فإن العلاج النفسي يبقى مرحلة يجب التدرج إبتداء منها إلى العلاج المركب للتوصل لشفاء المريض من أيسر الطرق العلاجية إلى الأكثر و لا يكلفنا شيء أن نجرب هذا العلاج فلربما تكون الحالات التي تعرض عليه إن لم تعرض عن مشروع التحول الجنسي فلربما سيجدي العلاج في التريث و مساعدة المريض في تهدئة الأفكار المشوشة التي تتغلب عليه و كشف أسرار و ماضي مؤلم مكبوث لديه قد يكون العامل النفسي الذي سبب له هذا المرض و تساعد الجلسات النفسية في الإستقرار النفسي للمريض.و لذلك نجاح و لو حالة واحدة و تخليها عن التحول يجعلنا نتفاءل و لا يهبط معنوياتنا بل بالعكس يشجعنا على تفادي أو إكتشاف أسباب عدم نجاعته و تطوير العلاج بما يخدم مصلحة مرضى التحول الجنسي الآخرين الذين لازالوا يعانون.و بهذا فإن على الطبيب النفساني / عالم النفسي أن يلتزم ببدل العناية الصادقة للمريض و يطيل أمد العلاج قدر الإمكان، لأن التعجيل في التقرير بفشل العلاج النفسي قد يعتبر إهمالا و تقصيرا من جانب الطبيب يؤدي إلى ترتيب مسؤوليته عن الضرر الذي قد يصب المريض.

الـفــرع الـثــانـــــــي

الـــعـــــلاج الـــهـــرمـــــونـــــي .

بعض الباحثين يرون فائدة من إستعمال الهرمونات في الحالات التي يتضح فيها وجود نقص في مستوى هذه الهرمونات عند المريض. مع أن هناك من لا يجد فائدة منها حتى في هذه الحالات[202].

الهرمونات الجنسية هي عبارة عن مواد مفرزة من غدد الأعضاء وتسري في الدم اتجاه الأعضاء المستهدفة و التي تعمل بهدف التنشيط أو الكبح الموقف. و الهرمونات تدخل إذا الجوف الأمومي من أجل تخليق جنس الجنين الذكري أو الأنثوي. و هذا يؤكد الأهمية الكبرى لها في تطور الجسم الإنساني، الجسدي و النفسي و هذا كله عن الوظيفة الهرمونية أو الغددية لتحديد مفعول هذه الهرمونات على الجسد[203].
و من هنا يمكن للعلاج بالهرمونات ان يكون له دور في إحداث نوع من التوافق للنوع الوراثي و التشريحي لصاحب الشأن أو بالعكس. و بهذا سنحاول معرفة كيفية العلاج الهرموني التي تختلف حسب إذا كان الراغب في التحول الجنسي يعاني من إضطراب عضوي أو إضطراب نفسي :

---

[200] Voir, Jaap E.Doek, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.225.
[201] Voir, collette chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.250.
[202] أنظر، علي كمال، الجنس و النفس، جزء1، طبعة 3، سنة 1994، ص.308.
[203] Voir, youcef feham, Op.Cit, p.29.

أولا : العلاج الهرموني في علاجات حالات الخنوثة العضوية .

الخنثى يعاني من ازدواج عضوي جنسي مضطرب، و هو غير مكتمل جنسيا لدواع عضوية و يكون ذلك في الغالب نتيجة ضعف أو خلل في الهرمونات المؤثرة في نمو الخصائص الجنسية و الأعضاء التناسلية للشخص .

فالخلل في إفراز الهرمونات أدى إلى إعطاء مظاهر خارجية على خلاف الحقيقة الجنسية للشخص مثل ما هو الحال بالنسبة للخنثى الكاذب – ماعدا حالة التأنيث العضوي- أو مختلطة أو غامضة كما في الخنثى الحقيقي .
و كمرحلة سابقة للعلاج الجراحي الذي يعتبر ضروري، فان المريض يعالج بالهرمونات بهدف تهيئة الأعضاء للعمل وفق النوع الذي **سيصحح** عليه جنسيا، و تتوقف مدة العلاج حسب مدى استجابة المريض و جسده للعلاج.

ثانيا : العلاج الهرموني في حالات تغيير الجنس transsexualisme .

خلال سير مرحلة اختبار الحياة الواقعية فان صاحب الشأن و بشكل مواز يبدأ العلاج بالهرمونات بهدف إزالة أو كبح الخصائص الجنسية الأصلية و من جهة أخرى إلى تحريض الخصائص الجنسية للجنس المقابل[204].

فالمعاجلة الهرمونية قد تؤدي إلى ظهور آثار جانبية ضارة، لهذا فان الأمر يقتضي دراسة كل حالة بشكل دقيق، و أن الطبيب ملزم بتبصير المريض بطبيعة العلاج الهرموني و إعطائه صورة واضحة عن جميع الإحتمالات المترتبة عليه و يترك له الفرصة لإعطاء رضائه باتخاذ العلاج المناسب[205]. و لهذا على الطبيب أن يجعل مدة العلاج تطول، لكي يسمح للمريض خلالها التفكير جليا، و قد يتخلى عن أي محاولة لتغيير واقعة الجنسي نحو الجنس المخالف يختلف العلاج الهرموني من حالة مرضية إلى أخرى و بهذا نفرق بين حالتين :

1/العلاج الهرموني الذي يحدث **تناسقا** بين الجنس التشريحي و الجنس النفسي :

قد يسعى الطبيب إذا نجح في تحقيق نسبي للعلاج النفسي إلى إخضاع المريض لعلاج هرموني يهدف إلى إحداث نوع من التوافق بين جنس الشخص البيولوجي و كذا الجنس النفسي خاصة إذا تم ذلك **قبل البلوغ**.
و بهذا فان المريض يكون قد حاول التغلب عن الإحساس بالاعتقاد الراسخ لميله إلى الجنس الآخر وقد ساعده في ذلك جرعات الهرمون الموافقة.
فالمريض يكون بهذا العلاج ليس بحاجة إلى علاج جراحي و يكون العلاج الهرموني قد أحدث تفوقا في مثل هذه الحالات المرضية. و إعادة التوازن النفسي للشخص. و إن كانت هذه **الحالة نادرة**. و بهذا **تتأكد** الحقيقة الجنسية الأصلية للمريض.

2/ العلاج الهرموني للتحول للجنس المخالف :
هناك معيار أساسي يعتمد عليه طبيا لإعادة التعيين الجنسي، و هو كسب قدر الإمكان خصائص جنسية للجنس الآخر،
و هذا يكون ب :
1- إلغاء أو زوال الخصائص الجنسية للجنس الأصلي،
2- خلق خصائص الجنس المرغوب فيه من طرف الشخص.

---

[204] Voir, Jaap E.Doek, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.227.
[205] أنظر، علي كمال،المرجع السابق ، ص.224.

و المعلوم أن كل الإختلافات التشريحية بين الرجل و المرأة تسند إلى عمل الهرمونات الجنسية فوجود **التسترون** ضروري لتشكيل الأعضاء التناسلية الذكورية. **و غـيـــاب** هذا الهرمون أيضا ضروري للتطور العادي للأعضاء التناسلية الأنثوية.

و نشير هنا إلى نقطة مهمة أثارتها الهيئة العليا للصحة H.A.S، و هو ما يعرف بالتأطير القانوني لهرمونات التغيير، الموصوفة في إطار أعراض مرض اللاإرتياح في النوع. إذ أن الطبيب عند مباشرته للعلاج الهرموني للشخص الذي يعاني من ازدواج جنسي نفسي يجد نفسه مضطرا أن ينفذ وصفات طبية خارج الإطار القانوني للرخصة المتداولة في السوق (l'autorisation de mise en marché) و هذا قد يجعله يتحمل مسؤولية اختياره و يرتب على ذلك مسؤوليته[206]. بمعنى أن الطبيب عليه أن يصف هرمونات التغيير المسموح بها قانونا و إلا تعرض للمسؤولية عن مخالفة ذلك .

و يختلف علاج المغير لجنسه حسب الجنس الآخر الذي يرغب في التحول إليه فنفرق بين:

أ- العلاج الهرموني للمتحول جنسيا من ذكر إلى أنـثـــى

*إذا كان الراغب في التحول الجنسي هو **مراهــق** - أي لم يكتمل البلوغ - فإننا نعلم أن الخصائص الجنسية الثانوية لم تكتمل نموها، و من تم يستطيع صاحب الشأن أن يتحول إلى أنثى و يصبح بسهولة أنثى عند البلوغ إذا كان صوته لم يتغير و لم تظهر له لحية و هذا عن طريق علاج هرموني بسيط، كما أن تصغير الثديين يكون بجراحة بسيطة لا تترك ندبات كما سنرى لاحقا. إذ يتم العلاج الهرموني جزئيا لتوقيف متوقع للنمو العاطفي، الاجتماعي و العقلي بطريقة جد مناسبة، أما فيما يتعلق بالمساعدة في نمو خصائص الجنس الأخر (مثل الثديين عند الولد...) فهذا لا يكون إلا بعد موافقة الوالدين على علاج إبنهم[207]، بحكم أنه غير قادر على إعطاء رضاء صحيح لكونه صغير لم يبلغ بعد.

أما البالغين الراغبين في التحول الجنسي إلى أنثى فان هناك بعض شروط مستقر عليها للنجاح هي:

1- أهمية الجرعة المتناولة ،
2- أهمية طريقة تناول الهرمونات هناك عن طريق الفم، أو عن طريق الحقن، أو عن طريق النقل الآدمي (الأدمة) و الأكثر فعالية هي الحقن ،
3- أهمية الحقن بالا ستروجين و البروجسترون (Oestrogene et Progestorone)[208].

و من هنا عندما يبدأ العلاج الهرموني و الذي يهدف إلى إزالة الخصائص الذكورية و تحويلها إلى أنثوية فإن هناك مركبات التي تمارس بصفة مباشرة أو غير مباشرة مفعول مضاد أندروجيني : دورها هو :

- إزالة الغدد الضامرة التي تنبه إفراز الستيروييد الغددي الذي يمكن ان يحصل عن طريق مضاد لهرمون البروجسترون و بعدها بمركبات بروجستيرولية ،
- تدخل في إفراز التسترون أو تحوله إلى أيض (métabolite) الذي يمكن أن يحدث بفضل بعض الأدوية (مثل spironolactome) ،
- الأدوية التي تدخل في ترابط الأندروجينات معمول بها جيدا (acétate de cyprotérone, nilutamide et spironolactone et Flutamide) و هذه الأدوية لها آثار جانبية يمكن الإشارة إليها في الأدوية المسجلة،

و بعضها تكون لازمة في دورها كعامل لتخفيف الكتلة العضلية أو نسب خضاب الدم. كما أن بعض الأشخاص يشتكون من نقص الطاقة و الحيوية إلى درجة يعرفون فيها نوبات. و الملاحظ أن تطبيق مضاد الاندروجين يمكن أن يوقف مرة العلامات التشريحية الذكورية الناقصة. أما نمو

---

[206] Voir, Haute Autorité de la Santé, Op.Cit, p.65 et 67.

[207] Voir, Russeil W.Reid, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.36-37.

[208] Voir, H.Bricaire, le traitment endorinier des transsexualisme, le transsexualisme Droit et éthique médicale, Op.Cit, p.74.

الشعر يقاوم بعلاج مضاد الأندروجين، أيضا عند أغلبية الأشخاص البالغين الذين لهم بشرة بيضاء[209].

- من أجل خلق خصائص مرفولوجية أنثوية نستعمل الأستروجين.

-البروجسترون و مشتقات الهرمونات المبيضة لا تلعب دورا حقيقيا ظاهريا، الدور الكبير في تطور الأنوثة. يوجد أنواع للأستروجين التي يمكن أن يتم تجريعها بالطريق الفموي، بالحقن، بالنقل الأدمي.إرتفاع هذا الهرمون أو الآخر للأستروجين عندئذ تطور الأنوثة لم يثبت بعد. و الوضع تحت النظر يفترض أن بعض المغيرين لجنسهم لهم ميل لامتصاص جرعات جد قوية. العلاجات التي أساسها الأستروجين تدخل خطر تزايد تخثر شرياني و خاصة الوريدي و هذا النوع الثاني المخثر يصيب الأشخاص البالغين أكثر من 40 سنة.

الأستروجينات التي يتم تناولها عن طريق الفم تساعد في احتمال ظهور عامل التخثر عندما يمر في الكبد. التجريع عن طريق الأدمي موصى بها للأشخاص البالغين أكثر من 40 سنة. الأكثر من ذلك الحقن بالأستروجين يمكن ان يسبب الغثيان،و كذا ضغط الدم الشرياني، و يدخل إحتباس لسائل أوديمي، خاصة إذا كانت الجرعات قوية.تناول الأستروجين يرفع نسبة الملبنة (هرمون تفرزه الغدة النخامية يسبب الإلبان) بدون آثار عيادية مهمة عموما. و حالة ورم نخامي تم تسجيلها من طرف Gooren سنة 1989.

عندما تكون نسبة التأنيث كافية، لا يمكن أن يوقف العلاج الذي يكون أساسه أستروجين.

كما أن النساء المحرومات منه، لهم غدد المغيرين لجنسهم الذين يريدون أن يصبحوا نساء هم بحاجة إلى الأستروجين لتدارك اللوستيوبوروز (l'ostéoporose).جرعات العناية هي متطابقة مع تلك الموصوفة للنساء من نفس السن[210].

ب- العلاج الهرموني للمتحول جنسيا من أنثى إلى **ذكـــــر**

الشيء المؤكد علميا ان مضادات الاستروجين، لا تنقص من الخصائص الأنثوية عند المرأة. ننشط هرمون البروجسترون (L.H) الذي يزيد إفراز هرمون المبايض، لخلق الخصائص التشريحية الذكورية، ندير الأندروجينات عن طريق الحقن و الفم، و عن طريق النقل الآدمي (الأدمة). و الأندروجين هو من أجل الآثار الثانوية لحب الشباب (Acnés) الذي يكون أحيانا خطير كما يرفع الوزن .

كما يؤدي الأندروجين لآثار **سـلـبـيـــة** خاصة على الجانب الدسمي، و إرتفاع الضغط الشرياني.

إذا الهرمونات هي ضرورية لخلق و الاحتفاظ بخصائص الجنس المقابل من طرف المغير لجنسه و هي تأخذ بجرعات عادية، و هي أدوية أكيدة.

و الملاحظ أن المغيرين لجنسهم قد يزودون أحيانا بهرمونات عن طريق غير شرعي، و يتناولون غالبا كميات كبيرة، و ليس من النادر أبدا استعمالهم لتركيبات غير متكيفة قد تعرض صحتهم للخطر[211]، و من نتائج تناول الهرمونات هو :

- تطور نمو الشعر،
- البظر كبير لكن غير كاف ليعمل كقضيب،
- الصوت يمكن ان يتأقلم، و النبرة تقربه لصوت ذكوري ،

كما يلاحظ ضمور الثديين لكن عموما غير كاف و يترك مكانة لجراحة بلاستيكية.[212]

---

[209] Voir, J.G.Gooren, Le rôle du médecin…, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.59.

[210] Voir, J.G.Gooren, Le rôle du médecin… XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.59.

[211] Voir, J.G.Gooren, Le rôle du médecin… XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.60.

[212] Voir, Jean Vague, Groupe d'études du droit medicale1984, Op.Cit, p.75-76.

ثـالـثـــا: تقدير فعالية الـعــلاج الـهـرمـونــي

يعد العلاج الهرموني في حالات الخنثى العضوي أمرا مهما لأن المقصود منه هو تهيئة الأعضاء التناسلية لإجراءالتدخل الجراحي المناسب لإعادة الشخص لوضعه الطبيعي و تأكيد حقيقته الجنسية المرجحة طبيـــــا.

لكن في الشق الآخر لحالات الخنوثة النفسية، فان الدول التي أجازت هذه الأعمال الطبية، و التي أكدت على المرور بالعلاج الهرموني كمرحلة سابقة على الجراحة كمحاولة لإزالة الخصائص الجنسية الأصلية و خلق خصائص الجنس الآخر. و بالرغم من الفعالية الظاهرية للعلاج بالهرمونات، التي من خلالها قد يكتسب الشخص خصائص الجنس المقابل لكن وظيفيا هي **بدون جدوى.**

كما أن العلاج الهرموني للأنثى التي تحول إلى ذكر، فإنه ليس له تأثير على البنية العظمية للذكر، و لا على حجم الرجلين، اليدين كلها تبقى بدون تغيير[213].
العلاج يؤدي إلى مخاطر عديدة منها أن تناول الأستروجين لإزالة المعالم الذكرية يمكن أن تؤدي إلى إختلاق سرطان الثدي، استثنائي[214].
أن تناول الأستروجين عن طريق الإدخال في المعدة يمكن أن يؤدي إلى الغثيان، ارتفاع ضغط الدم الشرياني و يتسبب في احتباس لمحلول أوديما خاصة إذا كانت الجرعات قوية. كما يبين نسبة الملبنة بدون آثار إكلينيكية مهمة عموما، و قد تكون هنالك حالة طارئ مفاجئ لورم نخامي[215].

أما العلاج الهرموني للذكر الذي يتحول إلى أنثى فإن الملاحظ أن زيادة جرعات هرمون الأستروجين لصاحب الشأن يمكن أن يؤدي إلى حوادث قلبية (cardio-vasculaire) و إضطراب عصبي و الإكتئاب[216].

و رغم كل هذه المخاطر التي تحيط بهذا العلاج، و التي لا تؤدي دائما إلى نتائج إيجابية و إن كانت كذلك فهي ظاهريا، و لكن وظيفيا فهي من قبيل التشويه و بدون دواع طبية. و كل ذلك إعترفت به الدول تحت تأثير الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان مستندة إلى مبدأ إحترام الحياة الخاصة.

الـمـطـلـب الـرابــع

مـرحلــة الـعـلاج الـجـراحــي و الـمـتـابـعــة

لا شك أن علاج حالات الازدواج الجنسي بنوعيه العضوي و النفسي، لن تتوقف عند فحص المريض و تشخيص حالته المرضية، و إنما المر يتطلب تقرير علاج ناجع تدريجيا، فبعد التأكد من أن علته لا تعالج إلا بإجراء الجراحة. فإن الأمر سيتخذ مرحلة حاسمة و حساسة تتطلب نوع من الدقة.إذ أن القرار بإجراء الجراحة سيكون من قبل أطباء مختصين.

يختلف التدخل بالجراحة في حالات الإزدواج الجنسي العضوي، أو ما يعرف بالغموض الجنسي عنه في حالات الإزدواج الجنسي النفسي او الميل الجنسي النفسي.ففي الحاة الولدن نكون أمام تشوه خلقي نتيجة خلل في الإفرازات الهرمونية أو في الغدد و تتداخل فيه العضاء التناسلية الذكرية أو الأنثوية و

[213] Voir, J.G.Gooren, Le rôle du médecin… XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.59.
[214] Voir, Jean Vague, Groupe d'études du droit medicale1984, Op.Cit, p.74.
[215] Voir, J.G.Gooren, Le rôle du médecin… XXIII colloque d'Amsterdam 1993,, Op.Cit, p.59.
[216] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.422, n°1221 et p.442, n °1303.

يحدث تعارض بين ما هو طبيعي في جسم الإنسان و ما هو أمر طارئ فيه، مما يتطلب تغليب جنس على الآخر أو تحديد الجنس الأصلي للمريض، فيتدخل الفريق الجراحي إلزاميا لتحقيق الشفاء للمريض بتقويم أعضائه المعيبة أو إصلاح التشوهات الخلقية أو غزالة ما هو ضامر ليصبح الشخص متناسبا مع الحالة الطبيعية للإنسان.أما الحالة الثانية أي الإزدواج الجنسي النفسي، فإن الآراء اختلفت حول ضرورة التدخل الجراحي بشأنها، فالفقه الإسلامي و بعض الفقه القانوني قد عارضوها لعدم توافر قصد الشفاء فيها، و للآثار الخطيرة المترتبة عن الجراحة التي تفقد الشخص خصائص جنسه الأصلي دون ان يكتسب خصائص الجنس الآخر.و رغم ذلك، فإننا نجد أن العديد من النظم القانونية قد أقرت مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس في حالات الازدواج الجنسي النفسي، و سلمت للأفراد الحصول على التغييرات المترتبة على آثاره على جميع النواحي، إلا أننا نجد أن الأمر لم يترك على إطلاقه و إنما الفقه الفرنسي سواء القانوني أو الطبي وضعوا جملة من الشروط يجب الامتثال إليها قبل اتخاذ القرار بإجراء التدخل الجراحي، و هذا كله في مصلحة المريض نفسه تفاديا لأي أخطاء أو نتائج مفجعة، و أيضا من مصلحتنا أن نتفادى أن نرتكب أخطاء تؤدي إلى ما لا يحمد عقباه.

لذا إرتأينا أن نتعرض لأهم الشروط الخاصة بتغيير الجنس في حالات الإزدواج الجنسي النفسي، نظرا لخطورة اتخاذ قرار إجراء الجراحة بشأنها و التي اعتبرها الطب و القانون من النظام العام و النظام الطبي. و هذا ما سنبينه بتمعن في (الفرع الأول)، قبل التطرق للعمليات الجراحية و كيفيتها (الفرع الثاني) و التي تتطلب متابعة طبية للحالة المرضية، منذ بدء العلاج حتى شفائه أو التخفيف من آلامه (الفرع الثالث).

الـــفـــــرع الأول

الشروط الطبية و الجراحية و التأمين الصحي لعمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية .

قبل أي تدخل لإعادة التحديد الجنسي بالجراحة، يجب فحص مناسب للحالة العيادية، و كذا مفعول العلاج الهرموني المنفذ.ومن تم الجراح يمكن له ان يرتكز على رأي الطبيب المختص في الغدد الذي يعتبر من ضمن الفريق الطبي المختص في علم الجنس، و يكون معروف من طرف أعضاء الفريق حتى يكون له خبرة في هذا المجال، و لا يتطلب الأمر موافقة أو رضا حول ضرورة إجراء إختبار سابق على الجراحة للكشف عن الإصابة بفيروس فقدان المناعة [217].
كل هذه العلاجات بأنواعها التي يخضع لها المريض الراغب في تحويل جنسه تحتاج إلى مصاريف باهضة قد لا يستطيع أن يتحملها مما جعل من الضروري التدخل لوضع أحكام تنظم كيفية الإستفادة من التأمين الصحي عن علاجات تغيير الجنس و إسترجاع مصاريف العلاج، لذا سنحاول أن نعرج عن هذه النقطة المهمة في هذا المقام.

أولا : الشـروط الـعـامـــة .

1- أنه بعد مدة دراسة و تفكير لمدة سنة على الأقل، يكون قرار إجراء الجراحة في سريان هذه المدة يتم إجراء فحص كامل غددي و نفسي يتضمن عدة لقاءات مراقبة و استشارة جراحية ،
2- التكفل بالمصاريف الطبية الجراحية يطلب من التامين الاجتماعي، لأن العمليات جد مكلفة و قيمة المبيت يوم واحد في مصلحة الجراحة و كذلك لتأكيد أن تغيير الجنس هو مرض يجب أن يستفيد ككل الأمراض الأخرى من التضامن الوطني (solidarité nationale)،
3- يتم إخطار المجلس الإقليمي لنقابة الأطباء في كل حالة بواسطة بروتوكول un protocole الذي لا يشير إلى هوية المريض، لكن يحدد الأسباب الظاهرة التي تبرر التدخل هذا البروتوكول موقع

[217] Virus d'Immuno-Déficitaire، الجراحين المشرفين على جراحة تغيير الجنس يوجبون اجراء اختبار فيروس نقص المناعة السلبي من أجل تهدئة مخاوفهم من الإصابة بالعدوى.من جهة أخرى الإصابة بهذا المصل الإيجابي(séropositf) ليس معناه أن هناك أي تمييز عنصري ضد المصاب بهذا المرض الذي يفقد صاحبه المل في الحياة خاصة نوعية الحياة لا يمكن أن تكون ذات قيمة. و لهذا ظهور أعراض مرض فقدان المنعة لا يمكن بأي حال التدخل بالجراحة لأن حالة القلق (stress) في الجراحة يمكن أن تفاقم المرض أو تسارع في تطوره.

عليه من طرف ثلاثة أطباء من المجلس. و الإجراء هو بهدف الطابع الرسمي و ليس سري للتدخل و أيضا لطبيعته الاستثنائية.

4- أيا كانت مداخليهم، فإن المرضى يتم علاجهم في المرفق العام حتى و لو كان لأحدهم قطاع خاص، و هذا يوضح إن قرار الجراحة هو مستقل عن أي فكرة لتحقيق الربح و له طابع خاص و أن إستعمال بعض الأدوية الجديدة محفوظ في البداية للمستشفيات العمومية ،

5- حتى تكون الحالات النفسية، الجسدية و الاجتماعية للمغير لجنسه بالجراحة تتطابق، من الضروري أن يلجأ إلى العدالة لتصحيح حالته المدنية،

6- بالرغم من الطابع الرسمي الذي أعطى لهذا العلاج الطبي الجراحي لتغيير الجنس، تم التفكير على أنه يجب أن يبقى في **سـريـــة**. أي مبالغة في الإشهار يمكن أن تثير الإزدحام في الإستشارات و أن يسبب ميول قابلة للإعتراض أو حرب كلامية خطرة[218].

ثـانـــيـــا : الـــشـــــروط الـطـــبـيـــــة .

1- التشخيص يجب أن يتم بيقين مطلق (certitude Absolu). أعراض مرض تغيير الجنس يجب أن يكون شاذ: الاقتناع الراسخ منذ الطفولة، فكرة حقيقية غالبة، بالمعنى النفسي للمصطلح، أن يكون نفسيا من الجنس الآخر، متشبه بالجنس الآخر على الأقل متقلب، يطلب قهريا (جبريا) العلاج الطبي الجراحي المناسب ليجعل المظهر الجسدي مطابق لتوجهه النفسي و من تم طلب تغيير حالته المدنية ،

2- العلاج الطبي الجراحي يجب ان ينصب في تصحيح أو تدراك اضطرابات تكيف المريض بمعنى الإنحطاط الإجتماعي و المهني، نرى الإكتئاب، الإستئصال الذاتي أو الإنتحار،

3- لا يمكن إجراء الجراحة للأطفال و لا المراهقين، لأنه يجب التأكد من أن المريض بالغ (يستطيع أن يؤكد اقتناعه الذي لا رجعة فيه)، و هذا يعني عدم قبول إجراء الجراحة قبل 21 سنة،

4- التأكد من عدم وجود أي خلل عقلي آخر[219] عدا أعراض المغير لجنسه للقول بشرعية التدخل الجراحي[220].

هذه الشروط الطبية التي يجب احترامها و أيضا بالمقابل هناك الشروط العامة و السرية. في الواقع من الضروري إعطاء للأطباء المعالجين أو الخبراء، القضاة، المحامين و عموما كل المعنيين مهنيا بمشكلة تغيير الجنس، المعارف الدقيقة و الكاملة من التي نشروها بمختلف طرق الإعلام. ما بقي لنا إلا أن نعرف طريقة التكفل ماليا بجراحة تغيير الجنس التي تعتبر مكلفة و باهظة على الأفراد نظرا لتعقيدها و حاجتها إلى أطباء مختصين و هذا ما سنجيب عليه في النقطة الموالية.

ثـالثـا : التكفل المالي بجراحة إعادة التحديد الجنسي من طرف الصندوق الوطني الفرنسي :

التكفل المالي للعلاجات المتعلقة بأغراض مرض اللاارتياح في النوع dysphorie de genre من طرف التأمين الصحي يتم بناء على أسس قانونية، بما يسمى المرض طويل الأمد Affection de longue durée (ALD) و هذا بموجب المادة 3-322. L من قانون الضمان الإجتماعي لفرنسا. تم تصنيفه ضمن الأمراض طويلة الأمد، علوم الأمراض التي تتطلب علاجا طويلا، وعلاجا خاصا باهضا. تعطي المكانة

---

[218] Voir, Jean Breton, conditions du traitement.., Droit et éthique médicale, Groupe d'études du droit medicale 1984, Op.Cit, p.46-47.

[219] في فرنسا مرسوم رقم 2010 المؤرخ في 2010/04/08 المتضمن تعديل المادة D.322-10 من قانون الضمان الإجتماعي أخرج تغيير الجنس من الأمراض العقلية و أصبح يعتبر مرض طويل الأمد(MLD)

[220] Voir, Jean Breton, conditions du traitement.., Droit et éthique médicale, Groupe d'études du droit medicale 1984, Op.Cit, p.48.

للمريض المصاب به، بالإعفاء المنظم ببطاقة. علاج أعراض مرض اللاإرتياح في النوع- كما سماه المجال الطبي بفرنسا - إستبدِّل من ALD 23 بعدما كان مصنفا ضمن الأمراض النفسية طويلة الأمد و بالأخص في الإضطرابات السابقة لهوية النوع[221].

التكفل بالعلاجات من طرف التأمين الصحي قسم بين هيئتين و هما : الصندوق الوطني la caisse nationale الذي يمنحه موافقة بالدفع لجراحة إعادة التحديد الجنسي .أما مجموع العلاجات الأخرى تتكفل بهم الصناديق المحلية (les caisses locales).

و التكفل بالجراحة يعني الجراحة الحوضية و الثديية (Pelvienne et mammaire) هي المقبولة تأسيسا على البروتوكول الصادر سنة 1989 و المطبق من طرف الصناديق الوطنية. و الحال أن الجزء الكبير من هذه العمليات تتم خارج التراب الفرنسي[222].
و من تم فإنه في فرنسا، و من خلال سياستها المتبعة في مجال الأعمال القانونية ينقصها التماسك
و الترابط لأن التأمين الصحي لا يأخذ بالتكفل إلا العمليات التناسلية التي تتم على التراب الوطني الفرنسي. و يستبعد جميع العمليات الأخرى التي يتركها على عاتق المريض. وهذا بمثابة عقوبة ثقيلة بالنسبة للمغيرين لجنسهم الذي بالضرورة سيدفعهم إلى ممارسة الدعارة بطريقة غير مباشرة، لأنهم بحاجة إلى عملية التجميل لتحسينهم. و هذا معناه أيضا أن المغير لجنسه لن يتغرب (s'expatrier) ليجري الجراحة في الخارج، و التي ستكون باهضة عليه[223]، و لا يعوضها الصندوق الوطني.

I/ **مضمون بروتوكول 1989 و قيمته القانونية :**

و من خلال بروتوكول سنة 1989 الذي يطبقه الصندوق الوطني نجد أنه يرتكز على 03 نقاط و هي :

1- ضرورة المتابعة لمدة لا تقل عن سنتين من طرف طريق جد مختص يتضمن طبيب نفسي، عالم في الغدد، و جراح ترقيع[224]،
2- تحرير من طرف هؤلاء الثلاث أطباء لبروتوكول متضمن للطابع الحتمي للتدخلات الطبية و الجراحات المنتظرة (أي ضرورة خبرة تكون من لجنة طبية une commission d'experts)،
3- رسالة وزارية بتاريخ 04 جويلية 1989 رافقت هذا البروتوكول تجيز التكفل بالعملية الجراحية إذا ما أجريت داخل مستشفى عمومي بسبب الطابع غير المربح للجراحة[225].

و بهذا الصدد صدر حكم بإدانة طبيب بسبب أنه أعاد تشكيل ثدي واحد للشاكية بهدف إشهاري أي تجاري[226].

إلا أن الملاحظ أن محكمة النقض سنة 2004، في قضية طرحت عليها كان لها موقفا مغايرا لهذا البروتوكول تتمثل وقائعها في :
أن السيد ...Alain X خضعت لجراحة تغيير الجنس بتاريخ 11 سبتمبر 1996 في **القطاع الخاص**

---

[221] هذا التصنيف جاء تبعا لاعلان ماي 2009 لوزير الصحة و الرياضات الذي طلب من الهيئة العليا للصحة (HAS) رأيا عن تغيير الجنس حتى لا يكون ضمن ALD 23

[222] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.70.

[223] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.448-449,n°1327.

[224] هذا الشرط أكد عليه أيضا المجلس الوطني لنقابة الأطباء.

[225] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.70.

[226] Voir, Lyon 27 juin 1913, D.1914-J-73 Citè par Branlard, Op.Cit, p.448,n°1323

و طالبت من الصندوق الابتدائي للتأمين الصحي التكفل بالجراحة التي أجريت لها و هذا الأخير رفض ذلك. و بعدها رفعت دعوى أمام الجهات المختصة ، كان آخرها القرار الصادر بتاريخ 07 مارس 2002 عن محكمة استئناف Amiens الذي رفض أيضا طلبها فطعنت فيه بالنقض أمام الغرفة المدنية الثانية.
و صدر قرار مؤرخ في 27 جانفي 2004 تحت رقم 02-30613 الذي ألغى القرار محل النقض و قضى بإدانة الصندوق الابتدائي للتأمين الصحي ل Laon بدفعه إلى M.X... مبلغ 2200 أورو .

و قد أجاب قرار النقض على أنه لا يوجد أي أحكام قانونية أو تنظيمية تمنع التكفل بالأعمال الطبية بسبب أنها مرتبطة بتغيير الجنس، و بدون البحث إذا كانت الأعمال المنجزة على M.X... موجودة كليا أو جزئيا ضمن المدونة العامة للأعمال المهنية (NGAP) (Nomenclature génèrale des actes Professionnels) فان محكمة الاستئناف انتهكت النصوص المشار إليها آنفا (أي المواد L.321-1 و R.162-52 من قانون الضمان الإجتماعي و المقرر 27 مارس 1972)[227].

القرار المعلق عليه قد أثار نقاط قانونية مهمة سجلناها و هي تعتبر حجر أساس في بحثنا و تمثلت في:

1- أن بروتوكول 1989 أكد على نقطة ثالثة، و هي أن التكفل بالجراحة يكون إذ ما أجريت العملية داخل مستشفى عمومي، إلا أن الملاحظ جيدا أن محكمة النقض لم تعط أية أهمية لهذا المعيار. إذ أنها بالرغم من أن الطاعن قد أجرى الجراحة **بالقطاع الخاص**، إلا أن محكمة النقض لم تولي إهتماما لهذه النقطة. و لم تحرم الطاعن من الحصول على التكفل بالجراحة، و ألزمت الصندوق بدفع مصاريف العلاج للطاعن مما يتضح جليا أن محكمة النقض **رفضت** الأخذ بعين الإعتبار معيار مكان الجراحة إذا تمت بالمستشفى العام أم لا و هذا ما يدل على **عدم قانونية** البروتوكول الخاص بسنة 1989،
2- أن الرسالة الوزارية المذكورة أيضا تخرج عن الإطار التنظيمي، باعتبار أن محكمة النقض دفعت أنه لا يوجد أي أحكام قانونية أو تنظيمية تمنع التكفل بالأعمال الطبية المنجزة في إطار الممارسة الحرة بسبب أنها مرتبطة بتغيير الجنس. وهو الأمر الذي يثير غموضا قانونيا يدور حول التكفل بهذه الأعمال. إذا لم يكن مسجل في المدونة العامة للأعمال المهنية (NGAP) بكل منطقية لا يمكن التكفل به من طرف التأمين الصحي ،
3- و من هنا يمكن القول أن البروتوكول السالف الذكر، ليس مبني على أسس قانونية خاصة إذا تعلق الأمر بالنقطة الثالثة منه. و أيا كانت القيمة القانونية لهذا البروتوكول فهو لا يبقى قائما في الوقت الحالي إلا النقاط 1 و 2 (شرطين فقط) و أن العمليات من الآن متكفل بها أيا كانت الطبيعة القانونية للمؤسسة التي تجرى فيها.

II/ <u>موقف الهيئة العليا للصحة من البروتوكول 1989</u> :

للبحث عن مدى قانونية البروتوكول السالف للذكر، رأت أنه من الممكن ان نصنفه ضمن طائفة المنشورات الإدارية، لكن هذا التصنيف يمكن أن يكون محل نزاع، فعلا، المنشور يعرف كعمل إداري يتضمن تعليمات و توصيات موجهة من السلطة العليا (عموما الوزير، هنا الصندوق الوطني) إلى أجهزته الإدارية لتوجيه إجراء حول موضوع خاص. و المنشورات حسب مضمونها تصنف إلى قسمين : غير آمرة و آمرة. المنشورات الآمرة تضيف للأمر بالدفع قانوني. و إذا وجهت هذه المنشورات للإداري، تكون قابلة للطعن النزاعي من طرف هذا الأخير. و من تم فان بروتوكول 1989 يمكن أن يكيف أنه منشور إداري آمر، و هذا يجعله قابلا للنزاع أمام القضاء. و الحال أنه في الوقت الحالي؛ لا يوجد أي نص قانوني في فرنسا حول مشكلة أعراض مرض اللاإرتياح في النوع. هذا الغياب الكلي للأساس القانوني يجعل الرفض الذي تم من طرف

[227] Voir, Cour de cassation, chambre civile 2 du 27 janvier 2004, pourvoi n° 02-30.613 publié au bulletin de cour de cassation, cité sur l'extenso.fr

الصندوق الوطني جد حساس فيما يخص التكفل بجراحة إعادة التحديد الجنسي. يمكن أن يطرح لنا مشكلة الطبيعة القانونية، لهذا الرفض من طرف الصندوق قي قبول التسديد من أجل عدم إحترام البروتوكول المعد من طرف أجهزته[228].

III/ تسديد جراحة إعادة التحديد الجنسي المجراة في الخارج :

العديد من الأشخاص الذين لهم أعراض مرض اللاارتياح في النوع يطالبون بالتكفل بعمليتهم الجراحية لإعادة التحديد الجنسي بالخارج (a l'étranger)، الأمر الذي يطرح مشكلة تسديد العمليات المجراة في الإتحاد الأوربي أو خارجه .

1/ التسديد في الاتحاد الأوربي :

أ. بالنسبة للمواطنين الفرنسيين :

من خلال الرجوع إلى التشريع الفرنسي لاسيما المادة R.332-2 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي المنحدر من آخر ترجمة له بموجب مرسوم رقم 2005-386 ل 19 أفريل 2005، الذي ينظم العلاجات المعفاة بالخارج، نجد أن تسديد جراحة إعادة التحديد الجنسي في الاتحاد الأوربي أو في الدول التي تمثل طرف في المجال الاقتصادي الأوربي. الأهم في الطلبات المتعلقة بالعمليات المجراة في **بلجيكا**[229] **و سويسرا**.
حسب التنظيم الفرنسي الجاري العمل به، الصناديق لا يمكنها البدء في تسديد مصاريف المستشفى **إلا برخصة مسبقة** على الإلتزام بالعلاجات. و أنه يوجد نوعين من **الـرفـــــض** للرخصة :

1- إذا لم يتضمنها التنظيم الفرنسي : إلا أن هذا الرفض لا يتعلق بحالة اللاارتياح في النوع مادامت جراحة إعادة التحديد الجنسي مسجلة في الصندوق المتكفل بالتأمين الصحي (CCAM).
2- إذا وجد في فرنسا علاج مطابق أو من نفس نوع الفعالية و إذا العلاجات يمكن أن تحصل في وقت ملائم في فرنسا حسب حالة المريض و التطور المحتمل للمرض : من الناحية الإجرائية هنا.
   أ. يجب أن يبلغ الرفض في ظرف أسبوعين على الأكثر بعد تلقي الطلب،
   ب. و في حالة غياب الرد عند انتهاء هذا الأجل الرخصة تعتبر مقبولة[230]،
   ت. قرار الرفض يجب أن يعلل و هو قابل للطعن بالشروط المنصوص عليها في القانون العام أمام محكمة قضايا الضمان الاجتماعي المختصة (TASS)،
   ث. عندما ينازع في قرار الطبيب الاستشاري التقديري لحالة المريض (حول طبيعة العلاج إذا كان موجود و مطابق في فرنسا أم لا...) فان طلب الطعن أمام الجهة المختصة يكون **إجباريا** خاضع لخبرة طبية

و هذا ما تؤكده المدة L.141-1 من قانون 2004-1370 المتعلق بالضمان الإجتماعي بفرنسا[231].
إلا أن الأمر **الجـديـــــد** بهذا الخصوص أنه في 02 جويلية 2008، اللجنة الأوربية تبنت اقتراح لـتوجيه متعلق ب « تطبيق الحقوق للمرضى في مادة علاجات العابر للحدود ». هذا الإقتراح يرجعنا للإجتهاد

---

[228] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.71.

[229] حسب بعض المعلومات في أفريل 1993 في بلجيكا كلفت حوالي 10.000 إلى 20.000 فرنك فرنسي من أجل جراحة الثديين ما بين 12.000 إلى 15.000 فرنك فرنسي لاستئصال الرحم.مذكور في Branlard, p.448, marge 150.

[230] هذا الأجل و الإجراء هم مخالفين للقانون العام الذي يعتبر أن القرار الضمني للإدارة بالرفض هو أجل شهرين، و على العكس من ذلك نلاحظ أن مرسوم 2005 السالف الذكر ينظم ضمنيا القبول مع أجل قصير(أسبوعين) من الأجل القانوني الازم.

[231] «Les contèstations d'ordre mèdical relatives a l'ètat, du malade ou l'ètat de la victime, et notament à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle et celles relatives a leur prise en charge thèrapeutique, a l'exclusion des constations régiespar l'article L.143-1 donne lieu a une procédure «d'expertise médicalee dans les conditions fixè par decret en conseil d'état»

المستنبط من محكمة عدل الإتحاد الأوربي منذ عشر سنوات الهادف إلى ضمان حركية المرضى من أجل علاجاتهم الصحية في المجال الأوربي .

أيضا منذ قرارات Decker و Kohli سنة 1998، رعايا الاتحاد يمكن لهم العلاج في دولة أخرى طرف و يسدد لهم **بدون رخصة مسبقة** حسب تسعيرات الدولة المنتسبة.

قرارات Vanbrackel[232] و Geraertz Smits et Peer Boms، أكدت المبادئ في مجال الرخصة المسبقة، إذ الشروط للحصول عليها من أجل الاستشفاء في دولة أخرى طرف لا يجب أن تنصب على رفض تحكيمي (Arbitraire) المحكمة تعرف نظام واحد للرخصة المسبقة الذي يمثل عائق على حرية الآداء للمرافق الطبية الاستشفائية. و هذا **التضيق** يمكن ان تبرره الأسباب الآمرة المتعلقة بالتوازن المالي لنظام التأمين الاجتماعي
و المحافظة على المرافق الصحية. و يواصل الإجتهاد القضائي للمحكمة حتى سنة 2007، إلا أنه لم يستطع استخراج مبادئ عامة قابلة للتطبيق بدون تفريق. بعدها يأتي اقتراح توجيه، بتطابق الشروط الحرة لتجول المرضى داخل الاتحاد الأوربي.

و بهذا من الآن فصاعدا. إذا كان العلاج مغطى من طرف النظام الوطني للعلاجات الصحية، المرضى يمكنهم أن يتلقوا هذا العلاج في دولة أخرى من الإتحاد الأوربي و أن تسدد لها بدون **رخصة مسبقة** (المادة 2. 6 و 7). **بالمقابل** بالنسبة للعلاجات **الاستشفائية**. الدولة طرف يمكن أن تقر في بعض الظروف تقديم نظام أو المرضى يجب أن يتلقوا **رخصة إدارية** مسبقة قبل البدء في العلاج في الخارج (المادة 3. 8)[233].

ب. **بالنسبة للمواطنين الجزائريين**

الملفت للانتباه أن عمليات تغيير الجنس مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. و أنه في التشريع الجزائري لا يوجد نصوص تشريعية تنطبق على المواطنين الجزائريين الذي يريدون إجراء مثل هذه العمليات سواء داخل الجزائر أو خارجها.
داخل التراب الجزائري، و بالرغم من الفراغ التشريعي في هذا المجال إلا أن الواقع العملي لحد اليوم لم يسجل لنا أي عمليات أجريت لتغيير الجنس لأسباب نفسية -عدا حالة التغيير لأسباب عضوية- مما سيضطر بالأشخاص الذين يحملون أعراض مرض اللاارتياح في النوع أن يبحثون عن الدول التي تجيز مثل هذه الجراحات لإجرائها و الخضوع للعلاج المطلوب مسبقا على الجراحة. و أنه خلال تفحصنا لما وصل إليه القضاء الفرنسي في حالات العلاجات المطلوبة لهذا المرض وجدنا حكمين قضائيين مثيرين للإنتباه في أنهما يتعلقان بمواطنين جزائريين أرادو إجراء العلاجات الضرورية لتغيير الجنس في دولة فرنسا (أي خارج الجزائر) سنحاول الوقوف عند أهم المبادئ التي وصل إليها القضاء في هذا الصدد و هل قبل تسديد أو التكفل بعلاج أشخاص غير فرنسيين ؟

I. قرار 30 جانفي 2006 [234]

الـــوقـــائـــــع :قدم محافظ الشرطة (الطاعن) عريضة مسجلة بتاريخ 2005/07/27، يطلب فيها من....(cour) إلغاء حكم رقم 08/0508935 ل 04 جوان 2005، الصادر عن المحكمة الإدارية لباريس الذي ألغى مقرره المؤرخ في 16 ماي 2005 القاضي باقتياد إلى

[232] CJCE 12جويلية 2001، قضية رقم 368/98- C، مؤمن اجتماعي الذي كان مخطئا رفض رخصة للاستشفاء في دولة أخرى طرف غير دولته المنتسب إليها، له حق تسديد المصاريف المستخدمة حتى و لو الرخصة وافق عليها لاحقا على هذا الاستشفاء.
[233] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.74.
[234] Voir, Arrêt 30 jan 2006 n°05 PA 03076 inédit au recueil lebon, cité sur www.lextenso.fr imprimé en 22/09/2014.

الحدود M.X الذي هو من **جنسية جزائرية،** و يلزمه بإعادة فحص وضعيته في آجال شهرين من يوم تبليغه الحكم .
فصدر قرار 30 حانفي 2006 يقضي ب: إلغاء الحكم المؤرخ في 24 جوان 2005. و بإلغاء مقرر المحافظ السابق الذكر في 16 ماي 2005 الذي يحدد الجزائر كبلد وجهة للإقتياد للحدوجد و كذا رفض مازاد من طلبات مقدمة من ..M.X (الجزائري) أمام المحكمة الإدارية لباريس (المتمثلة في إعادة النظر في طلب إعادة تجديد بطاقة إقامته).[235]

أما مناقشة أهم النقاط القانونية التي أثيرت ضمن القرار السالف الذكر، فإنه من خلال القرار الصادر بتاريخ 30 جانفي 2006، فقد أثيرت نقاط قانونية متعددة و هي :

1/ أن مقرر محافظ الشرطة لم يأخذ بشروط المادة 7/6 من الاتفاق الفرنسي الجزائري ل 27 ديسمبر 1968 المعدل التي تنص على : " شهادة الإقامة لسنة تحمل تأثير "حياة خاصة و عائلية " تصدر بكامل الحق....7/ الرعايا الجزائريين، المقيمين عادة في فرنسا، الذين الحالة الصحية تتطلب تكفل طبي ما، العيب الذي يمكن ان يدخل لهم نتائج **استثنائية خطيرة،** بكل تحفظ، الذي لا يمكن له فعلا، الإستفادة بعلاج خاص في بلده ".

تبين أن محافظ الشرطة أصدر ل ...M.x بالنظر الى رأي الطبيب الرئيس شهادة إقامة بتاريخ 26 ماي 2003، إلى غاية 25 ماي 2004 و بعدها رفض تجديد له الاقامة لكون ...M.x، لم يقدم أي شهادات طبية من طبيبه المعالج توضح أن ...M.x مصاب بإضطراب الهوية الجنسية من أجل أن يعالج لمدة أكثر من 03 سنوات بعلاج هرموني مسبق لعملية جراحية.

2/ أن مقرر محافظ الشرطة لم يحترم المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و الحريات الأساسية التي تنص على حق المعنى (...M.x) في احترام حياته الخاصة و العائلية و هذا باعتبار أن...M.x **أعزب، بدون أولاد،** دخل إلى التراب الوطني في جوان 2001، يبلغ من العمر 32 سنة، ليس له إرتباطات عائلية في الجزائرأين يقيم والداه و إخوته.و الملاحظ من خلال هذه النقطة أن القرار يركز على الحالة الشخصية للمعني، إذ أنه يعتبر أن علاج حالة تغيير الجنس، تعتبر احترام لحياته الخاصة مادام أنه يركز على شروط لعلاجه و هي: أنه غير متزوج و ليس له أولاد و هي ذات الشروط أو المعايير المعتمد عليها من طرف الفرق الجراحية في فرنسا لإجراء جراحة تغيير الجنس[236].

3/ أن القرار أعطى مكانة لضرورة النظر إلى نص المادة 3 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و الحريات الأساسية التي نصت على أنه "لا يمكن لأحد أن يخضع لأي تعذيب، لا إلى عقوبات أو علاجات غير إنسانية " و أعطى القرار اهمية لهذه المادة باعتبار أنه في الاقتياد ل ...M.x الى وجهة الجزائر الدولة التي يحمل جنسيتها. استنادا إلى أن العلاجات السيئة التي جعلت طبيعة حياته قابلة أن تعرضه شخصيا و أيضا التهديدات الجدية التي تعرض لها ...M.x من طرف أحد أفراد عائلته، أن واقع المخاطر المتذرع بها في حالة رجوعه الى الجزائر كان يجب ان ينظر إليها بكفاية من خلال وثائق الملف و هو الأمر الذي لم يلتفت إليه مقرر محافظ الشرطة و من تم لم يؤسس هذا الأخير موقفه.

4/ أن القرار المناقش في الأخير **رفــض** الدفوع المقدمة من قبل الطالب (requérant)، و رأى أن محافظ الشرطة **لا يفرض عليه** إعادة فحص طلب المعني بإعادة تجديد إقامته.
و من تم نرى أن القضاء الفرنسي رفض منح بطاقة الإقامة التي تجعل المواطنين الجزائريين **يستفيدون من العلاج** بالأراضي الفرنسية و رأى أن مثل هذا العلاج لحالات تغيير الجنس لم يكن ثابثا بتقارير طبية و الأكثر من ذلك أن مثل هذا العلاج يمكن أن يستفيد منه المواطن الجزائري في بلده الأصلي. أي أنه

[235] Voir, Arrêt 30 janvier 2006,n° 05PA030, Op.Cit, p.03., sur site www. lextenso.fr.
[236] Voir, Haute Autorité de Santé, Nov 2009, Op.Cit, p.73.

إعتبر أن وجود العلاج في الجزائر يحرمه من الإقامة في فرنسا للحصول على هذا العلاج. و هذا معناه أن القضاء الفرنسي لا يسمح للجزائريين من الإستفادة بمثل هذا العلاج في فرنسا.

II. **<u>قـــرار 31 مـــــــــاي 2013 :</u>** [237]
هذا القرار يشبه إلى حد كبير القرار السالف الذكر لسنة 2006.كل ما في الأمر أن طالب تغيير جنسه M.A…C هو الذي قدم عريضة بتاريخ 22 نوفمبر 2012، بدعوى الإلغاء ضد قرار المحكمة الإدارية لباريس التي رفضت طلب M.A…C، المتمثل في إلغاء مقرر 21 ديسمبر 2011، المتخذ من طرف محافظ الشرطة الرافض لطلبه لسند الإقامة، يلزمه بمغادرة التراب الفرنسي ويحدد دولة الإرسال.

وسنناقش أهم النقاط القانونية المثارة ضمن هذا القرار الصادر بتاريخ 31 ماي 2013، الذي جاء بعد حوالي 07 سنوات من القرار الأول السالف مناقشته، سنلاحظ أنه تمسك بعدة نقاط أثيرت ضمن القرار الأول لذا سنكتفي بالإشارة إليها دون مناقشتها لتفادي التكرار و ستقتصر المناقشة على النقاط الجديدة التي أثيرت و كيفية معالجتها قضائيا و هي :
1/ أن محافظ الشرطة عندما رفض منح ل M.A...C سند إقامة للعلاج الطبي انتهك شروط المادة 7/6 من الاتفاق الفرنسي الجزائري ل 27 ديسمبر 1968 المعدل السابق ذكره.
إلا أن الملفت للانتباه أن القرار المعقب عليه أبرز أن محافظ الشرطة إعتمد على رأي طبيب رئيس المصلحة الطبية لمحافظة الشرطة الذي قدر أن الحالة الصحية ل M.C لا تدخل نتائج جد إستثنائية خطيرة و أن المعني بالأمر يمكنه الاستفادة من علاج و متابعة خاصة في بلده الأصلي و الذي يجب الوقوف عنده أن تقدير حالة تغيير الجنس هي ترجع إلى الخبراء في هذا المجال، و ليس فقط على رأي خبير بسيط بمصلحة الشرطة و إنما تتطلب أن يكون الطبيب متخصص في مثل هذه الحالة و هو الأمر الذي لم يلتفت له القرار رغم أهميته.

2/ تحدث عن عدم إحترام المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و أبرز هنا القرار أن المعني بالأمرM.A..C أعزب، هو ضحية إضطهاد في الجزائر بسبب تغييره لجنسه و من تم فمحافظ الشرطة إرتكب خطأ ظاهر في التقدير إلا أن القرار إستبعد هذا الدفع و لم يعره إهتماما.

3/ أن محافظ الشرطة لم يأخذ بشروط المادة L.511-4-10 من قانون دخول و إقامة الأجانب و حق الإلتجاء إلا ان القرار لم يعط أهمية لهذا الدفع أيضا و إستبعده.

4/ في الأخير هذا القرار المعقب عليه قد رفض عريضة M.C و كل طلباته بما فيها رفض منحه شهادة إقامة للعلاج الطبي بفرنسا و هذا تأكيد من القضاء الفرنسي أنه لا يسمح للمواطن الجزائري الإستفادة من الحصول على بطاقة إقامة للعلاج بفرنسا مادام حسب ما جاء به أن المعني بالأمر له علاج في بلده الأصلي (رغم أن الجزئر لا تسمح بمثل هذه الجراحات إلا لأسباب عضوية و محظورة لسبب نفسي) .

و بهذا إجابة على التساؤل السالف الذكر أن القضاء الفرنسي رفض منح بطاقة الإقامة التي تجعل المواطنين الجزائريين يستفيدون من علاج أعراض تغيير الجنس. أي أنه قصر التكفل بالعلاج على الفرنسيين فقط. و هو ما يعتبر سابقة قضائية من جهتين أنه طرح مشكلة تغيير الجنس من أشخاص من **جنسه جزائرية**، و من جهة أخرى أبرز أنه يحرم غير الفرنسيين من الحصول على بطاقة الإقامة لعلاجهم على التراب الفرنسي.

[237] Voir, Arrêt 31 mai 2013 n°12 PA 04577, 1er ch, inédit au recueil lebon, cité sur www.lextenso.fr imprimé 22/09/2014.

2/ الـتـسديـد خـارج الاتـحـاد الأوربـي :

من خلال المادة R.332-2 من قانون الضمان الاجتماعي التي تنص أن صناديق التأمين الصحي يمكن بصفة استثنائية ، و بعد أخذ الرأي **المـؤيـد** للرقابة الطبية، تبدأ في التسديد الجزافي للعلاجات المجرأة خارج دولة طرف في الإتحاد الأوربي المؤمنة إجتماعيا، إذا كان هذا ثابت أنه لا يمكن تلقي العلاجات الخاصة بحالته في الأراضي الفرنسية.

و في هذه الحالة على **عكـس** التنظيم المتعلق بالتكفل بالعلاجات في الاتحاد الأوربي فان أجل الرد من الإدارة في هذه الحالة الخاصة يخضع **للقانون العام**، بمعنى أن سكوت الإدارة في أجل شهرين يعني رفض الطلب.

على من يقع عبء الإثبات ؟ هنا يجب على الرعية الذي قدم الطلب أن يقدم الإثبات أنه لا يمكن أن يتلق على الأراضي الفرنسية العلاجات الخاصة بحالته.

و من هنا يمكن الرجوع إلى المعايير المفروضة من طرف الفرق الجراحية في فرنسا؛ لرفض إجراء الجراحة كما هو الحال لرفض جراحة الأشخاص المتزوجين أو الذين لهم أطفال قصر .

إذا يمكن للطالبين إستنتاج من هذا الرفض المؤسس على هذه المعايير الخاصة، لمحاولة الوصول إلى تسديد الجراحة المجراة خارج فرنسا .

و من هنا يتضح لنا أن قبول التسديد يجب أن يكون **ضـيـق** حسب التحرير النصي للحكم الذي إستعمل فيه عبارة " بصفة استثنائية " [238] و أن هذه الطلبات يمكن أن تقبل من أجل :

- تفادي أي انقطاع للمساواة في العلاج بين الطلبات ،
- تدارك مخاطر الطعن النزاعي[239].

رابعـــا : المشاكل المثارة لتسديد العلاجات الأخرى عدا جراحة إعادة التحديد الجنسي في فرنسا :

إذا كان رخصة التكفل بعملية إعادة التحديد الجنسي تبدل المستوى القومي، التكفل بالعلاجات الأخرى المرتبطة بأعراض مرض اللاارتياح في النوع مرتبطة بالصناديق المحلية (caisses locales d'Assurance Maladie) للتأمين الصحي .
إذا كانت هذه الأعمال مسجلة في الصندوق المتكفل بالتأمين الصحي (CCAM) و لم تكن خاضعة لإتفاق مسبق (une entente Préalable) هذه العلاجات تكون متكفل بها بطريقة آلية.

أما إذا كانت الأعمال غير مسجلة في الصندوق السالف الذكر (CCAM) و من تم غير متكفل بها فان بعض الطالبين يتوجهون مباشرة إلى الطبيب الإستشاري لصندوقهم **المـحـلـي**، من أجل التسديد[240].

بالمقابل نجد أن هناك أدوية في إطار الهرمون البديل الذي يجب ان يتبعه المريض و قد يطرح مشكل عملي إذا كانت الأدوية الموصوفة للمغير لجنسه هي خارج رخصة الطرح في السوق AMM[241] فما هو الحل ؟

---

[238] و من هذا المنطلق في ظل الاهتمام بالشفافية أيمكن أن يكون من الملائم أن الإدارة تعرف ما يمكن أن نسمعه "بصفة استثنائية" أمام تزايد عدد الطلبات للتكفل خارج الاتحاد اللأوربي.

[239] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.73.

[240] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.75.

[241] Autorisation de Mise en Marché.

أ. مدى التكفل بالعلاجات الأخرى أو ملحقات جراحة إعادة التحديد الجنسي :

الواقع أن كل المغيرين لجنسهم ليس لهم الحظ في أن يكونوا طبيعين متمتعين بصورة جسدية خاصة الوجهية تكون خاصة بالنوع المقابل الذي ينتمون إليه، بالأخص الأغلبية منهم ليس لهم وجه له ملامح رقيقة و ناعمة. و هذا ما يدفعهم إلى الجري وراء الأعمال الطبية الهادفة إلى تصحيح المظهر لجعله أكثر تصديقا. و هذا يتعلق بجراحة رسميا تصليحية تحسينية[242]. فالتصليحات الجراحية لإعادة بناء مستوى الوجه تجعل من الضروري تغيير بطاقة التعريف. كما أن العمليات التي تجرى على الأنف، ملامح العين، الخدين، الأذنين، الذقن، جوزة العنق، الأحبال الصوتية و كذا العمليات اللاحقة، و حصص نزع الشعر المضجرة[243]. و هنا يجب الإشارة أن مشكلة التكفل بحصص نزع الشعر بالأشعة (Laser) في إطار اضطرابات هوية النوع **المبكر** (Prècose) لا تطرح إطلاقا إذ أنها مسجلة في CCAM و من تم متكفل بها من التأمين الصحي[244] إنما الإشكال الذي طرح حول مدى قابلية التكفل بهذه الجراحات **اللاحقة** من طرف صناديق التأمين الصحي.
و يمكن إعطاء نظرة على رأي القضاء حول هذه المسألة بمناسبة القضية التي طرحت على محكمة النقض بفرنسا و سمحت لنا أن نقدر تعقيد المشاكل المثارة المرتبطة بإدراك الوضعية حول حصص نزع الشعر **الكهربائية** (électrique).[245]

و قد تمثلت الوقائع في :أن شخص مغير لجنسه من ذكر إلى أنثى Mme G طلبت تكفل بحصص نزع الشعر عن الوجه كهربائيا أمام صندوقها. قوبلت برفض التكفل، فطعنت فيه . محكمة الاستئناف أمرت بخبرة تقنية من أجل تحديد اذا كانت الحصص الموصوفة لها بغرض علاجي أو تجميلي. الخبير المعين من طرف المحكمة كان مختص في الأمراض الجلدية. و الحال ان المدعية دفعت بوسيلة مهمة؛ بأن أعراض مرض تغيير الجنس هو إضطراب الهوية للشخص علاجه عموما تغيير بالنتيجة الإختصاص هو لطبيب نفسي.

غير أن محكمة النقض إتبعت محكمة الإستئناف و رفضت الطعن حول حيثية جد مهمة في صياغتها[246]؛ بمعنى أن الخبير المعين كان أخصائي في الأمراض الجلدية و صرح أن الحصص المتنازع عليها كانت لغرض تجميلي و ليس بغرض علاجي. و قدرو أن هذ الرأي كان واضحا و دقيقا، و الذي استخلص من أنه يفرض على المعني و كذا الصندوق. و بهذا فإن محكمة الإستئناف لم تتمسك بأن تأمر بخبرة جديدة أخرى، و قررت التأكيد أن **حصص نزع الشعر الكهربائية لم يكن متكفل بها**. و من تم فإن هذا الوجه غير مقبول من جديد و فيه خلط للوقائع و القانون في الشق الأول و غير مؤسس جيدا في شقه الثاني و رفض الطعن.

و الملاحظ أن هذا القرار المعقب عليه لا يأخذ بعين الاعتبار أبعاد تغيير الجنس، و ما يتطلبه مشوار علاج المغير لجنسه الذي يجب أن يتبعه و إلى كم من طبيب يجب عليه أن يتجه من أجل أن يجعل مظهره يتماشى مع النوع الذي يريد التحول إليه ؟

---

[242] مثلا في أمريكا فإن العمليات الجراحية لتغيير الخصائص الجنسية تسدد من طرف جمعيات التامين إذا كانت ضرورية و لكن شرط يجب شهادة ن طبيب نفسي، و يمكن استثنائيا ان يستفيد من عمليات تحسينية من طرف شرطة التأمين.سمح للمحبوسين المغيرين لجنسهم بالترخيص لهم يتلقى علاج هرموني انثوي على نفقة الدولة.مذكور في M.A.Rothblatt, point vue américain sur la législation en matiére de transsexualisme ,XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.215.

[243] Voir, J.Branlard, Op.Cit, p.425, n°1229.

[244] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.75.

[245] Voir, Cour de cassation, chambre sociale 08 mars 2001, pourvoi n° 99-14.657, cité sur HAS, p.75.

[246] Qu' « attendu que le litige dont la cour d'appel était saisie ne portait que sur le remborsement des seances d'épilation éléctrique du visage prescrites par un dermatologue, l'arrêt de la cour d'appel relevait que, selon l'expert, les séances litigieuses étaient a visée esthétique et n'ont pas de motif thérapeutique.»

- إن هذا القرار أثار مشكلة الخبير الذي يجب أن يعين في حالة النزاع، ففي قضية الحال نرى أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بخبرة قضائية صادرة من طبيب مختص في الأمراض الجلدية، في حين أن أعراض مرض التحول الجنسي له ارتباط مع أخصائين في الطب النفسي، في الغدد و الجراحة، و من غير المعقول لأخصائي في الأمراض الجلدية أن يتفهم مشكلة مرض اللاإرتياح في النوع الذي يتطلب من الطبيب إلمامه بالأصول العلمية في مجال حالة تغيير الجنس .
- نحن نرى أن القرار محل المناقشة قد أغفل مسألة مهمة و هي أن جراحة إعادة التحديد الجنسي تتطلب إجراء جراحات لاحقة ضرورية لاكتمال الصورة الجسدية للجنس المقابل الذي سيصبح ينتمي إليه المغير لجنسه، و أن حصص نزع الشعر هي ضرورية لتغيير ملامح الشكل و جعلها تتطابق مع الجنس الآخر الذي يرغب التحول إليه.
- الأمر يتطلب إعادة النظر في مدى التكفل بالعلاجات الأخرى التي تتبع جراحة إعادة التحديد الجنسي، لاسيما أن الجراحة التجميلية قد تكون ضرورية لرسم ملامح الجنس الآخر الذي سيتم التحول إليه.

و خلاصة لهذه النقطة أنه لا يظهر أبدا بوضوح أن مشكلة التكفل بالعلاجات المرتبطة بأعراض مرض اللاإرتياح في النوع، تتطلب تأطير قانوني في مصلحة التأمين الصحي و أن الإصلاح القانوني في هذا المجال لا يستجيب لضرورات التأمين القانوني الذي يتطلبه علاج هذا المرض.

ب- الوصفة الدوائية الخارجة عن رخصة الطرح في السوق (AMM) و مشكلة التكفل من التأمين الصحي في فرنسا :

بالرجوع إلى المادة L.162-17 من قانون الضمان الإجتماعي الفرنسي تنص على أن الأدوية الوحيدة الموجودة في قائمة الأدوية التي تسدد، الصادرة بموجب مقرر وزراء الصحة و الضمان الإجتماعي، يمكن أن يتكفل بها من طرف صناديق التأمين الصحي، بعد الحصول على رخصة الطرح في السوق AMM.[247]

الطبيب يأخذ بالتكفل أعراض مرض اللاارتياح في النوع يجب عليه إعلام مريضه بالمخاطر المحكمة للتكفل بالأدوية الخارجة عن رخصة الطرح في السوق. و في حالة غياب الإعلام عن ذلك، سيعرضه للمسؤولية عن تعريض الغير للخطر بموجب المادة 1-223 قانون عقوبات فرنسي.

فالأدوية الموصوفة للأشخاص الذين يحملون أعراض مرض اللاإرتياح في النوع في إطار الهرمونات البديلة. لا يجب إذا أن تسدد لهم من طرف التأمين الصحي، لأنها خارجة عن رخصة الطرح في السوق (hors AMM).[248]

و الحال أن بعض صناديق التأمين الصحي (CRAM) يقبلون تسديده، في حين آخرون يرفضون مرتكزين على التشريع. فمن أين مشكلة فقدان المساواة في العلاج بين المؤمنين الاجتماعيين. و هنا قد يوجد حل يتخذ من خلال نص المادة L.162-17-21 من قانون الضمان الإجتماعي و المتمم بالمادة 29 R..161-26 a يقدم حكم يسمح بالتكفل المالي خارج دائرة منافع و خدمات التسديد في حالة مرض طويل الأمد أو مرض نادر. هذا الخرق ممكن بشرط أن التخصص، المادة أو الوصفة موجودة في رأي

---

[247] **إجراءات التسديد**: بعد الحصول على رخصة الطرح في السوق، المخبر يصنع الدواء، إذا كان يردي تسديده يجب أن يضع الطلب لدى السلطة العليا للصحة.المخبر يجب أن يحدد الإرشادات العلاجية التي من اجلها يتم التسديد. و الحال أن، تسديد الدواء مقبول إرشاد بعد إرشاد المخبر يمكن أن يقرر ألا يطلب التسديد إلا على جزء من الإرشادات العلاجية لهذا الدواء الإرشادات الصادرة من طرف رخصة الطرح في السوق(AMM).من هذا المنطلق، مستحيل للمخبر ان يطلب تسديد الدواء من اجل إرشاد ليس موجود في الرخصة.الإرشادات العلاجية الداخلة في التسديد لا يمكن أن تكون أوسع من الإرشادات العلاجية لرخصة الطرح في السوق.و الحال أن نجد هناك طبيب له دائما إمكانية وصف خارج الرخصة.في هذه الحالة الطبيب عليه أن يشير لذلك في الوصفة، و بالمقابل يحمل عبارة «غير قابل للتسديد» بجانب تسمية التخصص(المادة L.162-4 قانون الضمان الإجتماعي).الطبيب الذي يوصف خارج الرخصة و لا يشير بذلك للتأمين الصحي، يتعرض للعقوبات من طرف الصناديق (المادة 315.3 من قانون الضمان الإجتماعي.مذكور في haute autorité de la santé, Op.Cit, p.68.

[248] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.69.

أو توصية الهيئة العليا للصحة (HAS) بعد الإستشارة، من أجل المواد المشار إليها في المادة L.5311-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، للوكالة الفرنسية للضمان الصحي لأدوية الصحة. HAS يمكن ان تخطر من طرف وزارة الصحة أو L'UNCAM. و هذا الحكم يمكن أن يسمح بالتكفل أيضا بالعلاجات «ملحقات» جراحة إعادة التحديد الجنسي بطريق إدخاله في المرض طويل الأمد (ALD)[249].

و من هنا يمكن أن نستنتج أن الدواء الموصوف خارج رخصة الطرح في السوق عند الأشخاص الذين يحملون أعراض مرض تغيير الجنس يطرح إذا مشكلا خاصا يضاف على المشاكل الكلاسيكية للوصفة الخارجة عن الرخصة.هذه المشاكل في أصلها تعود إلى غياب المعطيات العلمية و غياب نظام المراجع الرسمي حول الموضوع.[250]

هذه النظرة حول كيفية التكفل المالي بجراحة إعادة التحديد الجنسي و توابعها من العلاجات الأخرى وكيفية تسديد الدواء الموصوف للأشخاص المغيرين لجنسهم -بما يعرف بالهرمونات البديلة- من طرف التأمين الصحي حتى تكون لنا إلمامة حول الموضوع قبل المبادرة بالتدخل الجراحي المطلوب و الذي سنحاول الخوص فيه في الفرع الموالي.

الـفــرع الـثــانـــي

كيفية التـدخـل الجراـي في حـالات تغييـــر الجنـــس (العضوي و النفسي).

في حالة ثبوت عدم نجاعة أي علاج بالطرق البسيطة في حالات تغيير الجنس، فان الفريق الطبي المتكون من اختصاصين متعددين، سيقرر إجراء التدخل الجراحي لإزالة الغموض الجنسي أو الميل الجنسي النفسي، إن الطريقة المتبعة في العمليات الجراحية التي تجري على حالات تغيير الجنس، تختلف من حالة إلى أخرى، حسب ما إذا كان التغيير لأسباب عضوية أو نفسية و تبعا لنوع الشخص الذي يتم إجراء الجراحة عليه. و لهذا سنتناول كيفية التدخل الجراحي في كلا الحالتين :

أولا : جــراحة الإزدواج الجنسي العضــوي .

الغموض الجنسي العضوي، من النادر أن يطرح مشاكل في تشخيصه.المعطيات العيادية، الفحوصات الهرمونية و الكروموزومات...، تعطينا بسرعة الحل في أغلب الحالات.فهوية النوع مرتبطة عموما بجنس محدد. و الهدف من التعرض لهذه الحالة هو في إطار البحث المقارن حول أصل التخلف للهوية النفسية الجنسية ليكون في المجال الطبي –الشرعي[251]. و كل ذلك من أجل إجراء مقارنة بسيطة بين الجراحة الجنسية العضوية و تلك التي ترتكز على الجانب النفسي للمريض و رغبته الشخصية في الميل إلى جنس مغاير لجنسه الأصلي .

حتى و لو كان الأطباء يظنون أن تحديد هوية النوع تغير بتطور تدريجي مهم، هرمونيا. هيمنة المحيط على أي شروط أخرى محتملة للتوجيه الجنسي النفسي للشخص الذي به غموض تناسلي عضوي يمكن أن يتنازع فيه. و لهذا يرى البعض أن الإقتناع بأن تكون ذكر أو أنثى مرتبط بجنس محدد و ليس بالجنس البيولوجي، حتى و لو كانت الأعضاء التناسلية معيبة أو ناقصة[252].فقد يكون جنس المصاب بتشوه خلقي بعد التصحيح، مقرر من طرف الوالدين و المحيط في حالة الخنثى الحقيقي و هنا تكمن الصعوبة و يتطلب الأمر تدخل المختصين لتحديد جنس المريض الغالب و يقررون إجراء الجراحة المناسبة لحالته الجنسية الغامضة.

---

[249] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.75.
[250] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.69.
[251] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.59.
[252] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.63.

و تختلف الجراحة من مريض لآخر بحسب طبيعة الحالة المرضية و نوع الجراحة التي ستجرى له ليصبح على نوع الذكورة بعد الأنوثة الظاهرة أم على الأنوثة بعد ذكورة ظاهرة أم على الوضع الظاهر ؟

1/ جراحة المريض الخنثى الحقيقي :

فهي حالة استثنائية، يتواجد فيها لدى المريض أنسجة مبيض و أنسجة الخصية في نفس الوقت أي في شكل مبيض و خصية أو مرفوقة بغدة مختلطة. الجهاز التناسلي الخارجي عموما له شكل على الأقل ذكري لكن الكروموزومات أنثوية. عند البلوغ بتغيير تشريحه إلى أنثى بنمو الثديين و ظهور الطمث على شكل حيض[253].
فإذا تقرر ان جنسه الغالب هو على **الأنوثة**، فإن الجراحة التي تجري تكون باستئصال أي نسيج خصيوي، و إجراء جراحة تجميلية للبظر، وإصلاح الأعضاء التناسلية الظاهرة إلى الشكل الأنثوي .

أما إذا تقرر ترجيح **الذكورة**، فيجب أن يستأصل المبيض، و أن تجرى جراحة تجميلية لتصنيع الإحليل مع القضيب و إصلاح الأعضاء التناسلية الأخرى الظاهرة لتناسب مع الشكل الذكري[254].

2/ جراحة الخنثى الكاذب الأنثوي : (أصلها أنثى و ظاهرها ذكر).

هذا النوع هو دائما من أصل الغدد و يتغير في أغلب الحالات من الغدة الكظرية (فوق الكلية)، هؤلاء لهم دائما مبايض، قناتين و رحم أيا كانت درجة **ذكورة** الأجهزة التناسلية الخارجية ( )، بتعبير آخر فإن إفراز هرمون الذكورة من الغدة الكظرية يجعل سير الأعضاء التناسلية يتجه نحو الذكورة. و ذلك بنمو البظر نموا كبيرا حتى يشبه القضيب، و يلتحم الشفران الكبيران ليصبحا يشبهان كيس الصفن. إلا أن هذا الأخير لا يحتوي بداخله على خصيتين[255].
فهذه الجراحة تجرى لإرجاع المريض على حالته الأصلية كأنثى، فيتم إصلاح فتحتي البول والمهبل حتى تكون هناك قبل الجراحة فتحة واحدة تؤدي إلى مجرى البول و مجرى المهبل معا[256].

و الواقع أن الأطباء هنا لم **يحولوا** ذكرا إلى أنثى، إنما أعادوا أنثى حقيقية حتى في أعضائها التناسلية الداخلية إلى وضعها الطبيعي و أزالو الغشاوة، و فتحوا الشق بين الشفرتين و أعادوا الفرج إلى وضعه الطبيعي[257].

3/ جراحة الخنثى الكاذب الذكري : (أصلها ذكر و ظاهرها أنثى).

هنا يوجد عدة حالات يمكن ان تظهر عند الجنين، عندما الخصية الجنينية لا تسمح بالتخلق الذكوري، إما لعيب في الإفراز أو عدم الحساسية المحيطية[258].فقد نجد أن المريض غالبا ما يكون لديه ورم في الغدة الكظرية (وهو أمر نادر الحدوث). و تحت تأثير هرمونات الأنوثة يؤدي إلى عدم نزول الخصية إلى كيس الصفن و إنشقاق الكيس و عدم إلتحامه يجعله يشبه الشفرتين وعدم نمو القضيب يجعله يشبه البظر فينمو على أنثى إلا أنه بعد البلوغ تظهر علامات الذكورة[259].فيتقرر هنا إجراء **الجراحة** لإعادة المريض إلى حقيقته الأصلية، و يتطلب الأمر هنا إنزال الخصيتين، إذا كانتا بالبطن لأن بقاءها قد يسبب له أورام كما

---

[253] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.60.
[254] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.187.
[255] أنظر، علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن الدار السعودية للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 11، سنة 1999،ص.497.
[256] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.187.
[257] علي البار، خلق الإنسان، المرجع السابق، ص.498.
[258] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.61.
[259] علي البار، خلق الإنسان، المرجع السابق، ص.500.

سبق التوضيح.و يتم استئصال الأعضاء الأنثوية الداخلية، مع إصلاح مجرى البول و الأعضاء التناسلية الظاهرة لتتناسب مع جنس الذكر[260].

أما حالة **التأنيث الخصيوية**، و رغم إدراجها ضمن الذكورة الكاذبة نظريا لأن تكوينها البيولوجي و الغددي الذكري لوجود خصية ظاهرة، و كثرة إفراز هرمون السترون يؤدي إلى تكوين أعضاء تناسلية خارجية جد أنثوية، مثل الثديين، التشوه الوحيد المتواجد هو اختفاء نمو شعر عند البلوغ[261].

و لكن رغم أنها تصنف ضمن الذكورة إلا أنها تبقى في أصلها أنثى و تجرى لها الجراحة لتصبح من جنس الأنثى.
و العلاج المعتاد الذي ينصح به هو بتر أو إستئصال الخصيتين بعد البلوغ. بسبب خطر الإنحلال الخلوي (إنحطاط النوع)، متبوع بإقامة علاج بديل بالأستروجين و البروجسترون[262].

- **حالة إفتـــراضية و مقـــارنـــة مـــع المغيـــر لجنســـــه :**

1/ لو إفترضنا في حالة التأنيث الخصيوي، لو أن التشخيص من طرف المختص بالإستشارة من أجل انقطاع الطمث (الحيض)، العقم أو الفتق الحالبي هل يجب أن يقلب وجود المريض إذا قلنا له أنه **رجل** و يجب أن يغير حالته المدنية. بالطبع الجواب **بلا** حسب Berton. و هذا الأخير يقول إذا قارنا هذه الحالة بالمغير لجنسه الذكري : "جنسه الوراثي، الغددي و النفسي كلهم مثل بعض. بعد إجراء الجراحة يعني الخصاء **الوقائي** في الخصية الأنثوية، و كذا إستئصال الخصية والقضيب و تشكيل فرج في حالة تغيير الجنس، العلاج الأستروجيني في كلا الحالتين مشترك مسبقا...." فلماذا الطبيعة **العضوية** للمرض تعطي أكثر الحق في أن يصبح إمرأة على خلاف الطبيعة النفسية للآخر. إذ كان كل مستويات التخلق الجنسي إبتداءا من الصبغيات حتى لهوية النوع هي متشابهة ؟[263]

2/ هل الشخص الذي سيرجح جنس معين لديه عضويا بعد ما كان يعاني من تشوهات عضوية سيكون كاملا؟ إذا قلنا بأن الكمال هو أن يتفق مظهر المريض و شكله الخارجي مع حقيقة نوعه فالجواب يكون أنه **نـــعـــم** لأن هذه هي مهمة الجراحة.

لكن إذا تحدثنا عن الكمال في مدى فعالية العضو التناسلي و نشاطه، فان هذا الأمر لا يمكن تأكيده علميا وعمليا خاصة و أن إجراء جراحة الخنثى قبل البلوغ و بعده لها أثر مهم فاكتشاف التشوه مبكرا سيساعد في تفادي بعض التعقيدات أو الأمراض مستقبلا. و الملاحظ ان إجراء هذه الجراحة إذا تم في سن متأخرة قد يؤدي إلى ظهور خلايا سرطانية (و هو الأمر الوارد أيضا عند المغير لجنسه) الأكثر من ذلك فان علاج الخنثى لا يؤكد فعالية العضو التناسلي و نشاطه و سيكون بذلك إما رجلا عقيما أو عنينا أو أن المرأة تكون عاقرا و هو ذات الأمر الوارد عند طالب تغيير جنسه لأسباب نفسية و هو ما جعل الرأي الغالب يعارض هذه الجراحة.

فكيف لنا أن نقبل أن يكون الخنثى بعد الجراحة عقيما أو عنينا و لا نقبله بالنسبة للمغير لجنسه ؟ و هو نفس الأمر في الإفتراض الأول هل يقبل تغليب الطبيعة العضوية للمرض على الطبيعة النفسية ؟ وهذا ما سيترك لتقدير الأطباء مستقبلا و الفقه القانوني المعارض لجراحات تغيير الجنس لأسباب نفسية إذا ثبت إكتشاف الأسباب الفعلية لمرض تغيير الجنس النفسي.

---

[260] أنظر، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.188.
[261] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.61-62.
[262] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.62.
[263] Voir, Jean Breton, transsexualisme étude nosographique et médico-légale, Op.Cit, p.62.

ثـــانـــيـــا : جـــراحـــة الازدواج الجـنـســـي الـنـفـســـــي .

و في هذا المجال يجب أن نفرق بين إعادة التحديد الجنسي التناسلي و غير التناسلي. جراحة الثديين نتكلم عليها مع الجراحة التناسلية لأسباب متفهمة حتى و لو أن الصدر ليس جزءا من الأعضاء التناسلية بالمعنى الأصح. جراحة إعادة التعيين التناسلي لها علاقة بجراحة الأعضاء التناسلية والثديين. و هي بهدف تحويل الشكل حتى يقترب من المظهر الجسدي للجنس المقابل عند الأشخاص الذين يحملون لاإرتياح جنسي. أما الجراحة غير التناسلية تتكون من إشارات جراحية على مستوى المناطق غير التناسلية أو غير الثدية (مثل الأنف، الرقبة، الخدين....).

في جراحة إعادة التحديد الجنسي يجب أيضا أن نقسم الأعمال الهادفة إلى نزع الأجهزة التناسلية الأصلية و بين الهادفة إلى بناء الأجهزة التناسلية المرغوب فيها حتى و لو كان إحدى هذه الإشارات يمكن ان تنجز سويا و هنا أيضا سنفرق بين جراحة التحول الجنسي من امرأة إلى رجل التناسلية و غير التناسلية.

أولا: الجراحة التناسلية لإعادة التحديد الجنسي عند المغير لجنسه الأنثى إلى ذكر:[264]

هذا النوع من الجراحة من النادر أن تتم في مرة واحدة. فبعد إستئصال الثديين، يجب أن يتم قطع الرحم و المبايض، و كلا العمليتين يجب أن تتم من طرف طبيب نسائي وفي جراحة واحدة.
غالبا و ليس دائما، المغيرين لجنسهم أنثى إلى ذكر يخضعون لجراحة قضيب مصطنع الذي يشمل على إعادة بناء القضيب و غلق الفرج. القضيب الإصطناعي لا يمكن أن يكون منتصب بدون إستعمال الرمامة الذي لا يكون له إلا حساسية ضعيفة للأروجين èrogène في أفضل الحالات. و لهذا سنتعرض بالتفصيل لمختلف العمليات التي تجرى على المغير لجنسه الأنثى الذي سيصبح ذكرا:

1- **<u>إستئصال الرحم</u> : Oophoro-hysterectomie**.
يقوم الجراحين ببتر الرحم و المبايض، وهذا أمر ضروري ليس فقط للعلاج الهرموني و إنما أيضا من أجل تغيير الجنس في نظر القانون. العملية يجب ان تجرى من طرف طبيب نساء
و يمكن أن تنسق بموجب استئصال الثدي أو عن طريق تمديد الإحليل.و من الأفضل أن يتم إستئصال الرحم عن الطريق الفرجي و ليس الطريق البطني و ذلك لأجل توفير الشذرات البطنية التي يمكن أن تستعمل للقضيب المصطنع.و المطلوب هنا من أخصائي النساء ترك الفرج كاملا (intact) لإستعمال المخاطية الفرجية لتمديد الإحليل (مجرى البول).

2- **<u>القضيب المصطنع</u> : Pholloplastie**.
هناك طرق كثيرة إقترحت أو استعلمت لبناء قضيب عند المغير لجنسه من أنثى إلى ذكر (HF) مثلما هو الأمر لإعادة صنع قضيب عند الرجال غير المغيرين لجنسهم. التقنيات المجهرية للقضيب المصطنع عند شذر (lambeau) حر تأتي بأحسن النتائج، الوظيفية و التجميلية الأفضل سيكون أن (إعادة) بناء القضيب يتم :
1/ حركة (جراحة مجهرية) في وقت قابل للتناسل تقود،
2/ إلى خلق إحليل محدث يعمل، يرخص البول واقفا،
3/ إلى إحياء الحساسية الملموسة للأروجين (Erogène)،
4/ شرارة كافية للاندماج و الترميم بالقمة،
5/ نتيجة تجميلية مقبولة للمرضى،
6/ نعتبر أن الندبات أو البشاعة قليلة،

[264] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993 , Op.Cit, p.111-112-113-114 et 228.

7/ غياب العجز الوظيفي في مكان أو الموضع المقتطع، و هي معايير إضافية لتقنية رائعة لحد الآن.

أصليا من أجل خلق إحليل محدث néo-urètre وظيفي، يوضع في القضيب بطريقة صحيحة لا يجب فقط تزويد القضيب بمادة بولية إنما أيضا نقل الفجوة البولية الأنثوية الأصلية نحو وضعية جد داخلية، و هذا ببناء جزء عجاني ثابت للإحليل المحدث الذي يسمح بتمديد الإحليل لحد مستوى البظر، و هي الجراحية **الأولية** التي تكون قبل صنع القضيب .
أحد الأعصاب الظهرية (les nerfs dorsaux) للبظر يمكن أن تربط بالعصب الجلدي للشذر المستعمل من اجل القضيب المصطنع لمنحه حسية ملموسية. أما العصب الثاني الظهري للبظر يبقى كاملا عند المرضى لأجل ألا يتلف أكثر كفاءة التنشيط الجنسي للبظر.

من جهة أخرى هناك ما يعرف ب métaidoiplastie [265] التي تعرف بالتحول الجراحي للبظر إلى قضيب. و بموجب هذه التقنية. البظر جزئيا منفصل بتحرير و بتر الحبل البطني تبعا للأصول الجراحية. البظر يتم نقله من قاعدته ب 3 سم نحو الأمام. إذا كان به احليل مدد بكفاية. البظر يكون مطابق للقضيب العادي و كامل و هذا بعد تنشيطه بالهرمونات لينمو حجمه، و يصبح قضيب مغير قادر على الإختراق الجنسي بصعوبة **أو** يتم إستعمال رمامة (prothèse) جنسية خارجية. و هذه التقنيات تسمح ببناء قضيب الذي يبقى أحد الأحسن في الجراحة الإنشائية (constructive).

3- **كـيـس الـخـصـيـتـيـن –Plastie scrotale- :**
هو أمر ضروري مستقل عن صنع قضيب بأن نعطي للناحية الشفوية (labiale) مظهر كيس الخصيتين. بناء صفن مبدئيا منشطر أو بدون غرس، الحافظات الخصيوية يمكن أن تنجز، بصنع جزء من العجاني الثابت للإحليل، عند أول وهلة للقضيب المصطنع[266].

ثـانـيـا : الجراحة غير التناسلية لإعادة التحديد الجنسي للمغير لجنسه من أنثى لذكر.

بالعكس هنا الجراحة للمغير لجنسه من ذكر إلى أنثى الذي يكون غالبا مضطرب، هائج، مطلبي، مكتئب بسهولة، فان المغير لجنسه "شـــاذ" من أنثى إلى ذكر و هو جد متوازن و هادئ، و يتكيف بسهولة لدوره كذكر. هو مسرور لأنه يستطيع أن يكتسب مظاهر ذكورية : الهرمونات الذكرية تخرج له لحية، وترجع صوته خشن، وتنشط تطور البنية العضلية، و تسمح له المرور إلى رجل.الملابس تغطي عموما الجسد عند الرجل، حتى شكل الرجلين و الورك (hanches) التي لا تثير الانتباه. فالمغير لجنسه من أنثى لذكر يمكن أن يطلب إمتصاص شحمي لورك و البطن من أجل إنقاص الزوائد الحوضية الأنثوية[267].

المغير لجنسه من أنثى إلى ذكر له فرصة أكثر للحصول على مظهر ذكوري في مجال كبير بفضل العلاج الهرموني الذكوري الذي يساعده على نمو اللحية و يعطيه صوت خشن[268].
ان علاج إعادة التحديد الجنسي هنا إذا تم من طريق فريق يطبق ضوابط العلاج المعترف بها دوليا، يمثل تطور تدريجي طويل و حساس، إنه يتمثل في طريق صعب .

[265] هو مصطلح من Grec و هو يتكون من méta-: signifient aprés ou consécutif à
aidoia: Organes génitaux
plastos: forme, modèle.
[266] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p. 113-114.
[267] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p. 114.
[268] Voir, Jaap E.Doek, Rapport général, c XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.229.

ثـالـثـــا : الجراحة التناسلية لإعادة التحديد الجنسي عند المغير لجنسه الذكر إلى أنثى :[269]
عكس الجراحة المخالفة، فإن هذه الجراحة يمكن أن تنجز في عملية واحدة.

1- تـكـبـيـــر الـثـديـيـــن : Augmentation mammaire.
قد لا يستطيع العلاج الهرموني إعطاء نمو كاف للثديين، فيتم اللجوء إلى تكبيرهما بالبلاستيك و ذلك عن طريق وضع جهاز تبديل سيليكوني، في الفترة التي يكون فيها فريق ثان بصنع فرج بلاستيكي. هؤلاء المرضى غالبا ما يطالبون بصورة ظلية جد أنثوية.

2- **استئصال الخصيتين : Orchiectomie.**
مثلما هو الأمر في حالة الرحم و المبايض عند المغيرين لجنسهم من أنثى إلى ذكر، قطع أو بتر الخصيتين ليس فقط مهم بسبب العلاج الهرموني، إنما هو أمر مشروط لتغيير الجنس في نظر القانون.
إستئصال الخصيتين يتم في نفس وقت الجراحة، و بصفة استعجاليه قبل الفرج البلاستيكي العناصر البطنية للحبل المنوي و البروستات لا يتم نزعهم بالجراحة.

3- **الفرج البلاستيكي : Plastie Vaginale.**
تقنية قلب غلاف العانة هو طريقة اختيار بالنسبة للفرج البلاستيكي، الأنسجة المنتصبة للقضيب مشروطين.
و الإحليل هو طريق سيكون ملتئم في مكانه الجديد العجاني غلاف العانة يعود و يدخل في تجويف الفرج المحدث الذي شرح بين مركب الإحليل الموثي في الأمام و المعي المستقيم في الخلف. هذا يؤدي إلى رتج مهبلي مغطى بتغليف جلدي[270].

4- بناء الشفرتين و كذا البظر : Plastie des lèvres et du clitoris .
جزء من جلد الصفن و الأنسجة تحت الجلدية، يستعملان لصنع الشفرتين الكبيرتين. و من أجل إعادة تصنيع وظيفيا و تجميليا البظر، الأعصاب الظهرية للقضيب هم صورة مصغرة موضوع على مستوى التصاق العظام الغاني، و تغطى بعضو التطعيم المختلط الحر المستنزل في وسط القضيب.

رابـعـــــا : الجراحة غير التناسلية لإعادة التحديد الجنسي للمغير لجنسه من ذكر إلى أنثى.

هنا يمكن أن تجرى جراحة وجهية لإعطاء للمغير لجنسه علامات أنثوية. إلى جانب ذلك إذا كان علاج تكيُف الصوت (Orthophonique) لم يسمح بالحصول مستوى عال للصوت سيتم إجراء جراحة التكيُف الصوتي و هذا كما يلي :

1- **الجراحة الوجهية: Chirurgie Faciale .**
المغيرين لجنسهم يبحثون عن تكيف الجسم بقدر الإمكان مع هويتهم الجنسية.
العلامات الذكورية الثابتة عندما تكون ملحوظة في المناطق الظاهرة مثل الوجه، الرقبة.
تصحيح هذه العلامات يمكن أن يكون ب :
أ- نزع الشعر الجراحي أو الكهربائي للحية،
ب- تقشير كيميائي لترطيب البشرة الخشنة للوجه،
ج- رسم الظلال الهيكلي للأحواض بفضل تخفيض الخنخنة – عظم الفك- مدار-عقلي.
د - تكبير الشاربين و تقوسات عظم الوجنتين.

كل هذه الأعمال ليست بدون تعقيد و لا يجب الإنتماء إلى العلاج الجراحي القاعدي لإعادة التحديد الجنسي، إنما يجب أن تتم في كل مرة في بعض الحالات الخاصة.

---

[269] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.114.
[270] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.114-115.

2- **جراحة تكيُف الصوت : Chirurgie d'Adaptation Vocale.**

شد الأحبال الصوتية ترجع الصوت جد مرتفع، لكن هذا النوع من العلاج الجراحي يجب دائما أن يكون منسق، مع علاج تصحيح النطق لأن استعمال الصوت النبرة (أداء الصوت) و اختيار الكلمات المختلفة حسب الجنسين، جراحة الأحبال الصوتية عموما ترافقها تخفيض في غضروف درقي : التسوية الدرقية. عندما عقدة الحنجرة، جد بارزة، التسوية الدرقية يمكن أن تنجز حتى و لو جراحة أحبال الصوت لم تكن ضرورية[271].

- **تقدير قيمة العلاج الجراحي في عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية :**

قبل إعطاء تقييم لمدى نجاعة الجراحة في مثل هذه الحالات سنمر على مختلف الجراحات التي أجريت على المغير لجنسه بدءا من :
جراحة تكبير الثدي عند المغير لجنسه من رجل إلى امرأة و كذا تخفيض الثدي عند المغير لجنسه من أنثى إلى ذكر هما جد مهمتين للمريض في المرحلة السابقة على العلاج، لأنها تدخل تغيير مسجل في الأشكال الجسدية. بعد كل هذه العمليات، المريض غالبا يكون له خوف بأن يكون مفاجئ بالعمل في حجرة الثياب أو أيضا بفقدان الهوية في المجتمع أو مع شريكه و من جهة أخرى، فان الجراحتين ليسوا في اتجاه واحد، و لهذا هما مطلوبين و مقترحين كأول حركة جراحية، أما عن نتيجة إستئصال الرحم، فهي تدخل عجز جسدي، فالمغيرين لجنسهم هم **عقيمين** في اتجاه واحد بعد هذه العمليات، إن إستئصال الرحم و الخصيتين يتم إجرائهما من طرف طبيب نسائي و جراح بلاستيكي.أما في دول الأراضي المنخفضة فإن عالم الغدد و الجراحين فقط المرخص لهم قانونا إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي في حين أن نتائج الفرج البلاستيكي و القضيب المصطنع، فحاليا النتائج التجميلية للبناء الفرجي جد ممتازة.

الفرج المحدث يسمح **بإقامة** علاقات جنسية بعد إلصاق شحم لتسهيل الحركة.

و من بين التعقيدات الطبية بعد الجراحة نسجل أعراض مرض جزئي يؤدي إلى ضرر الأوعية العصبية على مستوى غدةالبروستات، و هذا التعقيد نصادفه أيضا بعد بتر غدة البروستات transurethrale.
بعد تقويم ثغرة الفرج، شرارات على مستوى الشفرتين الكبيرتين يمكن أن تظهر السبب الأكثر تعارفا و هو التعفن، و يمكن أن يتعلق أيضا بفضالة قناة المني أو الخصيتين التي لم يتم استئصالها كليا[272].

و مادام أن إستئصال الخصيتين تم بدون بناء أو تحول لرحم، فمن الأكيد أن المريض لا يكون قادرا جسديا على الإنجاب. التقنيات الجراحية الحالية للقضيب المصطنع تحدث قضيب يسمح للمغير لجنسه إلى ذكر التبول **وقوفا** و أحيانا تكون العلاقات الجنسية **مشبعة**. كما أن إستئصال الرحم تم بدون نقل الخصيتين، فإن المريض بمجرد الجراحة، لا يستطيع **الإنجاب**[273].

فالملاحظ أنه بالرغم من التغيير الظاهري للجنس إلا أنه غير قادر أن يكتسب للشخص كل خصائص الجنس الآخر. فهو غير قادر على الإنجاب .

فجراحة إعادة التخصيص الهرموني – الجراحي للجنس- تريد أن تلبي طلب المريض، لكن لا تشفي الإضطراب الجسدي الذي له. فالمغير لجنسه يعترض على أنه يعاني من اضطراب نفسي، لا يعاني إلا من خطأ الطبيعة، الذي لم يعطيه الجسد المناسب له الذي يحس به، و يريد أن يكون عليه[274].

---

[271] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.114-115.
[272] Voir, Rene granier, Op.Cit, p.145.
[273] Voir, J.Joris Hage, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.116.
[274] Voir, Collette Chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.248.

حتى و لو تقدمت الجراحة. فهي لا تحل المشكل الموضوعي، فالمرضى مسرورين من النتائج الأكثر تجميلية و غير الوظيفية. تغيير فعلا الجسد هو أن نغير **الكروموزومات** الخاصة بالمريض، و أن نعطيهم غدد الجنس الآخر.....فالجراحة لا تسمح بمسح تاريخ المريض[275].

الدكتور Reid يؤكد في تقريره أنه حتى و لو نطبق معايير صارمة، يمكن أن نستخلص ان علاج إعادة التحديد الجنسي يعتبر مصّرف فعال لحالات الارتياح الذي يعاني منها المغيرين لجنسهم. و يضيف أن الدراسات التقديرية أظهرت ان نتائج مرضية بالنسبة ل 71.4% للمغيرين لجنسهم من الذكورة للأنوثة و 89.5% من الأنوثة للذكورة(حسب مؤتمر 1993).و هذا ما يوضح أن النسبة المرضية عموما للمغيرين لجنسهم من الأنوثة للذكورة، و بهذا هم يصادفون أقل صعوبة في التاقلم الإجتماعي.
و لكن هذا لا يعني أن المغيرين لجنسهم لا يعرفون إلا الوضعيات المرضية.بالعكس الأكثر منهم، الخبرة أسفرت عن انقطاع للعلاقات مع العائلة و الأصدقاء أو فقدان العمل مما يرغمهم ان يغيروا المنطقة، و يصعب عليهم إقامة صداقات جديدة، إيجاد عمل و سكن لائق.هذه الصعوبات هي نتيجة تمييز أو عدوان ظاهر يمكن غالبا أن يفسر اعزالهم خاصة في الدول لا يعرف قانونها إعادة التحديد الجنسي كما يجب[276].

فالأكيد بأن العمليات الجراحية لتحول الجنسي تخفف لكن لا تشفي المريض. و يمكن يوم ما أن يكتشف علاج جد ناجع. و في هذه الحالة من الواضح أن جراحات التحول الجنسي سيتم هجرها[277]. فلو سيثبت علميا مستقبلا أن هناك جنس **مخـــــي**، فلا شك أن كل هذه العلاجات ستتغير، و سيكون للطب رأي مغاير حسب الأصول العلمية في هذا المجال.

من المسلم به شرعا و قانونا و طبيا و دوليا أن الجراحات الهادفة إلى تغيير الجنس لأسباب عضوية أنها جائزة و مشروعة لكونها تصلح خلل أو تشوه خلقي لشخص يعاني من ازدواج جنسي عضوي يجعله يحمل هوية جنسية ظاهرة مختلفة عن الهوية الجنسية الداخلية على مستوى الأعضاء التناسلية، إلا أننا في هذا المقام نلفت الإنتباه إلى نقطة مهمة أثارت تخوفنا عند البحث المعمق في أحكام شريعتنا الغراء كان سبق لما الإشارة إليه في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة، و هو مسألة الخنثى الحقيقي الذي و إن كان حالة نادرة جدا إلا أنه في حالة عدم القدرة على تغليب أحد الجنسين على الآخر نظرا لتواجد الأعضاء التناسلية الذكورية و الأنثوية معا، فإنه يمكن إعطاء الخيار للخنثى أن يختار أحد الجنسين الذي يحس بانتمائه أكثر إليه حسب رأي فقهاء الشريعة.

و هنا لاشك أن اختيار الخنثى هنا سيكون بالاستناد إلى إحساسه النفسي و هذا يعني أننا يمكن القول أن المعيار النفسي يدخل في عناصر تحديد جنس الشخص فإذا سلمنا بهذا الفرض للخنثى الحقيقي فلماذا لا يمكن التسليم به بالنسبة لمغير لجنسه لأسباب نفسية، فالإجابة على هذا التساؤل سنتركها لأهل الإختصاص و تجعلنا نقول أنه لابد من وجود حلقة مفقودة تحدد لنا كيفية تكوين جنس الشخص و هو في بطن أمه.و تجعلنا نوجه الأصابع للعلماء الذين يبحثون في مسألة علمية تتمحور حول وجود جنس دماغي sexe du cerveau الذي يتبث أن الجنين عند بداية تكوينه، هناك إشارات أو تنبيهات ترسل إلى المخ التي يكون لها دور في تحديد الهوية الجنسية أو التوجه الجنسي للشخص. و نلتمس منهم مواصلة بحوثهم في هذا الصدد. التي لاشك حسب النتائج قليلة العدد التي تقول أن **المخ** له دور في تكوين و تحديد جنس الجنين، فإذا ثبت ذلك علميا فإنه سيؤدي إلى قلب كل الموازين و حل كل إختلاف في وجهات النظر بين الأطباء و رجال القانون التي إختلفت من دولة لأخرى.

---

[275] Voir, Collette Chiland, changer de sexe, Op.Cit, p.247.
[276] Voir, Jaap E.Doek, rapport général, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.230-231.
[277] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.444,n°1310.

أما بالنسبة لتغيير الجنس في حالات الخنوثة النفسية، فإننا بالإلتجاء إلى أحكام الشريعة الاسلامية، فإنه لن يكون لنا مجال للإدلاء برأينا لتسليم فقهاء الشريعة المعاصرين أن هذه العمليات تشويهية لعدم توافر قصد العلاج فيها و لأن فيها تغيير لخلق الله تعالى.

و لكن مع ذلك فان ما ذهب إليه الأطباء بالتسليم بتوافر قصد العلاج فيها بالتدرج من العلاج النفسي إلى الهرموني إلى الجراحي. لا يمكن المرور عليه مرور الكرام و التمسك بفكرة قد تكون مبنية على سوء فهم لأسباب التحول الجنسي إلى الجنس الآخر، فالعديد من الدول العربية التي أثيرت قضائيا عندها هذه المشكلة (لبنان، الكويت، المغرب، تونس عدا مصر) قد رفضوا مثل هذه الجراحات و بالتسليم بالآثار المترتبة عليها.

لكننا مبدئيا لن نخرج على أحكام الشريعة الإسلامية، بالقول أن هذه الجراحة فيها استجابة لرغبات أشخاص منحرفين و شواذ، يريدون المشي وراء مودة التحول للجنس الآخر لمجرد التغيير أو لإرضاء شهوات جنسية مع أشخاص من نفس جنسهم الأصلي تحت ستار إعادة تحديد جنسهم و كأنه لم يكن محدد بيولوجيا. و لكن علينا عدم تجاهل حقيقة علمية ثابتة أن الطب لازال في بحث متواصل على الأسباب الحقيقية الدافعة لهذه الرغبة النفسية و الإعتقاد الراسخ بالإنتماء إلى الجنس المقابل. و تخوفنا الآن هو أن فتح الباب لهؤلاء المنحرفين سيوسع دائرة التغيير الجنس النفسي حتى لأشخاص غير شواذ و إنما يريدون التغيير للتهرب من مسؤولياتهم الأبوية أو من عقوبة محكوم عليها بها أو لعدم آداء الخدمة العسكرية،...أو لمجرد المودة، و إبعادهم عن ذلك بإزالة هذا الفكر السائد و الشعور بالإنتماء إلى الجنس المقابل.

و لا مانع من إطالة أمد العلاج النفسي و اختبار الحياة الواقعية في الجنس الآخر **بدون استعمال الهرمونات** لأن هذه الأخيرة ستساعدهم على تشكيل خصائص الجنس الذي يشعرون بالانتماء إليه و من تم بدلا من تراجعهم خلال العلاج النفسي عن هذه الفكرة الخاطئة فإنهم سيتمسكون بتحولهم إلى الجنس المغاير، و لن يؤتي العلاج النفسي لوحده نتيجة لو لم نتظافر جهود الطبيب النفسي و مساعدة الوالدين و المقربين للمريض الراغب في التحول الجنسي، و أصدقائه المقربين له و إعادة تأهيله دينيا و تذكيره بأحكام الشريعة الإسلامية. و لاشك أن عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية كانت و ستظل تثير جدلا في الأوساط العلمية و الطبية و القانونية.

الـفـــرع الـثـــالـــث :

مـــرحـلـــة الـرقـابـــة الـطـبـيـــة

تعد هذه المرحلة التزام جد مهم على الطبيب في تنفيذه لعقد العلاج الطبي أو حتى و لم يكن يربطه بالمريض أي عقد علاج طبي. و هذا الإلتزام هو التزام عام في جميع الحالات المرضية و قد أكد عليه المشرع الجزائري في عدة نصوص.

و تعتبر الرقابة عنصر مهم لأنها هي التي تؤدي إلى تحقيق الغاية المرجوة من العلاج أو إجراء العمليات الجراحية.
أما بالنسبة لعمليات تغيير الجنس على وجه الخصوص، فان الرقابة قد يكون لها طابعا خاصا نظرا لإشتمالها على عناصر مختلفة لصحة المريض المتحول جنسيا سواء على الصعيد النفسي، الغددي، التشريحي و المسالك البولية و حتى من خلال الجراحة التي تجرى له.

إن الرقابة الطبية قد تكون منذ اتصال الطبيب بالمريض إلى حين تحقيق الهدف من العلاج و لا تقتصر فقط على الفترة اللاحقة لإجراء الجراحة كما يظنه خطئا عامة الناس.

و لهذا نجد أن هذا الالتزام في حالات تغيير الجنس قد يسبق إجراء العملية الجراحية لمدة تختلف من دولة إلى أخرى حسب التشريعات التي اعترفت بعمليات التحول الجنسي و لذا نجد أنه من خلال **التوصيات** التي وصل إليها المؤتمرXXIII للقانون الأوربي المنعقد بجامعة أمستردام Amsterdam في 16 أفريل 1993، الذي أكد أن المريض يجب أن يخضع لاختبار الحياة الواقعية للجنس الآخر لمدة سنة أو سنتين عموما و خلالها تتم متابعته طبيا من طرف المختصين و يخضع فيها لعلاج هرموني[278].و هنا في هذه الفترة يمكن للفريق الطبي من اتخاذ قرار حاسم بإجراء العملية الجراحي على أن يكون ذلك في المستشفى الجامعي، و أن ذات الفريق الطبي هو الذي يؤمن أيضا متابعة خاصة بعد العلاج[279].
أما بعد التدخل الجراحي. فإن متابعة المريض و مراقبته صحيا أمر جد مهم، و ذلك تفاديا لما يترتب على العملية الجراحية من نتائج و مضاعفات، و هذا في حالتي تغيير الجنس إما عضويا أو نفسيا. ففي حالات التغيير لأسباب عضوية، فإن المراقبة تكون بهدف التأكد أن الحالة الجنسية للمريض أصبحت طبيعية و تم تصحيح العيوب الخلقية التي كان يعاني منها و تحدد الجنس الغالب الذي أصبح ينتمي إليه و صار شخصا مكتملا جنسيا.

أما في حالات التغيير لأسباب نفسية فإن إجراء العملية في الدول التي تجيزها، يستدعي مراقبة مستمرة للمغير لجنسه.فبعد إجراء الجراحة يجب أن يتم توسعة الفتحة المصطنعة في العضو التناسلي من مرتين إلى ثلاث مرات في الأسبوع لتفادي أي تقلص ناتج عن عدو للنسيج المتعلق بالندبة [280] أي لتظل محتفظة بالشكل المناسب للعضو التناسلي المصطنع، و يبدو ظاهريا من أصحاب الجنس الآخر.

في الأخير فإنه في حالة عدم نجاح العلاج النفسي أو الهرموني، فإن الأمر الغالب هو اللجوء إلى الجراحة سواء بهدف إزالة الغموض الجنسي إذا كان تغيير الجنس لأسباب عضوية أو لإحداث نوع من التوازن النفسي بين الأعضاء التي يحملها الراغب في تحويل جنسه، و الجنس الذي يحس بانتمائه إليه.و بهذا يتقدم المغير لجنسه أمام الجهات المختصة للمطالبة بالاعتراف له بمختلف الآثار المترتبة على هذا التغيير.فكيف سيكون رد فعل القانون من هذه المطالبات خاصة إذا كان هناك من الدول من أجازت هذه العمليات و أخرى من لم تجزها؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الباب الموالي.

[278] Voir, Jaap E.Doek, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.243.
[279] Voir, Jaap E.Doek, XXIII colloque d'Amsterdam 1993, Op.Cit, p.243.
[280] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.423, n°1223.

البـــــاب الـثـــانـــــــــــــــــــي

الآثـــــــار المتـــرتبـــــة على تغييـــر الشخص لجنســـــــــه

من خلال البحث المعمق الذي تناولنا فيه موضوع تغيير الجنس من عدة جوانب و تحليله و محاولة لتحديد مفهومه من الفقهاء و رجال القضاء، و البحث عن العوامل المؤثرة في الوصول إلى هذه الحالة المرضية، و تفحصنا وجهات نظر مختلف التشريعات الوطنية و الأجنبية إزاء هذه الظاهرة، فإنه قد اتضح لنا أننا أمام مشكلة جد صعبة تستحق منا الخوض في البحث عن النتائج المترتبة على إجراء جراحة تغيير الجنس بنوعيه العضوي و النفسي سواء على الشخص في حد ذاته الذي أجري عليه التدخل الجراحي أو على علاقاته مع محيطه.

و قد اتضح تباين واضح بين مختلف الاتجاهات التي تناولت تحديد جنس الشخص بصدد المعيار الأولى بالاتباع و هو الذي انعكس على خلق الاختلاف في وجهات نظر رجال الطب و الفقه و القضاء، و حتى القانون في الدول التي نظمت موضوع تغيير الجنس سواء بالحظر أو الاباحة.
و قد أثيرت مشكلة من خلال البحث عرفت بالغموض الجنسي l'ambiguité sexuelle و كيفية التعامل معها أهو باختيار معيار يعبر عن الازدواج الجنسي أم إنشاء جنس غير محدد أو جنس ثالث، في بيان الجنس في الحالة المدنية ؟[1] كل هذه التساؤلات كان لابد من تكثيف الجهود المتظافرة بين ذوي الاختصاص، لمحاولة الإجابة عنها لإيجاد الحلول التي تواجه رجال القانون و المجتمع ككل، و التي تشكل معاناة للأشخاص الذين يعانون من هذا الغموض.

و بغض النظر عن مواقف النظم القانونية المختلفة حول تغيير الجنس سواء التي أقرت مشروعيتها أو لم تقر مشروعيتها، فإن هناك حقيقة لا يمكن تجاهلها و هي واقعة ثابتة تتمثل في قيام صاحب الشأن بتغيير المظاهر الخارجية لجنسه، و استبدالها بأعضاء جنسية للجنس الآخر و لذلك لابد من مواجهة الآثار المترتبة على نظام تغيير الجنس على جميع النواحي سواء ما تعلق بحالته المدنية أي بتغيير اسمه ليصبح يتماشى مع الجنس المقابل الذي أصبح واقعيا عليه أو بتغيير بيان النوع بأن يصبح ذكرا بعد أن كان أنثى أو العكس و كذلك الأثر على حالته العائلية مع زوجته أو أولاده إن وجدوا على حقه في الميراث و في العمل....الخ.
و قد ظهرت مفاهيم جديدة لحالة تغيير الجنس فأصبح حاليا يعبر عنه بحالة اللاارتياح في النوع Dysphorie du genre، و من تم ظهر الحديث عن هوية النوع identité de genre بدلا من الهوية الجنسية identité sexuelle.[2]

و إذا كان اختلاف الدول حول مسألة الإعتراف أو عدم الاعتراف بهذا النوع من الجراحات، و عدم استقرار القضاء حول المسألة، فان ذلك انعكس بدوره على الآثار القانونية المترتبة على التغيير، كان لابد من محاولة لإيجاد الحلول المقترحة بشأنها. خاصة و أن هذا الموضوع أصبح من أولويات حقوق الانسان، اذ أصبح يركز على مبدأ احترام الحياة الخاصة للمغير لجنسه، حتى في العلاقات الفردية الداخلية و هذا ما أكدته المحكمة الأوربية في اجتهادها.
كما شغلت مسألة تغيير الجنس أيضا و عبأت محكمة عدل الإتحاد الأوربي (CJCE) حول الموضوع بطريقة مختلفة.[3] التي كان اعترافها بموضوع تغيير الجنس مبني على منع أي تمييز بسبب الجنس[4]، و انعكس ذلك على مدى الاعتراف بالتحول الجنسي .
إن منح الشخص حق تغيير جنسه بإجراء التدخل الجراحي المناسب لإعادة التوازن النفسي له على حد تعبير أهل الطب، يثير آثار مهمة لابد أن نتناولها بالدراسة لنبرز موقف النظم القانونية سواء التي أقرت مشروعيتها أو لم تقرها، هذا الاختلاف الذي انعكس على الآثار، و أدى الى خلق تناقض واضح، وقع فيه الفقه و القضاء عند معالجته لآثار الجراحة على جميع الأصعدة.

---

[1] Jacquelline Petit, R.T.D.Civ 1976, Op.Cit, p.294.
[2] Voir, François Cironi, psychologie des transsexuels et des transgenres, Odile jacob, Paris, 2011, p 18.
[3] Olivier Dubos et jean pierre marguenaud, sexe sexualité…, Op.Cit, p.60.
[4] Voir, CJCE 30 avril 1996, P.c /S, cité par Frédéric Sudre et autres, Les grands arrêts…., Op.Cit, p.473.

و من الأمور المستقر عليها أن الجنس يعد عنصرا محددا موضوعيا لحالة الأشخاص.[5] و اعتبرت المحكمة الأوربية أن الجنس هو في نفس الوقت عنصر من عناصر الحالة المدنية و حق للشخصية.[6]فإن المساس به يرتب العديد من الآثار المتعلقة بها سواء في السجلات الخاصة بالحالة المدنية، و بالتبعية في الأوراق الرسمية المرتبطة بها، و التي تحتوي على معالمه القانونية أي معالمه الشخصية و مركزه في مواجهة القانون، و هي ما تعرف لدينا " بالحالة المدنية ".التي تسجل فيها كل البيانات المتعلقة بهوية الشخص القانونية التي تميز كل شخص عن الآخر. و تجعل الحقوق و الواجبات تتجسد أحيانا تبعا لانتمائه إلى جنس الذكورة أو الأنوثة بحسب الأحوال.

و من المبادئ المستقر عليها هو عدم قابلية الحالة للتصرف فيها و ما يترتب عليها من أن الشخص لا يمكنه أن يحوز إلا حالة واحدة،[7] و من هنا ظهرت أولى المشاكل التي تعترض طالب تغيير جنسه أنه سيضطر إلى تغيير **اســمــه** بما يتماشى و جنسه المصطنع، و كذا تغيير **البيان** المتعلق بالنوع. و بهذا ظهر جدل فقهي و اختلفت الاجتهادات القضائية حول مدى جواز المساس بحالة الأشخاص، و زاد الاهتمام بضرورة التمييز بين الجنسين، و أي معيار يعول عليه لتحديد الجنس الذي سبق و تناولناه في الفصل التمهيدي.

و من هنا بات من الضروري الخوض في مسألة المساس بسجلات الحالة المدنية للشخص، و هو الأمر الذي لن يتقصر البحث فيه في الدول التي تبنت و أقرت مشروعية هذه الجراحة فقط. و إنما المشكل قد يطرق أيضا باب الدول التي لم تعترف بهذا النوع من الجراحة إذا ما أجرى أحد مواطنيها هذه الجراحة في دولة تجيزها و تقدم أمام قضاء دولته للمطالبة بالاعتراف بتغييره لجنسه و من تم بالآثار المترتبة على مظهره الجسدي الجديد و بنوعه الجديد. فلا يمكن الوقوف كالمتفرجين أمام هذه الظاهرة الخطيرة التي تتسرب في صمت الى دول خطرت هذه الجراحات مثل ما هو الحال للجزائر.

مما لاشك فيه أن المساس بحالة الفرد الشخصية و ضرورة أن يحمل المغير لجنسه **إسما** يتماشى مع الجنس الجديد الذي أصبح عليه سيؤدي بالضرورة إلى تغيير **بيــان** نوعه. و من تم هذا التغيير سيكون له آثار خاصة بالفرد و المحيط الذي يدور من حوله و يجعله يقدم على تغيير حالته الاجتماعية (الزواج، الطلاق،....)، و من تم فتغييره هذا و إن كان من وجهة نظر البعض سيحقق راحة نفسية للمغير لجنسه أو سيؤدي إلى تحديد جنس الشخص الذي كان يعاني من غموض جنسي إلا أنه سيؤدي إلى الإضرار بطريق أو بآخر بمصلحة الغير أو المجتمع ككل.لأنه سيمس بمراكز قانونية مستقرة مخالفا بذلك المبادئ القانونية. فعملية التحول الجنسي ستؤدي الى المساس بحقوق و واجبات المغير لجنسه، بما في ذلك حقه في الميراث و العمل و حقه في التعليم و واجبه في آداء الخدمة العسكرية، و لاشك أنها ستمتد لتشمل أسرته، إذا كان متزوجا و ستجعل الأبناء لهم أبوين من نفس الجنس، و تطرح مشكلة ما مصير هذا الزواج و ما الأساس القانوني لإنهائه ؟

و من جانب آخر ينبغي على الطبيب مراعاة شروط و ضوابط ممارسة الأعمال الطبية التي تجري على جسم الفرد، مع تنفيذ التزاماته تجاه المريض، سواء وجد عقد غلاج طبي أم لم يوجد، لأن مخالفة هذه الضوابط يجعل الأعمال الطبية غير مشروعة و يجعل الضرر الذي سيصيب المريض نتيجة الإخلال بالإلتزامات العقدية أو أحد تابعيه في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العلاج الطبي سببا لقيام المسؤولية الطبية إما تأديبية أم جنائية، أم مدنية متى توافرت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر. لذلك ارتأينا دراسة الآثار القانونية المترتبة على تغيير الشخص لجنسه على ضوء ما توصل إليه الفقه و القضاء في الدول الأجنبية و العربية حسبما توفر لدينا من مراجع في هذا الصدد. محاولين الوصول إلى حل منطقي بالقياس على ما ورد من أحكام عامة أو خاصة حول هذه المسألة. و قسمنا بحثنا إلى الفصول التالية :

الفصل الأول: مدى المساس بحالة الأشخاص بعد تغيير الجنس و أثره.
الفصل الثاني: مدى المساس بالحالة الإجتماعية و الحقوق و الواجبات الأخرى.
الفصل الثالث: المسؤولية الطبية المترتبة على تغيير الجنس.

---

[5] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.590.
[6] Voir, J.Pousson petit, Op.Cit, p.736.
[7] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص595-596.

الـــفـــصـــــــل الأول

مـــــدى المساس بحـــالة الأشخاص بعد تغيير الجنس و أثـره

الحالة (état) هي مجموع من الصفات يترتب على توافرها آثار قانونية معينة، تؤثر في تحديدها للشخص من حقوق و ما عليه من واجبات، و قوام الحالة هي إنتساب الشخص إلى دولة معينة، و إلى أسرة معينة، و إلى دين معين.[8]

حالة الأشخاص تعتبر جزءا من مجال القانون، لما تؤكدها نصوص الدستور الجزائري 96-438 المعدل و المتمم في 2008 ابتداءا من المادة 29 منه التي أن "كل المواطنين سواسية أمام القانون. و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو...." و كذا المادة 58 نصت:" تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع."، و المادة 30 نصت أن:"الجنسية الجزئرية، معرفة بالقانون..."، و كذا نصوص دساتير دول أخرى منها فرنسا في المواد 34 و 53 من الدستور الفرنسي.[9]

و قد عرف رجال القانون بالجزائر الحالة، أنها جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته و دولته. و هي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن و الذكورة و الأنوثة و الصحة، أو على أسس من القانون كالزواج و الحجر و الفقدان و الجنسية.[10]

من المستقر عليه فقها و قضاء و تشريعيا أن لكل شخص شخصية قانونية تجعله أهل لاكتساب حقوق و تحمل التزامات. و هي ما يعرف بأهلية الوجوب التي تلازم الإنسان منذ بدء ولادته حيا إلى وفاته.و من تم فإن الحقوق التي يكتسبها الإنسان باعتباره يمتلك الشخصية القانونية المرادفة له، لا تعتبر قاصرة عليه، أي لا تعتبر من مميزاته التي تميز بها عن غيره من الأشخاص. إذ أنها تثبت لكافة الناس دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو الدين أو المركز السياسي أو الاجتماعي، فهي **حقوق عامة** تثبت له بكونه إنسانا.[11]

و بهذا فمن المهم عدم الخلط بين الحقوق العامة وفقا لما سبق بيانه و بين ما يعرف بالحالة المدنية لهذا الشخص، التي و إن كانت تتطلب وجود شخص له شخصية قانونية إلا أن هناك اختلاف جوهري بينهما، إذ الأولى تثبت لكل شخص و لكن لا تميزه عن الأشخاص الآخرين.

أما **الحالة** ، فهي مجموعة الصفات التي يتميز بها الشخص معين عن سائر الأشخاص الآخرين.و تكمن أهمية الحالة للشخص في أن الحياة القانونية للشخص تصبح مستحيلة دون تمييز، أو تحديد لكل شخص طبيعي أو معنوي. فحالة الشخص تحدد هويته القانونية، و تمنحه مركزا قانونيا.[12]

و لذلك هناك من الفقه و القضاء الفرنسي من سماها بأحد مميزات الشخصية على اعتبار أن مكونات الحالة تعبر عن مميزات شخص معين.[13]

إن الإرتباط الوثيق بين الشخص و حالته تجعله من غير الممكن أن يحوز غير حالة واحدة[14].و هذا يعتبر من بين المبادئ التي تحكم نظام الحالة المدنية، ألا و هو مبدأ وحدة الحالة المدنية و عدم جواز الجمع بين أكثر من حالة.[15]

---

[8] أنظر، أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، طبعة 4، دار النهضة العربية، سنة 1983، بيروت، ص.215.

[9] Voir, art 34 de la constitution : « la nationnalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux et les successions ». de même, l'art 53 énnonce que les traités relatifs à l'état des personnes doivent être ratifiés ou approuvés en vertu d'une loi.cité par Françoise Monéger, le conseil constitutionnel et l'état des personnes, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, Dalloz n° 39-2013, p.51.

[10] أنظر، بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية و اجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، سنة 2004، الجزائر، ص.09.

[11] أنظر، هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، موجز المدخل للقانون النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق وفقا للتشريع الجزائري، منشورات دحلب، دون بلد و سنة النشر، ص.144-145.

[12] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.601-602.

[13] Voir, Thierry Garré, droit des personnes…2004, Op.Cit, p.44-45.
أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.602.

[14] Voir, Corinne renault-Brinsky, Op.Cit, p.74.

[15] باعتبار أن الحالة تشمل على العديد من العناصر التي تظهرها البيانات المدونة في سجلات الحالة المدنية و الأوراق الرسمية المتعلقة بها فكان من الضروري أن تتصف هذه البيانات بالوحدة و التفرد حتى لا تؤدي إلى اللبس أو الخلط و زعزعة الاستقرار في المعاملات و العلاقات المختلفة داخل المحتمع.

و من تم يمكن القول بأن حالة الشخص حسب **الفقه الفرنسي** هي "وضعيته القانونية، حالته شروطه القانونية التي تحتوي مجموع العناصر التي يرتب عليها القانون آثار قانونية".[16]

و من تم حسب J. Carbonnier **الحالة** ليست موضوعا خارجيا عن الشخص، و إنما هي الشخص بنفسه المعتبر في علاقاته العائلية ، و من تم كان برور مبدأ عدم قابلية المساس بحالة الأشخاص، هو الذي يمنع أي تغيير إرادي في الحالة المدنية[17]،
l'indisponibilité de l'état de personnes interdit tout changement volantaire de l'état.
و هذا معناه أن الحالة هي خارج أي تعامل قانوني « L'état est hors du commerce juridique »، أي لن يكون موضوع أي اتفاقية.و عدم المساس ليس هو أنها ثابتة L'immutabilité ce n'est pas ، لأن هذه الأخيرة تعني أننا لا يمكن أن نغير الحالة[18].
و مادامت حالة الأشخاص هي العنصر المميز لكل شخص على حدى، كان من الضروري تحديد مكوناتها.و هي في **فرنسا** تعتبر مجموع العناصر التي تمثل التواجد القانوني، الحالة العائلية للشخص في المجتمع. هذه الحالة التي يكون فيه **الجنس** le sexe عنصرا أساسيا، و الذي يكون بتدوينه في شهادة الميلاد، هذه الأخيرة التي يسجل فيها اليوم، الساعة و مكان الولادة. جنس الطفل و **الأسماء** التي تعطى له، بالإضافة إلى **نسبه** بالإشارة لإسم والده و أمه و التغييرات **(الزواج، الطلاق،...)** التي تسجل في الهامش.و هي نفس العناصر التي تكون الحالة بالنسبة للجزائر إذ نص المشرع الجزائري عليها في المادة 63 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدل و المتمم المتعلق بالحالة المدنية.

لكن الأمر الملاحظ أن هناك بعض الأشخاص الذين يعانون من تشوهات عضوية قد تؤدي إلى الالتباس بشأن جنس الشخص و تحديده إلا أن هذا لا يحول دون وجوب انتسابه إلى أحد الجنسين الذكر أو الأنثى.و من تم فإن بيان الجنس الوارد في شهادة الميلاد يتمتع بقرينه الحقيقة présomption de vérité و يعتبر حجة حتى يثبت عكس ذلك.[19]
بالمقابل لا يمكن لأحد أن يطلب حالة مخالفة لما هو مدون في شهادة ميلاده و لا أن يحوز هذه الحالة المخالفة،[20] باعتبار أن طول مدة الحيازة لا يمكن أن تكسبه هذه الحالة.

و لما كانت الحالة هي الصورة الحقيقة التي تعكس الطبيعة البيولوجية و القانونية التي يتميز بها الفرد عن غيره كان من الضروري أن تتطابق البيانات الشخصية التي تتضمنها الحالة المدنية للفرد مع الواقع القانونية و الطبيعي، ليتمكن الغير من الوثوق بها و التعامل مع صاحب الحالة. و بهذا فان الفقه الفرنسي قد تبنى مبدأ واقعية أو حقيقة الحالة principe de vérité de l'état و اعتبره أنه يهدف إلى حماية الغير و ليس إلى تنغيص عيش المغيرين لجنسهم[21].

إن تغيير الشخص لجنسه الذي هو محور دراستنا في هذا البحث، و أيا كان موقف النظام القانوني من هذا التغيير و حتى و لو لم يعترف به من قبل بعض الدول، إلا أن ثمة واقعة مادية قد حصلت و هي تحتاج لجعل حقيقة الشخص تتماشى مع ما هو مدون في حالته المدنية و هو ما يطرح اشكالية مدى إمكان تغيير الشخص لنوع جنسه ؟ و بالتبعية لاسمه تصبح يتماشى مع هويته الجديدة بعد التغيير؟

---

[16] « L'état d'une personne est sa situation juridique, son statut, sa condition juridique qui comprend l'ensemble des élement aux quelles la loi attache des effets de droit. » cite par Mauriel parquet, doit des personnes, Bréal,2002,p.62.
[17] Voir, Mauriel parquet, doit des personnes, Op.Cit,p.62.
[18] Voir, Corinne renault-Brinsky, Op.Cit, p.74.
Mauriel parquet, doit des personnes, Op.Cit,p.62.
[19] Voir, Agarra jean pierre, Op.Cit, p.31.
[20] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.604.
[21] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.521.n°1648.

خاصة و أن المتعارف عليه أن الإسم الشخصي هو الذي يجعلنا نميز بين ما إذا كان الفرد ذكرا أو أنثى، بالرغم من أن هناك أسماءا محايدة Neutre يمكن أن تطلق على كلا الجنسين.

و من خلال هذه التوضيحات المتسلسلة، رأينا أنه من الضروري أن نتعرض للآثار المترتبة على تغيير الجنس من خلال أهم عنصرين للحالة الشخصية أو المدنية. و قد اشترط القضاء البدء بتغيير بيان **نـــوع** الجنس في شهادة الميلاد (المبحث الأول) و الذي بموجبه يمكن تغيير الإسمي الشخصي (المبحث الثاني) و إذا كان الشخص كان متزوجا قبل تغيير جنسه، فلا بد من ايجاد حل لمصير زواجه بعد التغيير، و إن كان لم يسبق له الزواج فهل يجوز له الزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي ؟ و ما مصير أولاده إن وجدوا. و هل يحتفظون باسم والدهم المغير لجنسه ؟ أي مدى تأثير هذا التغيير على الحالة العائلية للأشخاص (المبحث الثالث) .

الـمـبـحـــــــــــــث الأول

تـغـيـيـر الـبـيـان الـمـتـعـلـق بـالـنـوع فـي أوراق الـحـالـة الـمـدنـيـة

نصت المادة 62 من أمر 70-22 المعدل و المتمم المتعلق بالحالة المدنية الجزائري على أنه : " يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا فالأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها، فالشخص الذي ولدت الأم عنده. تحرر شهادة الميلاد فورا. "
و أكدت المادة 61 من نفس الأمر أنه "يصرح بالمواليدة خلال 5 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان و إلا فرضت العقوبات...."[22].

و جاءت المادة 63 من نفس الأمر ليتبين البيانات التي يجب أن تدون في شهادة الميلاد إذ نصت على أنه "يبين في عقد الميلاد يوم الولادة و الساعة و المكان و جنس الطفل و الأسماء التي أعطيت له و أسماء و ألقاب و أعمار ومهنة و مسكن الأب و الأم، و كذلك بالنسبة للمصرح إن وجد مع مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 64 أدناه."

و من تم يتبين أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي الذي اقتبست منه معظم نصوص الحالة المدنية الخاصة بنا، قد أحاط واقعة الميلاد و التبليغ عنها بالضمانات التي تكفل حقيقة الواقعة، و صحة التبليغ عنها تفاديا لعدم وقوع خطأ أو سهو أو غموض في أحد البيانات المتعلقة بصاحب الشأن .
و قد جرى في الواقع العملي، و حسبما هو منصوص عليه في قانون الصحة أن القائم بالتوليد يسلم ذوي الشأن شهادة موقعا عليها. تتضمن كافة البيانات المتعلقة بالمولود و التي بموجبها يدون ضابط الحالة المدنية هذه المعلومات في السجلات الخاصة بعقود الميلاد، و يسلم نسخة مطابقة لأصل عقد الميلاد الى أشخاص محددين قانونا بموجب المادة 65 من أمر 70-22 السالف الذكر.و كل هذه الأمور تتعلق بحالات الولادة التي يكون فيها جنس المولود محددا بصورة طبيعية و لا يشوبه أي غموض.

إلا أنه قد يحدث في الواقع خطأ أو سهو أثناء تسجيل البيانات الأساسية في شهادة الميلاد خاصة عند تدوين بيان النوع، و هذا الاحتمال الوارد قد يقع من القائم بالتبليغ أو من ضابط الحالة المدنية، إما لوجود ازدواج جنسي عضوي أو نفسي أو عدم وجود أي غموض.

و من تم تثور مسألة المساس بحالة الأشخاص و مدى جواز تغيير بيان النوع في سجلات الحالة المدنية. لذا يتوجب علينا معالجة هذه المسألة من حيث الخطأ الوارد في حالات الازدواج الجنسي

[22] بخلاف المشرع المصري الذي أوجب أن يتم التبليغ عن وقائع الميلاد خلال 15 يوما من تاريخ حدوث الواقعة في المادة 19 من قانون رقم 143 سنة 1994 المعدل لقانون رقم 11 سنة 1965. أشير إليه في محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.339.

العضوي و النفسي في الدول التي نظمت نصوص في هذا المجال **(المطلب الأول)**، و في غياب نصوص تشريعية تنظم شروط تغيير الجنس لأسباب نفسية أو عضوية نعرج على موقف الفقه و القضاء من تغيير بيان النوع في التشريعات المقارنة **(المطلب الثاني)**
و من تم الاجراءات الواجب اتباعها للمساس بسجلات الحالة المدنية من حيث تحديد الجهة المختصة و الطريق المتبع لذلك **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول

حالة الخطأ في البيانات المتعلقة بالنوع

من الثابت أن بيان جنس الطفل يجب أن يدون في شهادة الميلاد، باعتباره الوسيلة الأولى للتمييز الطبيعي بين الجنسين.
إلا أنه قد يحدث خطأ عند تسجيل البيانات المتعلقة بحالة الفرد الجنسية و يدون الجنس الخاطئ في سجلات الحالة المدنية، الذي قد يكون متعمدا أو غير متعمد. إما من القائم بالتبليغ أو من قبل موظف الحالة المدنية.

و لا يتصور أن **يتعمد** في إعطاء بيان نوع الشخص إلا من قبل القائم بالتبليغ الذي قد تكون له مصلحة في إخفاء هذا البيان إما للتهرب من الخدمة العسكرية أو خوفا من الثأر المعروف عرفا في بعض الدول أو المناطق أو الحصول على نصيب أكبر من الميراث...الخ، فبيانات الحالة المدنية تعتبر حجة حتى يثبت عكس ذلك أو تبطل أو يطعن فيها بالتزوير بحكم قضائي. و من تم قد يرغب من له مصلحة في تصحيح هذا الخطأ المتعمد بعد زوال سببه، و هنا لا يوجد أي اشكال في تصحيح هذا الخطأ. و يتم التصحي في كل من بلد الجزائر و فرنسا (نظرا لتطابق التشريعين) باتباع الطريق الإداري، إذ نصت المادة 51 من أمر 70-22 السالف الذكر على أن الطلب يقدم إلى وكيل الجمهورية المختص اقليميا لتصحيح الأغلاط أو الإغفالات المادية الصرفة، و له أن يعطي التعليمات مباشرة إلى أمناء التسجيل[23].

إلا أنه أحيانا فان الخطأ يكون **غير معتمد** أو نتيجة سهو رغم الالتزام الذي يقع على عاتق ضابط الحالة المدنية من ضرورة التحقق من البيانات و مراجعتها مع ذوي الشأن القائمين بالتبليغ و هذا ما تؤكده المادة 35 من أمر 70-22 السالف الذكر، و قد يحدث الخطأ من القائم بالتبليغ أو من ضابط الحالة المدنية على حد السواء كان تكون ظروف الولادة صعبة و توشك فيها الأم مثلا على الوفاة او تموت بعد الولادة...فلا يبالي القائم بالتبليغ بجنس الشخص. و يكون التصحيح في كل من الجزائر و مصر و فرنسا، أي الخطأ المادي الحاصل في جنس المولود يتم عن الطريق الاداري كما سنبينه لاحقا. هذا في الحالات العادية أين سيكون الجنس محددا.إلا أنه يرد خطأ فيسجل خطأ على عكس الحقيقة و هذا تصحيح للخطأ و ليس تغييرللجنس.

إلا أن الاشكال الذي سيطرح يكون في الحالات التي يكون فيها الجنس الحقيقي فكيف سيتم حل هذا الإشكال (الفرع الأول) أو اذا كان للشخص جنس محدد عند الولادة، دون أي التباس إلا انه فيما بعد أحس بانتمائه إلى الجنس المقابل أي ازدواج جنسي نفسي. فكيف سيتم التعامل مع هذه الحالة، و هل هناك نصوص تنظم هذه المسألة (الفرع الثاني).

---

[23] و في فرنسا فإن التسجيل هو من حق النيابة العامة بناء على المرسوم الصادر في 1985/10/23، وكذا طبقا للمادة 99 من القانون المدني الفرنسي المعدلة في 1985/12/23 إضافة لمرسوم رقم 83/883 المؤرخ في 1983/11/27 الذي أصبح ساري المفعول فور صدوره تنفيذا لاتفاقية باريس الخاصة بالأخطاء الواردة في الحالة المدنية للأفراد و حالات السهو و الخطأ الظاهر في الشهادات المتعلقة بها و التي تم التوقيع عليها في 1964/09/10.
أما في مصر، فإن التصحيح يتم وفقا للمادتين 46 و 47 من قانون الأحوال المدنية الجديد رقم 143 لسنة 1943 بواسطة اللجنة الثلاثية (التي سنفصلها لاحقا)تم الإشارة إليهم في محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.341-342.

الـفـــــــرع الأول

تصحيح البيان المتعلق بالنوع في حالات الخنوثة العضوية Hermaphrodisme.

إذا كانت النظم القانونية قد بينت كيفية تصحيح الخطأ المادي الحاصل نتيجة تدوين خاطئ لبيان الجنس في عقود الميلاد، فإن الأمر ليس بالبسيط عندما يتعلق الأمر بحالة ازدواجية للجنس. فقد يتصور أن يكون جنس الطفل غير محدد عند الولادة أو يشوبه غموض أو يعاني من تشوه خلقي جنسي، كما هو الحال بالنسبة للخنثى، فإن القائم بالتبليغ سيعلن لضابط الحالة المدنية أن جنس الطفل غير محدد، و من ثم يثار إشكال يتعلق بما سيسجل في البيان المتعلق بجنس المولود خاصة إذا كان المشرع قد جعله من البيانات الأساسية التي يجب أن تدون عملا بنص المادة 63 من أمر 70-22 السالف الذكر و كذا المادة 57 مدني فرنسي.

فالمطلوب هنا من الموظف المختص التأكد من حقيقة الحالة و انتداب طبيب لفحص المولود و اتخاذ الإجراء اللازم لتحديد الجنس الذي ينتمي اليه أن أمكن ذلك. و يمكن اخطار النيابة العامة لاتخاذ ما يجب أن تراه مناسبا و التي يجوز لها لاحقا رفع دعوى تصحيح اذا اتضحت المعالم الجنسية للمولود لاحقا.

فإذا تضمنت عقود الميلاد بيانا للنوع تم ثبت بالدليل القاطع، أن صاحب الشأن هو من الجنس الآخر نتيجة لوجود عيوب خلقية في أعضائه التناسلية أو وجود الاعضاء التناسلية للجنسين معا، و لم يكتشف غلبة أحد الجنسين على الآخر إلا لاحقا على التسجيل. فإن الأمر يتطلب التدخل لإجراء التصحيحات اللازمة على الحالة المدنية و السؤال الذي يطرح نفسه ماهي **طـبـيـعـــة** تعديل بيان النوع هل هو تصحيح أم تغيير؟
و ما هي الشروط الذي اشترطها القضاء لإجراء هذه التصحيحات بالأخص في الدول التي عرضت عليها مثل هذه القضايا؟ مثل ما هو الحال بالنسبة **لفرنسا و المغرب**.

أ. <u>الطبيعة القانونية لتعديل بيان النوع بالنسبة للخنثى العضوي</u> :

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من أمر 70-22 المتعلق بالحالة المدنية على أنه : " يجوز القيام **بتصحيح** عقود الحالة المدنية أو المقررات القضائية المتعلقة بها...." و الواضح من النص أن المشرع يتكلم عن أن التعديل الذي يمس عقود الحالة المدنية يعتبر تصحيحا.
السبب في بحثنا في هذه النقطة هو أن استعمال لفظ التصحيح من قبل مشرعنا يدل على أنه يفترض أن ما دون في الحالة المدنية كان نتيجة خطأ معين وقع أثناء التدوين أي أنه يستبعد أي تغيير لبيان تم تقييده قيدا صحيحا بمعنى أدق أنه يرفض أي تغيير في البيانات الحقيقية التي تتطابق مع حالة صاحب الشأن.

و من خلال ذلك الثابت علميا أن الخنثى هو شخص يعاني من غموض جنسي أو ازدواج جنسي عضوي منذ ولادته رغم أن خنوثته لم تتضح إلا لاحقا، و هذا يعني أن ما سجل في عقود الحالة المدنية كان مجرد خطأ لأنه لم يتوافق مع حقيقته الجنسية الثابتة منذ الولادة .
و من تم فان المساس بعقد الولادة المسجل في الحالة المدنية و تعديل البيان المتعلق بالنوع هو تصحيح لخطأ، و ليس بمثابة تغيير و من تم فان الدعوى التي ترفع هي دعوى التصحيح.

و نفس ما يقال عندنا نجده في الفقه المصري الذي يؤكد أنه إذا تعلق الأمر بالخنثى فان الإدعاء هو أن هناك غلط وقع عند تحرير وثيقة الحالة المدنية و أن التعديل بعد جراحة التثبيت لا يكون تغييرا و إنما هو تصحيح.[24]

[24] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.526.

أما بالنسبة لفرنسا، فان القضاء الفرنسي في حكم حديث لها مؤخرا في محكمة استئناف Verssailles بتاريخ 22 جوان 2000 من خلال قضية تغيير جنس طفل خنثوي قد قبلت تغيير جنسه، و اعتبرت أنه اذا كان تبين أن الجنس غامضا بسبب سوء تكوين الاعضاء التناسلية أو غير محدد، فالملاحظ في غالب الأحيان أن الأمر لا يتعلق بصريح العبارة بتغيير جنس و إنما بتحديد منذ الولادة، و بهذا في مجال الازدواج الجنسي العضوي، فان تغيير بيان الجنس في عقد الميلاد.عموما يعتبر دعوى تتعلق بالتصحيح،[25] و قد اعتبره الفقه الفرنسي أنه مجرد تأشير أصلي خاطئ، و أن العمليات التي أجريت هي تصليحية للجنس الأصلي، و يتعلق الأمر هنا يجعل الحالة المدنية متطابقة مع الواقع بمجرد تصحيح بسيط (بالمادة 99 من القانون المدني) و هو نفس الموقف الذي تبناه القضاء البلجيكي في هذا الصدد.[26]و تأكيدا لذلك فان هناك من اعتبر أن الجنس لا يمكن أن يغير إلا إذا كان هناك خطأ في بيان الجنس هذه الأخيرة يمكن أن تصحح، عندما يكون الجنس غير محدد عند الولادة،و تأكد فيما بعد.[27]

و في الواقع أن التغيير الوحيد الكاشف (déclaratif) هو الذي يكون نتيجة لدعوى التصحيح، للحالة المدنية الذي يفترض أن تغيير الحالة المدنية ما هو إلا نتيجة، لكن هو ليس عموما مزعوما، إنما الإعلان الأصلي لجنس الطفل لم يكن أكيدا(inexact) ، - استثناءا بالتأكيد من يبحثون عن الرجعية و يطالبون إذا بتصحيح كاذب،- الذي سيكون الحجة الوحيدة التي تبرر الطابع الكشفي[28]، بمعنى أن دعوى التصحيح في الحالة المدنية لها طابع كشفي.و أن الحكم الصادر بالتصحيح يرخص بأن التغيير هو **كاشف** و من تم فله **أثر رجعي** (rétroactif).

ب. **<u>شروط تصحيح بيان النوع للطفل الخنثى وفقا لما ورد في الاجتهاد القضائي الفرنسي و المغربي:</u>**

حتى و لو كانت الشريعة الإسلامية تحدثت عن الخنثى و نظمت أحكامه إلا أن الملاحظ أن التشريعات العربية لم تنظم أحكامه بنصوص قانونية.و إنما كان المرجع هنا هو الاحتكام و الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية عند إثارة المشكلة حوله. الأمر الذي تبناه القضاء المغربي صراحة من خلال أحد الدعاوى المرفوعة أمامه و التي سنتعرض لها بنوع من الايجاز، لاستنباط المطلوبة لتغيير حالة الطالب.و من جهة أخرى نجد أن المشرع **الجزائري** سكت أيضا عن تنظيم هذه الحالة، و لم نعثر في قضائه على قضايا منشورة بهذا الصدد صراحة.و لعل السبب عندنا إلى أن الأمر يتعلق بتصحيح إداري فقط للحالة كما سنراه لاحقا.و من تم يكون فيها الاختصاص للنيابة العامة طبقا للمادة 51 من أمر 70-22 السالف الذكر.
أما في القضاء الفرنسي فقد عثرنا على حكم حديث له سنحاول من خلاله استخلاص الشروط المطلوبة لتصحيح بيان النوع للخنثى في سجلات الحالة المدنية .

1-<u>فـي الـقـضـاء الـمـغـربـــي</u> :[29]

في قضية السيدة التي طالبت بتصحيح حالتها المدنية من ذكر إلى أنثى بعد التغيير أو بالأحرى تصحيح جنسها، التي إدعت أنها ولدت خنثى أقرب إلى الذكورة منها الى الأنوثة و سماها والدها محمد...، و بمرور الزمن تنامت فيها معالم الأنوثة و اختفت معالم الذكورة إلى حد اختفاء شعر اللحية عند بلوغ سن بدورها و تنامت هرمونات النهدين لديها فضلا عن اختفاء قضيب الذكورة

[25] Philip Guez, le changement de sexe d'un enfant hermophrodite, semaine juridique, 26 septembre 2001, n°39, p.1782.
[26] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.561.n°1816.
[27] Aude Mirkovic, Droit civil, studyrama, France, 2010, p.127.
[28] Jean hausser, personnes et droits de la famille, RTD civ, mars/jan 2008,3, p.79.
[29] أحمد أدريوش، العقد الطبي....، المرجع السابق، ص.196-198.

و لم يبق منه إلا نقطة التبول بينما رق جلد ملتقى الفخذين و ازداد ظهور معالم الفرج لديها. ولما عرضت نفسها على أطباء الجهاز التناسلي أكدوا لها أن الأجهزة الجنسية لديها كلها أجهزة إناث، و لم يبق إلا عملية بسيطة لتعرية الفرج و توسيع المهبل ليبقى مطيقا للوطء. و بالفعل أجريت عليها عملية جراحية في المملكة المتحدة البريطانية، و أصحبت كاملة الأنوثة في مظهرها و سلوكها.

قضت المحكمة الابتدائية بتطوان بتاريخ 1989/12/08، في القضية المدنية عد 89/1655 برفض طلبها لأنه غير مؤسس. و هو ذات الحكم الذي تم استئنافه و قضت محكمة الاستئناف لتطوان بتاريخ 1991/03/08 بقرار تحت عدد 91/306 ملف مدني 90/685 بالغاء الحكم المستأنف و تصديا بقبول الطلب (تصحيح جنسها و حالتها المدنية) و الأمر بتغيير الاسم الشخصي للطالب بجعله ثريا بدلا من محمد و تسجيل هذا التغيير في سجلات الحالة المدنية و الابقاء على هويته من اسم عائلي و تاريخ و مكان الميلاد مع تحميله الصائر.
و من خلال اطلاعنا على حيثيات القرار القاضي بقبول طلب الخنثى سنحاول استنتاج الشروط التي توافرت في الطالب و التي أسس عليها القاضي قراره لتغيير حالته المدنية ألا و هي :

- التقارير الطبية التي تثبت أن الطالب أصبح أنثى بعدما أجريت له عملية جراحية بسيطة،[30]
- أن يتم تعيين خبراء طبين مختصين من قبل جهة قضائية : اذ أنه سبق للمحكمة أن أصدرت قرارا تمهيديا بتعيين طبيبن فحصا الطالب و أعدا تقريرا مشتركا حول حالته و اتضح من خلال تقريرهما أنهما أكدوا أن الطالب له مظاهر **خارجية** ببنية امرأة بعد جراحة أجريت له بالخارج أصبح يتوفر على جهاز تناسلي **مظهره** من نوع الإناث،[31]
- التأكد أنه يحمل خصائص فيزيولوجية و نفسية و سلوكية للجنس الذي سيصحح عليه: مثلما هو الحال بالنسبة للطالب الذي كانت هذه الخصائص كلها أنثوية ،
- أن يتم التدخل الجراحي لإصلاح وضعية الخنثى، كما هو الحال بالنسبة للطالب الذي أجرى الجراحة ببريطانيا ليصبح أنثى في مظهرها و سلوكها.

في الحقيقة أنه في رأينا بالرغم من تبرير القاضي المغربي أن الأمر يتعلق بخنثى مشكل و من تم احتكم إلى قواعد الشريعة الاسلامية وفقا للمذهب المالكي و تبنى الحكم المطبق على حالة الخنثى المشكل الذي سبق و أن عرفناه أنه نادر عمليا و أن أنه هذه الحالة يكون فيها تطابق للخصائص الجنسية الذكورية و الأنثوية، إلا أن الخبرة المنجزة قضائيا جاءت معيبة لأنها لم يتبين من خلالها إذا كان الطالب كان له أجهزة تناسلية ذكرية و أنثوية معا قبل الجراحة.و إنما كل ما قيل أن الجراحة جعلته أصبح امرأة بوضوح، و صنف في جنس الإناث و حسب ظني أن الأمر هنا لم يخرج على أنه تحويل للجنس و ليس تصحيح جنسي لحالة الخنثى و من تم يمكن القول أن القضاء المغربي.قد **أجـــــاز** جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية و أمر بتغيير جنس الطالب و اسمه الشخصي.و الأمر لا يتعلق هنا بالخنثى المشكل.و ربما سيتضح الأمر أكثر عند تعرضنا للقضية التي عرضت على القضاء الفرنسي في النقطة الموالية.

---

[30] حسب رأينا أنه يعاب على القرار أنه اعتمد على التقارير الطبية بخبرة ناقصة تبين فقط أنه أصبح أنثى بعد الجراحة و لكنها لم تؤكد إن كان الخصائص الجنسية للأنثى كانت لديه منذ الولادة لتؤكد أن الأمر يتعلق بازدواج جنسي عضوي منذ الولادة و ليس تغيير مصطنع بالجراحة و ربما يكون بذلك قاصرا في تعليله لقبوله الطلب.

[31] الحقيقة أنه بالرغم من أن القضاء المغربي يريد أن يبرر أن حالة الطالب حسب تصريحه أنه خنثى أقرب إلى معالم الأنثى منه إلى معالم الرجل إلا أننا بقراءتنا لعبارات حيثيات القرار التي كانت سطحية و تكلم فيها على مظاهر خارجية للجنس و لم يتكلم مدى توافر الأعضاء الجنسية الداخلية و إلى أي حالة ينتمي إليها من من حالات الخنثى المعروفة طبيا للتأكد من أن حالته ينطبق عليها عبارة خنثى أم أنها مجرد ستار يختفي ورائه الطالب لتبرير طلبه بتغيير الجنس النفسي و ليس بخنثى كما يدعي.

2- فـــي الـقـضـــاء الـفـــرنـســـي:[32]

من خلال اطلاعنا على حكم محكمة استئناف Versailles الغرفة الأولى. أ. في 22 جوان 2000، في الدعوى المرفوعة من طرف والدي طفل خنثى ضد النيابة العامة تتمثل وقائعنا في أن والدي الطفل الذي صرح به ذكر لدى الحالة المدنية كان يدعى Enzo مولود بتاريخ 02 جويلية 1995، و هو مصاب بخنوثة كاذبة ذكورية، أظهر **منذ ولادته** أعضاء تناسلية ذكورية ناقصة، خضع لعلاج هرموني لتنبيه الهرمونات الذكورية و أخفق في ذلك، و بعدها قررت الهيئة الطبية المكونة من 05 أطباء التي تم إعلامها أن له سابقة عائلية – اللجوء إلى اجراء جراحة لتوجيه الطفل نحو الأنوثة المتوقعة بسبب عدم احساس الجينة المستقبلية للمنشطات الذكورية لوجود تجويف مهبلي.و بعد عرض المحكمة للأسباب التي ارتكزت عليها لقبول طلب الوالدين لتغيير بيان النوع المسجل و من تم تغيير اسمه قضت علانيا حضوريا بحكم نهائي بالغاء الحكم المعاد في جميع تراتيبه و القضاء من جديد :

- القول أن الطفل.....المصرح به في الحالة المدنية بتسمية Enzo, Fernard Egidio من جنس ذكوري **يـجـــب** أن يسمى Victoria, Anne, Maryse من **جنس أنثوي**.
- القول أنه بناء على تعجيل النيابة العامة **سيقيد** الحكم الحالي على **هامش عقد ميلاد الطفل (....)**

من خلال اطلاعنا على حيثيات هذا القرار المسبب بطريقة جد قانونية و مبني على الأصول العلمية المستقرة طبيا حول علاج حالة الخنثى سنحاول تحديد الشروط القضائية المعتمدة لقبول طلب تصحيح اشارة الجنس و الذي يتبعه كنتيجة طبيعية تغيير الإسم و هي :

الشرط 1/ **رضا والدي المريض بإجراء الجراحة :**

1- قبول والدي الطفل القاصر إجراء جراحة التي من شأنها تأنيث الجنس التشكيلي للطفل عملا بالإشارات الطبية و أجريت العملية يوم 23 أفريل 1996 لكونه مصاب بخنوثة كاذبة ذكورية منذ الولادة.

الشرط 2/ **اللجوء الى خبرة قضائية تأكد حالة الخلل الجيني :**

في قضية الحال اتضح من خلال الخبرة القضائية المأمور بها، تأكيد الإخلال الجيني الملاحظ من كل الهيئة الطبية التي استشيرت سابقا. و هذا يبين أن للخبرة الطبية دور حاسم لقبول الطلب، إذ من الصعب ترك التقدير للقاضي في مسائل تخضع لمعايير علمية أو طبية[33] و من تم لا بد من تأكيد الطب عدم تمكنه من وضع حد لحالة الغموض تجاه الجنس المصرح به و هو شرط حاسم لقبول الطلب.

الشرط 3/ **إزاحة مبدأ المساس بالحالة المدنية :**

الواضح أن محكمة الاستئناف استبعدت المبدأ من التطبيق في حالة الخنثى لأن الأمر يتعلق بتصحيح خطأ، باعتبار أن جنس الطفل حددا، بناء على المظهر أي الأعضاء التناسلية الظاهرة دون البحث في المكونات الأخرى للجنس البيولوجي.

الشرط 4/ **أن الطلب ليس بارادة المعني أو ممثليه إنما استجابة لوضعية طبية ملحوظة :**

هذا الشرط الذي عبر عنه القرار القضائي " بالفعل أنه يتضح من مجمل العناصر و مستندات الملف أن طلب والدي الطفل لا ينجم عن مسعي ارادي، و محدد قبلا، لكنه يشكل النهائية القضائية لوضعية طبية ملحوظة. و تم النصح بها بالمعطيات العلمية الحالية و السوابق العائلية. بمعنى لا يمكن التحويل البدني للطفل بمسعى غرادي من والديه و إنما منصوح به من طرف هيئة طبية. و لكن حتى و لو كان مسعى

[32] Philip Guez, le changement de sexe…, Op.Cit, p.1781 et suite.

[33] Voir, Gérard Memeteau, le juge ignorant la medecine ?, Gazette du palais, fev 2014, , n°38-39, p.12 et suite.

الوالدين مفروض طبيا أكثر من كونه مختار، إلا أنه لابد أن يقبله المعني بالأمر أو والديه كما سبق التوضيح من الشرط الأول[34].و لاشك أن هذا الشرط يحتوي على مفهوم مصلحة الطفل لتبرير تصحيح الجنس في عقد الميلاد، و هو مفهوم مستمد من الأساس الكلاسيكي للقرارات المتخذة باسم الطفل. و من تم فإن مصلحة الطفل في بعض الأوضاع، ألا تترك كلية بين يدى الوالدين إنما لابد من التشاور مع الهيئة الطبية.

الشرط 5/ **تأكيد الحقيقة الاجتماعية للجنس الذي صحح عليه** :

و هو ماعبر عنه القرار بأن الواضح من تقرير الخبرة أن الوالدين منحا ابنهما تربية جنسية أنثوية، و أنه منذ سنوات عديدة تم اعتبار الطفل من طرف أسرته، و كل الأشخاص المحيطين به على أنه من جنس أنثوي بأن نموه الاجتماعي، النفسي و العاطفي مضمون في إطار أنوثته.

و قد اعتبرت هذه عناصر تقليدية لحيازة الحالة و هما : **العلاج** أي الكيفية التي يعامل بها الطفل من طرف أقاربه و **ما عرف عليه** من طرف العائلة و العامة، أي حيازة الحالة المتعلقة بالجنس الآخر، فهذه العناصر إن لم تسمح لوحدها يتغير الحالة فهي شرط أساسي لهذا التغيير[35].

الشرط 6/ **أن التصحيح يكون قضائيا:**

أي لايمكن للارادة الفردية أن تتدخل بغية الحالة المنصوص عليها قانونا، إنما لابد أن يتم من طرف السلطة العمومية، ممثلة في هذا المقام بالقاضي،[36] و سنبين لاحقا اجراءات التصحيح و الجهة المختصة.

ج- **<u>شروط تصحيح بيان النوع للطفل الخنثى في القانون الجزائري</u> :**

لم يرد حكم خاص بحالة الخنثى في التشريع الجزائري وانما تطبق القواعد العامة الخاصة بالحالة المدنية، عندما يتعلق الامر بتصحيح النقص و الأخطاء المادية الصرفة الواردة في سجلات الحالة المدنية. و تطبق هنا الأحكام الواردة في القسم الرابع بعنوان تصحيح العقود الخاطئة (Rectification des Actes erronés) المذكورة في الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية في الجزائر لاسيما المادة 51 منه.

و يعتبر الخنثى أنه سجل جنسه خطأ في عقد ميلاده و من تم فإن الوثيقة المطلوب تصحيحها قد ورد فيها خطأ في جنس صاحبها التي يكون فيها التصحيح من اختصاص وكيل الجمهورية أو ما يعرف بالتصحيح الإداري طبقا للمادة 51 السالفة الذكر[37]، و سنتناول لاحقا إجراءات هذا التصحيح.
إلا أنه في هذا المقام و بالنظر إلى الواقع القضائي فمثل هذا التصحيح لا يتطلب أي تعقيد عمليا إنما الشروط المطلوبة هي :

1- إذا كان الطفل الخنثى صغيرا و لم يبلغ سن الأهلية فإن الأمر يتطلب تقديم الطلب من طرف وليه أو ممثله القانوني.

---

[34] Voir, Philip Guez, le changement de sexe…, Op.Cit, p.1784.

[35] في الحقيقة أن هذا الشرط حسب الشريعة الإسلامية يشترط في حالة الخنثى المشكل يأخذ بعين الإعتبار لتغليب أحد الجنسين على الآخر عند ترك الخيار للخنثى أو ممثليه حسب احساسه، لكن في الخنوثة الكاذبة فإن الترجيح سيكون للطب حسب الأصول العلمية.إضافة إلى أن تبني المعيار النفسي الإجتماعي سيؤدي إلى الخلط بين الخنثى و المغير لجنسه لأسباب نفسية و هذا سيشجع أصحاب الجنس النفسي إلى الإختباء وراء الخنوثة العضوية لتبرير طلب التغيير و هو أمر في غاية الخطورة.

[36] Voir, Philip Guez, le changement de sexe…, Op.Cit, p.1783.

[37] أنظر، عبد العزيز سعد نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.172.

2- تقديم شهادة طبية صادرة من طبيب مؤهل يثبت فيها أن المعني بالأمر ينتمي إلى جنس آخر غير الجنس المدون بشهادة ميلاده مرفقة بصورة شمسية له [38]،
3- أن يتم التصحيح بالطريق الإداري و لكن أمام القضاء بأن يقدم الطلب إلى وكيل الجمهورية المختص اقليميا طبقا للمادة 51 من أمر 70-22.

و لكننا نطالب فقط لمزيد من الحيطة- **أمام هذا الفراغ القانوني**- أن يطلب حضور الخنثى شخصيا ليراه وكيل الجمهورية على الأقل لملاحظة شكله. إذا كان ينبئ أنه فعلا له مظهر خارجي للجنس الذي يدعي أنه دون خطئا في شهادة ميلاده.و إن لم تثبت له هذه الحقيقة فإنه لا مانع من أن يطالبه بتقديم شهادة طبية دقيقة عن وجود أعضاء تناسلية غالبة للجنس الذي سيصحح عليه.هذا تفاديا من أن يكون تصحيح الخطأ المزعوم بخطأ أكبر يكون **ستارا** لاختفاء الشواذ جنسيا.

الـفــرع الـثــانـــــي

تغييـــــر البيـــان المتعلق بالنوع في حالات الخنوثة النفسية Transsexualisme

الثابت أن الجنس يشكل بدون نزاع جزءا من حالة الأشخاص، و هذا ما يجعل تحديد هذا البيان في شهادة الميلاد أمر مهم. و لذلك ثار تساؤل حول تعديل وثائق الحالة المدنية الرسمية في الحالات التي يثور فيها تعارض واضح بين الجنس البيولوجي للفرد و احساسه الراسخ بالانتماء إلى الجنس الآخر يجعله له سلوك اجتماعي و رغبة جامحة في تغيير خصائصه الجنسية الاصلية، و جعلها مشابهة للجنس الذي يرغب في التحول إليه.عن طريق اجراء التدخلات الطبية المناسبة و فق الأصول العلمية المستقرة حول هذه الحالة المرضية.و هو الأمر الذي يجعل المظهر الخارجي المغير للجنس المقابل متعارض مع البيان المتعلق بالنوع المدون في سجلات الحالة المدنية. و هذا ما يصبح يشكل عائقا عمليا، لأن يندمج المغير لجنسه بسهولة في المجتمع.إذ أن هناك بعض الأمور تحدث، تتطلب تقديم المعني لبطاقة تعريفه الشخصية، فيكتشف مثلا من قبل ضباط الشرطة أنها غير مطابقة للصورة الفعلية للمعني.و هو ما سيضطرهم إلى القيام بما يلزم لجعل المظهر الجديد الذي اكتسبه الشخص بعد التغيير، يتماشى و البيان المتعلق بالنوع الذي يجب تغييره في الوثائق الرسمية.

أنه أمام غياب نص تشريعي يسمح بتعديل (و ليس تصحيح) شهادة الميلاد بسبب التغيير الاصطناعي في تكوين الفرد، و الذي يتفق مع توجهاته النفسية العميقة، لأن الجنس الذي ينتمي إليه الفرد، يجب أن يكون محددا منذ لحظة الميلاد دون انتظار تعديلات محتملة.[39]
و بعيدا عن مناقشة شرعية أو عدم شرعية تغيير الشخص لجنسه هل يجوز للمغير لجنسه أن يقوم بإلغاء البيان السابق على هذا التغيير في شهادة ميلاده و جعل التأشير يحمل الحالة الجديدة في المكان المخصص لبيان الجنس ؟

فهناك العديد من الدول و خاصة الدول الاسلامية، لا تسلم بمشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس، و لا بتعديل الحالة المدنية للمعنين بالأمر لأن فيها انتهاك لمبدأ عدم المساس بسلامة الجسم و تكامله.و فيها تطاول على خلق الله تعالى. في حين ذهبت بعض الدول الأجنبية إلى الإقرار بمشروعيتها و بالتسليم

---

[38] في حقيقة الأمر في **رأينا** أن مثل هذه الشهادة ربما كانت مقبولة في وقت لم تكن فيه مشكلة تغيير الجنس لأسباب نفسية و أن الطبيب كان يعاين المريض بطريقة تقليدية للتأكد فقط من العلامات الجنسية الظاهرة أي الشكل الخارجي إلا أن الأمر لن يكون بهذه البساطة في وقتنا الحالي بعد ظهور قضايا دولية حول مشكلة التغيير الجنسي النفسي، و أن الأمر يتطلب سواء من المشرع الجزائري و من القضاء التعامل بنوع من الحذر من هذه التصحيحات خاصة و أن التصحيح الإداري لا يتسنى للمعني الحضور أمام القضاء و مشاهدة شكله مباشرة للتأكد نوعا من الحالة التي ينتمي إليها المعني بالأمر، فقد يجد المغير لجنسه لأسباب نفسية منفذا له لإجراء هذا التصحيح لبيان نوعه في عقد الميلاد بالإدعاء بأنه ضحية خطا مادي من ضابط الحالة المدنية أو من الشخص الذي صرح بالولادة أو من الطبيب نفسه الذي عاين الولادة.و لكن حقيقة الأمر قد تكون مخالفة لذلك بأن يكون تغييره لجنسه مصطنع و ليس نتيجة خطأ وقع أثناء الولادة و لم يتبين إلا لاحقا. و لهذا نحن نناشد المختصين قضائيا من أخذ الاحتياط الواجب و بذل عناية الرجل العادي على الأقل للتأكد من ان الأمر يتعلق فقط بخنثى عضويا و ليس بشواذ جنسيا.

[39] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.660.

بالآثار المترتبة عليها مما أدى بعض الدول إلى اصدار نصوص تشريعية خاصة بتنظيم جراحات تغيير الجنس.و هذا ما سنتعرض له في النقطة الموالية، و بالمقابل هناك دول رفضت ضمنيا معالجة الأمر بنصوص خاصة، و ترك السلطة لتقدير القضاة و فتحت بابا واسعا للاجتهاد القضائي الذي تطور في فرنسا حول أحكام تغيير الجنس و كيفية التسليم بالآثار المترتبة عليه خاصة بعد الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بعد ديسمبر 1992.و هذا ما أدى إلى ضرورة معرفة في الأخير الطبيعة القانونية لتعديل بيان النوع أهو تصحيح أم تغيير ؟

أولا : شروط تغيير الجنس في التشريعات المقارنة التي نظمته بنصوص خاصة :

الأحكام القانونية للأشخاص الحاملين لأعراض مرض اللاارتياح في النوع عولجت بطريقة مختلفة، من طرف الدول الأوربية. إذا كان هناك دول شرعت مبكرا في هذا المجال نلاحظ مع ذلك حركة جديدة تشريعية في مواجهة التأطير القانوني لحالة اللاارتياح في النوع (بلجيكا) أو تبعا لتوصية المحكمة الاوربية لحقوق الانسان مثل (بريطانيا) أو تلقائيا (اسبانيا).

1- <u>التشريعات القديمة</u> :

سنختار منها البعض كلها إذ يوجد السويد، ألمانيا، ايطاليا، هولندا....(pays bas)، تركيا و لكننا سنتحدث عن ثلاث دول فقط لتفادي التكرار نوعا ما. إذ قد تطرقنا لها عند الحديث عن موقف التشريعات التي أجازت أو خطرت تغيير الجنس في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول يمكن الرجوع اليها.

أ.<u>ألمانيا</u> : منذ 10 سبتمبر 1980 يوجد اجرائين هما تغيير الاسم و من تم تعديل بيان النوع، و ما يهمنا هنا هي **شروط** تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية و هي :

- أن يكون من جنسية ألمانية أو أجنبي شرط انه يحمل حق الإلتجاء أو الإقامة،- غير متزوج أو أن الزواج تم حله، - غير قادر على الانجاب، - عرف منذ **3 سنوات** مع الجنس المقابل للذي مدون في عقد الميلاد و أن احساسه غير رجعي، بشهادة مستقلة من طرف خبيرين نفسيين معينيين من طرف المحكمة، - أن يكون حصل له تدخل جراحي غير من معالمه الخارجية الخاصة بالجنس الأصلي و أعطته مظهر جسدي للجنس الآخر، - و أن يسبقها بدعوى تغيير الاسم أولا بعدها يغير بيان النوع[40].

ب.<u>ايرلندا</u> les pays – Bas : بموجب قانون 21 سبتمبر 2000 المعدل لقانون 14 أفريل 1985، الذي دخل حيز التنفيذ في 01 أوت و أدخل تعديلا على المادة 28 و 28 C من القانون المدني الايرلندي و التي بموجبها تضع الشروط التالية :

- أن يكون من جنسية ايرلندية أو أجنبي مقيم في البلد لمدة سنة على الاقل، - ألا يكون متزوجا، - غير قادر اطلاقا على الإنجاب[41]، - أن يتحصل على تقرير طبي واقع أعراض المغير لجنسه و الاقتناع غير الرجعي للطالب للانتماء إلى الجنس المقابل، - أن يجرى له تدخل جراحي يغير مظهره الجسدي[42].هذا الشرط لا يفرض في كل مرة إنما في الحدود الذي هو ممكن أو أكيد من وجهة نظر طبية و نفسية[43].

[40] Voir, Henri Delvaux, les conséquences juridiques du changement de sexe en droit comparé, colloque amsterdam 1993, Op.Cit, p.163., et Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.57.
Bureau de droit comparé, le changement de sexe et d'état civil, pdf sur site, p.01.
[41] Henri Delvaux, les conséquences…, Op.Cit, p.164.
[42] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.57.
[43] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.07.

ج. **تـــركيـــــا :** بموجب المادة 40 من القانون المدني(قانون 4721 بتاريخ 22 نوفمبر 2001) المتعلق بتغيير الجنس الذي يشترط : أن يكون بالغ من العمر 18 سنة،ألا يكون متزوج، أن يكون له استعداد للمغير لجنسه صادر من مؤسسة الصحة و البحث، أن يكون تغيير الجنس ضروري للصحة النفسية للطالب، أن يكون غير قادر على الإنجاب بطريقة قطعية.[44]

د. **ايـــطـالـيـــا :** خصصت بتشريع منذ 14 أفريل 1982 المعدل بتاريخ 03 نوفمبر 2000، حول تصحيح تعيين الجنس، و هو مطابق للحل الواسع المعروف في ألمانيا. و الشروط تتمثل في:
1 - كل شخص يبلغ من العمر 18 سنة، يمكن أن يغير حالته المدنية، 2- أن تحصل تغييرات لخصائصه الجنسية[45].

الملاحظ أن القانون الايطالي لا يوضح إذا كانت التغييرات يجب أن تكون نتيجة تدخل جراحي من أجل تغيير الجنس أو علاج هرموني أو تطور طبيعي، و لا يفرض شروطا خاصة مثل فترة تجربة و لا عدم رجعية الاختيار و لا عدم القدرة على الانجاب. و ربما هذا ما أدى لارتفاع نسبة الطلبات. و لكن بالمقابل نجد أن **الاجتهاد** القضائي جاءلإضافة شرط آخر للقانون فارضا جراحة إعادة التحديد الجنسي[46]. و هذا على اعتبار أن القاضي الذي يفصل في تغيير الحالة المدنية و بنفس الحكم عندما يقدر أن الجراحة ضرورية يعطيه رخصة لإجراء جراحة لتغيير الخصائص الجنسية[47].

2- **الـتـشـريـعـات الـحـديـثـــة :** مواكبة للتطورات التي عرفها الوسط القانوني، سعت العديد من الدول إلى جعل تشريعها الداخلي يحل المشاكل التي عرفها عند معالجة حالة اللاارتياح في النوع و منها :

أ. **بـريـطـانـيـــا Royaume Uni:**

الحل التشريعي الذي تبنته كان تبعا لتوصية في قرار Goodwin في سنة 2002، الذي أدى إلى ولادة Gender Recognition في 2004، و الذي دخل حيز التنفيذ 04 أفريل 2005، المتعلق بالاعتراف بالنوع الجنسي. و سمح للمغيرين لجنسهم الذين أجروا أم لا عملية جراحية للتحول الجنسي أن يطلبوا إصدار لهم شهـــادة إقـــرار النـــوع (gender recognition certificate)، كوسيلة للاعتراف القانوني للنوع الجنسي المكتسب بالنسبة للأشخاص المعنيين.
هذه الشهادة تمثل الاعتراف القانوني للمغيرين لجنسهم المواطنين الإنجليز.و ترخص الحصول على شهادة ميلاد جديدة تسمح له بالزواج. (أي أنه اشترط في الطالب العزوبة لتغيير إشارة البيان) و من الشروط للحصول على هذه الشهادة أن تتوافر في الطالب ما يلي :
- يبلغ على الأقل 18 سنة،
- أن يعاني من اللاارتياح الجنسي الثابت طبيا و يعيش منذ مدة سنتين على الأقل حسب الجنس الجديد و له نية في مواصلة الإنتماء حتى الموت إلى الجنس الجديد.
أو أن الطالب قد غير قانونيا جنسه حسب قانون بلد أجنبي موجود على قائمة موجهة من طرف الوزير لمختص[48].و أن إجراء الجراحة ليست شرطا ضروريا.[49]

ب. **اسـبـانـيـــا :** مبدئيا لم تحل مشكل تغيير الجنس إلا بواسطة قرار الاجتهاد القضائي الدقيق و أيضا من خلال القرارت العديدة للمحكمة العليا التي سمحت بتغيير الجنس المسجل

---

[44] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.12.
[45] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.57.
[46] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.57.
[47] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.06.
[48] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.58.
[49] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.09.

في شهادة الميلاد لجعله متطابقا مع الجنس الاجتماعي للشخص و أن شخصيته تكون تطورت بحرية.

بتاريخ 08 نوفمبر 2006، البرلمان الاسباني تبنى قانون حول تصحيح الحالة المدنية للأشخاص المغيرين لجنسهم و سمح لهم بتغير الجنس في الحالة المدنية بدون أن يكونوا قد أجروا جراحة إعادة التحديد الجنسي.و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 15 مارس 2007، و قد وضع **شروطا** لمباشرة تصحيح الجنس في الحالة المدنية و تتمثل في :

- أن يكون الطالب يحمل جنسية اسبانية، بالغ و كفء من وجهة نظر قانونية،
- حالة اللاارتياح في النوع صادرة من مجموعة أطباء أو أطباء نفسانيين،
- متابعة لمدة سنتين على الأقل بالعلاج بهدف ملائمة الخصائص الجسدية المتعلقة بالجنس المرغوب فيه .

و هو لا يشترط **جراحة** إعادة التحديد الجنسي فهي **غير الزامية ،الآثار** القانونية للتغيير المطلوب تدخل في التطبيق من يوم **تبليغه** في سجلات الحلة المدنية.و هذا التصحيح يسمح للشخص لممارسة جميع حقوقه اللازمة، و هذا التغيير **لا يبدل** الحقوق و الواجبات التي حصل عليها **سابقا**.[50]

ج. <u>بـلـجـيـكـــا</u>: الوضعية القانونية للمغيرين لجنسهم كانت تحظى باهتمام من الاجتهاد القضائي، و كانت دعاوى تصحيح بيان الجنس في الحالة المدنية تم بموجب دعوى تصحيح العقد التي اعتبرت لاحقا كدعوى حقيقية للحالة.

فمحكمة استئناف بروكسل سبق و أن رفضت طلب تصحيح بيان الجنس بالرغم من التدخلات الجراحية و الميول النفسية العميقة للطالب بسبب أنه لم يثبت في وقت تحرير عقد الميلاد انه كان من الجنس المقابل (قضية D. Van Oosterwijk).

صدر مؤخرا قانون متعلق بالجنسية (transsexualité) من الآن فصاعدا. و هذا بتاريخ 10 ماي 2007، كان من أجل تسهيل تغيير بيان النوع في الحالة المدنية،و الذي عدل القانون المدني بإضافة مادة جديدة 62 مكرر في القانون المدني، و من الشـــروط لـذلك نذكـــر :

1- أن يكون من مواطن بلجيكي أو كل أجنبي مسجل في السجلات الشعبية بصفة أصلية أو سجلات الأجانب (على خلاف التشريع الاسباني أو الانجليزي)،
2- عند التصريح، فإن المعني بالأمر يقدم إلى ضابط الحالة المدنية تصريحا من الطبيب النفسي و الجراح بصفتهما أطباء معالجين يشهد أن ب:

أ- التدخل الجراحي لتغيير جنس المعني بالأمر، إلا إذا أثبت أن الجراحة تعرضه لمخاطر تجعل صحته في خطر،

ب- شهادة طبية تثبت أن لديه اقتناع راسخ ثابت و بدون رجعة للانتماء للجنس المقابل غير الذي دون في عقد ميلاده،

ج- أن المعني بالأمر غير قادر على حمل أطفال طبقا لجنسه السابق[51].

و قد أعطى الإختصاص لضابط الحالة المدنية صاحب الدور الرئيسي في قبول الطلب من عدمه و يمكن الطعن فيه في حالة الرفض.و يجب أن يسجل البيان الجديد في أجل 30 يوما بعد فوات آجال الطعن في قراره.و يتم التأشير بتغيير الجنس في هامش عقد ميلاد الطالب.[52]

د. <u>الأرجنتين</u>: قانون 26743 لـ 23 ماي 2012.[53]

مجلس الشيوخ الأرجنتيني تبنى في 09-10-2012 قانون يسمح لمغيرين لجنسهم و المتشبهين بالجنس الآخر لإختيار **بكل حرية** نوعهم، بإجراء بسيط أمام السجلات الوطنية للأشخاص، و بهذا فإن إختيار

[50] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.59.
[51] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.02.
[52] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.60-61.
[53] Voir, Note n°28 Avis sur identité de sexe, sur site www.legifrance.gouv.fr.

النوع أصبح اليوم حقا لدى الأرجنتين بتاريخ 10ماي 2012[54]، بحيث أن الإجراء إبتداء غير قضائي، يتم بمجرد إعلان أمام ضابط الحالة المدنية، الذي له ضمانة جد مهمة:
في حالة طلب ثان لتغيير الجنس في الحالة المدنية دراسة العريضة تبديل إذا للإجراء القضائي.[55]

ه. سويسرا:

هناك أحكام قضائية، و قد صدر أمر بتاريخ 8 أفريل 2004 حول الحالة المدنية (OEC) متعلق بتغيير الجنس.و من شروط قبول تغيير الجنس بالجراحة أن الشخص يجب أن يستشير طبيب نفسي ليؤمن له عدم معاناته من أي اضطراب نفسي (مثل شيزوفرانيا) و أنه يحمل أعراض تغيير الجنس، و بعد التأكد من ذلك يصدر له شهادة طبية تسمح له بالذهاب إلى أخصائي في الغدد ليوصف له الهرمونات الضرورية لتحضير الجسد للتدخل الجراحي، و أن تناول الهرمونات تستغرق سنتين يجب خلالها إستشارة طبيب نفسي بإستمرار إلى غاية الجراحة.
و من تم شروط طلب تغيير الجنس في الحالة المدنية هي:1/ خضوع الطالب لعملية جراحية
2/ أن يكون غير قادر على الإنجاب، و يقدم الطلب إلى الجهات القضائية مرفوقا بالوثائق اللازمة ليتم تغييرجنسه في الحالة المدنية.[56]

و. الولايات المتحدة:

تغيير الجنس هو مسألة تعطي الإختصاص لكل ولاية. فكل ولاية لها تنظيم خاص بها. لا يوجد أي ولاية تمنع تغيير الجنس حتى و لو البعض القليل من الولايات التي لا ترخص الإختصام قضائيا أو إداريا بمثل هذا التغيير.فقط ولايات Idaho، Ohio، Tennesse و Texas، الذين يرفضون تغيير الجنس في الحالة المدنية.
باقي الولايات التي ترخص تغيير، فإنها تختلف من حيث شروط التغيير والجهة المختصة: فالبعض من الولايات ترخص تغيير لشهادة الميلاد بسبب تغيير النوع: و تتبع لذلك إجراء Ad hok. البعض الآخر ليس لهم نصوص خاصة لكن التطبيق أيد التغيير حسب طرق محددة من طرف الوكالات المختصة (Agence compétentes)، البعض تطلب قرار قضائي يثبت التغيير و أخرى تكتفي بشهادة طبية تثبت الجراحة إذا أجريت أو وصفة لهرمونات تكفي.
بصفة عامة، عند توافر الشروط حسب كل ولاية يبقى هامش من التقدير للسلطة المسؤولة بتسليم شهادة الميلاد، و التي قد تكون إما جهة قضائية في بعض الولايات أو المكتب المسؤول عن تسليم شهادة الميلاد حسب الحالة.[57]

و من خلال ما سبق نضع خلاصة للشروط المتعلقة بالشخص طالب تغيير جنسه في مختلف الدول:

عندما جنس الشخص يراد تغييره، العديد من الدول تبنت أحكام تشريعية من أجل تحديد القواعد المطبقة على إجراءات تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية.
أما فرنسا، فلم تتدخل بنصوص تشريعية، و إنما تركت الأمر للإجتهاد القضائي بالأخص منذ القرارين الصادرين بتاريخ 11ديسمبر 1992 ، الذي تطلب فيه شروط ثلاث:منها فقد خصائص الجنس الأصلي، و إكتساب خصائص الجنس المقابل و سلوك إجتماعي للجنس الآخر، الإثبات الطبي بخبرة لأعراض تغيير الجنس ، التحول الجنسي بالجراحة المسبقة. و بعدها صدر منشور من وزارة العدل بتاريخ 14ماي 2010، الذي بين لقضاة النيابة العامة أن يعطو رأي موافق لطلبات تغيير الجنس عندما يخضع المعني لعلاج هرموني من أجل التحول الجسدي أو النفسي بصفة نهائية ، و ألا يأمر بخبرة طبية إلا عندما يكون هناك شك جدي حول واقع تغيير جنس المعني.

[54] Voir, Louis-Daniel Muka tshibende, entre droit du sexe et sexe du droit : de la differentiation sexuelle en droi a la féminisation des organes societaire par le droit, revue de la recherche juridique, Marseille, 2013,p.1405 marge 70.
[55] Voir, Note n°28 Avis sur identité de sexe, sur site www.legifrance.gouv.fr.
[56] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.11.
[57] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.04.

أما في **باقي الدول الأخرى**، فإن هناك دراسة متعلقة بتغيير بيان الجنس في الحالة المدنية منشورة من طرف مجلس الشيوخ تحت رقم 223،أفريل 2012، و التي بينت لكل دولة الشروط المطلوبة في مادة الحالة القانونية للمعني ، طبيعة عدم التوافق بين الجنس البيولوجي الأصلي والجنس المكتسب، الطلب،الوثائق المقدمة، السلطات المختصة وآثار التغيير و سنعرض بإختصار بعض الشروط المطلوبة في معظم الدول في نقطتين :

1/ الشروط المتعلقة بالشخص :

أ-**الجنسية** ، مكان الولادة أو الإقامة :
- في إسبانيا، البرتغال، السويد، الذين تحفظو بتغيير الجنس في الحالة المدنية لمواطنيهم فقط.
- خمس دول أسترالية: لا تفتح إلا للأشخاص الذين المولودين فوق ترابهم.
الأراضي المنخفضة (Pays Bas) و دولة أسترالية: ترخص بالمقابل للأشخاص الذين يقيمون فوق أراضيهم لمدة 12 شهرا.
في حين تشريعات ثلاث دول أسترالية، و الأرجنتين، الدانمارك، بريطانيا، الأورغواي لا تضع بوضوح شرط الإقامة أو الجنسية .
ب/**السن الأدنى** :حتى يتسنى وضع طلب لتغيير الجنس يجب أن يكون هناك حد أدنى للطالب و هو :
-18 سنة: في الأرجنتين (نظام القانون العام)، أستراليا.
-23 سنة :لإجراء جراحة التخصيص في بريطانيا و السويد.
-21 سنة:في الدانمارك.
ج/**الكفاءة** :
-القوانين الخاصة باسبانيا تطلب غياب إضطراب الشخصية الذي يؤثر على وجود "تنافر".
-أما البرتغال تطلب غياب أي عدم كفاءة ناجمة من تشوه نفسي
د/**التعقيم**:
أي أن يكون عقيم أو أنه أصبح عقيم و هذا في كل من الدانمارك، الأراضي المنخفضة، السويد. يستفيد من تغيير الجنس.(التشريع يمكن إذ أن يطور مستقبلا في الأراضي المنخفضة و السويد).
ه/**غياب الزواج**:
في السويد، 7 دول أسترالية تمنع التغيير للأشخاص المتزوجين.
في بريطانيا:إصدار شهادة الإعتراف بالنوع غير ممكنة إلا بعد إنحلال الزواج الحالي.
و/**تحديد عدد الطلبات**:
الأورغواي، أي طلب جديد للتغيير لا يمكن أن يتم خلال 5 سنوات التي تلي الطلب الأول للتغيير المسجل.

2/الشروط المتعلقة بعدم التوافق بين الجنس البيولوجي الأصلي و الجنس المكتسب:

جل التشريعات- بإستثناء- الأرجنتين التي يشير لحق كل شخص للإعتراف بهوية نوعه- تطابق حول الملامح الكبيرة لعدم الإنسجام الذي يبرر تغيير بيان النوع، يعني ماهو آت:-وجود أو عدم وجود مثل هذا "التنافر ":إسبانيا و الدانمارك.
-المعاناة العقلية للمعني الناجمة من غريزة جنسية أو فساد إجتماعيته: الدانمارك.
-الإقتناع بالإنتماء لجنس مختلف عن الجنس المسجل في عقد الميلاد: االأراضي المنخفضة و السويد.
-إذا كانت العملية الجراحية شرط ضروري في عقد 8 دول أسترالية، الدانمارك ، السويد، االأراضي المنخفضة (التشريع يمكن تطور في هذه الدولة الأخيرة)[58]، إضافة إلى ألمانيا، إيطاليا[59] هو ليس كذلك في كل من إسبانيا، الأورغواي و بريطانيا.

[58] Voir, Valérie Avena-Robardet, modification du sexe à l'état civil, AJ fam.2012, p.302.
[59] Voir, Marine Friant-Perrot, une modification des condition du changement de sexe, D.1999, p.508.

-في الأرجنتين، القانون يفرض ألا يكون من الضروري إثبات العلاج أيا كان (جراحي، طبي).
-أستراليا والدانمارك: يسمحون بالحصول على جواز سفر الذي يحمل خانة ""M"،"F"و "أخرى" بدون أن يكون المترشح قد خضع لعملية جراحية.[60]

ثانيا – الشروط القضائية لتغيير الجنس في فرنسا في غياب نصوص تشريعية

الحق في تغيير الجنس أو حق تغيير الجنس، لم ينظم بأي نص تشريعي في فرنسا. و فتح الباب للاجتهاد القضائي الذي عرف تطورا ملحوظا، يمثل فيها قرار 25 مارس 1992، للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان نقطة تحول مهمة في تغير الاتجاه القضائي الفرنسي. و بهذا سنحاول إلقاء نظرة سريعة و مختصرة على أهم هذه التطورات القضائية كالتالي:

1- الاجتهاد القضائي قبل سنة 1992 :

تقريبا في هذه الفترة معظم الطلبات المقدمة من المغيرين لجنسهم من أجل تغيير بيان النوع في الحالة المدنية تم رفضها، و اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذه الفترة أنه جد قاس، و غير مقبول عند المغيرين لجنسهم. و قد أسس الرفض على أساس مبدأ عدم المساس بحالة الاشخاص و احترام النظام العام سنة 1975 .
أما سنة 1983 فإن القضاء ترك الاستناد إلى هذا المبدأ ليتبنى سببا آخر يتمثل في أن تغيير الجنس يجب أن يكون خارج عن إرادة المعني و قد أيدها قرار 1987 ليقبل تغيير الجنس لأن المعني بالأمر يعاني من اكراه نفسي و من تم العلاجات و الجراحات التي أجريت بهدف علاجي.
أما سنة 1990 من خلال أربع قرارات لها استبعدت الجنس النفسي و استندت إلى الجنس الكروموزومي لترفض تغيير الجنس.[61]

2- تغير الاتجاه القضائي سنة 1992 و ما بعدها:

تبعا للإدانة الأوربية بموجب قرار 25 مارس 1992، لمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بمناسبة قضية رفعتها السيدة Botella ضد فرنسا. مما جعل المحكمة الأوربية تقرر أن القانون الفرنسي يشترط الكشف الثابت لجنسه الرسمي، يضع يوميا، الطالب في وضعية إجمالية متعارضة مع الإحترام الواجب لحياته الخاصة.[62]
و بالتالي فرنسا من هذا القرار أدينت بانتهاكها للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.[63]و بموجب ذلك فإن محكم النقض الفرنسية 1992، لم تعترف أن المغير لجنسه غير جنسه، و إنما تشير دائما أنه اقترب (repproché) من الجنس الآخر. و من تم فإن مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص لم يعد يشكل عائقا لمثل هذا التغيير، و أصبحت تستند إلى مبدأ احترام الحياة الخاصة، لقبول تغيير الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم[64].
و حسب القضاء الفرنسي لمحكمة النقض سنة 1992، أصبح من الممكن تغيير بيان النوع في الحالة المدنية إذا اجتمعت الشروط الموضوعية التالية :

1- الإثبات الطبي من طرف فريق طبي متعدد متكون من طبيب، طبيب نفسي أو عالم نفسي، عالم الغدد و جراح يجب أن يوضع لتأكيد التشخيص لحالة تغيير الجنس.

---

[60] Voir, Valérie Avena-Robardet, AJ fam.2012, Op.Cit, p.302.
[61] Voir, Patrice HILT, Transsexualisme : états.., Op.Cit,p.04.
Corinne Renault-Brinsky, droit des ersonnes…, Op.Cit, p.04.
[62] « Que le droit français, en exigeant une révèlation constante de son sexe officiel, plaçais quotidiennement la requérante dans une situation globale incompatible avec le respect dû a sa vie privée.»
[63] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.05.
[64] Voir, Corinne Renault, Op.Cit, p.76.

2- الإثبات الطبي **بخبرة** قضائية **الزامية** لحالة تغيير الجنس،
3- التحول الجنسي بالجراحة المسبقة،
4- فقدان خصائص الجنس الأصلي، و اكتساب المظهر الجسدي الذي يقربه من الجنس الآخر و أن يكون له سلوك اجتماعي مرتبط بالجنس المرغوب فيه.[65]

و أن توافر هذه الشروط مجتمعة يعطي الحق لطالب في الحصول على تغيير لبيان النوع في عقد ميلاده أيا كانت وضعيته العائلية أعزب أو متزوج.

و في هذا الصدد عثرنا على حكم لمحكمة النقض الفرنسية الذي أشار إلى تقرير خبرة، و قضاة الدرجة الثانية لم يولوا الاهتمام به.جعل محكمة النقض بتاريخ **18 أكتوبر 1994**، تلغي بدون إحالة[66].سنتعرض لأهم وقائعه و تعقيبنا عليه لتبيان هذا التطور في الاجتهاد القضائي :

2- أ/ وقائع القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 18 أكتوبر 1994 :

القرار الذي صدر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض بتاريخ 18 أكتوبر 1994، حول حالة تغيير بيان النوع في الحالة المدنية و الذي يصنف بدقة ضمن نفس الإتجاه الذي تبناه القرار المبدئي المتخذ من الغرفة المجتمعة لمحكمة النقض بتاريخ 11 ديسمبر 1992، الذي كان له الفضل في تغيير الإتجاه القضائي الفرنسي.

الوقائع و الاجراءات باختصار :

D. Françoise ولد بتاريخ 14 جويلية 1952، صرح به في سجلات الحالة المدنية أنه من جنس أنثوي، لكن اعتبر منذ طفولته أنه ذكر. منذ سنة 1973 Françoise ، كان يطلق عليه إسم Claude في حياته المستمرة، تقاسم حياته مع شخص هو أنثى، و هو أم لطفل.

Claude .D كان مسؤول المناطق الخضراء في حيه تحت تنظيمات العديد من الحدائقيين (Jardinniers) بطاقته المهنية صادرة عن البلدية تحمل إشارة جنس ذكوري،

سنة 1978 خضع Claude .D لعلاج هرموني، و لعمليات مختلفة أعطته مظهر تشكيلي يقربه من تشكلية الذكور.

بتاريخ 07 جوان 1988، التمس من المحكمة الإبتدائية، تصحيح لعقد ميلاده بعد الاستعانة **بخبرة قضائية**، خلصت أن (Claude) يحمل أعراض مرض تغيير الجنس، قبلت المحكمة دعواه.

- محكمة الإستئناف ألغت الحكم من الناحية الإجرائية بسبب أنه رفع دعواه بعريضة بسيطة في حين أن الإجراء كان يجب أن يأخذ الطريق النزاعي ،

- D. Claude، رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة و استحضر النيابة العامة، و قبلت المحكمة مرة أخرى طلبه.و استأنفت النيابة العامة أمام محكمة الاستئناف التي ألغت الحكم معيدة نفس الأسباب المقتبسة من قرارات الغرفة المدنية الأولى المؤرخة في 21 ماي 1990.معتبرة أن:

- المعيار الوراثي للجنس كان محدد،
- أن تغيير الجنس المشخص من الأطباء و سلوكه الذكوري لا يعتبر تغيير حقيقي للجنس.
- قدرت أن إدانة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لفرنسا لم تكن مرتكزة على الرفض في حد ذاته لتغيير الحالة المدنية للمغير لجنسه، لكن على الوضعية الإجمالية التي آل إليها. و أنه يعود للدولة الفرنسية أخذ الوسائل الملائمة لإيقاف هذه الوضعية.

---

[65] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.06.
Corinne Renault, Op.Cit, p.77.

[66] Voir, cour de cassation ch civ 1,18 octobre 1994,pourvoi n° 93-10730, sur l'extenso.fr
Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve de la réalité du syndrome transsexuel: le caractère irréversible de la transformation de l'apparence sexuée, Gazette du palais, 21 juin 2012, n°173, p.08.et p.03. sur l'extenso.fr

بعد النقض في القرار فإن محكمة النقض في غرفتها الأولى أعادت تقريبا حرفيا مقدمة قرارات الغرف مجتمعة في 1992، مذكرة بالشروط الواجب احترامها من القضاء الأعلى من أجل أن يكون تغيير الجنس رسميا معترف به لإمكان تسجيل البيان في سجلات الحالة المدنية بمعرفة :

- أن تغيير الجنس يجب أن يكون طبيا معروف و هذا بموجب خبرة طبية قضائية ،
- أن جراحات التحول الجنسي تم اجرائها مسبقا على الدعوى،
- أن المغير لجنسه له مظهر جسدي يقربه إلى الجنس المقابل،
- أن سلوكه الاجتماعي متعلق بالجنس المقابل.

و الحال أن هذه الشروط كانت متوفرة و مجتمعة، مفصلة في الإيضاحات نفسها لقرار الإستئناف، و هذا ما أدى بالغرفة الأولى المدنية تعيب قضاء الدرجة الثانية, أنها لم تستخرج من هذه الاثباتات الصافية، النتائج الشرعية التي تم اسقاطها.
و من خلال الوقائع التي تم اثباتها من قضاة الموضوع التي أخذتها محكمة النقض كما هي، سمحت لنفسها بتطبيق قاعدة القانون الخاص و **أن تنقض بدون إحالة** واضعة أيضا نهاية للإجراء بطريقة نهائية.[67]

1- في أول الأمر فإننا نعيب على الدعوى الأولى التي رفعت بدون استحضار النيابة العامة و رفضتها محكمة الاستئناف من الناحية الاجرائية لأنها رفعت بدعوى بسيطة بدلا من الطريق النزاعي، أن هذا القرار حسب القانون الفرنسي هو **خـــاطـــئ**، لأنه حقيقة أن الأمر لا يتعلق بدعوى تصحيح في الحالة المدنية (لأن هذا يخص الأخطاء المادية)، و إنما يتعلق بدعوى الحالة (action d'état)، كما سنراه لاحقا,
و هنا لا يوجد أي نزاع. الإجراء الذي قام به المدعي يحمل كل الضمانات و كان بالامكان أن تبلغ النيابة العامة و تشارك في المرافعات (المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية فرنسي) كطرف أصلي، النظام العام هو المعني و يمكن أن يرفع الاستئناف في القرار المتخذ و كذا النقض فيه.
2- بالرغم من تصحيح الإجراءات و إعادة رفع الدعوى من جديد التي قبلتها المحكمة الابتدائية، إلا أن محكمة الإستئناف للمرة الثانية ترفض و لكن في هذه المرة ليس لعيب في الإجراءات و إنما لأسباب موضوعية مؤسسة قرارها على قرارات الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض المؤرخة في 21 ماي 1990.
و ما يلاحظ أن محكمة الاستئناف بالرغم من صدور حكمها بعد تغير الإتجاه القضائي الفرنسي بعد سنة 1992، إلا أنها رفضت السير على نفس الموقف المتخذ من طرف الغرف مجتمعة لمحكمة النقض في سنة 1992.و بهذا كان من المتوقع أن تنتقد من قبل محكمة النقض التي نقضت قرارها بدون إحالة مرتكزة على اجتهاد سنة 1992.

3- و القرار المعقب عليه خرج بنتيجة مهمة و هي أن **الخبرة القضائية** المجراة و التي جعلت المحكمة الابتدائية تقبل الدعوى قد بينت المظهر الجسدي الذكوري بصفة جلية. و التي جعلت محكمة النقض **تنقض بدون احالة** (و هي حالات قليلة تطبيقيا). و تلغي قرار لم يستخرج من هذه الإثباتات، النتائج الشرعية التي تم اسقاطها. و بهذا فإن هذا القرار قد أكد على الاجتهاد القضائي لسنة 1992، كما أكد أن على القاضي الأخذ بعين الاعتبار ما كشفت عنه الخبرة القضائية و لا يستبعدها بدون تعليل.و هذا هو الأمر الذي خلصت إليه محكمة النقض سنة 1994 و نقضت بدون إحالة.لأن قضاة الدرجة الثانية لم يولو الاهتمام بما خلصت إليه نتائج الخبرة.

[67] Voir, Jaques Massip, Acte de naissance, Defrénois, 15 juin 1995, n° 11, p.721. sur l'extenso.fr.

2- ب/ تأثير اجتهاد محكمة النقض 1992 على المجالات الأخرى :

بالارتكاز على مبادئ الحل المستخرج أن موقف محكمة النقض الفرنسية في ،1992 نجد أن المحكمة العليا كان لها تصلب في موقفها و تأطير جدي لموضوع الإثبات[68].إذ جاء في قرارها أن الشخص الذي يعاني من أعراض مرض تغيير الجنس لأسباب نفسية يجب أن يبرهن أنه لا يحمل أبد خصائص جنسه الأصلي، و أنه تحصل على مظهر جسدي يقربه للجنس الآخر، المرتبط سلوكه الاجتماعي. هذه المطالبة تكفي لتبرير البحث بالتفصيل في كل وضعية يجب أن تصدر من قضاء الموضوع.
المحاكم يجب أن تأكد بالأخص الطابع غير قابل للرجعة (caractére Irréversible) للسيرورة، من خلال العلاجات الطبية الجراحية كالعلاج الهرموني، و عند الاقتضاء التدخل بالجراحة التقويمية.

بالمقابل نجد أن بعض المحاكم **خـفـفـت** من التطبيق الصارم للشروط الثلاثة التي وضعتها محكمة النقض 1992، فمحكمة الاستئناف ل Rennes بتاريخ 26 أكتوبر 1998، ألغت الحكم المؤرخ في17 سبتمبر 1997، (الذي رفض طلب تصحيح عقد الميلاد لأنه سابق لأوانه في غياب علاج طبي – جراحي، كاف و ثبات الطابع المرفولوجي الثانوي بدون عدم الإنسجام الواقعي مع جنسه الكروموزومي).و قبلت تصحيح عقد ميلاد مغير لجنسه بالرغم من أن هذا الأخير لم يخضع لأي تدخل جراحي يعطيه المظهر الجسدي و سلوكه الإجتماعي هو لإمرأة. و أن مبدأ الإحترام الواجب للحياة الخاصة يبرر أن تكون حالته المدنية مطابقة مع الجنس الذي يظهر عليه.

و قد بررت محكمة الإستئناف في سنة 1998، أن الحالة الصحية للمعني المصاب بفيروس فقدان المناعة (Séropositivité) الذي شكل عائقا للجراحة[69].و بهذا هناك مبرر طبي[70]، مما لا يشكل عائقا على تغيير بيان النوع[71].

و بهذا فإن محكمة الإستئناف اعتنت بالإشارة للمظهر بدون أن تبدي رأيها حول الجنس الواقعي للطالب.لكن، رجعية الجنس الظاهر جعلت المعيار متنازع فيه لأنه ليس مطابق لا للإجتهاد الفرنسي، لا أيضا لحالة القانون الوضعي على المستوى الأوروبي.
قرار الإستئناف ينصب خصوصا حول فكرة المظهر معيدا جزء من المصطلحات المذكورة في قرار محكمة النقض ل 11 ديسمبر 1992.رافضة بهذا تجسيد غلبة الجنس النفسي الإجتماعي على الجنس الوراثي و التشكلي[72].بالرغم من أنه مرغّب لتأييد غلبة الواقع النفسي على حقيقة الجسد.مثل الطالب، لم يخضع لجراحة التحول الجنسي، جنسه النفسي اجتماعي بقي في تناقض مع جنسه التشريحي، حتى و لو أن بعض الخصائص الجنسية الثانوية تقربه للجنس المرغوب في كل مرة إذا كان الإحساس العميق و الراسخ للإنتماء للجنس المقابل يسمح بالحصول على

---

[68] Voir, Sophie Le Gac-pech, droit des personnes, sexe, preuve et verité, petites affiches, 26 sep 2012, n° 193, p.05. Sur l'extenso.fr.

[69] و بهذا هناك من الطالبين المصابين بالسيدا يرغبون في إجراء الجراحة بالخارج مثل بلجيكا: الجراحة يمكن أن تجرى لأشخاص مصابين بفقدان المناعة

Voir, Marine Friant-Perrot, D.1999, Op.Cit, p.508.marge 17.

[70] و الملاحظ أن الحل المتبنى هو مخالف لمبدأ المساواة.لأنه خلق تمييز بين الأمراض و شكل عائقا للتحول الجنسي بصفة نهائية.خاصة عندما يعاني من مرض سرطان أو نقص قلبي الذي يواجه رفض بسبب مخاطر مساره الصحي. Voir, Marine Friant-Perrot, D.1999, Op.Cit, p.508

[71] في هذا القرار النيابة العامة لم تطعن فيه مما جعله حائزا لقوة لشيء المقضي فيه، و من تم يشكل اجتهاد قضائي مهم يؤكد على أنه إذا كان المعني لم يجري جراحة إعادة التخصيص الجنسي، فإن ذلك لا يشكل عائقا إذا كان هناك مبرر طبي في مثل هذه الحالة لإصابة الطالب بفيروس فقدان المناعة الذي يمنع إجراء الجراحة. و من تم عدم توافر الشرط كان مبرر و لم يمنع من تغيير بيان النوع في الحالة المدنية مادامت الشروط الأخرى المطلوبة من محكمة النقض متوفرة.

Voir, Marine Friant-Perrot, D.1999, Op.Cit, p.508 et suite.

[72] Voir, Jaques Massip, le transsexualisme, état de la question, Defrénois 1999, p.1009.

تغيير قانوني للجنس، التكفل به لا مفر منه في اتجاه خطير.من المؤكد أن مبدأ حماية الحياة الخاصة لا يمكن أن يبرر مثل هذا التغيير المطابقة التشريحية للمغير لجنسه لم تكن ضرورية الصلة مع الجنس المرغوب فيه. بالمقابل مبدأ عدم قابلية المساس بحالة الأشخاص يصبح مزعزع بصفة غير وسطية.

و من تم فإن قضاة الإستئناف على غرار محكمة النقض الفرنسية، إذا غلبوا الوقائع على القانون آخدين بعين الإعتبار أن....M.x، له "مظهر جسدي و تصرف لامرأة"، من أجل إعطاء الرسمية لتغيير الجنس.[73]

و ربما ما شهده الوسط القضائي من تذبذب كان له صدى على قطاعات أخرى، وجدت نفسها أمام مشكلة. فمن جهة هناك رفض واضح للمشرع الفرنسي للتدخل بنصوص تشريعية في مجال تغيير الجنس.

و من جهة ثانية عدم استقرار القضاة في مواقفهم، ففي الوقت الذي كان فيه قضاة يقبلون تغيير الجنس بسهولة، نجد أن جهات قضائية أخرى كانت ترفض الاستجابة لطلبات المغيرين لجنسهم مما أدى الى خلق نوع من التمييز بين المغيرين لجنسهم.

و بذلك ظهرت **مبادرات** تحاول ايجاد حل وسطي لمشاكل تغيير الجنس، و هي من جهات رسمية كان لها تأثير على القانون الداخلي تندرج في مناقشات حول مسألة النوع ما كان القانون الداخلي أن يبق أجنبي عنها.تستحق أن نشير إليها في هذا المقام لأنه كان لها دور في تطورات محتشمة، لكن ضرورية اليوم لخلق **قانون تنظيمي** و ليس تشريعي و هذا من طرف عدة جهات:

<u>أولـها :</u> صادرة **من وزير الصحة** و الرياضات.

تعود المبادرة بدون أي شك لوزارة الصحة التي باشرت منذ 2009، منطق إزاحة النفسية عن تحول الجنس، و ذلك بعد أن أعلنت عن خروج تحول الجنس من قائمة الأمراض طويلة الأمد، فإنها أوكلت كيفيات التصنيف للهيئة العليا للصحة.

إن إزاحة النفسية لم تكن مرادفة لإزاحة المرض، فالسيدة باشلو « Mme Bachelot» أظهرت للتوضيح بأن هذا التصنيف لا يعني غياب الإستعانة بالطب، تنازل عن التشخيص الطبي بخصوص الإضطرابات الذاتية أو التخلي عن مسيرة التكفل.[74]

إنه بموجب **مرسوم** صادر بتاريخ 08 فيفري 2010، تحت رقم 2010-125 المتضمن تعديل الملحق الموجود في المادة D.322-1 من قانون الضمان الاجتماعي، الذي ألغى مرض تغيير الجنس من قائمة الأمراض النفسية الطويلة الأمد، و جعله يصبح مرض طويل الأمد خارج القائمة مثل الأمراض النادرة الأخرى .أي بموجب هذا المرسوم ألغي الرجوع إلى الإضطرابات المبكرة لهوية النوع في تحرير ملحق المادة D.322-1 من قانون الضمان الإجتماعي[75].

و الحال أن هذا التصنيف السابق للتعديل "كان معاش بطريقة جد موصومة بالعار " فيما قدم من مزج بين اضطراب هوية النوع و المرض النفسي[76].

و قد جاء هذا التعديل في السياق المؤدي لمطالب اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان و الهيئات البرلمانية و الوزارية للمجلس، و قدم عملا حساسا و توازن بين إرادة الخروج من المنطق النفسي و ضرورة الإبقاء على التكفل الطبي و الضمان من طرف التأمين الطبي[77].

---

[73] Marine Friant-Perrot, D.1999, Op.Cit, p.508-509.

[74] François Vialla, le droit sous influence? À propos des questions soulevées par la transidentité, mondialisation du droit de la santé, Les études hospitalières de la question, p.165.

[75] Décret n° 2010-125 du 08 février 2010, portant modification de l'annexe figurant a l'article D.322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour définition de l'affection de langue durée.

[76] Sophie Le Gac-pech, sexe, preuve et verité, OP.Cit, p.02.sur l'extenso.fr

[77] François Vialla, le droit sous influence?, la mondialisation du droit de la santé, OP.Cit, p.165.

ثـانـيـهـا : صـــادرة مـــن وزيـــر العـــــــدل .

مشكلة اختلاف مواقف القضاء حول طلبات تغيير الجنس النفسي، في الوقت الذي نجد فيه العديد من طلبات التغيير للحالة المدنية المقدمة من قبل أشخاص لم يخضعوا لجراحات. بدون المطالبة بخبرة من خلال الوثائق الطبية الصادرة التي تبين لا رجعة السيرورة بمجرد علاج هرموني وعمليات جراحية تقويمية (كرمامة الثديين، وجراحة تجميلية للوجه) و بدون اشتراط استئصال الأجهزة التناسلية.

وزارة العدل استحسنت هذا الاجتهاد المتحرر، مما أدى بوزير العدل و الحريات بموجب **منشور** في **14 ماي 2010** تحت رقم civ/07/10 المتعلق بطلبات تغيير الجنس في الحالة المدنية. الذي جاء لإعطاء تعليمة للنيابة العامة (instruction au parquets)، لإعطاء رأي موافق لطلبات تغيير الجنس في الحالة المدنية بمجرد أن العلاجات الهرمونية المتبوعة **عند الاقتضاء** بعمليات لجراحة تقويمية أدخلوا تغيير للجنس لا رجعة فيه (irréversible). و بالمقابل، دعت الى عدم الحكم **بخبرة** إلا إذا كانت العناصر المقدمة تترك **شكا جديا** حول واقع تغيير جنس الطالب[78].

مـا نـلاحظـه، حسبها فإن اللجوء إلى جراحة تقويمية ليس ضروري، و لم يعد يشترط أن يتم استئصال الأجهزة التناسلية، و أن اللجوء إلى الخبرات يجب أن يحد منه.

و قد أتى هذا المنشور بعد معاينة غياب أي أحكام تشريعية أو تنظيمية حول الموضوع، و أن هناك ضياع للوقت و الأموال التي تنجر عن الاستعانة النظامية بالخبرة لتبرير عمليات إعادة التخصيص الجنسي.

كما أن منشور 2010 سبق و أن رفع في هذا الصدد أن "الاجتهاد القضائي المتقلب من قضاء إلى آخر عندما يتعلق الأمر بمطالبة **الإستعانة بخبرة** من أجل تبرير واقع تغيير الجنس بالأخص في حالة العمليات الجراحية المجراة **في الخارج** "[79].

و من تم فإنه بموجب هذا المنشور، تمت دعوة النيابة العامة إلى عدم اللجوء إلى الخبرة إلا عندما لا يوجد شك جدي حول واقع تغيير اجنس. و هذا التباين في الاستجابات القضائية أمر مسلم به. و يمكن أن يكون في الأصل مكان للنقاش (Forum shopping). هو الذي يعاكس الدور الموحد للاجتهاد القضائي. و بهذا فإن القانون وحده هو الذي سيسمح لإعطاء إجابة على هذا التساؤل بصفة واضحة و موحدة.[80]

فمن خلال هذا المنشور المحتشم (discrète)، ظهر للعيان تطور للقانون الداخلي الفرنسي، إذ بموجبه سجلت عدة إثباتات:

1- في غياب نصوص تشريعية، فإن القانون الفرنسي، ارتكز في بداية الأمر على بناء فقهي من خلال القرارات القديمة للجمعية العامة (Assemblé plènière).
2- الملاحظ عدم الحماية القضائية، لغياب تناسق بين الجهات القضائية سواء بالنظر إلى اشتراط إعادة التخصيص أو اتجاه اللجوء إلى الخبرة.

و بهذا فإن المنشور جاء لتحديد اللجوء إلى الخبرات بإشتراط وجود شك في حقيقة تغيير الجنس للطالب، كما أكد على إعطاء رأي موافق لطلب تغيير الحالة المدنية بمجرد كون العلاج الهرموني يهدف إلى التحويل البدني أو الفيزيولوجي النهائي، مدعم عند الإقتضاء بعمليات جراحية تقويمية تؤدي إلى تغيير جنسي لا رجعة فيه، بون اشتراط استئصال الأعضاء التناسلية.

---

[78] Voir, Circ. CIV/07/10, 14 mai 2010 relative aux demande de changement de sexe à l'état civil, publié sur BOMGL n° 2010-03 du 31 mai 2010.
Jaques Massip, Droit des personnes et de la famille, 2.transsexualisme, defrénois 13 octobre 2010, n°18, p.2021.
Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve .., Gazette du palais, Op.Cit, 21 juin 2012, n°173, p.04.

[79] Voir, Clementine Kleitz, famille, les femmes viennent de Mars…, Gazette de Palais 22 nov 2012, n° 327, p.03. sur l'extenso.fr

[80] Voir, Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve .., Gazette du palais, 21 juin 2012,Op.Cit, n°173, p.06.

و بذلك فإن « Vialla»، لاحظ أن التطور المنجز هو معتدل، و بأن الطريقة ستبقى قضائية.[81]
و هو ما أكده **الناطق الحكومي** "الهوية الجنسية هي إحدى مكونات حالة الأشخاص، و لذا فهي تخضع لمبدأ النظام العام،عدم المساس.و هو السبب الذي من أجله القرار القضائي، ضروري و يجب أن يبق للبث في طلبات تغيير الجنس".أي أنه أيد ضرورة التدخل القضائي من أجل الفصل في طلبات تغيير الجنس في الحالة المدنية و كان ذلك بتاريخ 19 ماي 2010[82].
في ان الوزير الأول سلم أنه ليس من الضروري اليوم، بسبب تقدم العلم الطبي اللجوء للجراحة ليصبح تغيير الجنس بدون رجعة.يتعين على المحاكم إذا في المدى القريب تكييف القضاء بناء على ذلك.كما ان الوزير يسعى إلى تسهيل الإجراءات بحذف اللجوء التلقائي إلى الخبرات.

و قد جاء جواب وزاري جديد بتاريخ 03 فيفري 2011، أدخل توضيحات لعبارة بدون رجعة المستعملة في المنشور:".....إن وجود علاج هرموني لا يمكنه بمفرده أن يكون كافيا لقبول الطلب، و يتعين على الطالب أن يبرهن بأن الأدوية التي تناولها لمدة طويلة أدت مفعولها فيزيولوجيا و بيولوجيا لا رجعة فيه، لا سيما بتقديم شهادات لأطباء مرموقين كالمتخصصين في المجال (الطب نفساني، اختصاصي في الغدد و عند الاقتضاء الجراح)، و الذي تتبعوه في سيرورة التحول الجنسي.هذا هو معنى المنشور المؤرخ في 14 ماي 2010، حيث سمح المحوى باحترام المبادئ المنظمة للحالة المدنية من إعطاء جواب يحترم الهدف الدستوري لكرامة الكائن البشري، و يتكيّف مع طلبات تغيير الجنس."[83].

و من خلال هذا المنشور الذي كانت له اهمية كبيرة في التخفيف من الشروط المطلوب توافرها في المغيرين لجنسهمن إلا أن هذا الأمر ليس كافيا لحل المشاكل التي يعاني منها المتحولين جنسيا للحصول على حالة مدنية جديدة مطابقة للجنس المقابل الذي تحولوا إليه.لأنهم بحاجة نصوص تشريعية، لأن هذا التطور القانوني لي شرعيا إذا بقي يعالج بموجب مجرد **منـــاشيـــــر.**
و قد أدت الإستجابة الوزارية السالفة الذكر إلى رفع 127 عريضة أمام المحاكم ما بين 14 ماي و 31 ديسمبر 2010.[84]

<u>ثـــالـثـهـــا : صـــــادرة مـــن الـبـــرلـــمـــــــان.</u>

تم **اقتراح** قانون تم تسجيله في رئاسة المجمع الوطني بتاريخ **22 ديسمبر2011**، يشير إلى تبسيط إجراءات تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية، والذي أشار لإدراج مادة وحيدة تحت المادة 99-1 من القانون المدني تأمر المحكمة باستثناء تعسف ظاهر (abus manifeste)، تصحيح بيان النوع[85].
هذا الإقتراح يستجيب لتطور تغيير الجنس، يعتبر أن الحل الحالي من أصل اجتهادي غير متكيّف و أن الحلول الدولة الكافية برزت، تميل إلى السماح لإجراء تغيير الجنس في الحالة المدنية يتحرر من أي التزام للمسار الطبي.[86]

و قد أكد الاقتراح أن تغيير الجنس يكسب الحقوق و الواجبات للجنس الجديد للمعني.
و أن الحكم حرص على انحلال الزواج السابق من يوم تسجيل العريضة، هذا الاقتراح غير كاف.لأنه لا يستجيب إلى الصعوبة الملموسة المطروحة في تقدير شروط قبول الخاص بتغيير

[81] Voir, François Vialla, le droit sous influence?, OP.Cit, p.167-168.
[82] Rep.min.n° 08325 : JO sénat, Q 19/05/2010, p.3402. cité par, Dominique Sarcelet ,Op.Cit, p.6.
[83] Voir, François Vialla, le droit sous influence?, OP.Cit, p.168.
[84] Voir, Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve .., Gazette du palais,Op.Cit, 21 juin 2012, n°173, p.06.
[85] Proposition de loi n° 4127? 22 décembre 2011 a linitiative de la député Michèle Delauny et plusieurs de ses collègues. Cité par Dominique Sarcelet, p.04,marge 24. Et par Alice Philipot, Op.Cit, p.09 marge 24.
[86] Voir, Dominique Sarcelet, OP.Cit, p.04.

الجنس.فكرة "تعسف ظاهر" المذكورة هي غير أكيدة، لمنح حماية قانونية التي تغيب في المادة.[87]

جاءت إجابة وزارية في نفس التاريخ في 11 ديسمبر 2011، في مجلس الشيوخ (Sénat) تؤيد أن العلاجات الهرمونية التي لا تدخل تغيير جنس لا رجعة فيه (irréversible)[88]. و بهذا لازال الغموض موجود حول مفهوم عبارة **"لا رجعة "**، هل هي خيـــار لعملية أم لتغيير جنس؟

3- الاتجاه القضائي الحديث لمحكمة النقض سنة 2012

في قضيتين مقدمتين لمحكمة النقض بتاريخ 07 جوان 2012، المغيرين لجنسهم رفضوا خبرة طبية متعددة الاختصاص لأعراض تغيير الجنس التي حسبهم أنها واسعة الموضوع و بهذا رفضت طلباتهم.
بعد حوالي 20 سنة من قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 25 مارس 1992، الذي أدينت فيه فرنسا من أجل إنكارها. محكمة النقض تعود من جديد بموجب قرارين للرفض أن تبين دائما **صرامتها** تجاه تغيير الجنس.

أ/ <u>وقائع القرار الأول</u> : قرار محكمة النقض في غرفتها المدنية الأولى بتاريخ 07 جوان 2012، تحت رقم 11-22490 .[89]

السيدة Louis Anne x... كان لها منذ طفولتها شعور بالانتماء إلى الجنس **الذكوري**، التي تبنت سلوكه، سلكت طريق تغيير الجنس بمساعدة فريق طبي متخصص؛ التي اعترضت على قرار رفض طلبها بتصحيح **بيان الجنس** المشار إليه في عقد ميلادها.
و قد كان سبب الرفض مؤسسا على أن الجهة القضائية أمرت بإجراء خبرة قضائية متعددة الإختصاص إلا أن الطالبة رفضت الخبرة، و لهذا رفض الطلب الخاص بها.
قدمت السيدة Anne x... طعنا بالنقض ضد قرار محكمة الإستئناف ل Montpellier المؤرخ في 27 سبتمبر 2010، و كان الوجه الوحيد المأخود من 4 فروع و هي :

1- أنه إذا كان قضاة الموضوع يمكن لهم الاستناد إلى الاجتهاد القضائي، يكون بشرطين :
   - التذكير بأسباب هذا الاجتهاد أو القرار ،
   - أن تثبت مماثلة الوضعيات المبررة للتطبيق في هذه الحالة.

اقتصر على الأخذ بأن "الاجتهاد القضائي محدد في هذا الاتجاه، أن واقع أعراض مرض المغير لجنسه لا يمكن أن تصدر إلا من طرف **خبرة طبية** "، محكمة الاستئناف خصت بسبب قرارها بإنتهاك للمادة 455 من قانون الإجراءات المدنية.

2- إذا كان ممنوعا على قضاة الموضوع أن يحرفوا الكتابة الخاضعة لفحصها التي مصطلحاتها واضحة و محددة، ينتج من الشهادات الطبية الصادرة بتاريخ 01 أكتوبر 2008، أن السيدة Anne x... خضعت لتحولات جسدية في إتجاه التعقيم لا رجعة فيها ؛ آخدين أن الطابع غير الرجعي لتغيير الجنس لا ينتج من وثائق طبية **مصطنعة.** محكمة الاستئناف انتهكت المادة 1134 من القانون المدني.
3- أنه إذا كان له سلطة الأمر كل معايير التحقيق القانونية مقبولة، القاضي لا يتمتع إلا بكفاية بسيطة، و يمكن أن ينطق بنظرة لعناصر الاثبات المقدمة من أطراف النزاع، و يجب أن يحدد اختيار معيار يكون كاف لحل النزاع، مرتبطين على الإبقاء على ما هو بسيط، و أقل تكلفة.

---

[87] Voir, Alice Philipot, Op.Cit, p.09.
[88] QE n° 21624 : JO Sénat 22 déc.2011, p.3261, Cité par Dominique Sarcelet, p.05 marge 30.
[89] Voir, cour de cassation, ch civ 07 juin 2012, n° 11-22.490., bulletin.2012, I, n° 124.

أن الخبرة القضائية لتثبت واقع أعراض مرض المغير لجنسه، يجب أن تكون لحالة واحدة، **شك جدي** حول واقع تغيير الجنس للمدعي، بالأخص في غياب شهادات صادرة من أطباء متعددين معروفين باختصاص في حالة توبع فيها الشخص المعني. في هذه الحالة **الخبرة القضائية** تظهر غير جدية، إذا كان حاصل الشهادات الطبية المتعددة، تشهد تغيير الجنس اللارجعي، محتفظين، مع ذلك بالوثائق المتعددة التي تشهد أن أعراض مرض المغير لجنسه، و الطابع غير الرجعي لتغيير الجنس، و أن واقع أعراض المغير لجنسه لا يمكن أن تصدر إلا بخبرة قضائية، محكمة الاستئناف تنتهك المواد 10. 144. 146. 147. 263 من قانون الإجراءات المدنية.

4- أنه عندما يكون أعراض المغير لجنسه، فإن العلاج المتبع و الطابع اللارجعي لتغيير الجنس بشهادة من الأطباء المتابعين للشخص المغير لجنسه، القاضي لا يمكنه تحت طائلة انتهاك الاحترام الواجب للحياة الخاصة، الكرامة الانسانية، تكامل جسم الانسان أن يأمر بخبرة قضائية تنصب على اثبات واقع أعراض المغير لجنسه، أن محكمة الاستئناف أخذت بدون النظر في الشهادات الطبية المقدمة و شهادات المظهر الجسدي، و طريقة الحياة الذكورية، أن واقع أعراض المغير لجنسه لا يمكن أن تثبت إلا بموجب خبرة قضائية، و أنه لا يمكن أن يحلله بمساس بشخصية الحياة الخاصة، حكم كهذا جعل محكمة الاستئناف تنتهك المادة 9 و 1/16 قانون مدني و المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.
لكن حيث أنه من أجل تبرير طلب تصحيح **بيان الجنس** الموجود في عقد الميلاد، الشخص يجب أن يبرهن في مواجهة ما هو عادة مقبول من طرف المجموعة العلمية، واقع أعراض المغير لجنسه الذي مس أيضا، أن الطابع غير الرجعي لتحول مظهره، و بهذا فان محكمة الإستئناف بعد فحصها بدون أن تحرف الوثائق المقدمة من السيدة ...Anne x، آخذين إثبات أنها تحمل أعراض Benjamin، التي خضعت لاستئصال الثدي كليا مع تطعيم لعوة الإلتهاب (ما حول حلمة الثدي من السواد) و توبعت بعلاج هرموني، اعتبرت أن الطابع غير الرجعي لتغيير الجنس لم ينتج : و استطاعت إذا أن تؤكد بالمقابل أن السيدة Anne ...x ، رفضت من **أجل المبدأ** تحمل عمليات خبرة من أجل القيام بإقامة الدليل، رفض الطلب الخاص بها. و بهذا لهذه الأسباب تم **رفض الطعن.**

ب/ <u>وقائع القرار الثاني</u> : قرار محكم النقض في غرفتها المدنية الاولى بتاريخ 07 جوان 2012 تحت رقم 10-26947 .[90]

أن ...M.x المولود في 10 سبتمبر 1983 a Séoul Corèe، صرح به في الحالة المدنية تحت أسماء Jung,Suk, Hugo, Axel كجنس ذكوري. بموجب عقد في 11 سبتمبر 2008، أدخل النيابة العامة من أجل القول أنه من جنس أنثوي، و سيسمى Axelle ، قدم مع طلبه مختلف الشهادات الطبية الصادرة من معالجين فرنسيين و أجانب أحدهما يبين التدخلات الجراحية لإعادة التخصيص الجنسي المجراة في تايلندا يوم 03 جويلية 2008 في عيادة .B.
أنه بموجب حكم مؤرخ في في 17 فيفري 2005، المحكمة الابتدائية لباريس أمرت قبل الفصل في الموضوع بخبرة طبية متعددة الاختصاص أسندت لطبيب نفسي، عالم الغدد، و طبيب نساء : أن M.x عارض هذا الإجراء، و المحكمة رفضت طلبها. محكمة الإستئناف أمرت **بتصحيح إسمها**، و رفضت المتعلق ببيان النوع المسجل في عقد ميلادها.
أن ...M.x قدم طعنا بالنقض ضد القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس المؤرخ في 23 سبتمبر 2010 و كان الوجه الوحيد و هو :

[90] Voir, Cour de cassation, ch civ 07 juin 2012, n° 10-26.947, bulletin.2012, I, n° 123.

1- أن الحق في احترام الحياة الخاصة و العائلية يتطلب أن تغيير الجنس لشخص يكون مرخص به، في كل مرة يكون فيها مظهره الجسدي يقربه للجنس الآخر. الذي يرتبط بسلوكه الاجتماعي، و في دعوى الحال لرفض طلب تغيير الجنس. محكمة الإستئناف إرتكزت على أن العارض رفض اللجوء إلى الخبرة التي موضوعها:

- من جهة حول أصل أعراض تغيير الجنس و تطوره.
- من جهة أخرى أنه لا يحول كل خصائص الجنس الذكوري.

كما فصلت أيضا بعد ذلك أن العارض عرف باسم انثوي و أن له اقتناع بالانتماء إلى الجنس الأنثوي، و تابع عدة علاجات طبية – جراحية، و أن واقع حياته الاجتماعية كان لأنثى، ما كان كافيا لتمكينه من طلبه. و بهذا محكمة الاستئناف انتهكت المادة 8 من اتفاقية حقوق الإنسان و الحريات العامة .

2- حتى و لو كان أن الشخص الذي يطلب تغيير الجنس أن يبرر أنه يحمل أعراض مرض تغيير الجنس، و أن يبرر العلاج الطبي الجراحي، و أن يبرر المظهر الجسدي الذي يقربه للجنس الآخر المرتبط بسلوكه الاجتماعي. دليل هذه العناصر لم يكن ضروريا تقريره بموجب **خبرة قضائية**، لكن يمكن أن يقرر بوثائق مطروحة من طرف الطالب التي لا يجب أن **تحرّف.**

في هذه الحالة، العارض طرح خصوصا شهادة صادرة بتاريخ 12 أفريل 2007 من طرف M.y،التي تبين متابعة المريضة "من أجل أعراض نموذجية لتغيير الجنس" ، الشهادة المؤرخة في 16 جانفي 2008 من طرف M.Z الذي يشهد أنه تابع هرمونيا تغيير جنس مبتدئ شاذ من 01 جوان 2006، و الذي يشير الى ان العارضة كانت "مؤهلة من أجل إعادة التخصيص الجراحي الذي انتظرته شرعيا". الشهادة الطبية للطبيب النفسي A، المؤرخة في 03 أفريل 2008 التي تشهد أن المريض "يحمل اعراض Benjamin، مثالية، لا يوجد حاليا أي تضاد للاستطباب للعلاجات الطبية و/أو الجراحية ضرورة من أجل إعادة التخصيص للنوع المطلوب من طرف المعني". شهادة M.B التي تفصل في الجراحة المجراة، و تستخلص " أن الجراحة لارجعة فيها، و التغيير بطريقة دائمة لهوية الجنس الذكوري ل M.X من أجل هوية جنسية أنثوية ". الشهادة الطبية الصادرة في 26 ماي 2009 من طرف M.C، لاحقا على الجراحة التي تشير إلى " جراحة إعادة التخصيص للأعضاء التناسلية الخارجية كانت قد أجريت و لارجعة فيها."

الشهادة الطبية للطبيب النفسي A، الصادرة في 23 جويلية 2009، الذي يشير أن المريضة "تابعت علاج هرموني و تدخل جراحي ضروري من أجل أن يصبح مظهرها و تصرفها من الآن فصاعدا أنثوي". شهادة طبيب الأحبال الصوتية. D، بتاريخ 27 ماي 2009، التي تشهد أن " حاليا الصوت و المظهر (للعارضة) مم جد أنثويين و متطابقين ". و شهادة طبيب علم النفس المرضي Peretti الذي يشهد أنها استطاعت " تأكد تماسك بين ما يتعلق بالسيد X و هوية النوع المقابل" . أن هذه الوثائق تثبت تماما أن العارضة تحمل أعراض تغيير الجنس، أنها خضعت لعلاج جراحي جعلها امرأة و أن مظهرها الجسدي مثل تصرفها الاجتماعي، كان أنثوي بطريقة تجعلنا نحكم أن هذه الوثائق كانت غير كافية من أجل إثبات الشروط الضرورية لتغيير الجنس شكلت اعتراض للعارضة أنها لم تمتثل للخبرة القضائية المأمور بها. محكمة الإستئناف خرقت الوثائق السابق ذكرها؛

3- أن أي مريض له حرية اختيار طبيبه و أنه يمثل تمييز غير شرعي مجرد حرمانه من كل الحقوق متذرعا بانه اجريت له جراحة من طبيب يمارس مهامه **خارج فرنسا** ؛

عندما نؤسس، للقول أن العارضة كان يمكن لها الخضوع لخبرة قضائية؛ بمجرد أن الملف الكامل المطلوب من المرضى الذين أجرو جراحة بفرنسا لا يظهر مطلوب من طرف الجراح الذي أجرى الجراحة للعارضة في Thailand. و حول أن الشهرة العلمية و الجراحية لهذا الجراح لا تكون مبرهنة، ليس أكثر من ملاءمة التدخل الجاري في نظر تطبيقات المجموعة الطبية.

محكمة الاستئناف نطقت بأسباب تمييزية، منتهكة المواد 8 و 14 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. المادة L. 110-8 من قانون الصحة العامة ؛ لكن حيث أنه من أجل تبرير طلب تصحيح بيان الجنس المسجل في عقد الميلاد، على الشخص أن يثبت النظر إلى ماهو عادة مقبول من طرف المجموعة العملية؛ أعراض المغير لجنسه الذي أصيب به و كذا الطابع اللارجعي لتحول مظهره؛ من خلال فحصن بدون تحريف الوثائق الصادرة و تبديل من جهة أن الشهادة الطبية تبين عملية جراحية مجراة في تايلندا كانت جوهرية مرتكزين على تعداد عناصر طبية بدون التثبت من فعالية التدخل، من جهة أخرى أن...M.x، رفض الطلب لتصحيح بيان النوع في عقد الميلاد.إن هذا الوجه لم يكن مؤسس لهذه الأسباب رفض الطلب.

و بشأن هذين القرارين الصادين عن محكمة النقض سنة 2012 فإننا نلاحظ أهم نقاط الرفض:

في كلا القرارين، المطالبين لتغيير جنسهم اختاروا الإرتكاز على الرفض المقابل من قضاة الموضوع على تغيير بيان النوع في سجلات الحالة المدنية." لأن الحق في احترام الحياة الخاصة و العائلية يتطلب أن تغيير الجنس لشخص يكون مرخص به في كل مرة يكون فيها مظهره الجسدي يقر به للجنس الآخر المرتبط بسلوكه الإجتماعي (....) محكمة الإستئناف تكون قد إنتهكت المادة 8 من الإتفاقية "وهذا ما ورد في القرار الثاني لمحكمة النقض .

- و قد إعتبرت محكمة النقض أن الدفوع المثارة من طرف الطالبين لم تكن مؤسسة وأن هناك خطأ في إثبات لارجعية سيرورة تغيير الجنس.
- محكمة النقض قدرت بالنظر إلى ذلك في القرارين الصادرين في 7جوان2012 أن تغيير الجنس و الطابع اللارجعي سيرورة التحول لمظهره ليسو مبرهنين.

ففي القرار الأول :القضاة رفضوا التمسك بالعمليات المجراة، إستئصال الثدي مع تطعيم لعوة الإلتهاب متبوع بعلاج هرموني.

بطريقة مماثلة في القرار الثاني لم تنظر للتدخل الجراحي لإعادة التخصيص الجنسي و العلاج الهرموني.

- حسب القرارين فإن النقاش كان يدور حول موضوع الإثبات و طرق الإثبات المتاحة زيادة على عدم كفاية الوسائل المقدمة، إذ أن محكمة النقض تمسكت برفض العارض في القرار الأول الإمتثال للخبرة القضائية المأموربها. و الحال أن واقع الإرادة المعبرة عنها مثل المظهر عاجزين على تأسيس طلب تصحيح الحالة المدنية.

و بهذا فإن غياب وسيلة الإثبات العلمية يمثل عائق متعذر عبوره منشأ في النهاية لعدم قبول الطلب، فالإثبات غير من وظيفته الطبيعته كما **قال البعض**، التي تمثل إثبات وقائع، و بالنظر لصراعات الإجتهاد القضائي الذي يستعمل الإثبات كسلاح.[91]

- في نفس السياق فإن محكمة النقض إعتبرت أن الشهادات الطبية لاتكفي لتبرهن أعراض تغيير الجنسي والطابع اللارجعي بتغيير الجنس. علاوة على ذلك فإن محكمة النقض تدفع في الحالتين أن الطالبين رفضوا الإستعانة بعمليات خبرة. مما يبعث على التأكيد أن هذه المعايير المطلوبة لها طابع إلزامي.

[91] Voir, Sophie Le Gac-pech, sexe, preuve et verité, OP.Cit, p.03.sur l’extenso.fr

المشكل المطروح مع أكثر من ذلك حدة أن وزير العدل كان قد ركز سنتين من قبل (منشور 14 ماي 2010) حول عدم جدوى الخبرة القضائية بسبب تكاملية التقارير المنتظمة المقدمة من طرف الطاعن.

أنه عمليا، يجب تقبل أن تطبيق المنشور المتعلق بتغيير الجنس في الحالة المدنية الصادرفي 2010 خلق عدم مساواة إقليمية بين المحاكم الإبتدائية المخالف لإلزام الحماية القانونية.

-إثارة محكمة النقض لمصطلح لارجعية (L'irréversibilité) يثير غموض، أهو ذلك المتعلق بالإختيار أو المتعلق بالجراحة، أو بتغيير الجنس؟

إذا نظرنا إلى أنه تغيير للجنس، لحد اليوم و ما عدا إسهامات الجراحة التقويمية، العلم لا يسمح بتغيير الخصائص الوراثية الجنسية للإنسان، لا يمكن إلا أن يساعده في فقد القدرات المكررة المرتبطة. و عدم رجعية الجنس الظاهر لا يمكن أن ترتكز على معايير مستقرة.

إذا نظرنا إلى أنه جراحة إعادة التخصيص الجنسي، عم رجعيتها لا يمكن أن يكتسب إلا مكان الوظيفة المكررة.لكن العلاج الهرموني يمكن أيضا أن يساعده إذا تم مراقبة نوعية هذه العلاجات و آثارها المرتبطة بها و أن الجراحة هي شرط ضروري و لكن غير كاف ما دام أننا نثبت الطابع اللارجعي لتغيير الجنس[92].

إذا نظرنا إلى الخيار، هذا يرتكز في أن إرادة الطالب تأخذ بعين الاعتبار.و لحد اليوم حالة الأشخاص تعارض ذلك و المشرع وحده هو الذي يقرر عكس ذلك.[93]

-نرى أنه بالرغم من أن القاضي الفرنسي، قد إتهم بقسوته و رفضه تليين شروط تغيير الجنس، بإصراره على ضرورة إثبات واقع أغراض المغير لجنسه، بموجب خبرة قضائية.[94]إلا أن ذلك ليس فيه أي انتهاك للحياة الخاصة للمغير لجنسه الذي يريد أن يمس بإحدى مكونات شخصيته لتخفيف من معاناة التي يحس بها نتيجة الاعتقاد الراسخ بانتمائه إلى الجنس المقابل، فهناك نوع من التناقض الظاهر من المغيّر لجنسه، فهو من جهة لا يرى أنه عندما يغيّر بيان النوع أيّ مساس بالحياة الخاصة و المكونات التي تميزه على الأشخاص الآخرين و من جهة أخرى يرى مانعا في خضوعه لخبرة طبية قضائية التي ستنحصر في التأكيد أن حالته فعلا تغيرت من حيث جنسه و لن يتأتى مرة ثانية ليغير لجنسه و يطلب إرجاع حالته إلى ما كانت عليه.هذا ضمانا لاستقرار المراكز القانونية، وعدم تعريض سجلات الحالة المدنية إلى الشطب و التصحيح و التغيير في بياناتها من يوم إلى آخر لما لهذا الأمر من عواقب وخيمة على جميع الأصعدة.

-أنه في نظري أن احتجاج المغيرين لجنسهم على قرار محكمة النقض من أجل الخبرة القضائية هو المر الظاهر إلا أن هناك سبب آخر، و هو أن من شأن الدعوى القضائية أن تكلفهم تحمل مصاريف قضائية أي صرف أموال و أيضا إهدار الوقت و إطالة اجراءات تصحيح هويتهم .

-نؤيد من جانبنا مبدئيا اللجوء إلى الخبرة القضائية للتأكد من حالة تغيير الجنس، و هذا لاستبعاد الحالات الشاذة الأخرى مثل الذين يعانون من شذوذ جنسي(homosexuel)، و المتشبهين بالجنس الآخر (travestis)، و الذين يعانون من أمراض عقلية ما شابه ذلك.

4- شروط تغيير الجنس في الحالة المدنية على ضوء ما ورد في قراري محكمة النقض07 جوان 2012

الأصل أن حالة الأشخاص لا تمّس، استثنائيا فإن البيانات الموجودة على سجلات الحالة المدنية عند ولادة الطفل يمكن أن تعدل و هذا هو الأمر الذي قرره القضاء الفرنسي في مادة تغيير الجنس، فالطالب الذي يعاني من أعراض مرض تغيير الجنس يجب أن يتوافر فيه أمرين:

1- أن يثبت قضائيا تغيير الحالة بتقديم طلب أمام المحكمة الإبتدائية الكبرى(T.G.I)
2- أن يقيم الدليل على عدم رجعية التغيير بضرورة التغيير بضرورة الأمر بخبرة طبية قضائية.

---

[92] Voir, Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve .., Gazette du palais, Op.Cit, 21 juin 2012, n°173, p.03.

[93] Voir, Sophie Le Gac-pech, sexe, preuve et verité, OP.Cit, p.03.sur l'extenso.fr
Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve .., Gazette du palais, Op.Cit, 21 juin 2012, n°173, p.05.

[94] Voir, Annick Batteur, la cour de cassation refuse d'assouplir les conditions du changement du sexe des transsexuels, l'essentiel droit de la famille et des personnes, 05 juillet 2012, n° 07, p.02.sur l'extenso.fr

فالشرط الأول سنرجئ الحديث عنه عند التعرض للإجراءات المتبعة للمساس بسجلات الحالة المدنية في حالات تغيير الجنس و هذا في مطلب لاحق من هذا المبحث.و سنقتصر على الحديث عن الشرط الثاني بالأخص ان محكمة النقض قد ركزت في رفضها لطلبات المغيرين لجنسهم على رفضهم الإمتثال للخبرة القضائية المأمور بها.و هذا ما يؤكد ضرورة الإستعانة بالخبرة القضائية لإثبات عدم رجعية سيرورة تغيير الجنس.

(I) **الإستعانة الإلزامية بالخبرة القضائية شرط ضروري لقبول تغيير الجنس في الحالة المدنية**:
الملاحظ أن الشروط الموضوعة من طرف محكمة النقض سنة 2012، لم تكن أبدا تخصص إثبات واقع أعراض مرض تغيير الجنس. و إنما موجهة إلى تبيان عدم رجعية التحول إلى حد أن العلاجات الهرمونية يمكن أن تكفي لجعل تغيير الجنس غير قابل للإنعكاس.هذا التليين يوضح أن المغيرين لجنسهم يؤسسون من الآن فصاعدا طلبهم للتحول الجنسي على حق احترام التكامل الجسدي الذي يعارض أي بتر جسدي يكون مفروض على رغبته. و الحال أنه أخذا بعين الإعتبار مخاطر الجراحة، فالأشخاص المصابين بأعرض تغيير الجنس يرفضون أحيانا الإلتزام بجراحة إعادة التخصيص الجنسي. و أن الاجتهاد القضائي ليس أقل تنبها من جهة إثبات العنصر النفسي.فمحكمة النقض تنهض خصوصا إلى ان المدعين يثبتون الطابع اللارجعي لتحول مظهرهم.

إلا أن ما يجب أن نلفت إليه الإنتباه أن هذا الشرط ليس بجديد جاءت به محكمة النقض و إنما كان مكرسا منذ زمن في بداية 1980 من طرف المحاكم القضائية[95]، قبل إدانة فرنسا من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان 1992. و من تم فإن الخبرة القضائية هي أمر ضروري لكن في حالات استثنائية و هذا ما سنبينه عند الحديث عن كيفية إثبات عدم رجعية تغيير الجنس، إذ يتم مبدئيا بكل الطرق(1)، واستثناءا بخبرة قضائية و إن كان منصوصا عليه قانونا ضمن وسائل التحقيق المخولة للقاضي (2).

(1) **المبدأ**: الإثبات بكل الطرق

القانون المدني الفرنسي المعاصر فصّل في القواعد الصالحة للإثبات و جعلها تنصب في حرية الإثبات و الدليل الخطي من أجل الوقائع القانونية و يقع على من يطلب تنفيذ الإلتزام و مادام أن تغيير الجنس هو حادث طارئ، إذ أن قاعدة القانون ترتبط بنتيجة قانونية لم تكن يبحث فيها خصوصا من طرف مسبب الواقعة[96]، فالطالبين قدمو للعدال مختلف الوثائق المتكفلة بتبرير أعراض تغيير الجنس، من بينها الكثير من الشهادات الطبية الآتية من المختصين الفرنسيين و الأجانب التي تشهد كلها بأن أعراض تغيير الجنس لمريضهم محترمة منها مثلا نذكر شهادة طبيب نفسي تشير أن العارض توبع بعلاج هرموني و تدخل جراحي ضروري من أجل مظهره و تصرفه يكون من الآن فصاعدا أنثوي.بالرغم من ذلك فإن محكمةالنقض استبعدت هذه التصريحات التي " ارتكزت على ذكر حسبها العناصر الطبية بدون التأكد من فعالية التدخل".
و بهذا في مجال تغيير الجنس فإن القضاء عمل على تحديد طرق الإثبات و حصر ما في الخبرة القضائية لوحدها.

(2) **الإستثناء**: الإثبات بالخبرة القضائية.

هذا الإجراء في حقيقة الأمر لم يكن مصدره القضاء إنما قد ورد النص عليه قانونا في المادة 232 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إذ تعتبر الخبرة كوسيلة تحقيق تكون من تقني معين من طرف القاضي لفحص مسألة وقائع كي تنير القاضي و تعطيه رأيا خالصا تقني بدون وضع تقدير قضائي. و الخبر تخضع لإدارة القضاء في الإثبات و هي استشارية أي غير ملزمة للقاضي.

[95] Voir, G.Sutton, transsexualisme et changement juridique d'état necessiité et objet de l'expertise judiciaire, Transsexualisme droit et éthique médicale, Groupe d'études du droit médical,Masson, 1984, , p.111.
[96] Voir, Alice Philipot, petites affiches 2012, Op.Cit, p.06.

الإجراء المدني المتعلق بتغيير الحالة المدنية يتطلب إثبات لا رجعية تحول الشخص بخبرة قضائية. عندما تكون باتفاق الآراء مطبقة في التراب الوطني.هذه القاعدة صالحة للإثبات و تيتحق أن تسجل في سطر المادة الأولى لإعلان حقوق الإنسان و المواطن الذي يجسد مبدأ المساواة بين الذكور، الكل سواسية أمام القانون و لهم الحق بدون تفريق لمساواة الحماية من طرف القانون.

و الحال أن الإجتهاد القضائي، **متذبذب** حول إثبات أعراض مرض تغيير الجنس بالأخص عندما عمليات إعادة التخصيص الجنسي المجراة تتم في بلد **أجنبي**، إذ أن بعض المحاكم تأمر نظاميا بخبرة قضائية. في حين أن البعض الآخر من المحاكم تكتفي بشهادات طبية متعددة.ففي قرار حديث لمحكمة الإستئناف بتاريخ 20 مارس 2012 رقم 10/01188، رفضت طلب تغيير جنس لمغير لجنسه.خطأ من الطالب لأن يبرر بمصطلحات شرعية الطابع اللارجعي للتحول الجسدي و النفسي الذي شرع فيه.

فأعراض تغيير الجنس لا تدع مجلا للشك. و الحال ان طابع لا رجعية التحولات المجراة لا يستنتج من أي وثيقة طبية مقدمة[97]. أشهر فيما بعد يظهر موقف محكمة النقض بصلابة ليؤكد على ضرورة الخبرة لقبول طلبات تغيير الجنس في الحالة المدنية.

لكن **الجديد** الذي جاءت به محكمة النقض أن **موضوع** الخبرة القضائية التي ستصدر بحكم قبل الفصل في الموضوع طبعا لن يركز فقط على وجود أعراض تغيير الجنس، و لا في إثبات واقع إعادة التخصيص الجنسي للمغير لجنسه و إنما موضوعها يجب أن يؤكد **لا رجعية** سيرورة تغيير الجنس L'irréversibilité.[98]

5- استقـــرار الاجتهـــاد القضـــائي حتى سنـــة 2013.

و نجد أيضا محكمة النقض **لازالت** تؤكد على نفس الشروط، و هذا في قرارين آخرين صادرين عن محكمة النقض بنفس التاريخ في **13 فيفري 2013** قضو برفض الطعن، و عدم قبول طلبات تغيير بيان النوع في الحالة المدنية لعدم إثبات الطابع اللارجعي لسيرورة تغيير الجنس نذكره ما تباعا :

---

[97] Voir, Alice Philipot, petites affiches 2012, Op.Cit, p.07.

[98] خلافا لما سبق قضائيا فإنه سنولت 1980 و ما بعدها كانت تنصب الخبرة حول تشخيص على تحديد مدى توافر أعراض مرض تغيير الجنس و مختلف العلاجات التي خضع لها و طبيعة سوكه الإجتماعي و طبيعة جنسه الذي أصبح عليه و هناك ملحق-C - كنموذج للمهام التي يمكن أن تسند للخبير المعين قضائيا يمكن الإطلاع عليه كنموذج:

Le tribunal avant dire droit, désigne en qualité d'expert: le proffesseur……..

Les quels, aprés avoir enendu et examiné x.. et pris connaissance de tous certificaux médicaux et éventuels comptes rendus opératoires par lui ou elle produits, auront pour mission de:

-Décrire l'état physique actuel de x…, dans les mesures où cet état est en rapport avec l'objet de l'instance, et constater notament la présence ou l'absence de tous organes génitaux externes et internes de l'un ou l'autre sexe;

-Faire procéder, avec le consentement de l'intéressé, à tous prélètiques génètiques et biologique de son sexe;

-Dire s'il a pu se produire une erreur sur le sexe physique lors de la déclaration de la naissance, ou un développement organique ou biologique ultérieur;

-Constater les traces d'éventuelles interventions chirurgicales pratiquées por provoquer ou compléter une transformation des organes génitaux ou des caractères sexuelles secondaires;

-Dire si les interventions chirurgicales ou traitement hormonaux subis ont été motiviés par des anomalies physiques préexistantes, soit par l'état psychologique du sujet;

-Décrire l'état psychique et le comportement de x… relativement à son sexe, et, dans toute la mesure du possible, en indiquer et en retracer lévolution ;

-Rendre compte de toute éventuelle psychotérapie effectuée, en préciser la durée et les résultas;

-Dier si le sujet est aeint de trouble mentaux, et, dans l'affirmative, préciser la nature de ces troubles;

-Se prononcer sur lexistence éventuelle d'un syndrome de transsexualisme en précisant les raisons qui conduisent à en pos, ou à en écarter, le diagnostic;

-Dire si, au vu de toutes les données (d'ordre physiologique, biologique et psychique) recuellies sur x…, cette personne doit être considérée comme de sexe masculin ou féminin.

G.Sutton, transsexualisme et changement juridique d'état necessiité et objet de l'expertise judiciaire, Groupe d'études du droit médical 1984, Op.Cit, p.114 au 117.

أ-القرار الأول يتعلق برفض طعن بالنقض صادر بتاريخ 13 فيفري 2013 تحت رقم 515. 14-11.[99]
الذي فصل في الطعن المقدم في قرار محكمة استئناف Nancy المؤرخ في 03 جانفي 2011 رقم 00931/09.[100]

و من خلال هذا القرار تقدم المدعو N.S.M المتزوج وله بنت و بعدها طلق هو وزوجته بتاريخ 13ماي 1991، بعدها تقدم إلى محكمة Nancy ليطالب بتغيير البيان. جنس ذكوري المسجل في الحالة المدنية "بتأثير جنس أنثوي".إلا أن طلبه رفض بموجب الحكم المؤرخ في 13مارس 2009 من طرف المحكمة و هذا لأن المدعي لم يقدم **الأدلة المثبتة** طبيا – جراحيا تغيير الجنس الذي يطالب به في الحالة المدنية.

وفي هذا الصدد كان وكيل الجمهورية في ظل هذا الإستئناف قدم إلتماس في 13مارس 2009 يؤكدفيه أن وجود تطبيب للمستأنف **بعلاج هرموني** لايمكن أن يكون كافيا لمنح شخص خصوصيات الجنس الأنثوي المطلوب ، بحيث أنه من الضروري إجراء عملية جراحية و لا سيما بإستئصال الأعضاء الجنسية الأصلية و أنه بإنعدام الوثائق المثبتة لعدم رجعية سيرورة تغيير الجنس بفعل العلاج الهرموني و العمليات الجراحية التقويمية مثل وضع الرمامة الثديية، لا يمكن الإستجابة لطلب المدعي. و قد ردت جهة الإستئناف عن إلتماس النيابة العامة أنه لطلب تغيير الحالة المدنية لا يفرض بالضرورة إثبات التعديلات طابع الجراحي لإستئصال أو تغيير الأعضاء التناسلية و كذا الجراحة التقويمية و إنما هي تفرض التأكيد الطابع اللارجعي لسيرورة تغيير الجنس وأن المستأنف لم يقدم دليلا جوهريا بهذا و من ثم لايمكن أن يكون ينتمي إلى جنس أنثوي بمنظور الغير. إذا يجب عدم الخلط بين المتحول في النوع (transgenre) وتغيير الجنس (transsexualisme).و أن هذا الشرط الذي تطلبه المجلس لا يمثل أي إنتهاك للمادة 14من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.و من ثم تم تأكيد الحكم المعاد من طرف جهة الإستئناف و هو ذات القرار الذي رفضت محكمة النقض الطعن الموجه ضده لكون أن الوجه الذي قدم به الطعن أمامها لم يكن مؤسسا، و بهذا تكون محكمة الطعن أيدت قرار الإستئناف الذي أيد الحكم القاضي برفض تغيير بيان الجنس الأنثوي للطالب في الحالة المدنية و قد أصبح **نهائيا** و حجة على ما فصل فيه و يشكل إجتهاد قضائي في توضيح شروط تقديم طلب تغيير الجنس الذي أصبح يتطلب شرطين:

1/إثبات أعراض مرض تغيير الجنس.

2/إثبات الطابع اللارجعي لتحول مظهره.[101]

ب- القرار الثاني يتعلق برفض طعن بالنقض صادر بتاريخ 13 فيفري 2013، تحت رقم 949. 11-12[102]الذي فصل في المقدم قرار محكمة استئناف. Paris المؤرخ في 27 جانفي 2011 رقم 00-4525/10.[103]

من خلال هذا القرار يتبين أنه بناء على حكم المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Créteil المؤرخ في 9 فبراير 2010 الذي رفض طلب E.G لتغيير صيغة «جنس ذكر» في عقد ميلاده بصيغة «جنس أنثى» و تسميته ب E.

تم إستئنافه، من خلال حيثيات قضاة الدرجة الثانية فإنهم قد إستندو إلى شهادة الطبيب المؤرخة في 20أفريل 2009 المقدمة من قبل المستأنف الذي يشهد فيها الطبيب «بأن الدكتور S.B الإختصاص بالغدد الصماء تابع حال المريض (المستأنف).و تبين أنه له شعور وهمي بمرض جنسي وسكري نوع 2 مقرن بإرتفاع الضغط للأوعية الدموية منذ 2008» مبينا أن هذا الأخير يخضع لعلاج هرموني مؤنث

[99] Voir, Bulletin des chambres civiles cour de cassation 2013, I, n° 13, p.13 et 14.
[100] Voir, Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence, la semaine juridique, 25 avril 2011, n° 17, p. 800.
[101] Voir, Bulletin des chambres civiles cour de cassation 2013, I, n° 13, pourvoi n°11-14.515, p.13 a 14.
[102] Voir, Bulletin des chambres civiles cour de cassation 2013, I, n° 14, p.14 a 15.
[103] Voir, Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité…. , 2011, n° 17, Op.Cit, 801.

منذ 2004 وتبين للقضاة من خلالها أن هذه الشهادة الطبية الوحيدة المثبتة للتطبيب الهرموني المؤنث من 2004 إلى 2009 لا تسمح بإثبات تغيير جسماني نهائي لا رجعية فيه لسيرورة الجنس المرغوب فيه، وبهذا هم ليسوا بحاجة إلى خبرة قضائية نظر لأن المستأنف لم يخضع لأية عملية جراحية تقويمية مقرونة بالعج الهرموني الحالي و لم يقدم أي انطباع لطبيب الأمراض العقلية لإثبات وجود و استمرار الأعراض المدعى بها كما انه متزوج مرتين على التوالي في 1978/10/13 و 1993/04/07 و طلق مرتين على التوالي.

و بهذا فإن محكمة الإستئناف قررت تأييد الحكم المستأنف فيه (أي رفض الطلب).

و هو ذات القرار الذي تم الطعن فيه بالنقض، و رفض بتاريخ 13 فيفري 2013 لعدم إثبات أعراض مرض تغيير الجنس، و عدم إثبات الطابع الارجعي لسيرورة تغيير الجنس.

و من خلال القرارين الأول و الثاني، أكدت الغرفة المدنية الأولى أن هذه الشروط لم تكن تمييزية أو تمس لمبادئ المواد 08 و 14 من الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان و كذا المادتين 16 و 16-1 من القانون المدني الفرنسي إذا مؤسسة حول مجرد التوازن بين أوامر الحماية القانونية و عدم المساس بحالة الأشخاص من جهة، و من جهة أخرى حماية الحياة الخاصة و الإحترام الواجب لجسم الإنسان[104].

و في هذا الصدد و بالرغم من تأكيد محكمة النقض في كلا القرارين على ضرورة توافر شرطين:

و هي إثبات أعراض التحول، و كذا إثبات لا رجعية التحول و هذا دليل على صلابتها و تمسكها باجتهادها في هذه الفترة سنة 2013. إلا أننا من خلال قراري محكمة استئناف باريس و نانسي تمكنا من تسجيل ملاحظات الأستاذ Philippe Reigné عن انقسام الإجتهاد القضائي بفرنسا حول شروط تغيير الجنس المتطلبة لتأكيد الطابع اللارجعي للتحول و كانت هناك فوالاق بين القرارين أهمها:

أن القرارين ركزا على أنه فضلا عن المظهر الجسماني و السلوك الإجتماعي فإنه يضاف شرطان ضروريان من التشخيص و من العلاج لأعراض مرض تغيير الجنس.

الشرط الأول: إجراء التشخيص لعراض المغير لجنسه.

فالملاحظ أن محكمة استئناف Nancy لم تؤكد على هذا الشرط و تخلت عنه.

في حين أن محكمة استئناف Paris، ركزت على ضرورة التشخيص و بدقة لذلك عندما قدم المستأنف الشهادة الطبية التي تثبت متابعته لدى أخصائي الغدد الصماء بأنه يعاني من شعور بنقص وهمي جنسي و هذا ما يعرف بفكرة اللاارتياح في النوع (dysphorie de genre) و هي أشمل من تغيير الجنس(transsexualisme) و ما جعل جهة الإستئناف بلا شك لا تأخذ هذه الوثيقة بعين الإعتبار لأنها لا تتضمن تشخيصا للأعراض المسلم بها[105].

و قد أضاف قضاة باريس أن المستأنفة، لم تقدم أي رأي لطبيب نفسي، لإثبات وجود و استمرار الأعراض، إلا أنه قد يعاب على ذلك القرار أنه منذ صدور مرسوم 08 فيفري 2010 تحت رقم 2010-125 لم يعد تغيير الجنس في قائمة الأمراض العقلية. إنما قد يجب فقط، تفريقه عن حالات الإختلال العقلي الأخرى المعروفة، مثل الشزوفرينيا.

و قد قال Philippe Reigné أنه في ميدان الحياة الخاصة فإن الضرورة الطبية لا يمكن أن تحظى بالأولوية على الضرورات القانونية. بهذا فهو فضل موقف محكمة استئناف Nancy عن الموقف المتبنى من محكمة استئناف Paris لأن قضاة نانسي أكدوا في قرارهم أنه لا يخلط بين التحول في النوع (transgenre) و تغيير الجنس فهو يعترف بذلك بضرورة حماية الحياة الخاصة لكل الأشخاص المتحولين في الهوية transidentitaires مع التحفظ بإثبات الطابع اللارجعي لتغيير الجنس.[106]

---

[104] Voir, Bulletin des chambres civiles 2013, I, n° 13 et n° 14, p.14 et 15.
www.cour de cassation.fr/publication-26…

[105] Voir, Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité…. , 2011, n° 17, Op.Cit, p.802.

[106] Voir, Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité…. , 2011, n° 17, Op.Cit, p.802.

الشرط الثاني: إثبات الطابع اللارجعي للتحول الجنسي:
يكمن الاختلاف في تناول هذا الشرط من قبل جهتي الإستئناف فيه تعارض بخصوص طبيعة العلاج اللازم اتباعه بهذه المناسبة. إذ نجد قضاة Nancy يكتفون بالعلاج الهرموني، في حين أن قضاة Paris يشترطون أكثر من ذلك فهم يتطلبون الجراحة التقويمية.
هذا بالرغم من أن مديرية الشؤون المدنية (DACS) بمنشور 14 ماي 2010 دعت النيابة العامة لإعطاء رأي موافق لطلبات تغيير الحالة المدنية بمجرد كون العلاج الهرموني يؤدي لتغيير بدني نهائي مقرن عند الإقتضاء بعمليات جراحية تقويمية أدت لتغيير جنسي لا رجعة فيه بدون اشتراط استئصال الأعضاء التناسلية.
كما أكدت الهيئة العليا للصحة HAS ان لارجعية التغيير تكون بمجرد اللجوء على العلاج الهرموني الذي يمحي بعض المظاهر الفيزيولوجية بالأخص الخصوبة بطريقة تصبح بلا رجعة.[107] و هذا معناه أن المغير لجنسه سيدفع مقابل تغيره خصوبته (fecondité) و لهذا فهناك من يرى أن هذا الحل **النسالي** (علم تحسين النسل) **لا يشرف** القانون الفرنسي.[108]
و بهذا فإن القرارين بالرغم من انهما سجلا إنقساما في الإجتهاد القضائي حول شروط تغيير الجنس في الحالة المدنية (قضاة نانسي يكفون بالعلاج الهرموني في قضاة باريس يشترطون الجراحة التقويمية).إلا أنهما يؤكدان على ضرورة إثبات الطابع اللارجعي لسيرورة تغيير الجنس و هو الموقف المتبنى من محكمة النقض في قراريها في 13 فيفري 2013، و هو تأكيد على استقرار الإجتهاد القضائي في هذه الفترة. فهل يا ترى هذه الشروط المتطلبة لتغيير الجنس هي كافية للسماح بالمساس بالحالة المدنية خصوصا و أن يشترط أن يكون هناك تماسك و حماية لعقود الحالة المدنية ؟

ج- رأينا حول الشروط القضائية في فرنسا و مدى فعاليتها :

في غياب نص تشريعي خاص ينظم حالة الاشخاص الذين يعانون من مرض اللاارتياح في النوع، مما جعلهم يخضعون لتقدير القضاة الذي يجب ان نقبسه من المحكمة الاوربية لحقوق الانسان و محكمة النقض الفرنسية. و هو الامر الذي جعل المعالجة القضائية يمكن ان تختلف من قضاة الى آخر، و بالاخص حول ما يتعلق بالمطالبة بالخبرة، أين نجد انقطاع في المساواة بين المغيرين لجنسهم.

ما توصل اليه الاتجاه القضائي السالف تحليله لحد اليوم ان المحاكم في غالب الامر تقضي بصفة نظامية بحكم قبل الفصل في الموضوع بخبرة قضائية لانارة القاضي، الا أننا نرى في ذلك **مبدئيا** تأييد من قبلنا لأن هذه الخبرة ستكون محايدة بخلاف للتقارير الطبية المقدمة من قبل المغيرين لجنسهم التي يمكن ان تكون غير دقيقة أو تحتوي على نوع من المجاملة أو تحتوي على ذكر المراحل التي مر بها المغير لجنسه في علاجه من أعراض مرض الذي يعاني منه، و قد لا تؤكد على عدم رجعية التغيير الحاصل.
إلا أننا قد نسجل **انشغالا أو اشكالا،** قد يعاني منه الاشخاص الذين يعانون من أعراض تغيير الجنس لأسباب نفسية و يتمثل في :

- مدى ملائمة هذه الخبرة القضائية التي ستؤدي إلى ضياع الوقت، و أيضا الأموال سواء بالنسبة لرافع الدعوى أو بالنسبة للدولة (لأن أغلبية الحالات يستفيد المدعي من المساعدة القضائية)، و أيضا في بعض الداوئر القضائية قد لا يوجد خبراء في هذا الاختصاص الطبي بكثرة.
- إطالة أمد الدعوى القضائية على المغيرين لجنسهم اذ قد يستغرق الوقت ما بين بداية التكفل الطبي و قرار جراحة اعادة التخصيص الجنسي على الاقل مدة **سنتين،** زيادة

[107] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.47.
[108] Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité…. , 2011, n° 17, Op.Cit, p.802.

عليه آجال انتظار التدخل ثم آجال القضائية امام المحكمة الابتدائية من أجل طلب تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية الذي قد يمدد اجماليا الى 05 سنوات، في خلال كل هذه المدة فان الاشخاص المغيرين لجنسهم سيكونون يحوزون لوثائق هوية لا ترتبط أبدا بنوعهم الظاهر، مع كل الانشغالات التي تدور في حياته اليومية الاكثر على المستوى المعني و الاداري. و خلال كل هذه الفترة فهم يعتبرون قانونيا كأنهم "**بدون وثائق**"[109].

كل هذه العوائق التي يعاني منها المغيرين لجنسهم، و عدم المساواة في المعالجة القضائية الصارخ يبدو انه بحاجة إلى ضرورة إيجاد حلول متوازنة بشأنه و لن يتأتى ذلك إلا بتدخل تشريعي خاص حول مشكلة تغيير الجنس .

د/ رأي اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان (CNCDH) بتاريخ 27 جوان 2013

إن اللجنة الوطنية الإستشارية لحقوق الإنسان تم التماسها بموجب رسالة مؤرخة في 08 جانفي 2013، من طرف حامل الأختام و وزيرة حقوق المرأة، حول تعريف و مكانة " هوية النوع" في القانون الفرنسي، و حول الشروط تغيير الجنس في سجلات الحالة المدنية .

و ردت ذات اللجنة رأيها بتاريخ 27 جوان 2013،(حول هوية النوع و تغييربيان الجنس في الحالة المدنية)، مقدرة ضرورة تنقيح التشريع الفرنسي المتعلق بهوية النوع و التطور التدريجي لتغيير الجنس في الحالة المدنية.

و اعتبرت أنه في هذا المنظور، الأشخاص المتحولين في النوع « transgenres » بمعنى الأشخاص الذين لم يتلقون علاجات طبية لإعادة التخصيص الجنسي، و لهم تشكل جنسي مختلف عن نوعهم، سيكونون أكثر ملائمة للحماية بموجب معيار هوية النوع ، كما أنها انتقدت الإجراء الوطني الحالي لتغيير الجنس و نادت بتغييرين في التشريع الفرنسي:

أولا: استبدل مصطلحات تغيير الجنس بتغيير النوع.لأنه حسبها "هوية النوع" identité de » « genre،"الخبرة الخاصة و الشخصية لنوعه العميق لنوعه العميق الذي عاشه كل واحد، المرتبط أو لا بالجنس المخصص عند الولادة".

ثانيا: تبسيط و تسريع اجراءات تغيير الجنس في الحالة المدنية بالأخص "إلغاء الشروط الطبية" ضرورية اليوم لتغيير الحالة المدنية، المتعلقة بالمغيرين لجنسهم هذه الإقتراحات التي تقود أيضا إلى إنكار أو نفي (dénier)، العلاقة بين الجسم و الهوية الجنسية[110].

و بهذا فإن التصلب في الإجتهاد القضائي من خلال قرارات 2012 و 2013 لمحكمة النقض السالفة الذكر الذي لم تفلت من اللجنة الوطنية الإستشارية لحقوق الإنسان التي أعطت رأيها السالف الذكر، و الذي طلبت فيه هجر المعايير المقدمة من طرف محكمة النقض الفرنسية و الأخذ بعين الإعتبار فقط هوية النوع.لوحده تطور للإجتهاد القضائي الستراسبورغي الذي سيؤدي لتغيير القانون الفرنسي.[111]

6/ ضرورة التدخل التشريعي في مجال تحديد شروط تغيير الجنس

الحلول القضائية الحالية، غير متأقلمة مع الرهانات التي يقدمها تغير بيان الجنس في سجلات الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم. و الحال أن "الثمن الوحيد هو التدخل التشريعي حول الموضوع. أن الحماية القضائية ستكون محفوظة، و أن تماسك الحالة المدنية و واقعية النسب بواسطة الدم سيكونون محافظ عليهم ".[112]

---

[109] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.44-45.

[110] Voir, Jean-christophe Galloux, Hélène Gaumont-prat, Droits et libertés corporels, Dalloz 2014, p.843.

[111] Jean-christophe Galloux, Hélène Gaumont-prat, Op.Cit, p.845.

[112] Alice Philipot, petites affiches 2012, Op.Cit, p.09.

و كما أن الملطّف القضائي لا يجب أن يكون الإجابة الوحيدة سياسيا على هذا التساؤل الحساس. و اعتبر البعض أن عشرين سنة موقوفة هي جد طويلة.[113]

و بهذا كان هناك تساؤل عن إذا كان حان الوقت أن المشرع الفرنسي يتدخل و يضع قانون حول مشاكل تغيير الجنس و كانت إجابة من قبل **وزير العدل حامل الأختام في 13 ماي 2014:** و هذا في سؤال وجه إلى وزير العدل، حامل الأختام، عن القانون الحالي المطبق في مادة تغيير بيان الجنس لشخص في عقد ميلاده، و حول مشاريع الحكومة المتعلقة بالإجراءات المطبقة.و إذا كانت الحكومة تتابع الرأي الصادر من طرف اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان ل 27 جوان 2013، الذي هو استشاري محض، بموجبه اللجنة نادت باستبدال مصطلح هوية جنسية "بهوية النوع" في التشريع الفرنسي و إلغاء المعايير الطبية، و عدم قضائية جزئيا إجراء تغير بيان النوع في الحالة المدنية (لجعلها بمجرد موافقة قضائية).

و في إجابة لوزير العدل السيدة Taubira بتاريخ 13 ماي 2014، التي ذكرت فيها بمبادئ هامة مكونة لحالة الأشخاص و التطورات التاريخية التي عرفها الاجتهاد القضائي الفرنسي و الذي وجهت له انتقادات بانتظام قادت الحكومة لالتماس اللجنة الوطنية الإستشارية التي قدمت رأيها السالف الذكر، فانها أكدت أنه من المدهش أن الحكومة تتجه حاليا لتغيير القانون المطبق، فالإصلاح إذا في مجال تغيير الجنس، بدون شك ليس أبدا غدا.[114]

و في هذا الصدد نبدي بعض الملاحظات الهـــامــة:

- و قد لاحظنا مؤخرا الحرب الكلامية الضارمة من طرف التعليم الوطني حول هوية النوع في الدخول المدرسي الأخير (سنة 2012) لفهم أن تغيير الجنس انزلق من التأديب القانوني ليتمركز اليوم في الساحة السياسية.

- و الملفت للانتباه أننا نرى الغاء تهذيب " سـيـــدة " بموجب منشور الوزير الأول بتاريخ 21 فيفري 2012، رقم 5575/ S G، كمرحلة أولى نحو اختفاء او تلاشي لأفكار جنسية ل " سيد " و سيدة.[115]

و لا ندري ما سينجر عن هذا الاتجاه القضائي لمحكمة النقض التي تبقى حارسة للقيم التقليدي و سننتظر أن نرى ما ستقرره المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لا حقا.[116]
في الأخير بعد استكمال المغير لجنسه للشروط القضائية أو القانونية (في الدول الذي نظمته بنصوص خاصة) لتغيير الجنس فإن المعني بالأمر سيتجه لإثبات حالته المدنية الجديدة بدعوى أمام القضاء المختص، فهل الاستجابة لطلبه و تغيير بيان النوع المسجل في سجلات الحالة المدنية سيكون له أثر رجعي أم أنه سيسري نحو المستقبل فقط؟ نظرا لاختلاف الآثار المترتبة في كلا الحالتين لذا كان من الضروري الحديث عن الطبيعة القانونية لدعوى تغيير بيان النوع للمغير لجنسه لأسباب نفسية في النقطة الموالية.

[113] Voir, Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve .., Gaz du pal, Op.Cit, 21 juin 2012, n°173, p.05.
[114] Rep.min.à Breton, n° 37399, JOANQ.13 mai 2014, p.3912. Cité par Isabel Corpart, la réforme en matière de transsexualisme n'est sans doute pas pour demain, RJPF-2014 sur Lamyline.fr. affiché le 23/09/2014.
[115] Voir, Alice Philipot, petites affiches 2012, Op.Cit, p.09.
[116] Voir, Annick Batteur, 2012, Op.Cit, p.02.

ثـــالثـــا : الطبيعة القانونية لدعوى تغيير بيان النوع في الحالة المدنية في حالات الخنوثة النفسية.

حول الطبيعة القانونية للطلب الرئيسي للمغيرين لجنسهم يتمثل في تغيير (la modification) بيان الجنس في عقد الحالة المدنية الخاص بهم. و لا يتعلق الأمر هنا بدعوى تصحيح (rectification) للحالة المدنية لأنه في وقت تحرير العقد، لم يكن هناك أي **خـطـــأ** (pas d'erreur).

أ. <u>فـــي فـــرنـســـا</u> :

هذا الطلب لتغيير بيان النوع في الحالة المدنية يفحص بدعوى المطالبة بالحالة (une action en réclamation d'état). في الحقيقة مثل هذه الدعاوى ممكنة لكن بشرط أن يكون منصوص عليها قانونا.إلا أن الأمر ليس كذلك في حالة تغيير الجنس[117]. كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي حتى سنوات التسعينات كان يرفض الاعتراف بتغيير الجنس للمغيرين لجنسهم مرتكزا حول مبدأ عدم قابلية المساس بحالة الأشخاص، و تراجع فيما بعد 1992 لتقبل محكمة النقض تغيير الحالة الجنسية للمغيرين لجنسهم في الحالة المدنية.

دعوى الحالة التي **تختلف** عن دعوى التصحيح البسيطة للحالة المدنية المنصوص عليها في المادة 99 من القانون المدني، هذه الأخيرة تهدف إلى تصحيح خطأ في سجلات الحالة المدنية إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمغيرين لجنسهم لأنهم لا يطالبون فقط بتصحيح خطأ في تحرير العقد، و إنما دعوى الحالة يهدفون من خلالها إلى أن يعترف لهم **بحالة مختلفة** (un ètat différent) عن التي منحت لهم من قبل. و تكون فضلا عن ذلك، في الغالب مرفوقة بطلب تغيير الإسم[118]. و بهذا أثير تساؤل مثل هذا الطلب أهو متماشي مع مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص؟ و في هذا الصدد و بعد تردد كبير، الاجتهاد القضائي أصبح يتقبل تصحيح عقد الميلاد و يمكن الحصول عليه في حالة تغيير الجنس الحقيقي، بمعنى إذا كان مجسد بتطور تلقائي تشريحي للشخص. و الحال هنا أن مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص **لم ينتهك** لأن الفرد لم يقرر أن يغير حالته، إنما التغيير كان لا إراديا و العمليات الجراحية المجراة لم تكن إلا لإكمال هذا **التطور التلقائي**، لأنه في غياب هذا الأخير الاجتهاد القضائي، اعتبر أنهم تعمدوا اختيار **تغيير الحالة** و هو الأمر الذي تحظره قاعدة عدم المساس.[119]

و نظرا لأهمية التغيير الذي يحدثه الحكم القضائي لتغيير بيان النوع في الحالة المدنية بموجب دعوى الحالة، فانه أثير تساؤل حول هذا الحكم هل له أثر كاشف (déclaratif) أو منشئ (constitutif)؟
الإجابة على هذا التساؤل تظهر من التفرقة الفقهية لكلا الأثرين التي لها نتائج فيما يخص تاريخ سريان أثر هذا الحكم.[120]

و بهذا محكمة النقض مؤخرا رفضت النقض و أيدت قرار محكمة الاستئناف ل Lyon المؤرخ في 15 ماي 2007، الذي رخص تغيير الجنس أن الحكم هو ببساطة **منشئ** (simplement constitutif) و ليس كاشف، مما يستبعد أية رجعية[121].

-و يترتب على ذلك أن تغيير الحالة المرخص به **ليس له أثر رجعي**، و هذه العبارة نجدها في أسباب القرارات و الأحكام الذي تقضي به. و هذا الأثر نابع من **المبدأ العام لعدم الرجعية** الذي يهدف إلى تفادي محو النتائج الناجمة عن الحالة السابقة للشخص الذي يغير جنسه و كذلك من أجل تفادي إلحاق ضرر

---

[117] Muriel parquet, droit des personnes, Op.Cit, p.63.
Corinne Renault-Brahinsky, Op.Cit, p.78.
Thierry Garé, Droit des personnes et de famille, 3 éme éd, 2004, Montchrestien, p.222.
[118] Thierry Garé, Op.Cit, p.222.
[119] Thierry Garé, Op.Cit, p.222.
[120] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.570.n°1859.
[121] Voir, Civ, 1er, 14 nov 2006, Bull.civ.I, n° 478, RTDciv 2008, p.79. obs Jean Hauser.

عند الاقتضاء بحقوق المعني **المكتسبة** بموجب هويته الجنسية السابقة، بالاضافة إلى حقوق أشخاص آخرين الذين لهم مصالح[122].

-كما يترتب عى ذلك أيضا أن موضوع القرار القضائي هو أن يأخذ موقفا من التغيير الحاصل. إذ من المنطقي أن يغير حالة الشخص فقط نحو **المستقبل** (pour l'avenir).أي له أثر مستقبلي. فالمغير لجنسه لا يمكن أن يكتسب حقوق، واجبات، حالات... بجنسه القديم، بالعكس يمكن أن يكتسب ماهو مرتبط بجنسه الجديد[123] و هذا معناه تطبيق الأثر المباشر للهوية الجديدة أي التطبيق الفوري للحالة الجديدة (l'application immediate du nouvel état)، بمعنى من تاريخ الحكم القضائي. إذ بموجبه القاضي يسجل الإثبات الرسمي للتغيير.و أن تغيير الجنس يبسط آثاره ابتداءا من الوقت الذي يصبح فيه الحكم نهائي و قابل للتنفيذ (définitif et exécutoire).[124]

ب. **<u>في الدول الأوربية</u> :**

و هذا الحكم و الأثر في الفقه و القضاء الفرنسي نجده مطبق في العديد من الدول الأوربية التي تعتبر أن دعوى تغيير الجنس للمغير لجنسه بالجراحة، تتم بدعوى الحالة، و أن القرار القضائي هو منشأ و مجرد من أي أثر رجعي. و أنه ينتج من هذا التكييف:1/ أن الاعتراف الدولي بقرارات تغيير الجنس، لم ينظم بموجب اتفاقية اللجنة الدولية للحالة المدنية (CIEC)، المتعلقة بقرارات تصحيح عقود الحالة المدنية الموقعة بباريس في 10 سبتمبر 1964، 2/ أن غياب النصوص الإتفاقية أو القواعد التشريعية المنظمة للآثار الدولية للقرار المتعلق بحالةالاشخاص، يلزمنا بالاحتكام إلى القانون الدولي الخاص المشترك للدولة التي يبحث فيها عن الاعتراف[125].

و من خلال ما سبق المتفق عليه في الدول التي أجازت تغيير بيان النوع في سجلات الحالة المدنية في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية، فان ذلك يتم بموجب دعوى الحالة و من نتائجها أن الحكم الصادر بشأنها ليس له أثر رجعي، و مفعوله يسري نحو **المستقبل**، و أن تاريخ الحكم القضائي يشكل نقطة الانقطاع مع الهوية الجنسية القديمة.

المـطـلـب الثـانـي

المعالجـة القانونية لأعراض مرض اللاارتياح في النوع في أوربا

الملاحظ واقعيا أن هناك بعض الدول ترخص تسهيل عمليات التحول الجنسي لكن ترفض الأخذ بعين الاعتبار على المستوى القانوني النتيجة المترتبة على هذا التحول كما أنها تصحح عدم التطابق الموجود بين الجنس الذي يحس الشخص بالانتماء إليه و المظهر الجسدي الذي يظهر عليه. لكنها بالمقابل تخلق مشكل آخر، التفكك الناجم نفسيا من طرف الشخص، كذلك ان الشخص قد يحمل كل الخصائص الظاهرة لجنس، و لكنه يحمل اسم و/أو وثائق رسمية تثبت عكس ما هو عليه. و نظرا لاختلاف الدول حول كيفية معالجة مشكلة تغيير الجنس، الأمر الذي يجعل المغيرين لجنسهم يلجأون إلى القضاء الأوربي للحصول على مطالبهم.

---

[122] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.570-571.n°1860, 1861, 1862.
[123] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.574.n°1873.
Patrice Hilt, Op.Cit, p.08.
[124] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.587.n°1931.
Patrice Hilt, Op.Cit, p.08.
[125] Voir, Dorothée Van Iterson, Aspects internationaux des décisions de changement de sexe, Colloque 1993, p.190.

و لذلك ارتأينا أن نعرج على معرفة كيفية معالجة قضايا تغيير الجنس التي عرضت على مختلف الجهات و الأجهزة الأوربية، و هنا يجب أن نفرق بين موقف المؤسسات في حد ذاتها بما فيها الإتحاد الأوربي (UE)، و كذا المجلس الأوربي الذين كان لهم موقف تجاه مرض تغيير الجنس ، سواء كان ذلك من الدول الأطراف في الاتحاد الأوربي أو فيما يخص الدول التي وقعت على الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان (الفرع الأول). و بالمقابل نتطرق للقرارات الصادرة من الأجهزة القضائية لهذه المؤسسات مثل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (CEDH) حول موضوع تغيير بيان الجنس في سجلات الحالة المدنية (الفرع الثاني) (تاركين موقف CjCE لاحقا لكون الدعاوى التي عرضت عليه تخص آثار أخرى لتغيير الجنس لا تخص بالضبط تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية و إنما قضايا أخرى ذات صلة بتغيير الجنس سنراها في حينها).

الفـــــرع الأول

موقف المؤسســـــات الأوربية institutions Européennes

نتعرض هنا لمؤسستين هما الإتحاد الأوربي (UE) وكذا المجلس الاوربي (CE)

أولا : موقف الإتحاد الأوربي (l'Union Européenne).
البرلمان الأوربي من خلال إعداده للقرار الذي مال إلى أول طريقة ملموسة حول المشكلة القانونية المتعلقة بشرط الأشخاص الحاملين لأعراض مرض تغيير الجنس متبنين في 12 سبتمبر 1989، قرار حول التميز الذي يكون ضحيته المغيرين لجنسهم[126].
البرلمان الأوربي ذكر النقاط التي تحمل هذا التمييز، داعين الدول الأعضاء إلى معالجته على المستوى القانوني لضمان لكل شخص الحق في أن يحظى بحياة مطابقة لهويته الجنسية التي اختارها. غير أن البرلمان لم يعط أي تعريف لتغيير الجنس. القرار انقسم إلى جزئين : الأول حول اجراءات تغيير الجنس (المسار الطبي) و الثاني حول النتائج الإدارية.

1/ حول المسار الطبي المقترح هو :

- التشخيص التفاضلي النفسي/ العلاج النفسي،
- مدة الاستشارة (الفحوص الطبية، الإعلام حول تغيير الجنس، المرافقة للعلاج النفسي)،
- العلاج الهرموني، الفحص اليومي لمدة على الأقل سنة،
- التدخل الجراحي بعد الترخيص من طرف أطباء متخصصين، لمعالج نفسي أو ممثل الشخص المعني.
- تكاليف العلاج الطبي (بما فيها العلاجات التجميلية) متكفل بها من طرف التأمين الصحي للدولة طرف في الإتحاد الأوربي.

2/ حول الأحكام التقليدية المتعلقة بالأقلية : منها عدم التمييز، حق العمل، تغيير الإسم، تغيير بيان النوع في عقد الحالة المدنية و كذا تغيير وثائق الهوية، و لكن البرلمان دعا الدول الأطراف لبدء هذا التعديل بناء على طلب المعني **أثـنـــــاء** فترة التأقلم الجنسي.[127]هذا القرار لم يتم اتباعه من طرف اللجنة الأوربية و المجلس الأوربي، هذا الأخير بدوره مال إلى توصيات من طرفه.

[126] Voir, Allocution Margaret Killerby, Colloque 1993, Op.Cit, p.15.
[127] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.45-46.

ثانيـــا : موقف المجلس الأوربي (conseil de l'Europe)

المهم في النص يخص المظاهر المرتبطة بالحالة المدنية ، بمعنى تغيير الإسم و بالأخص تغيير جنس المعني بالأمر في سجلات الحالة المدنية. **توصية المجلس** الأوربي دعت الدول الموقعة على الاتفاقية لتنظيم هذا التغيير في حالة تغير الجنس الذي لا رجعة فيه (irréversible). و أن تأكيد عدم الرجعية هي مشكلة تجد حلها على المستوى الطبي و ليس القانوني[128].كما أن برلمان المجلس الأوربي، من خلال التوصية المتعلقة بشرط المغيرين لجنسهم في 1989، حديثا عهد إلى اللجنة تحضير تقرير حول التمييز المؤسس حول هوية النوع، الصعوبات التي يواجهها الأشخاص المغيرين للنوع، جراحة التحول الجنسي و كذا التكفل بالتأمين، و كذا تغيير الإسم و الجنس و الوثائق الرسمية، و أوراق الهوية أو عقد الميلاد، الاعتراف بالنسب....و في الأخير فإن **محافظ حقوق الإنسان** توصل إلى استخلاص مجموعة من التوصيات موجهة إلى الدول الأطراف نذكر بعضها :

- تطوير الإجراءات الإدارية لتغيير اللقب و الجنس من أجل شفافية أحسن و السرعة،
- إزالة الاعتراف بهوية النوع إلى التزام شرعي بالتعقيم أو علاجات طبية أخرى،
- ضمان الحق في حياة عائلية للمتحولين جنسيا المتزوجين، بإلغاء الطلاق المفروض عند تغيير هوية النوع، إلى غير ذلك من التوصيات الأخرى[129].

أبعد من ذلك فإن الجمعية البرلمانية للمجلس الأوربي أرغمت إلى التطرق مرارا لهذه التساؤلات خلال هذه السنوات الأخيرة (سنة 2010).لجنة المسائل القضائية و حقوق الإنسان، لاحظت أنه في كل ربوع أوربا، الأشخاص السحاقيين، المشتهين للجنسين أو المتحولين جنسيا لازالوا يصطدمون بالأحكام المسبقة المتجذرة جدا، و بتمييز جد منتشر.و في تقريرها للجنة المسائل القضائية و حقوق الإنسان، لاحظ السيد Gross أنه " باستثناء احترام حقوقهم في الحياة و الأمن، فإن تغيير الإسم و النوع، هما أساسين في حياة الأشخاص المحولين جنسيا.
مع أن هذا "المدخل"إلى المجتمع هو غير موجود –أو حوّل إلى صعب- في العديد من الدول العضوة في المجلس الأوربي التي تخرق بهذه الصفة الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان(الحق في احترام الحياة الخاصة المادة 8).بدون الإعتراف بالإسم و النوع فإن الأشخاص المحولين جنسيا هم مسجلين كذلك (في أوراق هويتهم، البطاقات البنكية، الشهادات المدرسية و الجامعية.....) الشيء الدي يؤدي إلى وسم كل مظاهر الحياة و يجعل من المشاركة في الحياة الإجتماعية غير ممكنة(السفر، البحث عن العمل...).
نتيجة لذلك يتعين من الضروري ضمان للأشخاص المحولين جنسيا الحقوق في الحياة، في الأمن، التكامل الجسدي و في الكرامة.و إدراج هوية النوع في التشريع المناهض للتمييز، و ضمان للمتحولين جنسيا إمكانية تغيير الإسم و النوع، و الإقبال على العلاجات الطبية التي يحتاجون إليها لإنجاز هويتهم المرغوب فيها الممّولة كاي علاج طبي ضروري آخر.
و بهذا فإن لجنة المسائل القضائية و حقوق الإنسان الخاصة بالجمعية البرلمانية للمجلس الأوربي حصلت على دعم اللجنة بخصوص تكافؤ الحظوظ بالنساء و الرجال[130].على إثر مختلف أشغالها و المواقف المتخدة. و تم الإجماع على القرار 1728 حسب الرأي 07 افريل 2010 المتعلق بالتمييز على أساس التوجه الجنسي و هوية النوع المتبناة من طرف الجمعية البرلمانية للمجلس الأوربي بتاريخ 29

---

[128] البعض يعتبر أن عدم الرجعية تكون بوضع الهرمون البديل للرجولة/ الأنوثة، هذا العلاج الذي يمحي بعض المظاهر الجسدية لا سيما الإنجاب بطريقة لا رجعة فيها، و أن مثل هذه التوضيحات للتوصية تقدم لنا إمكانية الحصول على تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية بدون الذهاب إلى حد جراحة إعادة التخصيص الجنسي، لكن ليست مقبولة بالإجماع. Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.47.

[129] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.49.

[130] المحافظ Hammarberg الذي يحدد أن مثل هذه الشروط ".....هي بكل وضوح مخالفة لاحترام التكامل الجسدي للشخص مجرد لاشتراط المسبق للإعتراف الرسمي بالنوع، التعقيم أو أية عملية جراحية أخرى، هو النسيان بأن الأشخاص المحولين جنسيا لا يودون كلهم إجراء مثل هذه العمليات زيادة على ذلك، فإن هذه العمليات ليست دائما ممكنة طبيا، سهلة البلوغ أو سهلة المأخذ بدون تمويل من التأمين الطبي.قد لا يتلاءم العلاج مع رغبات و حاجيات المريض أو الطبيب المختص لم يستوصفها.استحالة الوصول إلى الاعتراف الرسمي بهوية النوع بدون هذه العلاجات، يضع الأشخاص المتحولين جنسيا في مأزق. ما يمكننا إلا أن ننذر بكون هذه الأخيرة تظهر و كأنها تشكل المجموعة الوحيدة في اوربا التي تخضع لتعقيم موصوف شرعا و مفروض تطبيقيا من طرف الدولة."
François vialla, le droit français sous influence ?, Op.Cit, p.163.

أفريل 2010.و بدورها لجنة الوزراء للمجلس الأوربي أخذت موقف متبنية توصية بتاريخ 31 مارس 2010 حول التدابير الموجهة للقضاء على التمييز المبني على التوجه الجنسي أو هوية النوع[131].

و في هذا الصدد نجد أنه وضعت **توصية من اتفاقية اللجنة** الدولية للحالة المدنية (CIEC)، في إطار المجلس الأوربي و اتفاقية (CIEC) المتعلقة بالاعتراف بالقرارات المثبتة لتغيير الجنس. و هي محددة في تحديد شروط الاعتراف بقرار تغيير الجنس في دولة أخرى غير تلك التي صدر منها القرار.و الحال أن الانشغال الرئيسي في الوقت الحالي هو أولا في أن يعترف من طرف الدولة نفسها بتغيير الجنس **لرعاياها** و أن تضع الشروط لذلك.

و من خلال النص الوحيد في مجال دراستنا هو المادة 2 من الاتفاقية (CIEC)، الذي يتكلم عن الحالات التي يكون فيها الاعتراف بالتغيير يمكن أن يرفض من طرف دولة غير طرف عندما التأقلم الجسدي[132]، لم يتم انجازه واثباته اتفاقية CIEC تظهر أكثر تضييقا من قرار المجلس الأوربي الذي اشترط إثبات تغيير الجنس الذي لارجعة فيه[133].

الفـــــرع الثـــاني

الإجتهاد القضـــائي الأوربـــي

إصرار السلطات على تحديد جنس الأشخاص انطلاقا من المعيار البيولوجي، و رفض حشوأو تسجيل القيود في سجلات الميلاد حتى آخر يوم من أجل اظهار الهوية الجنسية الجديدة للمغيرين لجنسهم بالجراحة هو من أصل الاجتهاد القضائي المهجور للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان .

النصوص المنتظمة المتضرع بها من طرف الطالبين هي التالية :

المادة 8 : الحق في احترام الحياة الخاصة و العائلية،

المادة 12 : الحق في الزواج ،

المادة 14 : رفض أي تمييز.

شكاوى الطالبين تحمل عدة مواضيع : تغيير بيان اجنس في الحالة المدنية، الزواج، الاعتراف بالأبوة. و قبل الخوض بعرض مختلف النزاعات سنركز على ما يهمنا فيما يتعلق بتغيير بيان النوع في الحالة المدنية و هذا كالتالي :

- أول مطالبة للمغيرين لجنسهم كانت هي الاعتراف بالحق في تغيير عقود الحالة المدنية تأسيسا على المادة 8 من الاتفاقية يعني الحق في احترام الحياة الخاصة و سنعرض أهم الدعاوى التي عرضت على المحكمة الأوربية CEDH بالترتيب الزمني :

1- في القضية المعروفة ب Rees التي عرضت عليها بتاريخ 17 اكتوبر 1986، التي اشتكى فيها أن القانون البريطاني لا يمنحه نظام قانوني متعلق بوضعيته الواقعية، و هو يتميز عن باقي الدول الاوربية، و الحال أن القانون الإنجليزي يرخص لكل شخص باختيار أسماء، ألقاب التي يريد استعمالها بطريقته. الأكثر من ذلك سجلات الحالة المدنية و وثائق الهوية المطابقة هم ليسوا لا مطلوبين، لا للاستعمال في بريطانيا.
أما الوثائق المتعلقة بالمغيرين لجنسهم، الإدارة تحررهم بطريقة موافقة للهوية الجديدة.
في التطبيق، الشخص المغير لجنسه يمكن له أن يضع على جواز سفره صورة حديثة بالإضافة إلى عبارة سيد أو سيدة أو آنسة قبل اللقب المختار. المحكمة اعترفت في

---

[131] Voir, François vialla, le droit français sous influence ?, Op.Cit, p.163-164.

[132] لم يتم توضيح من خلال التقرير المقصود بالتأقلم الجسدي، هذه الفكرة تعني التأقلم الأكثر كمالا ممكن للجسد بموجب العلاجات الطبية و التدخلات الجراحية التي تمنح للشخص المظهر الجسدي للجنس المرغوب فيه.

[133] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.50.

أحكامها أن هذه الخاصية تولد لدى الأشخاص فائدة معتبرة بالمقارنة مع الدول التي يجب أن تكون فيها الوثائق مطابقة مع الحالة المدنية.

النظام البريطاني يحتوي على انتظام كاف من أجل الشخص الذي يحمل أعراض مرض اللاارتياح في النوع يستطيع العيش بصفة عادية. و من تم لا يوجد انتهاك للمادة 8 من اتفاقية حقوق الانسان[134].

2-في القضية المشهورة ل Cossey التي عرضت على المحكمة الأوربية بتاريخ 27 سبتمبر 1990، نجد أن المحكمة **رددت** موقفها، و قبلت من جهة الدول بعض المجال من التقدير للاعتراف أم لا قانونيا بالجنس الجديد للأشخاص المغيرين لجنسهم بالجراحة بشرط جازم أن هذا عدم الاعتراف لا يسبب للشخص نتائج مخالفة للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية بمعنى لحق احترام الحياة الخاصة. مع ذلك، المحكمة تركت مفتوح كل إمكانية للتطور قاضية بأن "يجب في هذا الوقت ترك للدولة المدعى عليها العناية لتحديد إلى أي درجة يمكن الإجابة على المطالب الأخرى للمغيرين لجنسهم، المحكمة ليس أقل وعيا بخطورة المشاكل التي تعترضهم مثل ما لهم من اضطراب. الاتفاقية يجب دائما أن تفسر و تطبق على ضوء الشروط الحالية، بالرغم من ضرورة تدابير قانونية مناسبة تعطي مكان لفحص ثابت مراعاة بالأخص، تطور العلم و المجتمع "[135].

3-في القضية التي أدينت فيها فرنسا ل Botella بتاريخ 25 مارس 1992، من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، كانت المناسبة للقاضي الأوربي لتأكيد على حدود المنطقة المتروكة للدول. مرتكزا على واقعة الحالة بطريقة جد ملموسة مرتبطة بخصائص، النظام الفرنسي (ضرورة الحصول على قرار قضائي لتغيير الحالة المدنية، بيان الجنس في العديد من الوثائق رقم الهوية في الفهرس، التأمين الاجتماعي)، مقارنة مع النظام البريطاني.

المحكمة قدرت أن المغير لجنسه في فرنسا يوجد يوميا في وضعية إجمالية غير متطابقة بين الجنس الشرعي و الجنس الظاهر. و هذا مخالفا للإحترام الواجب لحياة الخاصة. و بهذا فإن فرنسا بكل منطقية أدينت من طرف المحكمة الأوربية مما يجعل القانون الداخلي يصل إلى تغيير الاتجاه القضائي من طرف محكمة النقض في 11 ديسمبر 1992.[136]

4-و الحال أن في قضية Horsham و Sheffield بتاريخ 30 جويلية 1998، فإن الدولة المدعى عليها هي مرة أخرى بريطانيا، المحكمة تحافظ بالرغم من الإدانة الحديثة أنذاك لفرنسا على الموقف المتبنى في قضايا Rees و Cossey، معترفة أن بريطانيا لها إمكانية التضرع "بمجال تقدير" للدفاع عن رفضها الاعتراف قانونيا بالجنس الجديد للمغيرين لجنسهم بالجراحة[137].

5-تغير في اتجاه المحكمة الأوربية جاء في 11 جويلية 2002، بموجب قرارين ل Christine Goodwin و ....I الصادرين بنفس التاريخ، المحكمة حسب البعض من المعلقين جاءت لتسجل " قفرة الملاك " " Le Saut de l'ange ". المحكمة من أجل تبرير تغير اتجاهها تستخدم التفسير المتقدم راسمة أهمية الفحص بطريقة دائمة،

---

[134] Vincent berger, Op.Cit, p.390-391.
Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.51.

[135] Voir, Michael R.will, les conditons juridiques d'une intervention médicale pur changer de sexe: la situation en droit comparé, XXIIIe Colloque de droit européen à Amsterdam, 1993, p.84-85.

[136] Vincent berger, Op.Cit, p.394.

[137] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.51.

ضرورة تدابير قانونية مناسبة. قررت إذن تقدير في هذه الحالة "و على ضوء الشروط الحالية" تفسير و تطبيق الإتفاقية المفروضة في الوقت الحالي[138].
6-و حسب المحكمة فإن الوضعية غير المرضية للمغيرين لجنسهم بالجراحة الذين يعيشون بين عالمين "Entre deux mondes" لا يمكن أن تطول. و قدرت فعلا أن الصعوبات المقدمة من طرف الدول لتغيير نظامها لم تكن غير قاهرة إذا حصرناها في المغيرين لجنسهم بالجراحة. الأكثر من ذلك لم تبين أن تغيير شروط المغيرين لجنسهم يعضهم لخطر إدخال صعوبات ملموسة أو مساس بالصالح العام. أما النتائج المحتملة يمكن بعقلانية المطالبة من المجتمع أن يتقبل بعض السلبيات من أجل السماح للأشخاص بالعيش بكرامة و احترام طبقا **للهوية الجنسية التي اختاروها**.
المحكمة قررت أن تعود إلى مجال تقدير تاركة للدول فكرة تعادل التوازن المرتبط بالإتفاقية الذي يشكل من الآن فصاعدا قرار بترجيح الكفة لصالح الشخص المغير لجنسه،[139] و بهذا فإن الدول **الموقعة** على الإتفاقية هم منذ **2002** ملتزمين بالاعتراف قانونيا بالهوية الجديدة للشخص المغير لجنسه و البدء في تصحيح بيان النوع في الحالة المدنية للمعني بالأمر. و يبقى دائما للدولة لتحديد الشروط التي بموجبها تعتبر أن التحول الجنسي قد حصل[140].

و كخلاصة لما سبق نجد أن القضاء الأوربي ترك مجالا لتقدير مهم للدول من أجل تنظيم الوضعية القانونية للمغيرين لجنسهم، و قد كان التغير الذي حدث سنة 2002 ذو أهمية في موقف هذه الدعاوى التي قررت التدخل في التطبيق الإداري و القانوني للدول.و أصبح من الضروري أن نعرج على كيفية التدخل القضائي الهادف الى جعل المغير لجنسه يتحصل على تغيير بيان النوع المسجل في الحالة المدنية، من أجل الوقوف على مختلف الاجراءات التي سيتبعها المدعين للحصول على الهوية الجنسية الجديدة في التشريعات و الاجتهاد القضائي في هذا المجال على المستوى الداخلي لبعض الدول و هذا في المطلب الموالي.

المـطـلـــب الـثـــالـــــــــث

الاجراءات المتبعة للمساس بقيود الحالة المدنية في حالات تغيير الجنس (العضوي و النفسي)

الحالة المدنية ليست عبارة عن قواعد تنظيمية، و هياكل إدارية و موظفين فحسب، بل هي ذاكرة الأسر و الشعوب لما تحتويه محفوظات الحالة المدنية من تراث تاريخي. و من تم فان الحالة المدنية أهمية كبرى في حياة المواطنين و المجتمع، الأمر الذي جعل المشرعين في غالبية الدول يولينها بعناية خاصة و ذلك من خلال وضع ترسانة قانونية تتضمن القواعد الواجب اتباعها للحفاظ عليها من كل ما من شأنه المساس بها، و في نفس الوقت توضيح أهدافها للمساهمة في تطوير الادارة و خدمة المواطن.

و كان المشرع الجزائري من بين الذين اهتموا بالحالة المدنية، و بهذا صدر الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية الصادر بتاريخ 19 فبراير 1970 متبوعا بعدة أوامر و مراسيم تنفيذية سنتناولها بالبحث في موضوعنا هذا.

و من المبادئ المستقر عليها أن الحالة المدنية للفرد تتسم بالثبات و عدم قابليتها للمساس بها أو التصرف بها لكونها تعكس الصورة القانونية لصاحبها. و من تم فانه لا يمكن التغيير في البيانات المتعلقة بها تبعا

[138] Voir, RTDciv 2002, p.862, note Jean pierre Marguenaud.
[139] Federic sudre et autres, Op.Cit, p.467.
[140] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.52.

لإرادة الفرد و هواه، بل لابد من توافر مصلحة مشروعة تبرر المساس بها، تماشيا مع الضوابط و القواعد القانونية التي يحددها المشرع في هذا المجال.

و بالمقابل فانه إذا وقع خطأ مادي بسيط في بيانات الحالة المدنية ناتج عن سهو أو غلط يجعل من البيان المدون بسجلات الحالة المدنية قابل للتصحيح وفقا لما نص عليه القانون في هذا الصدد.
فالحالة المدنية بما تحتويه من قيود و بيانات في سجلاتها تعتبر حجة في مواجهة العامة إلى ان يثبت عكس أو يثبت بطلانها أو إلغائها أو تزويرها بحكم [141].و من تم إذا ثبت وجود خطإ مادي يمكن تصحيحه. أما اذا لم يوجد أي خطأ مادي، و إنما يتعلق الأمر بتغيير البيانات الجوهرية التي تكون شخصية الفرد، كالاسم الشخصي و اللقب و الجنس الذي ينتمي إليه الفرد، فإن الإنشغال المطروح قانونا، **هل يجوز تعديل بيانات الحالة المدنية مثلما تصحح الأخطاء المادية المدونة بالحالة المدنية، و كيف نظمت التشريعات المختلفة هذا الإشكال؟** هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التطرق **للجهة المختصة** للمساس بقيود الحالة المدنية في حالتي الإزدواج الجنسي العضوي و النفسي (الفرع الأول)، و كذا **الطريق** المتبع قانونا لتصحيح أو تغيير بيان النوع (الفرع الثاني).

الفـــرع الأول

الجهة المختصة للمساس بقيود الحالة المدنية في حالتي تغيير الجنس

باعتبار أن البيان المتعلق بالنوع يعتبر أحد البيانات الجوهرية التي تتضمنها سجلات الحالة المدنية و الشهادات المتعلقة بها باعتبارهما من مميزات الشخصية القانونية للفرد طبقا للمادة 57 من القانون المدني الفرنسي و المادة 19 من قانون رقم 12 لسنة 1996 الخاص بالطفل المصري. و المادة 63 من الامر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية بالجزائر. و من تم فإنه إذا وقع خطأ مادي في سجلات الحالة المدنية يجوز إجراء **التصحيح** المناسب للوصول إلى تحقيق التطابق بين الحالة المدنية للشخص و حالته الواقعية و القانونية، و لا يكون في ذلك مساسا بحالة الأشخاص، لتعلق الأمر **بعمل مادي**، و لأن مثل هذه البيانات ليست من انشاء ضابط الحالة المدنية، إنما هي من تقديم الأطراف، مما يحتمل فيها السهو أو الخطأ أو الغش و يستوجب إصلاح ذلك باثبات العكس.[142]
أما إذا لم يقع خطأ في بيان الحالة المدنية، كما هو الحال في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية التي يجري فيها الشخص جراحة لتغيير جنسه التشريحي و جعله يتماشى مع الجنس الذي يحس نفسيا بالرغبة في الانتماء إليه فيصبح بذلك له مظهر خارجي يقربه من الجنس المقابل. و يصبح بذلك الجنس المدون في الحالة المدنية لا يتماشى مع الهوية الجنسية الجديدة للمغير لجنسه. فما موقف مختلف التشريعات حول مسألة كيفية المساس بقيود الحالة المدنية ؟ إذا كان الأمر لا يثير إشكالا إذا تعلق الأمر بتصحيح بيان النوع في الحالة المدنية. فإن الأمر ليس بهذه البساطة فيما يخص تعديل أو تغيير بيان النوع في حالة المغير لجنسه لأسباب نفسية. و لهذا سنحاول تبيان الجهة المختصة بالتصحيح و التغيير في كلا الحالتين في كل من فرنسا، الجزائر، مصر و بعض الدول الأخرى.

<u>أولا</u> : حالة وجود خطأ مادي يتعلق ببيان النوع .

قد سبق لنا و أن أشرنا إلى الأخطاء المادية التي يمكن أن تقع و هي إما من ضابط الحالة المدنية أثناء التدوين أو من قبل الشخص الذي قام بالتصريح عند الولادة.و يكون ذلك نتيجة سهو عند التسجيل أو غلط أو خطأ بسيط في أحد البيانات، و في حالات نادرة قد يكون نتيجة كذب أو عن عمد من قبل المصرح الذي يعلن عن بيان الجنس المخالف للحقيقة. إما لأنه كان يرغب في ذكر و ولدت له أنثى أو

[141] أنظر، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الأول،طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.96.
[142] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية.، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.96.

العكس.و أحيانا يكون من أجل الهروب من الثأر من ابنه أي حتى لا يتم الانتقام منه و قتل ولده، و من أجل الميراث...إلى غير ذلك من الأسباب، فيسجل البيان المتعلق بجنس المولود خطأ أو أن الطفل كان يعاني من خلل أو ازدواج جنسي عضوي كالخنثى و لم يحدد جنسه إلا لاحقا. و مما لاشك فيه أن العديد من الدول نظمت نصوصا قانونية في هذا المجال، و أن هناك اختلاف في الجهة التي يؤول إليها تصحيح مثل هذا الخطأ في كل من فرنسا، مصر، الجزائر.

1- فـي فـرنـســـا :

أ. الاختصاص لضابط الحالة المدنية :

المادة 57 من القانون المدني الفرنسي تحدد لنا بيانات عقد الميلاد من بينها جنس الطفل ومن تم فانه مبدئيا عقد الميلاد يتضمن الاعلان عن جنس محدد. اذا كان عند تلاوة العقد على المصرح على العقد تبين له أن هناك خطأ أو اغفال، ضابط الحالة المدنية يجري على الفور الشطب و يحيل الى الهامش ؛ لكن لا يمكن له أن يمس بالعقد بمجرد أن يحرر و يوقع عليه بكل الإمضاءات[143]. و هذا معناه أن العقد إذا شابه أي خطأ أو نسيان من قبل ضابط الحالة المدنية أثناء تحريره يمكن تصحيحه من قبل **ضابط الحالة المدنية** قبل أن يتم التوقيع من قبل جميع الاطراف، أما إذا اكتشف الخطأ لاحقا فإنه لا يمكن له محو أو شطب أي بيان خاطئ، فماهي السلطة المختصة بهذا التصحيح ؟

ب.الاختصاص للنيابة العامة : - في حالة غياب أي حالة للازدواج الجنسي النفسي.

المادة 99 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن تصحيح عقود الحالة المدنية تكون بتعليمات من النيابة العامة.

«وكيل الجمهورية المختص اقليميا يمكن له أن يجري تصحيحا إداريا للاخطاء و الاغفالات المادية الصرفة لعقود الحالة المدنية، و في هذا الصدد يعطي مباشرة التعليمات المناسبة لأمناء السجلات ».

و من تم يعود الاختصاص هن للقاضي الواقف (au magistrat debout) تحت رقابة القضاء لتقدير الطابع المادي للأخطاء أو الإغفالات التي سيكون اختصاصها محدد في هذه التصحيحات فقط.

و هذا معناه أن هناك تدرج في طبيعة الأخطاء[144].و بهذا إذا تعلق الأمر بالإشارة إلى الجنس الخاطئ أو المسجل دعابة (Plaisanterie) أو الإغفال بيان النوع في سجلات الحالة المدنية ثم إثباته من طرف النيابة العامة عند مراجعتها لسجلات الحالة المدنية أو الأخطاء المتعمدة من طرف المصرحين بالولادة أو غير المتعمدة منهم أو أخطاء غير مقصودة من ضابط الحالة المدنية و كانت أخطاء مادية **صرفة**. فإن الاختصاص سيؤول للنيابة العامة المختصة اقليميا تأسيسا على المادة 99 من القانون المدني الفرنسي و التي تستبعد أي حالة للازدواج الجنسي النفسي بموجب دعوى التصحيح.

فإذا كان العقد مسجل في فرنسا، فان الاختصاص يؤول للمحكمة الابتدائية الكبرى (TGI).

و إذا كان العقد محرر بالخارج، فان الاختصاص يؤول للمحكمة الابتدائية الكبرى لنانت (Nantes).

و إذا كان العقد يتعلق بلاجئ أو عديم الجنسية فان الاختصاص يؤول للمحكمة الابتدائية الكبرى لباريس (Paris)

2.فـي مـصـــر :

الاختصاص للجنة الثلاثية في المحافظة :

نص المشرع المصري في المادة 36 من القانون رقم 11 لسنة 1965 للأحوال الشخصية، و المعدل بقانون 143 لسنة 1994 الصادر بتاريخ 09 جوان 1994 العدد 34، على أنه لا يجوز إجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الحالة المدنية إلا بناء على قرار يصدر من اللجنة المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون.

[143] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.554.n°1787.

[144] Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.554.n°1789-1791.

و بناء على ذلك، فإن الجهة المختصة بتصحيح قيود الأحوال المدنية في مصر هي اللجنة الثلاثية المشكلة في دائرة كل محافظة من : 1- رئيس النيابة (رئيسا)، 2- مدير صحة المحافظة (عضو) ، 3- مفتش الأحوال المدنية (عضو).
و تختص هذه اللجنة بالفصل في طلبات تصحيح قيود الأحوال المدنية في سجلات الواقعات و في السجل المدني و في طلبات قيد المواليد و الوفيات .....[145].

3.في الجزائر :

أ.الاختصاص لضابط الحالة المدنية – استثناءا- :

عندما يرتكب ضابط الحالة المدنية أثناء تحرير عقد ما أو أثناء تسجيله بناء على حكم أو أمر في سجلات الحالة المدنية، خطأ أو نسيانا أو سهوا لا يرقى إلى درجة بطلان العقد و الغائه. فإنه لا يجوز له أن يمحو أو يشطب البيانات التي أخطأ في وضعها و لا أن يكتب بين السطور البيانات التي سهى عنها أو نسيها .

لكن يجوز لضابط الحالة المدنية و بصفة **استثنائية** أن يضيفها في نفس السطر إذا كان ما يزال هناك بياض كاف، أو يكتبها في الهامش ثم يصادق عليها بتوقيعه في الحين هو و كل الأطراف المذكورين في العقد. لكن إذا لم يتم هذا الإجراء في الوقت المناسب (أي أثناء تحرير العقد و قبل توقيعه من كل الأطراف)، فإنه لا يجوز له أن يقوم بأي تبديل أو تصحيح إلا إذا صدر بذلك قرار من جهات أخرى مختصة سنراها لاحقا[146].

ب.الاختصاص للنيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية :

في الحالات التي يكون فيها الخطأ بسيط بنسيان حرف أو زيادته أو وضعه في غير مكانه أو السهو في كلمة لا تغير من جوهر العقد، و لا تؤثر فيه تأثير بالغا و يكون عامل السهو أو النسيان واضحا فيها، و كذلك جزء من تاريخ العقد أو تعارض بين الكتابة باللغة الفرنسية و العربية، في كل هذه الحالات و ما شابهها يكون التصحيح فيها إداريا أي من إختصاص النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية،

فقد أجازت ذلك المادة 51 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية بالجزائر التي نصت على ما يلي : "إلا أنه يجوز **لوكيل الدولة** (حاليا يسمى بوكيل الجمهورية) المختص **اقليميا** القيام بالتصحيح **الإداري** للأغلاط أو الإغفالات المادية الصرفة لعقود الحالة المدنية، و لهذا الغرض يعطي التعليمات مباشرة إلى أمناء السجلات ."

و يقصد بالاختصاص الإقليمي للنيابة هو وكيل الجمهورية التابع لاختصاص البلدية التي يسجل فيها العقد محل طلب التصحيح، و يرسل نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية و أخرى لرئيس كتابة الضبط بالمجلس بقصد تسجيل التصحيح على هامش العقد المصحح في سجلات الحالة المدنية.

و تجدر الاشارة في هذا الصدد أنه يمكن لوكيل الجمهورية نفسه **إعادة** تصحيح الوثيقة التي سبق أن صححها[147].
و من تم فانه يجوز لوكيل الجمهورية أن يصحح الخطأ المادي البحث في بيانات الحالة المدنية كما لو ورد خطأ في جنس الشخص أو تم اغفال هذا البيان من طرف ضابط الحالة المدنية و لم يذكر أبدا، أي لم يسجل الجنس الذي ينتمي إليه المولود في سجلات الحالة المدنية فيؤول الاختصاص للنيابة العامة بناء على تعليمات توجهها إلى أمناء السجلات لتصحيح الخطأ الوارد في بيان الجنس الذي ينتمي إليه الشخص، و هذا بعد تقديم الطلب ممن له مصلحة و ارفاقه بشهادة طبية بالصورة تثبت أن طالب

---

[145] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.353.
الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.531-532.
[146] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية..، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.170.
بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.45.
[147] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية..، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.172.

التصحيح ينتمي إلى الجنس الذي وقع خطأ في تدوينه أو تم اغفاله. هذا ما جرى عليه العمل قانونا و عرفا من قبل محاكمنا الجزائرية. إلا أن الأمر هذا و إن كان يبدو بسيطا ظاهريا و إجرائيا، إلا أنه أمر في غاية الخطورة من جهة أخرى إذا أساء الفرد استعمال بطريقة تحايلية و يثير آثار خطرة سنسجلها في رأينا الشخصي هذا، و بكل تحفظ منا الذي جاء بعد تساؤل طرحته لأحد أعضاء النيابة العامة **بالجزائر**، و نحن نتحاور عن الاجراء المتبع عند تصحيح خطأ مادي وارد في بيان النوع في سجلات الحالة المدنية عندنا بالجزائر، الذي أجابني أن الإجراء بسيط يكون بطلب يقدم إلى النيابة العامة مرفوق بشهادة **طبية بالصورة** تثبت أن طالب التصحيح ينتمي إلى جنس الذكورة أو الأنوثة حسب الخطأ الوارد في الحالة المدنية، و ردا مني عن إنشغال كان قد انتابني أثناء تحرير موضوع رسالتي كان ما الذي يثبت لك أن الشهادة الطبية المقدمة لك تثبت أن الجنس المذكور بها كان نتيجة خطأ؟ ألا يمكن أن يكون نتيجة جراحة أجريت له و غيّر بموجبها جنسه الحقيقي و أصبح من الجنس الآخر؟
فتفاجأت بصمت عضو النيابة (وكيل الجمهورية) و عدم إجابته عن السؤال بتغيير موضوع الحوار.
هذا الموقف هو دليل على حقيقة و جدية الاشكال المطروح و دليل على وجود ثغرة قانونية في هذا الصدد هذا من جهة.و من جهة أخرى فإن استناد النيابة العامة على شهادة طبية بسيطة بالصورة هو أمر مناف للصواب و يحتاج إلى تفطـــن المشرع إلى هذه الثغرة التي ستكون الممر الوحيد للأشخاص الذين يرغبون في تغيير جنسهم بالجراحة ليصبحوا ينتمون إلى الجنس الآخر لأسباب نفسية نتيجة رغبة شاذة للتحول إلى الجنس المقابل الذي يرغب في الإنتماء إليه.

فجعل قرار تصحيح بيان الجنس في الحالة المدنية في حالة الخطأ المادي من اختصاص وكيل الجمهورية هو أمر يقتضى إعادة النظر فيه، و جعله خاضعا لرقابة رئيس المحكمة لتقرير مدى مشروعيته، لأن الأمر يتطلب أولا التأكد من أن الخطأ المادي المزعوم في بيان الجنس لطالب التصحيح، هل هو نتيجة خطأ، أم أنه كان نتيجة تدخل جراحي أجري على المعني بالأمر جعله ينتمي ظاهريا إلى الجنس الآخر، و من تم عند فحصه من قبل الطبيب و تحرير شهادة طبية له تثبت أنه ينتمي إلى الجنس الذي يرغب أن يجري له التصحيح عليه.
و هو ما جعل شروط تقريره ليست من اختصاص وكيل الجمهورية و إنما الذي يملك تقريره هو القضاء و هو ما يعرف بالتصحيح القضائي و ليس الإداري و هو الأمر الذي لم يقره المشره الجزائري كما سنراه لاحقا لأن مشرعنا لم يتكلم عن التعديل في بيان النوع، و إنما نظم فقط تعديل بيان الإسم و اللقب و هذا ما يدل على أن النيابة العامة بموجب هذا الإجراء تكون قد تجاوزت اختصاصها الموكول لها لأنها تكون قد عدلت بيانات الحالة المدنية.و هو الأمر الذي يعود الاختصاص فيه لرئيس المحكمة.
و حتى هذا الأخير له أن يعدل بيان الإسم و اللقب و لا يملك أن يعدل بيان النوع في الحالة المدنية لأن المشرع الجزائري لم يجز له ذلك، و عموما لم يجز ولم يتحدث عن إمكانية تعديل بيان الجنس في الحالة المدنية مما يعني أنه لا يجوز تعديل بيان الجنس لا من طرف النيابة العامة و لا من طرف رئيس المحكمة.
و من هنا نلفت الانتباه إلى أن هؤلاء الشواذ جنسا الذين يبحثون عن تغيير جنسهم نفسيا يمكن لهم الإنزلاق تحت ستار التصحيح الإداري الذي يؤول لوكيل الجمهورية للأخطاء المادية الصرفة و ليس لحالات التعديل لبيانات الحالة المدنية. و النيابة العامة لا تملك الحق في فحص الشهادة الطبية المقدمة لها لمعرفة إذا كان الجنس المذكور فيها هو نتيجة طبيعية للشخص أو نتيجة جراحة مشروعة (مثل الخنثى العضوي) أو نتيجة جراحة غير مشروعة في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية التي تبقى شرعيا غير جائزة. الأمر الذي يجعل الاختصاص لرئيس المحكمة لفحص طلبات تغيير بيان النوع في الحالة المدنية سواء في حالة الخطأ المادي سواء في الحالات الأخرى السابق الإشارة إليها التي تملك الحق للنظر في موضوع الطلب و لها أن تقضي بإجراء خبرة طبية مفصلة حو الجنس الذي يدعي المعني بالأمر الانتماء إليه أهو أمر طبيعي أي الجنس الحقيقي الذي ينتمي إليه أم جنس غيّر إليه بعد إجراء الجراحة الطبية سواء لأنه يعاني من ازدواج جنسي عضوي مما يجعل التصحيح ممكن و جائز قانونا، و من يعانون من ازدواج جنسي نفسي مما يجعل الأمر لا يتعلق بتصحيح خطأ و إنما بتغيير حاصل على الجنس الظاهر و من تم رفض دعواه لعدم التأسيس القانوني.

و بهذا فإنني و بكل تحفظ اقترح أن يعاد النظر في مدى اختصاص النيابة العامة بتصحيح الأخطاء العمدية أو غير العمدية إذا تعلق الأمر ببيان الجنس في الحالة المدنية نظرا لما يشمل عليه التصحيح لحالات تم فيها تغيير للجنس البيولوجي للشخص و انتسابه لجنس مصطنع ظاهري الذي لا يقبل أن يتم تغييره في بلد الجزائر لما ينطوي على هذا التغيير من مخاطر و آثار سلبية على الفرد و المجتمع ككل.

و لعل هذا هو **الخطأ الفادح** الذي سبق و أوقعت فيه مصلحة الأحوال المدنية و من ورائها القضاء المصري من خلال قضية سالي الذي صدرت لها شهادة رسمية للطالب بإسم سالي و بأن جنسها أنثى دون التأكد قضائيا و علميا من مشروعية الجراحة التي أجريت له[148].

ثانيا : حالة عدم وجود خطأ مادي يتعلق ببيان النوع .

قد يتعدى الأمر الخطأ المادي في سجلات الحالة المدنية ليمتد الى حالات لا يوجد فيها أي خطأ مادي في بيان النوع المدون في قيود الحالة المدنية، و هذا هو الحال في الأشخاص الذين يعانون من خلل جنسي نفسي و يقومون باجراء عملية جراحية لتغيير جنسهم التشريحي و جعله يتماشى مع انتمائهم النفسي بالرغبة في التحول الى الجنس الاخر، و هو ما يجعل الجنس الظاهر للشخص يتعارض مع ما هو مدون في عقد ميلاد و الوثائق المثبتة للهوية. و هذا الأمر سيطرح اشكال حول النص الواجب التطبيق لتأسيس طلب تغيير بيان الجنس في سجلات الحالة المدنية، و جعل الحالة المدنية متطابقة مع الجنس الجديد الذي أصبح ينتمي اليه.

و الأمر الثابت لدى رجال القانون، أن هناك العديد من الدول لم تنظم بنصوص تشريعية أحكاما تجيز تغيير البيان المتعلق بالنوع في سجلات الحالة المدنية، بالمقابل هناك العديد من الدول تضمنت نصوص قانونية خاصة بنتظيم مسألة تغيير الجنس في كافة حالات الازدواج الجنسي سواء العضوي او النفسي، و هناك من الدول من لم تتضمن نصوصا تشريعية إلا أن القضاء تدخل و وضع شروط للسماح بالمساس بقيود الحالة المدنية، و في هذا الصدد سنتطرق إلى هذه الدول في القانون المقارن لنرى إلى من أوكلت سلطة تعديل أو تغيير بيان الجنس في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية بالجراحة والى الاجتهاد الفقهي و القضائي لدول أخرى لم تشرع في هذا المجال.

أ.فـــي الـقـانـــون الـمـقـــــارن :

في إسبانيا، حسب قانون 08 نوفمبر 2006، صدر قانون لتغيير الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم و الذي دخل حيز التنفيذ في 15 مارس 2007 أعطى سلطة الاختصاص لضابط الحالة المدنية الذي يتواجد في دائرة المعني بالأمر للفصل في طلبات تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية.وهو نفس الحل الذي اعتمده قانون 10 ماي 2007، **لبلجيكا** إذ أعطى الاختصاص لضابط الحالة المدنية لبلدية المسجل في سجلاتها الشعبية المعني بالأمر الذي له الدور الرئيسي في قبول أم لا الطلب بعد أن تقدم له شهادة الأطباء المعالجين التي تشهد أن المعني بالأمر له اقتناع شخصي ثابت و لا رجعة فيه بالإنتماء إلى الجنس الآخر و أنه أجرى جراحة إعادة التحديد الجنسي ليصبح من الجنس المقابل و أنه غير قادر على انجاب أطفال طبقا لجنسه السابق، و على ضوء هذا التصريح يحرر ضابط الحالة المدنية، عقد يحمل بيان الجنس الجديد، يسجل هذا العقد في أجل أقصاه 30 يوم ابتداءا من انتهاء أجل الطعن ضد قرار ضابط الحالة المدنية في سجل الولادات، غير ان في سجلات عقد الميلاد لا يشار إلى الجنس **الـقـديـــم** و لا يشار إلى **تغيير الجنس**، و إنما يشار إلى تغيير الجنس في هامش عقود الحالة المدنية للطالب.

[148] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.534.

و في حالة رفض ضابط الحالة المدنية طلب التغيير يجب عليه أن يسبب رفضه الذي يحول بدون أجل للطرف المعني و لوكيل المملكة و قابل للطعون النزاعية.[149]

أما ألمانيا، فيعود الاختصاص لقرار المحكمة بعد التأكد من تغيير الجنس الذي يؤدي إلى التغيير في الحالة المدنية بعد استيفاء المعني بالامر الشروط المطلوبة.[150]

كما أن إيطاليا، فيرجع إلى المحكمة أن تقرر إذا كان الشروط متوفرة، و الإجراء بسيط يجب أن يبلغ كل طرف، و تعتبر النيابة العامة طرف الزامي. الجراحة يجب أن يرخص بها من طرف المحكمة كما يمكن ان يطلب رأي خبير حول مدى توافر الشروط النفسية الجنسية للمعني، قرار المحكمة بموجب حكم يأمر السلطات المختصة و هي ضابط الحالة المدنية لبلدية المعني ليصحح (rectifier) إشارة الجنس للمعني في سجلات المواليد بالحالة المدنية[151].

في حين أن بريطانيا، فالحل التشريعي الذي تبنته بموجب القانون الذي دخل حيز التنفيذ في 04 أفريل 2005، المتعلق بالاعتراف بالنوع الجنسي، الذي سمح للمغيرين لجنسهم بعد استفاء الشروط القانونية أن يقدموا عريضتهم للجنة خاصة (Panel) متكونة من أطباء معالجين و طبيب نفسي، هذه اللجنة تدرس طلب الشهادة و عند الاقتضاء تحرر له شهادة، و بعدها يكتسب الفرد الجنس المقابل لجنسه الأصلي، و هذا الاعتراف ليس له أثر رجعي. و بموجب شهادة الاعتراف بالنوع يسجل الجنس الجديد للمعني[152]، مع الإشارة أن هذه اللجنة (panel) تتكون من خبراء أعضاء في الفريق الطبي و القضائي، تجتمع في سرية (huis clos) و قرارها قابل للطعن فيه قضائيا.هذه اللجنة تصدر شهادة **قطعية** بالاعتراف بالجنس الجديد للطالب إذا لم يكن متزوجا أو إن لم يوجد فشهادة **مؤقتة** للإعتراف بالجنس الجديد إلى حين انحلال الزواج[153].

ب.موقف الفقه و القضاء في بعض الدول :

سويسرا تمارس دعوى الحالة لطلب تغيير الجنس أمام القضاء. و هذا هو موقف الاجتهاد القضائي الذي يقبل الطلب بعد خبرة طبية و استيفاء المعني للشروط المتطلبة في هذا المجال[154]

في فرنسا، و في غياب التشريع الاجتهاد القضائي وجد نفسه مضطرا أن يحدد المعايير الضرورية لتعديل بيان الجنس في الحالة المدنية، و بهذا الصدد فإن الجهة المختصة بتغيير بيان الجنس هي المحكمة الابتدائية الكبرى (T.G.I)، إذ أن المطالبة في هذه الحالة لا يقصد منها تصحيح خطأ مادي، إنما الأمر يتعلق بالمطالبة بحالة مدنية جديدة، و تغيير كهذا يؤدي إلى تعديل عنصر أساسي لحالة الأشخاص و لذلك فإن الإجراء هنا نزاعي يقدم إلى المحكمة الابتدائية الكبرى و يتم تحويل الطلب آليا للنيابة العامة كطرف رئيسي في الدعوى[155].
و يختلف اختصاص الجهة القضائية الإقليمي حسب مكان تحرير العقد إذا كان **بفرنسا** أو في بلد أجنبي، فإذا كان العقد مسجل في الحالة المدنية **بفرنسا** فإن الأمر يتطلب اللجوء إلى المحكمة الابتدائية الكبرى لمكان إقامة الشخص المعني إذا كان بفرنسا، و بالمحكمة الابتدائية الكبرى لباريس إذا كان المعني بالأمر يقيم خارج فرنسا أو في كل الحالات إلى المحكمة الابتدائية الكبرى لمكان تواجد عقد الحالة المدنية للمعني بالتغيير. أما إذا كان العقد **مسجل في الخارج** فإن الاختصاص يكون للمحكمة الابتدائية

---

[149] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.61.
[150] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.01.
[151] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.06.
[152] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.59.
[153] Bureau de droit comparé, le changement de sexe…, Op.Cit, p.09.
[154] أن يجري المعني جراحة إعادة التخصيص الجنسي و يكون غير قادر على الإنجاب و إذا كان متزوج سابق يجب أن ينحل زواجه.
[155] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.41 marge 55.

الكبرى للنانت (Nantes) في أغلب الحالات و للمحكمة الابتدائية الكبرى لباريس إذا كانت الوثائق الخاصة بالحالة المدنية لشخص عديم الجنسية أو أجنبي[156].

ومن الثابت أن الفقه القانوني المصري، لم يجز عمليات تغيير الجنس في حالات تغيير الجنس النفسي، و من تم فإنه لا يسلم بتغيير الحالة المدنية عندئذ تماشيا مع مبدأ عدم المساس أو التصرف بحالة الاشخاص.بالمقابل فإن القضاء المصري كان له رأي مخالف و أجاز التعديل عن طريق الاعتماد على قرار اللجنة الثلاثية المختصة بتعديل بيانات، و قيود الحالة المدنية للأفراد من بينها الإسم و النوع التي أجازت لطالب الأزهر "سيد - سالي" تعديل حالته المدنية و أصدرت له شهادة رسمية باسم سالي و بأن النوع هو " أنثى " و أنها مولودة بتاريخ 1962/09/17 و تمكنت بموجبها سالي أن تستخرج بطاقة شخصية تحمل نفس البيانات السالفة الذكر دون ثمة إشارة لحالتها الشخصية السابقة[157].
و قد انتقد القضاء المصري على الموقف الذي اتخذه، إذ بمصادقة محكمة القضاء الإداري على قرار اللجنة الثلاثية عند نظرها للدعوى رقم 42/5432 ق، الذي اختصمت فيها جامعة الأزهر في دعوى سالي، معللا أنه من الخطأ أن القضاء المصري اعتمد على الشهادات المستخرجة للطالب بحالته الجنسية الظاهرة المصطنعة رغم مخالفتها الواضحة لحقيقته الجنسية[158].

ج-الدول التي لم تنظم أحكام تجيز تغيير بيان النوع في الحالة المدنية :

عموما في حالات تعديل بيانات الحالة المدنية، فإن المشرع الجزائري لم يتحدث إلا على حالتين بموجب نص المواد 55 و 56 و 57 من قانون الأسرة 70-20 المتعلق بالحالة المدنية تغيير اللقب أو الاسم بسبب مشروع[159].وهذا هو المقصود بتعديل عقود الحالة المدنية المنصوص عليه في القسم الخامس من هذا الأمر. وهذا ما يدل أن مشرعنا لم ينظم و لم يشرع بأحكام تجيز تغيير بيان النوع في سجلات الحالة المدنية. و لم نسجل أي دعوى قضائية عرضت بهذا الشأن على قضائنا الجزائري، مما يجعل طلبات تعديل بيان النوع تخرج عن اختصاص النيابة العامة التي سبق و تحدثنا عليها بصدد تصحيح الخطأ المادي المتعلق ببيان النوع في الحالة المدنية، و لا يمكن إجراء أي تعديل متعلق ببيان الجنس لأنه غير جائز، تماشيا مع مبدأ عدم جواز المساس بحالة الاشخاص. باعتبار أن بيان النوع هو من البيانات الجوهرية المكونة لحالة الأشخاص و من تم مصير مثل هذا الطلب، هو الرفض لكونه مخالف للنظام العام.

الفـــرع الثـــانـــي

الطريق القانوني لتصحيح أو تغيير بيان النوع في حالتي الازدواج الجنسي

ما دامت الحالة، هي التي تحدد مركز الشخص من أسرته و دولته، و تعتبر من أهم مميزات الشخصية، فكان من اللازم أن تكون مختلف القواعد التي تنظمها آمرة، الأمر الذي يجعل اكتساب أو تعديل عنصر من عناصر الحالة متلاشي و أيضا الحقوق و الواجبات التي تنتج عنها للفرد. فحالة الشخص يمكن الإحتجاج بها للكل .
و من بين المبادئ التي تحكم حالة الأشخاص أنها غير قابلة للانقسام أي وحدة الحالة ، و أنها ثابتة لا تتغير، إلا أن الثبات ليس مجرد، إنما هي تغيرية مراقبة ؛ إذ بإمكاننا أن نغير الجنسية، الإسم....إلا أن هناك عناصر تتميز بالثبات مثل تاريخ و مكان الولادة، الجنس.[160]

---

[156] Voir, sur site http:/vosdroit.servicepublic.fr/f1177.xhtml#N1013f mise a jour le 23/01/2014
[157] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.697.
[158] أنظر، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.534.
[159] الذي هو من اختصاص رئيس المحكمة بناء على طلب وكيل الجمهورية المرفوع إليه التماس من المعني أو ممثله الشرعي.
[160] Voir, Corinne Renault-Brahinsky, Op.Cit, p.74.

إلا أن هذه المبادئ قد ترد عليها استثناءات متى توافرت شروطها و ضوابطها تسمح لنا بأن نمس بالقيود الواردة في الحالة المدنية مثل الجنس و الإسم الذي يهمنا في موضوعنا و هما من أهم عناصر الحالة المدنية. فاستعمالهما بطريقة قانونية يجعلنا نميز بين الأفراد و أن نتبين الحقيقة القانونية و الواقعية للفرد.

و لذلك فإن المساس بالقواعد الآمرة التي تميز الحالة المدنية و من تم البيانات الواردة فيها يتطلب فرض شروط للخروج عنها و جعلها تراعي النظام العام. و من تم لابد من وجود أساس تشريعي أو قضائي نرتكز عليه لإمكان السماح للمغيرين لجنسهم تعديل حالتهم المدنية و تتماشى مع الجنس الجديد المكتسب. فإذا كانت الدول أجازت إجراء جراحات تغيير الجنس سواء لأسباب عضوية أو نفسية، فإنها بالضرورة قد رسمت طريقا قانونيا على المعنيين بالأمر اتباعه من أجل الوصول لتصحيح أو تعديل بيان النوع في سجلات الحالة المدنية و رتبت **أثـــرا** على هذا التصحيح أو التغيير و على الحقوق و الواجبات المكتسبة. و هذا ما سنحاول البحث عنه و الإجابة عليه في كل من فرنسا و مصر و الجزائر تباعا.

أولا : فـــي فـــرنســـــا .

سبق لنا و أن رأينا أنه إذا تعلق الأمر بخطأ مادي أو غموض جنسي للفرد فإن الأمر يتطلب تصحيح الخطأ أو تصحيح الجنس الغامض، بعد أن تحدد لاحقا و يكون ذلك عن طريق رفع دعوى تصحيح إلى رئيس المحكمة.أما إذا تعلق الأمر بإحداث تغيير في البيانات الأساسية للحالة المدنية أو في أحد عناصرها و جعل الشخص يكتسب حالة مدنية جديدة. فإن الطريق المتبع هو اللجوء إلى المحكمة الابتدائية الكبرى بموجب رفع دعوى الحالة.و أن الآثار المترتبة على سلوك أحد الطريقين يختلف.و من تم سنتناول كلا الدعويين عندما تقدم هذه الدعاوى من **مواطنين فرنسيين** و هذا كالآتـي :

(I)بالنسبة للمواطنين الفرنسيين أو المقيمين فيها.

1/ دعوى التصحيح و هي ما تعرف ب Action en rectification :
وهي الدعوى التي ترفع في حالة وجود خطأ مادي في بيانات الحالة المدنية أو في حالة وجود غموض جنسي عضوي عند الأشخاص الذين يعانون من ازدواج جنسي عضوي كالخنثى و يتضح فيما بعد الجنس الراجح الذي ينتمون إليه.أي أنها ترفع لتصحيح خطأ أثناء تحرير العقد بخصوص الجنس.و هي تقدم وجوبا عن طريق عريضة لرئيس المحكمة[161].و ترفع هذه الدعوى تأسيسا على المادة 99 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن تصحيح عقود الحالة المدنية تواجه خطأ أو إغفال موجود في عقد الميلاد.

2/ دعوى الحالة و هي ما يعرف ب action en reclamation d'état أو Action d'état:
و هي الدعوى التي يرفعها من يغيرون جنسهم. لأن المشكلة التي يعانون منها متعلقة بحالة الأشخاص، التي سيتم تعديل فيها عنصر أساسي لحالة الأشخاص ألا و هو البيان المتعلق بالجنس[162].
هذه الدعوى تؤسس على أحكام المادة 57 من القانون المدني الفرنسي؛ و هي تقدم وجوبا أمام المحكمة الابتدائية الكبرى (TGI)، لأن الإجراء فيها نزاعي؛ شريطة أن تكون النيابة العامة طرف رئيسي في الدعوى، التي تشارك في المرافعات، النظام العام هو المعني، و يمكن أن يرفع الإستئناف ضد القرار و كذا الطعن بالنقض[163].و قد عرف القضاء الفرنسي اتجاه هذه الدعوى انشقاقا إذ قد سجلنا تطورا تاريخيا عبر مراحل مختلفة :

[161] Voir, Philips Guez, semaine juridique 2001, Op.Cit, p.1782.
Jaques Massip , Defrénois 15 juin 1995, Op.Cit, p.721.
[162] Voir, Philips Guez, semaine juridique 2001, Op.Cit, p.1782.
[163] Voir, Philips Guez, semaine juridique 2001, Op.Cit, p.1782.

أ-فمنذ قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 ديسمبر 1975 الذي **عـارضـت فـيـــه** كل طلبات تغيير الحالة المدنية من المغيرين لجنسهم، بالأخص رفضها بمناسبة القرارات الأربع المؤرخة في 21 ماي 1990 باعتبار أن طبيعة الدعوى المقدمة من المغيرين لجنسهم لا تتعلق بتصحيح إنما بدعوى حالة تشير إلى الحصول على تغيير أو تعديل للحالة المدنية.
هذه الإخفاقات المتتابعة قادت المغيرين لجنسهم إلى تقديم طعون أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.

ب-بموجب قرار المحكمة الأوربية المؤرخ في 25 مارس 1992، التي تم من خلاله إدانة فرنسا بدفعها تعويض معتبر لمغير لجنسه رفض طلب تغيير حالته المدنية. الأمر الذي جعل محكمة النقض الفرنسية تغير اتجاهها القضائي بتاريخ 11 ديسمبر 1992، لتوافق على تعديل الحالة المدنية بشرط أن يكون في كل مرة الطالب مصاب بأعراض المغير لجنسه و أن يكون التدخل الجراحي له طابع علاجي[164].

3/ الاختلاف الجوهري بين الدعويين و الآثار المترتبة على كلا منهما:

أ -موضوع الدعويين: دعوى التصحيح تتعلق باثبات حالة و تقديم الدليل عليها، إذ تهدف لتصحيح خطأ مادي أو سهو في أحد بيانات العقد.[165]
أما دعوى الحالة: فترفع و لو لم يوجد خطأ مادي أو سهو.[166]
حيث تثير مسألة موضوعية تتعلق بالحالة نفسها و ليس بالعقد الذي يثبت هذه الحالة.[167]

ب -الجهة المختصة بالدعويين: دعوى التصحيح : تهدف إلى تصحيح خطأ بخصوص الجنس ثم من طرف المصرح بالميلاد.تقدم وجوبا عن طريق عريضة إلى رئيس المحكمة.[168]
أما دعوى الحالة : فهي تهدف إلى إلغاء أو تعديل أو لتثبيت حالة الشخص، فهي تمس أحد العناصر الأساسية لحالة الأشخاص، و لذا فإنها تتعلق بإجراء نزاعي يقدم وجوبا بالمطالبة لدى المحكمة الإبتدائية الكبرى (TGI)، و تكون النيابة العامة طرفا أصليا في هذه الدعوى.[169]

و في هذا الصدد فقد ألغت محكمة استئناف Douai حكم المحكمة الإبتدائية الكبرى المؤرخ في 07 جوان 1988، و هذا من الناحية الإجرائية لسبب أن المعني بالأمر...claude D ، الذي كان يحمل كل أعراض تغيير الجنس الذي قبلت المحكمة دعواه بعريضة بسيطة (requête gracieuse) في حين أن الإجراء كان يجب أن يأخذ الطريق النزاعي.

و هو الأمر الذي علق عليه أحد رجال القانون الفرنسي Jaques Massip، بقوله بأن هذا الإشهاد يظهر له أنه خاطئ (erronée)، إذ هو من جهة يؤكد أن طلب المغير لجنسه لا يمكن قبوله بمجرد دعوى بسيطة لتصحيح الحالة المدنية التي يرجع الاختصاص فيها لرئيس المحكمة، إنما يتعلق الأمر بدعوى الحالة التي ترفع للمحكمة، قضاء القانون العام. و هو يقول أنه لا يرى لماذا لا يمكن الاستعانة بالإجراءات المنصوص عليها في المواد 25 و 29 و 797و 800 من قانون الاجراءات المدنية الجديد الفرنسي، لأنه لا يوجد نزاع الدعوى إذ ترفع إلى القضاء النزاعي، الاجراء الواجب الاتباع أنه يجب أن تبلغ النيابة العامة لتشارك في المرافعات (م 800 ق.إ.م. جديد) كطرف أصلي و يمكن لها إذا أن تستأنف و تطعن بالنقض.

---

[164] Voir, Gabriel Signalet, Aspects contentieux des actes de l'état civil, sur site www.conseil-droit civil.com/article-droit civil-21-definition-juridique-l-etat-4.html
[165] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.545.n°1750.
[166] Voir, Gabriel Signalet, Aspects contentieux des actes de l'état civil, sur site, p.01.
[167] Voir, Philips Guez, semaine juridique 2001, Op.Cit, p.1782.
[168] Voir, Philips Guez, semaine juridique 2001, Op.Cit, p.1782.
[169] Voir, Jaques Massip , Defrénois 15 juin 1995, Op.Cit, p.721.

ج -مدى اللجوء إلى خبرة طبية :

- تسمح دعوى الحالة للمغيرين لجنسهم بالمطالبة بالحصول على حالة مدنية جديدة، و يتم اثبات هذا التغيير في الحالة الجنسية للمعني بالأمر لحظة تقديم الطلب.يفصل القاضي في حقيقة التغيير الحاصل بموجب **خبرة طبية** يثبت من خلالها توافر الشروط الموضوعية الخاصة بتغيير الجنس، و التي كانت سنة 1992 تتمثل في ثلاثة شروط و هي:

1-الإثبات الطبي لأعراض تغيير الجنس،2- جراحة إعادة التخصيص الجنسي،3- المظهر الجسدي للجنس المقابل يرافقه التصرف الاجتماعي له.

و لكن بموجب 4 قرارات لمحكمة النقض الفرنسية منهم إثنان بتاريخ 07 جوان 2012، و إثنان في 13 فيفري 2013، بموجبهم أصبحت تتطلب لتبرير طلب تغيير بيان الجنس في عقد الميلاد أن يثبت الشخص واقع أعراض المغير لجنسه، و كذا الطابع اللارجعي لتحول مظهره الجسدي (شرطان فقط).
و كان منشور 14 ماي 2010، قد دعا قضاة النيابة العامة لإعطاء رأي موافق لطلبات تغيير الحالة المدنية عندما العلاج الهرموني يكون يؤثر في التحول الجسدي أو الفيزيولوجي بصفة قطعية يرافقه عند الاقتضاء عمليات لجراحة تقويمية (رمامة، استئصال الثدي، جراحة تجميلية للوجه....) أدخلوا تغييرا للجنس بلا رجعة بدون تطلب استئصال الأجهزة التناسلية[170].

- و من تم فإنه من خلال هذه الدعوى يطالب المدعي، القضاء له بحالة يترتب على ثبوتها آثار قانونية مهمة.إذ يتم تغيير بيان الجنس المدون في عقد الحالة المدنية، و كذا إعطائه اسم يتفق مع مظهره المكتسب الجديد، و تدوين ذلك في سجلات الحالة المدنية و الوثائق الرسمية الخاصة به.

- أما دعوى التصحيح، فلا تثبت حالة مدنية جديدة، إنما تهدف إلى تصحيح خطأ مادي فقط. دون إحداث أي تغيير أو تعديل في بيانات الحالة المدنية، و من تم فهي قد تحتاج إلى خبرة طبية تثبت وجود غموض جنسي عضوي حاصل، و الذي جعل الجنس يدون خطأ.باعتباره لم يكن محددا بصفة صحيحة منذ الولادة و تحدد لاحقا على الوجه الصحيح.

د- الحكم الصادر في الدعويين :

-الحكم الصادر نتيجة دعوى التصحيح، هو حكم كاشف (déclarartif) لأنه يكشف عن حالة الغموض الجنسي العضوي الذي أصاب الخنثى العضوي أو كشف عن الخطأ المادي أو السهو الذي حصل في عقود الحالة المدنية (المادة 1047 من قانون اجراءات مدنية جديد الفرنسي).

-أما الحكم الصادر نتيجة دعوى الحالة، فهو يتميز بأنه حكم منشئ (constitutif) لكونه ينشأ حالة مدنية جديدة تختلف عن الحالة السابقة على صدوره.
-الحكم الصادر عن دعوى التصحيح يسري أثره بصفة رجعية.

-أما الحكم الصادر عن دعوى الحالة فيكون له أثرا نحو المستقبل فقط أي عدم رجعيته[171].و يسري مفعوله من **تاريخ** صدوره أي تاريخ القرار القضائي القاضي بتعديل بيان الجنس في الحالة المدنية[172].و هذا للحفاظ على حقوق الغير في علاقاتهم مع المغيرين لجنسهم، و كذا الأشخاص الذين لهم مصلحة[173].

[170] Voir, Circulaire de la Dacs, n° Civ/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe a l'état civil.
[171] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.571.n°1861-1862
[172] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.587.n°1931.
[173] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.571.n°1861-1862.

هـ - تنفيذ الحكم :الملاحظ أن سجلات الحالة المدنية، تسجل فيها الولادات، الزواج، الوفاة،..لكل شخص و أن عقود الحالة المدنية هي أيضا لها وظيفة صالحة للاثبات و تحفظية مادام أن البيانات يمكن أن يراقبها ضابط الحالة المدنية و لها طابع العقود الرسمية[174].و أي تصحيح أو تعديل أو تغيير يمس الحالة المدنية يؤشر عليه في هامش[175] عقد ميلاد المعني بالأمر و كذا عقد زواجه و عقود الأبناء هذا إذا تعلق الأمر بدعوى بسيطة لتصحيح الحالة المدنية.

فهل هذا الأمر ينطبق على دعوى الحالة ؟ التي يتطلب فيها أن قرارقضائي تغيير جنس الشخص و اكتسابه جنس جديد يجب أن يكون موضوع كتابة على الهامش (émargement)[176] و ليس تصحيح بسيط، لأن الكتابة على الهامش تسمح بحفظ أثر لهذا التغيير في الحالة و تاريخ تعديل العقد المطابق للطابع اللارجعي للقرار القضائي[177]، فهل ستتم هذه الكتابة الهامشية على جميع العقود المرتبطة بعقد الميلاد، أم أن التأشير سيقتصر على عقد ميلاد المعني فقط، دون العقود الأخرى. هذا ما سنحاول أن نجيب عليه من خلال الحكم القضائي التالي :

1 /القرار الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2011 عن المحكمة الابتدائية الكبرى ل Brest و كذا القرار الصادر بتاريخ 2012/10/16 عن محكمة استئناف Rennes.

تتمثل وقائعه في :أن شخص يدعى Wilfrid متزوج، أب لثلاثة أطفال قرر سنة 2010، في سن 40 سنة أن يغير جنسه. و أراد أن يجري تغييرين في **عقد ميلاده،** و كذا **عقد زواجه** و هذا برضا زوجته و حتى أبنائه.و هو الأمر الذي لم تعارضه النيابة العامة.

-بتاريخ 15 ديسمبر 2011، صدر حكم محكمة Brest، الذي رفض طلبه بحجة أنه لا يمكن أن يغير جنسه حتى يفقد زواجه. تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الإستئناف. و بتاريخ 16 أكتوبر 2012، صدر قرار محكمة استئناف Rennes الذي كان له تسبيبا آخر و اعتبر أنه لا يوجد شيء يمكن أن يشكل عائقا أمام الاقرار القضائي للجنس الجديد، و أمرت بتغيير الإسم ليصبح Chloé و الجنس في سجلات ميلاد المعني بالأمر ليصبح امرأة، لكنها قدرت أن الإشارة في **الهامش** لهذا التغيير هي بدون فائدة و مستحيلة في عقد زواجه، و غير معقول في عقد ميلاد الأبناء. و بهذا ألغي الحكم و تم قبول دعوى الحالة.

و ما يلاحظ على قرار محكمة استئناف Rennes المؤرخ في 16 أكتوبر 2012، لن يترك شخصا لا مبال بمقدار ما هي قوية المواقف التي يتخذها. في حين أن حكم المحكمة الابتدائية يظهر أنه مستقيم الرأي، إلغائه يتحقق تحت مظهر اصطناعي، ميل مزدوج ؛ اصطناعي "عندما سبق سبب الزواج من أجل كل شيء " لأن الزوجين Wilfrid و Marie-Jeanne, ، طلبوا من خلال استئنافهم أنهم لا

---

[174] Voir, Isabelle Ardeff, l'état civil est-il un casier civil ?, Dalloz 2001, p.1275.

[175] التأشير على الهامش هو طريقة إشهار موجهة لإقامة علاقة بين عقدين للحالة المدنية أو بين عقد و قرار قضائي أو إداري.تشمل على وضع في هامش العقد السابق المحرر أو المسجل، الإشارة المختصرة لعقد جديد. Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.41 marge 56. و قد نصت المادة 2/58 من قانون الحالة المدنية الجزائري على أنه " يشار تلقائيا في جميع الأحوال التي يجب فيها تسجيل عقد أو حكم قضائي على شكل هامش موجز من قبل ضابط الحالة المدنية سواء على هامش العقد المسجل من قبل و إما في مكان التاريخ الذي يجب أن يسجل فيه العقد."

[176] و قد اعترض أحد المغيرين لجنسهم من ذكر إلى أنثى بعد صدور قرار قضائي بالتصحيح و تمت الإشارة في هامش عقد ميلاده إلى عبارة استبدال اسمه إلى ....و بيان جنسه من ذكر إلى أنثى، و لم يكن راضيا على هذت التأشير لأن تغييره لحالته المدنية كان ظاهرا، و رغب أن ضابط الحالة المدنية عليه أن يمحي بوسيلة مادية أو بمحلول كيميائي الإشارة السابقة لجنسه و لأسمائه الموجودين في نفس عقد ميلاده الحالي. و رفع دعوى قضائية على ضابط الحالةالمدنية للمطالبة بإعادة تحرير عقد حالته المدنية دون الإشارة للبيانات السابقة في هامش عقد ميلاده، و كذا تعويضه عن الضرر الذي أصابه. و رفض طلبه من طرف قضاةالدرجة الأولى مبررة أن الثابت فقها وقضاء أن الحكم القضائي بتغيير الجنس هو منشأ و له أثر نحو المستقبل و كذا محكمة النقض بتاريخ 14 نوفمبر 2006 تحت رقم 10058-04 بررت رفضها على نفس تبرير جهة الإستئناف أنه عدا الخطأ الشخصي الأشخاص ضحايا سوء تسيير مصلحة الحالة المدنية يجب أن يرفعوا دعوى المسؤولية ضد الدولة (رئيس البلدية و ضابط الحالة المدنية يضمنون تسيير المرفق العام باسم الدولة) هناك سوء توجيه.
أنظر Jacques Massip, état civil, Defrénois, 30 mai 2007, n°10, p.779.

[177] Voir, Gilles Riual-cormeil, la question du genre dans le code civil, revue de la recherche juridique, presse universitaire d'Aix marseille, 2009-1, p.201.

يلتمسون "زواج من نفس الجنس" إنما ببساطة أن يثبت تغيير جنس الأول، و حتى إن صح ذلك فإن طلب التأشير بتغيير بيان الجنس على عقد زواج سيقود لا محالة إلى ترسيخ زواج بين شخصين من نفس الجنس، و بهذا فقد خلص القاضي الإبتدائي و محكمة الإستئناف لم يخطئا عندما قدروا مثل هذا التأشير سيكون مستحيلا "في حالة القانون الوضعي".

-أن محكمة الاستئناف عندما أبعدت مثل هذا التأشير، الذي يعتبر تأشيرا مزعجا (Gênante) ليس فقط بدون فائدة، و بهذا حسبها أن مثل هذا التأشير هو غير ضروري في عقد الزواج و أضافت أن المطابقة بين عقد الزواج وعقد الميلاد المصحح ل Wilfrid هي كافية بموجب التأشير بهذا الزواج المتواجد قبلا على هامش هذا الأخير[178].

-أن زواج الطرفين سيصبح زواجا من شخصين من نفس الجنس، و هذه الوضعية يمكن تفاديها لو أن المشرع اشترط تسجيل تغيير الجنس بشرط **العزوبة** على غرار دول أخرى مثل ألمانيا، سويسرا، بريطانيا.[179]

-الملاحظ أن محكمة الإستئناف فيما يتعلق بالحالة المدنية، قد أمرت بتغيير الجنس و الإسم في عقد ميلاده لكن هذا التغيير رفض على عقد ميلاد أطفاله و كذا عقد زواجه، و هذه عبارة عن حالة مدنية **مغـايــرة** و أيضا منشأة.المتقاضي سيسمى Wilfrid لزوجته و أبنائه و Chloé بالنسبة للآخرين.

-أن مثل هذا القرار سيجعل الشخص يحمل عدة أجناس و أسماء مختلفة أي أنه سيحمل أكثر من حالة في حين أنه لا يوجد إلا حالة واحدة[180]،
-أن مثل هذا القرار سيجعل عقد ميلاد الابناء يتمتع بنوع من الاستقلالية، و يرسخ في الواقع تصوير في لحظة محددة و يجب أن يكرر له عقد وفاة ثان[181].

-أن محكمة استئناف Rennes تعترف لأول مرة في القانون الفرنسي **بانسجام** بين تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية للمغير لجنسه المتزوج و **بقاء** زواجه، من أجل هذا فإنها أبعدت التأشير الهامشي لتغييره في عقد زواجه و اعتبرته أنه غير مجد أو بدون فائدة.

-الأمر الواضح أن مثل هذا القرار يستحق بدون شك أن يتم **نـقـضـــه**، لأنه يدفع بانطباع الفضولي. إن محكمة الاستئناف، قد خلقت نوع من التشوش أو البلبلة القانونية التي تنحل فقط بفرضية أو بالإصلاح الجاري حول اتساع زواج الأشخاص من نفس الجنس الذي سيقودنا إليه. و هل هذا حقا صدفة؟[182].

-إذا كان التدخل الآلي للمشرع ليس مرغوب فيها، فإنه لم يبق لنا إلا أن يكون هناك حالات أدنى توضيح فيها سيكون مناسب، خاصة عندما يمس بحالة الأشخاص.[183]

و بهذا فان الخلاصة أن هذا القرار قد رتب أثرا قانونيا مهما فيما يخص تسجيل بيان الجنس في الحالة المدنية للمغير لجنسه، إذ أنه قبل التأشير بهذا البيان على عقد ميلاد المغير لجنسه فقط. و رفض تسجيله في عقد الزواج و كذا عقد ميلاد الأبناء. و ربما هذا إعتراف قضائي على أن مثل هذه الحلول دليل على أن القضاء عندما حاول أن يجد **حل وسط** بأن يستجيب إلى طلب المغير لجنسه دون أن يكون حكمه له أثر رجعي أي لا يؤثر على العلاقات الأسرية السابقة على تغيير الجنس. إلا أنه في نفس الوقت خلق مشكلا قانونيا آخر إذ جعل المغير لجنسه يحمل أكثر من عقد للحالة المدنية ؛ إذ أن بيان الجنس المسجل

[178] Benoît Boysson, le miracle judiciaire de la multiplication des sexes de droit, AJ fam. 2012, p.559.
[179] Clementine Kleitz, les femmes…., Gaz.Pal, 2012, Op.Cit, p.03.
[180] Benoît Boysson, le miracle judiciaire….., AJ fam. 2012, Op.Cit, p.559.
[181] Benoît Boysson, le miracle judiciaire….., AJ fam. 2012, Op.Cit, p.559.
[182] Benoît Boysson, le miracle judiciaire….., AJ fam. 2012, Op.Cit, p.559.
[183] Clementine Kleitz, les femmes…., Gaz.Pal, 2012, Op.Cit, p.03.

في عقد ميلاده أنثى في حين أن الجنس المدون في عقد زواجه و أبنائه هو ذكر. مما جعل شخصا واحد سيصبح حائزا لأكثر من حالة و هذا مخالف لمبدأ أن الفرد يحوز حالة واحدة. و هذا ما دفع البعض للقول بقي لنا البحث عن شيء آخر يصبح يفرّد الأشخاص و يميزهم عن غيرهم محترمين تسترهم.[184]

2/القرار الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2012 الصادر عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان :

ما يميز هذا القرار بداية أنه صدر في نفس ظروف القرار السالف الذكر .
إذ أن فنلندا تبنت سنة 2002 قانون حول تأكيد النوع للمغير لجنسه الذي يسمح للوطنيين و المقيمين البالغين الذين خضعوا لعلاج طبي الحصول على تغيير لرقم تسجيلهم الاجتماعي تحت شرط إضافي ألا يكون متزوج أو في شراكة مسجلة[185]. في هذه الحالة.المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لم تأكد من انتهاك الاتفاقية في مواجهة فنلندا التي اشترطت تسجيل النوع الجديد في الحالة المدنية بانحلال روابط الزواج.
هذا الحل مدهش قليلا على حد تعبير البعض. و الحال أنه في 2006، المحكمة كانت قد أعلنت عدم قبول عرائض المتقاضين البريطانيين و أكدت على ضرورة الطلاق للحصول على الاعتراف القانوني بجنسهم الجديد[186]. و بهذا الصدد فإن المغير لجنسه شعر أنه النظام القانوني الفنلندي يمنع استمرار الزواج بعد تغيير الجنس. فالتصحيح له أثر تلقائي هو تحويل الزواج لشراكة، و اعتبر أن هذا انتهاك للحق في احترام الحياة الخاصة (المادة 08 من الاتفاقية) مما يعوق حقهم في الزواج (المادة 12)، التي أنشأت تمييز (المادة 14)، و كان مصدرا للتعذيب (المادة 03). العريضة سوى على النقطة الاخيرة، تم التصريح بقبولها. المحكمة الأوربية اعترفت بالمقابل أنه لا يوجد أي انتهاك، مذكرة أن المادة 12 لا تضمن الحصول على زواج للأشخاص من نفس الجنس. و من تم فان قضاة ستراسبورغ في قرار 13 نوفمبر 2012، استبعدوا حجة التمييز بأنه في معناها، المغير لجنسه المتزوج لا يتواجد في وضعية مشابهة مع المغير لجنسه غير المتزوج[187].

3/ في نفس الاتجاه قرار صادر بتاريخ 16 جويلية 2014 عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان:

في ظل هذا القرار، متقاضية فنلندية ولدت سنة 1963، من جنس ذكوري عند الولادة، تزوجت سنة 1996 من امرأة و كان لهما ابن سنة 2002. في سبتمبر 2009، خضعت لعملية تحول جنسي. غيرت اسمها في جوان 2006، لم تستطع أن تغير رقم هويتها على الوثائق الرسمية بطريقة تجعلها تتماشى مع الجنس الأنثوي الجديد. هذا التغيير كان يخضع لشرط أن زوجته توافق على أن زواجهما سيتحول إلى شراكة مسجلة. و هو الأمر الذي رفضته أو أن يتم طلاقهما.

تم رفض طلب تغيير الحالة المدنية المقدم من طرف المتقاضية. قدم إجراء إداريا أمام المحاكم الوطنية. في ماي 2008 و فيفري 2009، رفضت طعونها بحجة أن القانون الفنلندي ليس له ميل أن يغير الحقيقة، فقط أن رجل و امرأة يمكن أن يجتمعا بالزواج في القانون الفنلندي.
وهذا ما جعل المتقاضية تلتمس المحكمة الإدارية العليا التي رفضت طعنها في أوت 2010. التجأت المتقاضية لمحكمة الأوربية مدعية أنها لم تتمكن من الحصول على الاعتراف الكامل بالجنس الجديد بدون ان تحول زواجها إلى شراكة مسجلة ، ورأت انتهاكا للحقوق المضمونة بالمادة 8 الخاصة باحترام الحياة الخاصة و العائلية، و المادة 12 (الحق في الزواج) و المادة 14 (منع أي تمييز)[188]، المحكمة

[184] Voir, Jean Hausser, Transsexualisme:Ou en est- on des conditions du changement de sexe, R.T.D.civ.2014, p.855.
[185] Voir, CEDH 13 nov 2012, n° 37359/09, AJfam.2012, p.621, Obs B. de Boysson.
[186] Clementine Kleitz, les femmes…., Gaz.Pal, 2012, Op.Cit, p.03.
[187] Voir, Benoît Boysson, sort du mariage du transsexuel :la CEDH permet d'imposer la conversion en partenariat enregistré, AJ fam. 2012, p.621.
[188] Voir, Transsexualisme (finlande) validité de la condition de transformation du mariage en partenariat, cour européen de droit de l'homme, 16 juillet 2014, 1639, n°29.

الأوربية اجتمعت في دائرتها الكبرى و قالت بالأغلبية (14 صوتا مقابل 03) أنه لا يوجد أي انتهاك للمادة 08 من الإتفاقية.

الدائرة الكبرى تعتقد أن هذه المسألة هي أن تعرف ما إذا كان احترام الحياة الخاصة و العائلية للطالب يفرض على الدولة التزام ايجابي لتضع إجراء فعال و سهل البلوغ يسمح للطالبة الحصول على الاعتراف القانوني للجنس الجديد مع الحفاظ على العلاقة الزوجية. و في غياب إجماع أوربي نظرا لحقيقة أن هذه الحالة تثير بلا شك قضايا معنوية أو أخلاقية حساسة . ترى المحكمة أن السلطة التقديرية لمنح الدولة المدعى عليها لا تزال كبيرة، كما أن النظام الفنلندي يسمح بأن يصلح الاعتراف القانوني لتغيير الجنس و الحماية القانونية للعلاقة الزوجية.لذلك يبقى للمحكمة تحديد تقديم حاليا توازن بين المصالح المتنافسة وإذا ما استجاب لمعيار التناسب.ترى المحكمة، أنه من غير المناسب وضع شرط **مسبق** للاعتراف القانوني لتغيير جنس الطالبة، بأن زواجها سيحول لشراكة مسجلة.هذا الأمر يقدم عرضا جديا للأزواج من نفس الجنس. حماية قانونية تطبيقية مماثلة تقريبا لتلك التي من الزواج.[189]

- الملاحظ، أن محكمة الدرجة الأولى اقترحت تصور قوي **للزواج** ، تعيد التأكيد شرعية دفاع عن تصور تقليدي للزواج، بأن غياب الالتزام للدولة الأطراف يوسع مدخله للأزواج من نفس الجنس، وترك الأمر لإرادة الدول غير كاف.و يتركنا نفكرأن اتفاقية إضافية لوحدها يمكن أن توصلنا إلى خلق حق لزواج الأشخاص من نفس الجنس.

- في المكانة الثانية، القرار يجيب على تساؤل أيضا ضروري أكثر من حساس هو معرفة إذا كان المغيرين لجنسهم هم في وضعية مماثلة ل bissexueles.الدائرة الكبرى، تؤكد أن هذه الوضعيات" لا تمثل مماثلة كافية من أجل التمكن من مقارنة الواحدة بالأخرى".

- في المكانة الثالثة، المحكمة تتدخل ضمنيا حول تساؤل خاص مهم: علاقات المحادثات لحقوق الإنسان مع الديمقراطية بمعنى مع الأغلبية.منظمة العفو الدولية أكدت أن التقاليد و القيم لا تبرر تضييق الحقوق التي توزع بأغلبية المجتمع.المحكمة أبعدت هذا الإدعاء و حفظت لحقوق الإنسان التصور الوحيد الذي يمكن أن يؤمن بقاءهم : نظام الحماية للأفراد و الأقلية تماشيا مع الصالح العام[190].

فالقرارين المؤرخين في 2012 و 2014 الصادرين عن المحكمة الأوربية ضد فنلندا يؤكدان أن طلب تسجيل الجنس الجديد في الحالة المدنية كان معلق على شرط هو موافقة الزوج الآخر لتحويل الزواج إلى شراكة مسجلة أو الطلاق، والذي ترى فيه المحكمة الأوربية أي انتهاك للمادة 08 من الاتفاقية الخاصة باحترام الحياة الخاصة و العائلية و هذا تأكيد أن المغير لجنسه المتزوج يختلف عن المغير لجنسه غير المتزوج و لا يمكن المماثلة بينهما.
و هذا ما يدل أن أثر المغير لجنسه الفنلندي لا يستطيع تغيير حالته المدنية بصفة نهائية إلا إذا لم يكن متزوجا أو إذا حول زواجه إلى شراكة مسجلة للأشخاص من نفس الجنس في حالة عدم موافقة الزوج الآخر على التغيير .
و من تم فان المحكمة الأوربية تقرر بصفة غير مباشرة لإرسال الكرة للمشرع.و هذا المعنى هو المخبأ في قرار محكمة استئناف Rennes في قرار 16 أكتوبر 2012، و المعالجة الحصرية القضائية لمجموع المشاكل المرتبطة بأعراض تغيير الجنس تظهر هنا حدودها.[191]
و من خلال ما سبق يتبين لنا حسب ما وصل إليه الإجتهاد القضائي في الدعاوى السالفة الذكر، أن تغيير بيان الجنس يسجل فقط في **عقد ميلاد المعني بالأمر** دون عقد الزواج و لا عقود ميلاد الأولاد هذا **بفرنسا.**

---

[189] Voir, CEDH 16 juillet 2014, 1639, n°29.
[190] Voir, Benoît Boysson, sort du mariage du transsexuel:la cour européen persiste ! CEDH 16 juillet 2014, AJ fam. 2014, p.565.
[191] Clementine Kleitz, les femmes…., Gaz.Pal, 2012, Op.Cit, p.03.

أما **فنـلـنـــدا** فقد تطلبت حسب قانونها لسنة 2002 أن تغيير الجنس في الحالة المدنية معلق على شرط موافقة الزوج الآخر على التغيير أو أن يحول الزواج لشراكة مسجلة بعدما يتم الطلاق و إلا يرفض الطلب. مما يجعل وضعية المغير لجنسه المتزوج تختلف عن المغير لجنسه غير المتزوج.
و لعل ذلك سيتطلب من المشرع الفنلندي أن يتدخل ليشترط العزوبة للتمكن من الاعتراف بتسجيل الجنس الجديد مثلما فعلت دول أخرى منها ألمانيا، سويسرا...و يترتب على هذا التسجيل تطبيق مبدأين : عدم رجعية الحالة و التطبيق الفوري للحالة الجديدة. و هذا في دعاوى الحالة.

فماذا لو قدمت طلبات من أشخاص مغيرين لجنسهم أجانب عن دولة فرنسا أي يحملون جنسية دولة أخرى و من تم فسجلات حالتهم المدنية متواجدة في دولة أجنبية فهل يمكن تسجيل هذه التغييرات في الحالة المدنية لدولة أجنبية بموجب حكم صادر عن القضاء الفرنسي أم أن الأمر يتعلق بالنظام العام و من تم فإن تسجيل تغيير بيان النوع سسيقتصر على سجلات الحالة المدنية الفرنسية دون المساس بسجلات الدولة الأجنبية هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال النقطة الموالية .

(II)بالنسبة للأجانب عن الدولة الفرنسية :

بالرغم من أن هذا الموضوع المهم صادف الحديث عنه في إطار البحث في التشريع الفرنسي حول مدى سلطة قضاء دولة للمساس بسجلات الحالة المدنية لدولة أخرى و كذا القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص.فإننا ارتأينا أن نعالجه في ما وجدناه في القضاء الفرنسي و بالمناسبة أيضا ان نعرج على التشريعات المقارنة لنعرف موقفها من هذاه النقطة و هذا في نقطتين كالتالي:

II-أ **موقف القضاء الفرنسي**:

قبل التفصيل في هذه النقطة ارتأينا أن نعرض قرار فريد من نوعه لأنه يطرح لنا اشكالية مهمة وهي مدى سلطة قضاء دولة للمساس بسجلات الحالة المدنية لدولة أخرى هذا من جهة، و من جهة أخرى أن القضية التي سنعرضها مرفوعة من مدعية تحمل جنسية جزائرية (مسجلة بالمغرب) أي هناك تنازع للقوانين و لعل مثل هذا الأمر ليس من السهل الوقوف عليه تطبيقيا في الوسط القضائي و سنعرض فيما يلي ملخصا للنزاع الذي رفع أمام محكمة استئناف ليون " Lyon " و صدر بشأنه قرار بتاريخ 23 أكتوبر 2008 تحت رقم 07/01910 [192]:

- بموجب حكم مؤرخ في 08 فيفري 2007، المحكمة الابتدائية الكبرى ل Lyon رفضت طلب Nadiya x... المتمثل في : تصحيح حالتها المدنية و حملتها المصاريف.

تم استئناف الحكم من طرفها بتاريخ 2007/03/21، بعد عرضها لوسائها المعروضة في مذكرتها التي تطلب فيها تصحيح حالته المدنية في شهادة ميلادها المحررة في وجدة (المغرب) ب 22 أفريل 1966 بطريقة مداركة لجعل بيان الجنس **الذكوري** الموجود على عقد ميلاده المغربي يكون بأثر ملغى في **فرنسا** و أنها في فرنسا حالتها المدنية تحمل بيان جنس **أنثوي** و أن تفصل فيما يخص المصاريف و تجعلها على عاتق الدولة (بدلا من تحميلها لها)،

- النيابة العامة أجابت بتاريخ 02 أكتوبر 2007، مطالبة بتأييد الحكم مبيّنة أن الأحكام الشرعية الداخلية أو الدولية لا تسمح أبدا لقضاء فرنسي، أن **يفرض** على مصالح الحالة المدنية لبلد أجنبي تصحيح لعقودهم من حرروها.

مع الإشارة أن المدعية نادية، كانت تسمى عبد اللطيف، و غيرت إسمها بموجب قرار مؤرخ في 24 أكتوبر 2004، لتصبح نادية.
و من خلال حيثيات القرار نجد أن القضاء الفرنسي إعتبر أن مبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص لا يشكل عائقا للتصحيح في حالتها المدنية و أن تطبيق قانون المستأنفة الوطني الذي يجهل أعراض تغيير الجنس يقودنا إلى قرار يشكل بنفسه إنتهاك لحقوق الإنسان.

[192] Voir, cour d'appel de Lyon,2éme ch civ, 23 octobre 2008,n° 07/01910,Dalloz jurisprudence 2011.

دعواها هي من أجل إلغاء التمييز الاجتماعي الذي تخضع له في فرنسا، مادام أنهم تعرضوا لعلاجات طبية من أجل أن يجعلها تكتسب قطعيا جنس أنثوي، في حين أنها ولدت من جنس ذكوري و حالتها المدنية و كل الوثائق الرسمية المتعلقة بها تظهر إنتمائها إلى جنس الذكور.
تستدل بالمواد من 01 الى 14 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، التي بموجبها القضاء الفرنسي يلزم أن يؤمن لكل شخص يرفع لقضائه و بدون أي تمييز، الحقوق و الحريات المعروفة في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

و الحال أنه من خلال تطبيق المادة 3/3 قانون مدني فرنسي، فان القوانين المتعلقة بالحالة و أهلية الأشخاص تنظم الفرنسيين، حتى المقيمين في الدول الأجنبية، و لا يوجد أحكام قانونية، و لا دولية تسمح لمحكمة فرنسية أن تفرض على مصالح الحالة المدنية لدولة أجنبية تصحيح لعقود هم من حرروها.
أيضا نادية، هي من جنسية **جزائرية**، حصلت على عقد ميلاد محرر في **المغرب**، لا تستطيع الحصول في فرنسا، على تصحيح لحالتها المدنية الأجنبية، في كل مرة تطبيقا للمادة 14 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان هو من اختصاص محكمة فرنسية أن تحكم بأن شخص من جنسية أجنبية يمكن أن يعين في فرنسا تحت جنس أنثوي في حين أنه ولد من جنس ذكوري.
و من تم فإنه **رخص** لنادية أن تحصل على جنس **أنثوي فوق التراب الفرنسي** الذي تقيم فيه.

بداية يجب الإشارة إلى مسألة مهمة أثارها القرار المعلق عليه المؤرخ في 23 أكتوبر 2008، و هي أن المستأنفة كانت مسجلة في الحالة المدنية لدولة المغرب تحت بيان جنس ذكوري و طالبت من القضاء الفرنسي تصحيح لحالتها المدنية في شهادة ميلادها المحررة بالمغرب (وجدة) و جعل بيان الجنس الذكوري الموجود في عقد ميلادها المغربي **بأثر ملغى في فرنسا** لتصبح لها حالة مدنية تحمل بيان جنس أنثوي. بمعنى أن الإشكال وقع حول مدى اختصاص القضاء الفرنسي بتعديل بيان الجنس في سجلات الحالة المدنية لدولة أجنبية ؟

1-من خلال هذا القرار نجده قد ارتكز على تبرير قانوني أن الأحكام الشرعية الداخلية أو الدولية لا تسمح أبدا لقضاء فرنسي أن يفرض على مصالح الحالة المدنية لبلد أجنبي تصحيح لعقود هم من حرروها. و هو تبرير مؤسس و منطقي و يتماشى مع مبدأ سيادة الدولة،
2-أن هذا القرار قد استجاب لطلب المستأنفة في تصحيح بيان الجنس ليصبح من جنس أنثوي بدلا من الذكوري الذي ولدت به. إلا أن القاضي الفرنسي جعل هذا التصحيح يشمل فقط سجلات الحالة المدنية الموجودة في التراب الفرنسي الذي تقيم فيه أي أنه لا يمكن ان يمس بسجلات الحالة المدنية لدولة المغرب، و في **رأينـــا** أن هذا حل وسط من جهة لم يحرم المستأنفة من تصحيح بيان الجنس في عقد ميلادها بفرنسا لكنه لم يستجب للتصحيح في شهادة ميلادها بالمغرب.
إلا أنه في نفس الوقت طرح إشكال للمغيرة لجنسها باعتباره سيصبح لها عقدان للميلاد في دولتين مختلفتين عقد ميلاد بفرنسا يحمل بيان جنس أنثوي و عقد ميلاد بالمغرب يحمل بيان جنس ذكوري.
و من تم سيكون **لها أكثر من حالة** مدنية و هذا لا يتماشى مع مبدأ أن الشخص لا يحوز إلا حالة واحدة.
3-و بالرجوع إلى المشرع الايرلندي (néerlandais) نجده يريد أن يعطي لقرارات تغيير الجنس تتبع إداري حتى و لو تعلقت بأجنبي **مولود في الخارج**. في الواقع، المحكمة تأمر بايداع نسخة من عقد الميلاد الأجنبي و وضع في هامش العقد المودع نسخة منه بيان تغيير الجنس.
هذا الحل تم نقده من طرف البعض الذي قدر أن العقد المودع نسخة منه يجب أن يكون **مطابق**

للعقد الأجنبي، و هي الفكرة التي استعيدت في القانون المتعلق بإيداع نسخة من العقود الأجنبية.[193]

و لا شك أنه لو طبقنا هذه الفكرة القانونية الإيرلندية نجدها صحيحة بحيث أن القاضي الفرنسي في القرار المعلق عليه سيجعل بحكمه هذا العقد المسجل للمستأنفة في فرنسا **غير مطابق** لعقد ميلادها الأجنبي (المغربي) و سيثير مشاكل أخرى يمكن أن تطرح منها أيّ العقدين يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير ؟

II-ب **موقف الدول المقارنة حول هذه النقطة**.(تنفيذ قرار تصحيح بيان الجنس في دولة أجنبية)

من خلال مؤتمر القانون الأوربي المنعقد في امستردام بتاريخ 14- 16 أفريل 1993 المنظم من قبل المجلس الأوربي، فإنه تمت مناقشة مسألة القانون الواجب التطبيق و النظام العام، و هذا من خلال التحضير لمشروع القانون الإيرلندي، الذي لوحظ أنه لا يحتوي على قاعدة تنازع حول مدى الاعتراف بقراره في الخارج.

و في هذا الصدد، تعرض للقاعدة الواجبة التطبيق في القانون الدولي الخاص للأشخاص الذي هو دائما مرتبط بالقانون الوطني للمعني بالأمر.و من خلال التقارير الوطنية التي قدمت بهذا الموضوع ، فلا يمكن التفاؤل كثيرا؛ اذ الغريب في الأمر أنه بالرغم أن العديد من الدول الأجنبية التي تؤيد بنفسها تغيير الجنس و الدعاوى المتعلقة به، **ترفض** الاعتراف بقرار تغيير الجنس من دولة أجنبية، لسبب وحيد هو أن القانون الوطني للمعني بالأمر لم يطبق ؟ (بالرغم من تطابق القوانين في هذه المسألة).

في السويد كل الجهات القضائية، اليوم ميالة إلى الاعتراف بالقرارات الصادرة في بلد موطن الشخص. و لذلك هناك شكوك حول الحظوظ للاعتراف بالقرار الايرلندي المتعلق بالسويديين.تعترف في كل مرة بالقرارات الأجنبية المثبتت أنها معترف بها في الدولة الوطنية للمعني بالأمر.

أما ألمانيا فقد أشارت أنها لا تعترف، بصدور قرار خاص بشخص مشار إليه من طرف القانون الألماني. بمعنى أنها اعتبرت أن المحاكم الالمانية لها الاختصاص المانع (Exclusif) للاعترفا بطلبات الأشخاص التي توجههم إلى القانون الألماني و من تم القرار الأجنبي غير معترف به في ألمانيا حتى و لو كان القانون الألماني هو المطبق على ألماني[194].

كما أن تركيا، ترجع إلى معايير الاعتراف المادة 42 من قانونها المتعلق بالقانون الدولي الخاص و الإجراء المدني الدولي. يجب أيضا أن الحكم الأجنبي لا يطبق، فيما يخص دعاوى الأشخاص المتعلق بالأتراك. إذا كان المدعى عليه من جنسية تركية يحتج به للاعتراف بهذه القاعدة.إذ المعروف أن حالة الشخص في القانون التركي يحكمها القانون الوطني.

في حين أن اكسمبورغ تظهر أكثر حرية، في تقرير هذه الدولة، من المحترم أن القاضي الآمر بالتنفيذ يجب أن يعطي لطلب تسجيل في عقد ميلاد اكسمبورغ – تغيير الجنس الحاصل ليس في حد ذاته مخالف للنظام العام، في حين أن بعض القرارت الاكسمبورغية أيدوه[195].

أما سويسرا تطبق قانون الموطن السويسري للطالب.و من تم فإن هناك مجال للإفتراض أن القرار الإيرلندي الخاص بسويسري مستوطن بإيرلندا تسري آثاره في سويسرا .

---

[193] Voir, Dorothée Van Iterson, Aspect internationaux des questions liées au transsexualisme, XXIII colloque 1993, p.194.

[194] Voir, Dorothée Van Iterson, Aspect internationaux…, XXIII colloque 1993, Op.Cit, p.192-193.

[195] Voir, Dorothée Van Iterson, Aspect internationaux…, XXIII colloque 1993, Op.Cit, p.193.

و القانون البلجيكي لا يشترط أن المحكمة الأجنبية تطبق قاعدة التنازع البلجيكي التي تحيلنا إلى القانون الوطني.إنما الشرط الوحيد المقدم من المعني هو احترام النظام العام. تقدير هذا الاحترام يتنوع اعتبارا من محكمة الى أخرى.و لا إجابة محددة يمكن أن تعطى بالنظر لمختلف القرارات البلجيكية.
لكن هناك تطور قضائي، يثير حالة أو أثر مقبول في بلجيكا لحكم ايرلندي (قرار محكمة امستردام المؤرخ في 19 جويلية 1990) الذي جعل البيان تم في هامش عقد ميلاد بلجيكي.[196].

أما بالرجوع إلى أحكام القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في المواد 09 الى 24 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المادة 1/10 منه تنص على أن " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم، قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" .و من هنا إذا تعلق الأمر بتنفيذ قرار أجنبي بتغيير جنس جزائري مستوطن أو مقيم بدولة أجنبية، فإن هذا القرار سيكون غير قابل للتنفيذ بالتراب الجزائري لسببيـــــــن:

1-أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري باعتباره قانون جنسيته،
2-أن القرار الأجنبي مخالف للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر . (باعتبار أن تغيير الجنس لأسباب نفسية لم يتم إجازته في المجتمع الجزائري).
أما إذ تعلق الأمر بتصحيح بيان الجنس في حالة الخنثى فإن الأمر يتطلب فقط مراقبة ما إذا كان القانون المطبق هو قانون جنسيته و من تم يصبح قابل للتنفيذ بعد المصادقة عليه من طرف المحاكم الجزائرية المختصة نوعيا بذلك.

ثانيا:اجراءات تصحيح بيان النوع بمـصـــــر
إن ما ورد في المادة 36 من قانون الأحوال المدنية رقم 260 لسنة 1960 المعدل بقانون رقم 11 لسنة 1965، و المعدلة بالمادة 47 من قانون الأحوال المدنية الجديد رقم 143 لسنة 1994 هو القاعدة العامة في تصحيح قيود الحالة المدنية،[197] هو القاعدة العامة في تصحيح قيود الحالة المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد، الوفاة، قيدة الأسرة، إلا بناء على قرار يصدر من الجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 46 من هذا القانون.إلا أن هذه القاعدة العامة فقد ورد عليها استثناء على سبيل الحصر في أمور الجنسية، الديانة ، المهنة، الزواج و بطلانه، التصادق، الطلاق، التطليق، التفريق الجسماني، واثبات النسب، و أوجب ان يتم تصحيح هذه القيود عن طريق رفع دعوى قضائية أو بناء على وثائق صادرة من جهات الاختصاص، و ليس بطلب إلى اللجنة المشار إليها أنفا[198].

و بناءا على ذلك يتضح أن الطريق القانوني لتصحيح قيود الحالة المدنية في مصر يتم إما بواسطة تقديم **طلب تصحيح**، إلى اللجنة الثلاثية طبقا لمادة 46 من القانون السالف الذكر كقاعدة عامة، إما أن يتم رفع **دعوى قضائية** طبقا لنص المادة 2/47 من ذات القانون، و يؤول الاختصاص فيها للمحاكم الابتدائية و تنظرها دائرة الاحوال الشخصية تطبيقا للمادة 1/8 من اللائحة الشرعية[199].

و مادام الأمر يتعلق بتصحيح بيان الجنس في حالة الازدواج الجنسي فإن الأمر يتعلق بتقديم طلب تصحيح إلى اللجنة الثلاثية طبقا للمادة 46 من قانون الأحوال المدنية الجديد في مصر.و هذا الأمر إن صح على حالة الازدواج الجنسي العضوي، فهو لا يصح في حالة الازدواج الجنسي النفسي.
إلا أن الأمر كان على حد السواء في كلا الحالتين سواء العضوي أو النفسي و هو ما يؤكده الحكم القضائي الصادر في قضية سالي المشهورة في مصر الذي أوضح انه تم تغيير بيان جنسه بموجب قرار صادر عن اللجنة الثلاثية (رغم أن الأمر يتعلق بتعديل بيان جوهري و ليس تصحيح).

---

[196] Voir, Dorothée Van Iterson, Aspect internationaux…, XXIII colloque 1993, Op.Cit, p.194.
[197] الجريدة الرسمية عدد 23 بتاريخ 9 يونيو 1994.
[198] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 363.
[199] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 364.

ثـالثـــا :اجراءات التصحيح لبيان النوع بالـجـــزائـــــر .

تصحيح أو تعديل سجلات الحالة المدنية **عموما** في الجزائر يتم بطريقتين كما سبق توضيحهم هما إما الطريق الاداري، إما الطريق القضائي .

1-طلب التصحيح الإداري :

هو ما أجازته المادة 51 من قانون الحالة المدنية الجزائري، بموجب طلب يوجه ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا الموجود في دائرة اختصاص البلدية التي سجلت أو قيدت في سجلاتها الوثيقة المشوبة بالخطأ أو النقصان، أو يجري ذلك من تلقاء نفسه. و هو يشمل تصحيح الأخطاء المادية الصرفة. و من تم إذا تعلق الأمر هنا مثلا بخطأ في جنس صاحب الطلب، أو سهو عن ذكر بيان الجنس عند تسجيل بيانات عقد الميلاد[200]، و هو ما يجعل الأمر مستبعد اذا تعلق الأمر بتعديل بيان الجنس لكون المشرع الجزائري لم ينظمه ضمن أحكام التصحيح و يجعل الطلب مرفوض في حالة تقديمه من مغير لجنسه لأسباب نفسية، أما إذا تعلق الأمر بتغيير جنس عضوي فإن الأمر مختلف ويجعل دعوى التصحيح الإداري مقبولة قانونا و قد سبق لنا و أبدينا تعليقنا حول هذه المسألة سابقا إذ الأمر يتطلب نوع من الحيطة و الحذر في مثل هذه الدعاوى.

أما عن كيفية تنفيذ قرار التصحيح، فإن الأمر يتعلق بتوجيه وكيل الجمهورية الأمر إلى ضابط الحالة المدنية مباشرة بقصد تصحيح الأخطاء و إتمام النقص، و تقييد ذلك في هامش الوثيقة موضوع التصحيح المدونة في سجل الحالة المدنية.

2-طـلـب الـتـصـحـيـح الـقـضـائـــي :

و هو ما نصت عليه المواد 49 و 50 من قانون الحالة المدنية الجزائري و هذا في حالة وجود نقص أو خطأ غير مادي و البيانات المخالفة للحقيقة هي التي تكون موضوع تصحيح قضائي. و يقدم بموجب طلب مكتوب يقدم من شخص له مصلحة، إلى رئيس المحكمة بواسطة وكيل الجمهورية. و إما بناء على طلب يقدمه وكيل الجمهورية نفسه مباشرة إلى رئيس المحكمة إذا كان الخطأ أو النقص يتناول بيانا من البيانات الأساسية للوثيقة أو القرار القضائي المطلوب تصحيحه[201].

و تكون المحكمة المختصة هي التي يوجد بدائرتها اختصاص البلدية المسجل أو المقيد في سجلاتها الوثيقة المطلوب تصحيحها قد سجلت أو قيدت في سجلات الحالة المدنية الموجودة بالمراكز القنصلية الجزائرية بالخارج أو في سجلات الحالة المدنية المحلية للبدان الأجنبية[202].

أما عن كيفية تنفيذ قرار التصحيح، فإنه بعد صدور أمر بتصحيح الوثيقة وفقا لشكل المطلوب مجانا دون رسوم و لا مصاريف ، يتعين على وكيل الجمهورية إرسال نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية و أخرى لكتابة ضبط المجلس القضائي يأمره بتقييده فورا في هامش السجل السابق تسجيل فيه الوثيقة الواقع عليها. و إلا جعلت ضابط الحالة المدنية معرض لعقوبة مالية قد تصل إلى 200 دج توقعها المحكمة الفاصلة في المواد المدنية زيادة على التعويضات اللازمة ضد أمين السجل[203] و لم يذكر

---

[200] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية...، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 171-172.

[201] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية...، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.172.
بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.46.

[202] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية...، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.173.

[203] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية...، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 173-174.

المشرع الجزائري أن تصحيح أو تعديل بيان الجنس في حالة تغيير الجنس النفسي ممكنة مما يجعل أن هذا الطريق غير مختص قانونا في مثل هذه الدعاوى لمخالفتها للنظام العام في الجزائر.

و الجدير بالملاحظة أن كل قرار بتصحيح وثيقة من وثائق الحالة المدنية سواء كان قرار إداريا أو قرارا قضائيا يجوز أن يقع الاحتجاج به من قبل أي شخص له مصلحة في ذلك تطبيقا للمادة 54 من قانون الحالة المدنية الجزائري التي نصت على أنه: " يجوز للعموم المعارضة (est opposable a tous)[204] في أي تصحيح قضائي أو إداري لعقد أو مقرر قضائي متعلق بالحالة المدنية .
هذا عن تصحيح بيان الجنس في سجلات الحالة المدنية، فما عن تصحيح الإسم للمغير لجنسه؟ هذا ما سنجيب عنه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

تغيير الإسم الشخصي كنتيجة لتغيير الجنس.

فرد الحالة المدنية، له جنس الذي هو ترجمة لبعض الخصائص التناسلية. له سن الذي لن يكون إلا لأنه يتصرف بتاريخ الولادة (الذي هو أيضا قد لايكون أكيد).له إسم هو اليوم غالبا يشير بصفة غير مباشرة للسن و الجنس، بالنظر إلى خصائص أخرى.[205]
الإسم يعتبر الممثل الرئيسي -أو القاصر على- للفرد، متحرر من أي إرتباط عائلي، موضوع حيازة (على الأقل في ظل العائلة) ركيزة شخصانية (personnalissime) للشخصية.كما أن الإسم أعطي من أجل إستعماله من قبل الطفل، ليس لربطه بعائلته.و لهذا ليس له نفس وظيفة اللقب.[206]
يعتبر الإسم عنصر إلزامي لتعريف الأشخاص يسمح باختلاف الأفراد في العائلة و أيضا في المجتمع.
هو إذا تصور لحالة الأشخاص التي تمس مرة بالمجال الخاص وأخرى بالمجال العام. و الحال أن المشرع أعطى للوالدين الحرية لإختيار إسم لأولادهم، هذه الإستقلالية ليست مجردة.رقابة الدولة تتدخل لتضمن تماسك في إختيار الإسم و أيضا في إطار تغيير الإسم.
الإسم، هو تكميلي للقب العائلي، عنصر جدي في هويتنا و خصوصيتنا.و هو عنصر أثير(précieux) الذي يتخذ عموما مفهوم عائلي و ثقافي، مرة بإختياره حتى لإصله.و الحال أن الإسم يظهر متروكا لمجموعة قانونية أقل فعالية.[207]
الإسم مثل اللقب هو بحسب الأصل ثابت، و هذا ماتؤكد المادة 1 من قانون "6 Fructidor An II ":
«أي مواطن لا يمكن أن يحمل لقبا، و لا إسما آخر غير ما هو مدون في شهادة ميلاده».[208]
و من تم فإنه لا يمكن إتخاذ إسم أو لقب مخالف لما تبت تدوينه في سجلات الحالة المدنية، و الأوراق الرسمية الخاصة بها، و التي تتضمن البيانات الشخصية التي تعكس صورة الفرد في المجتمع، و يتميز بها عن غيره.
و هذا ما يؤدي إلى عدم جواز إستعمال إسم آخر في شهادة ميلاد جديدة، و لا بطاقة شخصية أو جواز سفر إلى غيرها من الوثائق الرسمية حتى و لو كان إسم شهرة، إلا إذا كان صدر حكم أو قرار بذلك من الجهة المختصة و بإتباع الإجراءات المحددة لذلك قانونا.[209]
و هذا ما قد يوحي لنا بالقول أن للشخص الحق في أن يتخذ إسما حقيقيا يدعى به لتمييزه عن أفراد المجتمع الآخرين.و هذا بإعتبار الإسم له نظام يهدف إلى تحقيق الأمن المدني، و حق من الحقوق

---

[204] و هي ترجمة خاطئة المفروض يحتج به تجاه الجميع.
[205] Voir, Baptiste Coulmount, changer de prénom une sociologie des usages de l'état civil, rapport de recherche pour la mission de recherche droit et justice, université paris 8, janvier 2013, p.63.
[206] Voir, Jean hausser, le choix d'un nom comme prénom et la finalité du prénom, RTDciv 2008, p.271.
[207] Voir, Geoffroy Hilger, l'office du juge et le prénom, petites affiches, 13 jan 2013, n° 118, p.5 et 13.
[208] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.38.
[209] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.610.

اللصيقة بالشخصية.و مع ذلك فإن الفرد يستطيع تغيير إسمه إذا توافرت شروطه و ليس إستجابة لإرادته الحرة أي أن هناك قيود ترد على حق الشخص في تغيير إسمه.[210]

و في هذا الصدد أثير جدل حول دور المظهر الجسدي في تغيير الإسم التي تطرح مباشرة مسألة العلاقات بين الجسد و نصوص الحالة المدنية. فتغييرات الإسم تضع في الساحة تصورات أكثر قانونية، إحداها الأخذ بعين الإعتبار الجسد، في مختلف أبعاده التي يعتبر إحداها هو البعد الجنسي (dimension sexuée).

فالجنس هو مباشرة مسجل في شهادة الميلاد، و بصفة غير مباشرة في الإسم. و إختلاف الجنس يمثل كتصنيف ثنائي و متدرج.و بهذا يتم إختيار الأسماء في فرنسا و في العديد من الدول و منها الجزائر حسب نوع الجنس فيكون إما إسم ذكوري أو إسم أنثوي و أحيانا قد يحمل الشخص أسماء مشتركة (mixtes) بين الذكور و الإناث، فنجد أن التعليمية العامة المتعلقة بالحالة المدنية، تؤكد منه 1999 أنه "في كل حالات الغموض الجنسي، يجب نصح الوالدين لإختيار لطفلهم أسماء يمكن أن يحملها البنت أو الولد".و هذا ما يدل على أن الأسماء تقترن بالجنس.و بهذا فإن طلبات تغيير الإسم بسبب النوع (genre) نسبيا كثيرة الوقوع.و بهذا نجد أن التوتر بين الجنس (التناسلي) و النوع (للإسم) ليس قوي إلا في ملفات الأشخاص الذين يبحثون على تغيير لجنسهم و يطلبون **مسبقا** على الإعتراف القضائي بتغيير جنسهم تغيير إسمهم[211].لذا فإن الإجتهاد القضائي القديم قد قبل طلبات تغيير الإسم في حالات تغيير الجنس النفسي قبل إجراء الجراحة و بدون حتى أن يتم تغيير بيان الجنس الوارد في شهادة الحالة المدنية.[212]

بالرغم من أن تغيير الإسم بدون داع يعتبر أمر غير مبرر و لا تتوافر فيه أي مصلحة و لهذا فإنه في حالة تغيير الجنس النفسي يرتبط حق الشخص في تغيير إسمه بتغييره لهويته الجنسية، و الذي عبر عنه بعض الإجتهاد القضائي الحديث و كذا الفقه الفرنسي بأن تغيير الإسم أصبح النتيجة المحتومة لتغيير الجنس[213]، لجعل الإسم يتطابق مع الجنس الجديد و هذا ما يؤكد مدى الإرتباط بينهما.

و من ثم ثار التساؤل حول التكييف القانوني لحق الفرد في تغيير إسمه أهو نتيجة لتغيير جنسه؟ أم لوجود مصلحة مشروعة تبرر ذلك؟ و لذا فإن من الواجب علينا التعرض لتحديد طبيعة الحق في الإسم بصفة عامة (المطلب الأول) و منه لنصل للإجابة على تساؤلات أخرى منها هل للمغيرين لجنسهم مبرر قانوني، و مصلحة في تغيير إسمهم؟

و ما الإجراءات الواجب إتباعها لتغيير إسمهم و جعله يتماشى مع الجنس الجديد المكتسب؟ (المطلب الثاني).و هل من حقه الحصول على أوراق تتماشى مع حالته الجنسية الجديدة و مستندات رسمية لذلك (المطلب الثالث).

المطـــلب الأول

التـكـييـف القـانـونـي للإســـم

كل شخـص له إســم، الذي هو ملزم لحمله في علاقاته مع الغير في كل مجتمع. فهل هناك حق في الإسم؟ فكما هو معروف الحق في اللقب حاليا معترف به. و لكن يبقى معرفة التكييف القانوني للإسم الذي من الصعب معرفته، و الذي إختلفت فيه الإتجاهات الفقهية التي سنتـعـرض لها بإيجاز بمـا يخـدم مـوضوع بحثنا.

---

[210] أنور السلطان، المرجع السابق، ص.220.
أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.620-622.

[211] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.63 à 65.

[212] Voir, C.Cass, 16 Dec 1975,D.1976, 397, note Lindon, cité par Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.38.

[213] Voir, Isabelle Corpart, Etat des personnes, Trois décisions d'appel éclairent les conséquences du transsexualisme en matiére de changement de prénom, Revue juriididique personnes et famille, sep 2011, n°9, p.14.

الإتجاه الأول: و يندرج ضمنه تكييف الإسم تحت وصف واحد بحسب كل نظرية تناولها هذا الإتجاه و من تم أعطي للإسم وجه واحد و يتغاضى عن بقية الأوجه المختلفة، و لكن رغم هذا إعتبره البعض فيه قصور و أنه يؤدي في الغالب إلى رفض أية حماية للإسم و تمثلت هذه النظريات في:
1/ فحسب المؤلف المشهورPlaniol ، فإن الإسم يمثل "مؤسسة للأمن المدني" تصدر في مصلحة المجتمع، ليسمح للدولة لتفرد أشخاص القانون. و من خلال هذه النظرية جاء إلزام حمل إسم و إتقانه من طرف الدولة، مع إمكانية تغييره.[214]
و يمكن إقامة المسؤولية التقصيرية حسب نصوص القانون العام الفرنسي تطبيقا للمواد 1382 و1383 من القانون المدني، و إثبات الضررالحاصل نتيجة التعد على إسمه بإعتبار البعض ينكر وجود حق للملكية، لكن الإجتهاد القضائي قد إعترف بدعوى الدفاع (une action en défense) التي تخرج عن قواعد المسؤولية المدنية و تلتمس وجود حق في الإسم.[215]
2/ حسب النظرية التقليدية، الحق في إسم هو موضوع "حق الملكية" التي ذهبت إلى القول أن: الحق في الإسم هو حق خالص[216]. و أن الإستعمال التعسفي لإسم الغير يعد مساسا بالملكية.
و قد تعرضت هذه النظرية للنقد سواء من حيث مضمونها أو من حيث تغاير الخصائص القانونية لكل من الإسم و حق الملكية.[217]
3/ معظم المؤلفين يتفقون للإعتراف للإسم بالطبيعة الإزدواجية (dualité de nature) فهو من جهة حق العائلة، لأنه خاصية للنسب و يسمح بإرتباط شخص بعائلة.
و من جهة ثانية هو حق من الحقوق الشخصية، لأنه وسيلة لتعريف الأشخاص و متعلق بالحياة الخاصة للفرد.[218]

الإتجـاه الثـاني: حاول البحث عن تكييف للإسم يتسم بالشمول لجوانب متعددة، و وجدوا ضالتهم في الطبيعة الثلاثية للإسم، أي إعطاء الإسم طبيعة متعددة الأوجه، فهو في نفس الوقت:
1- نظام للأمن المدني ، 2- مظهر للحالة العائلية ، 3- حق من الحقوق الشخصية أي أنه جمع بين نظريتين من النظريات السالفة الذكر في الإتجاه الأول و قد وجد هذا الإتجاه صداه عند الفقه الفرنسي لملاءمته لما هو مستقرعليه في المجتمع الفرنسي.[219]

في حين أن الفقه المصري ذهب لإعطاء الإسم التكييف القانوني المزدوج بإعتباره حقا من **الحقوق الشخصية** و في نفس الوقت **واجبا عليه** إذ جاء في المادة 50 من القانون المدني المصري مبدأ حماية الحقوق الشخصية عموما
و في المادة 51 منه الحماية الخاصة للإسم، هذا من جهة، و من جهة ثانية فهو واجب، حيث يعد الإسم نظاما إداريا تتخذه الدولة لتمييز أفرادها عن بعضهم من أجل تحقيق أمن المعاملات.
و الملاحظ أن مصر لم تتبنى فكرة أن الإسم من حقوق العائلة على خلاف الفقه الفرنسي، و قد يعود ذلك إلى ظروف كل مجتمع بإعتبار أن مسألة الألقاب الأسرية ليس لها أهمية في مصر[220].

أما بالنسبة للفقه الجزائري، فإن معرفة أي تكييف قانوني تبناه يمكن إستنتاجها من خلال المادة 28 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن:"**يجب** أن يكون لكل شخص لقب و إسم فأكثر، و لقب الشخص يلحق أولاده".
"يجب أن تكون الأسماء جزائرية، و قد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين".

---

[214] Voir, Muriel parquet, Droit des personnes, Bréal, 2002, p.56.
[215] Voir, Muriel parquet, Op.Cit, p.56-57.
[216] Voir, Muriel parquet, Op.Cit, p.57.
[217] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.614.
[218] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.615-616.
Muriel parquet, Op.Cit, p.57.
[219] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.617.
[220] أنظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.618-619.

و كذلك المادة 63 من أمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري التي جاء فيها "يبين في عقد الميلاد ...الأسماء التي أعطيت له و أسماء و ألقاب.....الأب و الأم....."

و من خلال ذلك يمكن القول أن الإسم يعتبر أحد عناصر **الحالة العائلية و الشخصية**.و في نفس الوقت يعد **واجبا**، على أساس أنه نظام إداري يهدف إلى إتخاذ كل فرد إسما يتميز به عن غيره و يسهل تعامله مع الآخرين.و بهذا يكون الفقه الجزائري يتماشى مع الفقه الفرنسي في إعطاء الوصف الثلاثي للإسم، و أعطى إهتماما باللقب و ركزعلى أن لقب الشخص يلحق أولاده من خلال المادة 28 من القانون المدني الجزائري.

المـطـلب الثـــانـــي

الإجـــراءات الواجـب إتبـاعـــها لتغييـــر إســم المغيــر لجنسه

رغم ثبات الإسم الشخصي، و عدم جواز التصرف فيه أو النزول عنه، و منع تغييره بالإرادة المنفردة للشخص، و هو خارج دائرة التعامل فيه، بإعتباره واجبا تفرضه المصلحة العامة للدولة، إلا أنه من الممكن أن تتوافر دواع تستدعي تغيير الإسم أو تعديله كما هو الحال في الخطأ المادي في الإسم أو عدم تناسبه مع شخصية صاحبه لما يتضمنه من إستهزاء أو سخرية.

أما فيما يتعلق بموضوع دراستنا و هو حالة تغيير الجنس، فإن الأمر يتطلب نوعا من التوضيح حول ما إذا كان الإجراءات الواجب إتباعها هنا هي نفسها، المستعملة في حالة تصحيح الأخطاء الواردة في الأسماء التي تتطلب تطبيق المادة 60 من القانون المدني الفرنسي. أم أن الإجراء مختلف خاصة أمام الجدل الفقهي حول حظر أو جواز تعديل بيان الجنس في سجلات الحالة المدنية و من تم تغيير الإسم تبعا لذلك؟

و المتفحص للإجتهاد القضائي الفرنسي حول تغيير الإسم عموما، يلاحظ أن ثبات الإسم أصبح أكثر فأكثر ليونة (malléable)[221]، و هذا على مدار الوقت و نسبينه من خلال التطرق لتغيير الإجتهاد القضائي الفرنسي حول موضوع تغيير الإسم، و بالأخص في حالة تغيير الجنس. و كذا إلقاء نظرة على موقف الولايات المتحدة حول مسالة تغيير الإسم و دول أجنبية أخرى.

فإذا كان الإسم يسمح بتفريد الشخص بين أجناسه، لا يسمح دائما بتحديد أكيد لجنسه .و لا يوجد أي نص يفرض ملائمة بين الإسم و الأسماء المختارة و جنس الطفل. و إنما جرت العادة لربط متبادل طبيعي للإسم مع الجنس.

فهل يمكن القول أن تغيير الجنس يعتبر مبرر كاف للمغيرين لجنسهم ليطالبوا بتغيير إسمهم لجعله متطابقا مع الطابع الذكوري أو الأنثوي لمظهر الأشخاص؟ و ما هي الإجراءات المتبعة في مختلف الدول منها الأجنبية و العربية للوصول إلى الحصول على تغيير إسم المغير لجنسه؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه.

الفـــــرع الأول

الإجراءات المتبعة لتغيير الإسم بفرنسا و أمريكا و دول أجنبية أخرى

حسب الإجتهاد القضائي، الإحترام الواجب للحياة الخاصة يتضمن أن المغير لجنسه يمكن له الحصول على لإسمه[222].

لقد شهد القانون الفرنسي حركة تشريعية مهمة على مدار عدة سنوات في مجال تغيير الإسم الشخصي لأصحاب الشأن، نجد أنفسنا ملزمين إلى أن نعرج عليها لمعرفة المراحل المختلفة و موقف المشرع، و

[221] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.11.

[222] Voir, Patrice HILT, Transsexualisme: états des lieux, sur site http/www-iej.u-strasbg.fr/LE TRANSSEXUALISME.htm, p.08.

القضاء عند كل مرحلة من مسألة تغيير الإسم في الحالة المدنية ليتسنى لنا الوصول إلى إيجاد حل معقول للأشخاص المغيرين لجنسهم الذين يحملون أعراض تغيير الجنس، و مدى إمكانية تغييرهم للإسم أهو ممكن قبل تغيير بيان الجنس أم أنه نتيجة لتغيير بيان الجنس؟. و هذا بتتبع التشريع الفرنسي والأمريكي و إجراء مقارنة بينهما، ثم نعرج على دول أخرى بما يخدم موضوع بحثنا.

أولا: الحركة التشريعية لتغيير الإسم بفرنسا.

بإعتبار أن الإسم هو وسيلة لتمييز الأفراد فيما بينهم، فإنه قد نشأ مبدأ ثبات الأسماء؛ أي أن الإنسان لا يستطيع تغييره دون إتباع إجراءات قانونية معينة، تبرر الخروج على هذا المبدأ.فما هي قيود هذا التغيير؟ لمعرفة هذه القيود كان علينا أن نتتبع مختلف النصوص القانونية التي صدرت بفرنسا التي لها صلة بتغيير الإسم الشخصي و هذا في ست مراحل تباعا:

1-مرحلة قانون " II Fructidor An 6" الصادر بتاريخ 23 أوت 1794، الذي نص على عدم جواز اتخاذ اسم أو لقب مغاير لما هو مدون في شهادة الميلاد[223].

2- قانون 1 أفريل 1803؛ لم يكن يسمح بتغيير الإسم حتى و لو كان هذا التغيير يتمثل في مجرد إضافة إسم شخص آخر إلى جانب الإسم الشخصي الأول. بمعنى بقاء مبدأ ثبات الإسم قائما. و لم يسمح القضاء الفرنسي بتغيير الإسم الشخصي إلا في الحالة الغلط أو لإعتبارات النظام العام. و رفضت باقي الطلبات حتى و لو كانت مؤسسة على إعتبارات الملائمة أو المصلحة الخاصة[224].

3-مرحلة قانون 23 أفريل 1949 ؛ سمح بتغيير أسماء الأطفال **المتبنين** و هذا بتعديله المادة 350 من القانون المدني القديم. إضافة إلى قانون 3 أفريل 1950 المتضمن **فرنسة** الأسماء في وقت الدخول في الجنسية الفرنسية.

ثم جاء قانون 31 ديسمبر 1953، لتلطيف و لتليين مبدأ ثبات الأسماء، ليسمح بتغيير الأسماء الهزلية المثيرة للسخرية (ridicules) أو لتنظيم المناداة التي عرف عليها الفرد[225].

4-مرحلة قانون 12 نوفبر 1955 ؛ أي سنتين فيما بعد قانون 1953، أصبح من الجائز أن يطلب الشخص تغيير إسمه إذا توافرت مصلحة حددها القانون، و هي في عدة حالات: إذا تضمن الطلب، تغيير لأسماء هزلية (ulesridic)، أو غير مرغوب فيها أو مخالفة للعادة (Extraordinaire)، أو ذات الطابع القديم (Désuet)، أو بسبب نطقها الأجنبي التي يستحيل الإحتفاظ بها.هذا القانون الذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 13 نوفمبر 1955 الذي عدل المادة 57 من القانون المدني الفرنسي أنذاك.

و الذي بموجبه عرف مصطلح جديد "المصلحة المشروعة"(L'ntérêt légitime)، و كان من الضروري إعادة تعريفه من خلال إعطائه مركبين "مصلحة الطالب و مصلحة المجتمع الذي يتواجد فيه الطالب". و إعتبر القضاة الفرنسيين منذ 1955 أن مصلحة الطالب مؤمنة بنسبة جد قليلة[226].

و هو الذي جعل Branlard في مؤلفه يضيف أن للمغير لجنسه نفس الأسباب لمحو (d'éffacer)، آثار ماضيه من أجل استقراره مع الإسم الجديد[227].

خلال هذه الفترة كان أمام تغيير إسمه بعد إستيفائه القيود القانونية أن يختار إجراء تغيير إسمه بالطريق القضائي و هذا بتقديمه الطلب أمام المحاكم الإبتدائية[228].

---

[223] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.38.

[224] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.623.

[225] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.17-18.

[226] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.18-19.

[227] J.Branlard, Op.Cit, n°1724, p.538.

[228] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.19.

حوالي (10) عشر سنوات فيما بعد هذا القانون، محكمة إستئناف باريس ضيقت التفسيرات للمصلحة المشروعة، إذ الإجتهاد القضائي بيّن أن أغلبية الطلبات الموجهة للمحاكم تمركزت حول الأسماء الهزلية أو ذات الطابع القديم[229].

5- مرحلة التعديل الجديد بعد 20 سنة، بصدور قانون 08 جانفي 1993 تحت رقم 93-22[230]، الذي بموجب عدل المشرع الفرنسي المادة 57 و إستبدلها بالمادة 60 من القانون المدني الفرنسي الجديد، و إستحدث قاضيا جديدا مختصا بالشؤون الأسرية من أجل النظر في دعاوى تغيير الإسم، التي كانت سابقا من إختصاص المحاكم الإبتدائية.و أصبح كل الأشخاص الذين لهم مشكل مع جسدهم يمكنهم التقدم أمام القاضي المختص[231]، الذي ترك له سلطة تقدير توافر المصلحة المشروعة.و بهذا نجد أن مبدأ ثبات الإسم يبقى مبدأ الإسناد.

بعض القانونيين يجدون ضرر لفهم الحالة المدنية، التي تعتبر وسيطة، باعتبار أن الثبات يحتج به.وهذا ما لا يمكن إلا أن نسميه نظرية التحليفسي للحالة المدنية (théorie psychanalytique de l'état civil)، إذا نجد أن أن قرارات القضاء تؤسس على المعيار النفسي و الفردي الأكثر فأكثر ترجيحا، على سبيل المثال عرض على المحكمة إستئناف باريس بتاريخ 25 نوفبر 1993، حالة التفاوت (distorsion) المحسوس للمستأنف بين أسمائه و مظهره الجسدي.و كذا من خلال قرار آخر مؤسس حول البحث عن الهوية (la recherche d'identité): المصلحة المشروعة متواجدة عندما الإسم الجديد «يتطابق مع السعي الشخصي العقلاني و العميق لإيجاد هويته، و تحت هذه الهوية، مكانة في المجتمع»، و هذا من خلال الدعوى التي عرضت على المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Angers بتاريخ 7 ديسمبر 1991[232].
و بهذا يكون قانون 8 جانفي 1993 المتعلق بتغيير الإسم قد ساير التيار الشائع في الفقه و القضاء الفرنسي[233].

و بناء على ذلك يثار التساؤل السالف الذكر، هل يعد التغيير الظاهري لجنس الفرد مبرر و فيه مصلحة مشروعة لتغيير الإسم بما يتفق مع الجنس الجديد؟
و هل هو ممكن تغيير الإسم قبل تغيير بيان الجنس أم أنه نتيجة لتغيير بيان الجنس؟
و لإجابتنا في **هذه المرحلة** على هذا التساؤل إرتأينا أن نتعرض بإيجاز لبعض القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي، بعد محاولتنا إعطاء تعريف للمصلحة المشروعة.

-1مفهوم المصلحة المشروعة لتغيير الإسم:

تدريجيا، بالنظر لأهمية الإسم لتعريف الأشخاص، يظهر أن بعض المصالح الخاصة يمكن أن تترأس لتغيير الإسم (مثل القضاء على التمييز).
الإشتراط الوحيد "المصلحة المشروعة" التي تقيد تغيير الإسم. أيضا المادة 60 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن كل شخص يبرر المصلحة المشروعة يمكن له أن يطلب تغيير الإسم.
و بهذا فإن القضاة الفرنسيين يقدرون، في حين أن المصلحة المشروعة تجسد عن طريق إدخال مطابقة لعقود الحالة المدنية مع حالة الواقعة الدائمة.الأكثر من ذلك أن هذا لا يشكل مساسا بالحماية القانونية في العلاقات بين الأشخاص.[234]

[229] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.21.
[230] Voir, Loi n°93-22 08 jan 1993modifiant le code civil français relative a l'état civil a la famille et aux droit de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.
[231] J.Branlard, Op.Cit, n°1728, p.539.
[232] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.27-28.
[233] J.Branlard, Op.Cit, n°1724, p.538.
[234] Geoffroy Hilger, petites affiches 2013, Op.Cit, p.12.

كما أن المصلحة المشروعة تقدر حسب رغبات الطالب و المحيط الإجتماعي و الثقافي للشخص هي فكرة فردية ، مرة موضوعية و ذاتية. تعكس المجتمع الحالي.[235]

و يرى البعض الآخر أن المصلحة المشروعة ، هي تبادل تقدير in concreto، بمعنى يجب البحث عن إذا كانت وضعية المعني تمثل مصلحة مشروعة[236]، و أن الصعوبة تتمثل في تفادي خلط موضوعية القاضي؛ يجب ألا نخلط أبدا مع الموافقة الشخصية للطالب[237].
المصلحة المشروعة تكون على حسب ظروف كل حالة و ليس حسب الصالح العام.و عندما نحددها بمبرر النظام العام، بدون البحث إذا كان بالنظر للظروف، حالة الأشياء المتضرع بها لم تكن من طبيعة تمثل بالنسبة للمعني مصلحة مشروعة عند إستعادته لإسمه الأصلي تكون محكمة الإستئناف، لم تعطي أساس قانوني لقرارها[238].

إذا من الصعب إعطاء مفهوم لها، لأنه يتغير من شخص لآخر و من حالة لأخرى و من قاضي إلى آخر.
و لذلك فإن العديد من الظروف الأخرى يمكن أن تقود القاضي لقبول تغيير الإسم، بمجرد إعطاء وكيل الجمهورية لرأي موافق على الطلب. فتغيير الإسم يتم قبوله لشخص متبني، و من ديانة إسلامية أو لأفراد يرفضون إسمهم الأجنبي الأصلي أو تبعا لتغيير الحالة المدنية المرتبط بتغيير الجنس (transsexualisme)[239]، و في مثل هذه الحالة الأخيرة يمكن للمعني الإختيار بين أمرين:

1-إما الإرتكاز على المادة 99 من القانون المدني الفرنسي بممارسة **دعوى الحالة** من أجل تغيير الحالة المدنية للفرد من جهة لنوعه (son genre) و من جهة لإسمه (مثل ما هو الحال في قضية C.A Lyon 04 juin 2009 ، التي سنفصل فيها تباعا).

2-أو بصفة **مستقلة** عن هذا الإجراء بتصحيح عقود الحالة المدنية للمغيير لجنسه (transsexuel) إذا برر المصلحة المشروعة، يمكن ألا يطلب إلا تغيير الإسم تأسيسا على المادة 60 من القانون المدني الفرنسي.و في إطار تغيير الإسم المطلوب من المغير لجنسه لأسباب نفسية، القاضي ليس له أي إلتزام بإختيار أسماء محايدة (neutre) كإسم جديد للمغير لجنسه. و إنما يمكن له أن يبقي على إسم جد أنثوي أو جد ذكوري[240].
كل الأشخاص الذين يرغبون في تغيير الإسم، يخضعون للإجراء الكلاسيكي لتغييرالإسم.و يجب أن يبررون المصلحة المشروعة[241].محكمة النقض تمارس رقابة خفيفة على هذه المصلحة المشروعة[242].يجب التأكيد أن النص يتحدث عن المصلحة المشروعة و ليس "القاهرة"[243].

معيار المصلحة المشروعة يمكن أن يتغير مع الوقت، الأمر الذي يبرر أن حامل الإسم يمكن أن يغير رأيه.لذا يجب على القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار بالمعيار في الوقت الذي يفصل فيه. [244]

---

[235] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger, changement de prénom:Paroles se juge, Aj Fam 2012, p.320.
[236] Voir, Geoffroy Hilger, petites affiches 2013, Op.Cit, p.11.
[237] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger, ..paroles de juge, Aj Fam 2012, Op.Cit, p.320.
[238] Voir, cass, 1 er civ, 02 mars 1999, pourvoi n° 97-15.958, Bull, 1999, I, n°76.
[239] Voir, Geoffroy Hilger, petites affiches 2013, Op.Cit, p.12.
[240] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.08.
[241] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.08.
[242] Voir, cass 1 er civ, 16 novembre 1996. Cité par Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.39 marge 37.
[243] Voir, cass, 1 er civ, 20 octobre 1981, pourvoi n° 79-16.685, Bull, 1981, I, n°299.
[244] Voir, cass, 1 er civ, 22 juin 1999, pourvoi n° 97-14.794.
Geoffroy Hilger, petites affiches 2013, Op.Cit, p.11.
Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.39.

في غياب أي نص تشريعي و أمام سكوت القانون المدني الفرنسي، لا يوجد أي شيء يمكن أن يعارض تغيير عقود الحالة المدنية المرتبطة ببيان الجنس و بالإشارة لأسماء الأشخاص المغيرين لجنسهم[245]، و من ثم فإن أعراض مرض اللاإرتياح في النوع تخضع كليا للسلطة التقديرية للقاضي.

و الحال أنه إذا كان أغلب المحاكم الإبتدائية الكبرى، تجري بصفة شبه آلية تغيير الإسم بمجرد تبيان المصلحة المشروعة لذلك (أي اللاإرتياح في النوع)، بدون الأخذ بعين الإعتبار تواجد عملية إعادة التحديد الجنسي.فإنه بالنسبة للأخرى (الأقلية)، لا تفتح بابا لطلبات تغييرالإسم إلا إذا تم تغيير بيان الجنس المسجل في الحالة المدنية[246]، هذا ما سنعالجه في النقطة الموالية.

2- موقف القضاء الفرنسي من تغيير الإسم في حالة تغيير الجنس

الإجتهاد القاضي لمحكمة النقض الفرنسية لم يفرض إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي، إلا بالنسبة لطلبات تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية. و لم يفرض أبدا مثل هذا الإلتزام في طلبات تغيير الإسم. و لاشك أن التغير الذي عرفه القضاء الفرنسي سنة 1992، بعد إدانة فرنسا من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قد أدخل حيرة (confusion) في روح بعض القضاة. و هذا الأمر إنعكس على الساحة القضائية و أدى إلى تباين مواقف القضاء الفرنسي التي تذكر منها:

أ- قرار 30 جانفي 2003 لمحكمة إستئناف Paris:الذي جاء بعدما رفضت المحكمة الإبتدائية الكبرى لEvry بقبول طلب تغيير الإسم لوحده رفضت طلب تغيير بيان الجنس لD Gilles. و بعد الإستئناف تم قبول تغيير بيان الجنس بعدما تأكدت المحكمة من أن المعني خضع لعلاج هرموني و جراحي طبيا و أن حالته النفسية و تصرفاته يعكسون تحوله المتعلق بتغيير الجنس الإبتدائي. و قرروا أنه من الآن فصاعدا يعين في الحالة المدنية كجنس أنثوي في شهادة ميلاده و يغير إسمه إلى Sabrina[247]. و من تم قبول طلب تغيير الجنس و الإسم معا في دعوى واحدة.

ب- قرار محكمة إستئناف ليون (Lyon) بتاريخ 04 جوان 2009.
ألغى حكم المحكمة الإبتدائية الكبرى لLyon الصادر بتاريخ 13 مارس 2008، الذي رفض طلب مغير لجنسه لتغيير إسمه بحجة عدم إثبات أن التعديل للمظهر البدني لارجعة فيه. و بالتالي فإن مجلس قضاء ليون ألغى هذا الحكم ليقوم بتصحيح عقد ميلاد المعني بالأمر لجعله من جنس أنثوي و يصبح إسمها باتي ،أميلي. و من تم فإنه قد تم قبول تغيير الإسم كنتيجة لتغيير الجنس في عقد الميلاد[248].

ج- ثلاث أحكام لإنارة نتائج تغيير الجنس في مجال تغيير الإسم و هي:

الأول/ محكمة إستئناف Montpellier، 18 جانفي 2010 تحت رقم 09/104 110 Aurélie تعتبر في محيطها من جنس ذكوري لخضوعها لعلاج هرموني، قدمت طلب لتغيير إسمها فتم رفضه. تم إستئنافه، فأيّد الحكم الذي رفض تغيير الإسم لأسباب جنسية، لأنه أجرى إستبدال للإسم بدون تغيير لنوعه (genre) في الحالة المدنية. و إعتبر أن طلبه مخالف للمصلحة المشروعة للمعني[249].
و هذا معناه أن هذا القرار **رفض** أي تغيير للإسم بدون تغيير الطالب لجنسه.

الثاني/ محكمة إستئناف باريس بتاريخ، 28 جانفي 2010 تحت رقم 09/11894 طلب "أوريلي"Aurélie تم قبوله بعد إلغاء الحكم الصادر من الدرجة الأولى، كونها تعاني من إخلال في

[245] Voir, Gilles Roual-comeil, la question du genre dans le code civil, Revue de la recherche juridique, presses universitaires d'aix Marseille, 2009-1, p.200, n°24.
[246] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.39.
[247] Voir, F.B, Vers un mariage des transsexuels, AjFam.2003, p.273.
[248] Voir, Revue Juridique Personnes & Famille, jan 2010, n° 1, p.18.
[249] Voir, Isabelle Corpart, Revue Juridique Personnes & Famille, Septembre 2010, n°9, p.14.

الهوية الجنسية (عولجت هرمونيا و أجرت إستئصالا للرحم)، فهي تمتلك مصلحة مشروعة، لإثبات تسميتها الجديدة مستقبلا بإسم "Arthur" مع التأشير بذلك على الهامش عقد ميلادها[250].
بمعنى أن قضاة الدرجة الثانية قبلوا طلب تغيير الإسم بالرغم من عدم تغيير المعنية لجنسها.

الثالث/ محكمة إستئناف باريس بتاريخ 04 فبراير 2010 تحت رقم 09/21756 قدم الطلب من فتاة تتصف بمظاهر الجنس الذكوري، خضعت لعلاج هرموني و للجراحة، ليتم تغيير إسمها خلافا للقاضي الأول، رخص قضاة الدرجة الثانية إستبدال الإسم Marion Aude، و وصفت بالقدر الكافي مصلحتها المشروعة.تم قيد هذا القرار على هامش عقد ميلادها بالأسماء Vincent, Corwin, Edmond[251].
حتى من خلال هذا القرار نجد أن قضاة الدرجة الثانية قبلوا طلب تغيير الإسم لوحده كون الطالبة عولجت بالهرمون و الجراحة و لعل هذا إعتبر مبرر كاف لمصلحتها المشروعة.

فبإجراء مقارنة بين القرارات الثلاث، نجد أن طلب تغيير الإسم، قدم على أساس المادة 60 من القانون المدني الفرنسي، التي تتطلب إثبات المصلحة الشرعية.و الملاحظ هنا أن قضاة الموضوع، هم أصحاب السيادة في تقرير المصلحة المشروعة للطالب، حسب كل حالة، و يمكن لهم رفض الطلب لأن تغيير الإسم بدون تغيير الحالة المدنية يبدو أنه مقلق، إذ أن المشكل الذي يعانون منه الطالبين لن يحل بإستبدال الإسم فقط، و إعتبر قضاة Montpellier أن تغيير الجنس في عقد الميلاد بموجب دعوى قضائية هو المفروض أن يتم البدء به ثم يتبع بعدها بتغيير الإسم[252].
بالمقابل نجد أن القضاة الباريسيون في القرار الثاني و الثالث قبلو طلب تغيير الإسم لوحده أخذ بعين الإعتبار معاناة الطالبين.

د- قرار محكمة إستئناف Nancy بتاريخ 14 نوفبر 2003 (الغرفة المدنية الثالثة).في هذه الدعوى نجد أنه تم رفض طلب تغيير الإسم لوحده بحجة أن:
"حيث إذا لوحده ، و عندما الجنس يتم تغييره في الحالة المدنية، يمكن أن تكون هناك مصلحة مشروعة المنصوص عليها بالمادة 60 من القانون المدني، من أجل أن يجعل إسمه متوافق مع مظهره الجديد؛ حيث أن طلب تغيير الإسم لوحده المبني على تحول رجعي (réversible)، لا يمكن قبوله في هذه الحالة[253].
فالملاحظ إبتداء أن هذا القرار جاء بشيء جديد في مجال تغيير الإسم إذ أنه تكلم عنه التحول الرجعي و كان سببا أيضا لرفض الطلب، في حين أن محكمة النقض في مجال تغيير الإسم لم تطلب وضعية "الارجعية"، التي إعترفت أن المصلحة يمكن أن تتغير مع الوقت و أن المعنى بالأمر يمكن أن يغير رأيه و يطلب من جديد تغيير إسمه"[254].
و من خلال إستقرائنا لجملة هذه الأحكام القضائية(2003، 2009، 2010) السالفة، نجد أن القضاء الفرنسي إنقسم إلى إتجاهين؛ أحدهما يقبل تغيير الإسم لوحده و يعتبره كمرحلة تمهيدية لتغيير الجنس.
و الثاني يرفض تغيير الإسم إذا لم يسبقه تغيير لبيان النوع في الحالة المدنية، و لعل هذا الإختلاف القضائي لدليل على أن الأمر ليس بالهيّن، و من تم لا يوجد تغيير لبيان النوع في الحالة المدنية، و لعل هذا الإختلاف القضائي لدليل على أن الأمر ليس بالهيّن، و من تم لا يوجد إجماع قضائي حول هذه المسألة، إضافة إلى أن ذلك فيه تأكيد أن تقدير المصلحة المشروعة أمر يرجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب كل الحالة.
و قد أرجع بعض رجال القانون الفرنسيين أن قبول تغيير الإسم لوحده فيه إمكانية لإخفاء (Pallier) رفض طلب تغيير الجنس في الحالة المدنية[255].

---

[250] Isabelle Corpart, R J P F, Sept 2010, Op.Cit, p.14.
[251] Isabelle Corpart, R J P F, Sept 2010, Op.Cit, p.14.
[252] Isabelle Corpart, R J P F, Sept 2010, Op.Cit, p.14.
[253] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.39.
[254] Voir, cass, 1 er civ, 22 juin 1999, pourvoi n° 97-14.794.
[255] Voir, Henry Solus et jaques Ghestin, le droit saisi par la biologie, L.G.D.J, 1996, p.241.

و قد لوحظ أن الإجتهاد القضائي قد قبل أن السبب الجنسي يمكن التضرع به كمصلحة مشروعة لطلب تغيير الإسم، و أن نهاية الطلب هو أن نجعل الإسم متطابق مع الجنس الحقيقي للمدعي، بالنظر لجنسه الظاهر.أو أنه أيضا من الممكن إلتماس تصحيح لعقد الحالة المدنية لوجود خطأ (المادة 99 من القانون المدني الفرنسي)، و أيضا على سبيل المثال، بطلب تغيير بيان الجنس المبرر بخطأ حول الجنس الظاهر[256].

أما في حالة **تغيير الجنس لأسباب عضوية**، فإن القضاء الفرنسي لم يطرح إشكالا، إنما تم قبول طلب تغيير بيان الجنس و تغيير الإسم معا إستنادا إلى مفهوم **"مصلحة الطفل"** لتبرير تغيير الجنس في عقد الميلاد، هذا المفهوم الذي لا يعرفه أي نص و الذي يتنوع فحواه، و لا يمكن تجاهله، خاصة و أن الطفل في قضية الحال كان يبلغ من العمر 5سنوات (و قد مثله والديه في الدعوى و بنصح من طرف هيئة طبية، أكدت كل مساع منح الرجولة للطفل قد أخفقت و إعتبر طبيا أنه منذ عدة سنوات من جنس مؤنث).
و كذلك إعتبر أن تغيير الجنس قضائيا لطفل يعاني من **خنوثة كاذبة** فإن تغيير الأسماء هو نتيجة تغيير الجنس.
و بهذا فإن محكمة إستئناف فرساي بتاريخ 22 جوان 2000، قبلت تغيير إسم طفل يعاني من خنوثة كاذبة في الحالة المدنية ليصبح يسمى "فكتورية آن ماريز"، و أنه من جنس أنثوي، و أمرت النيابة العامة بالتعجيل **بقيد** الحكم الحالي على **هامش** عقد ميلاد الطفل[257].

و في هذا القرار الخاص بالخنثى الكاذب نجد أن الذين يعانون من إزدواج جنسي عضوي يأخذون قالب (se moule)، المغيرين لجنسهم لسبب نفسي و يفصل في القرار على أنه تغيير جنس نفسي في حين أنه تغيير جنس عضوي[258]، بدليل أنه إرتكز على مفهوم الجنس النفسي الإجتماعي، مع أن حالة الطفل متعلقة بحالة عضوية فشل فيها العلاج على الذكورة، و ليس متعلق بحالة نفسية.

و الملاحظ أيضا أن القضاء الفرنسي فضل إستعمال عبارة مصلحة الطفل بدلا من تلك المتعلقة بالحياة الخاصة و هذا ما دل على تطور حاصل في ذلك الوقت[259].
6-مرحلة قانون 17 ماي 2011 رقم 2011-525 ، الذي أدى إلى تبسيط و إصلاح نوعية القانون الفرنسي المتعلق بقلب الأسماء من الآن فصاعدا.
و الذي جاء في المادته 51 مايلي: إلى الجملة الأخيرة للفقرة الأولى للمادة 60 من القانون المدني الكلمات:«أو حذف....» تستبدل بعبارات «حذف أو تغيير نظام» لتصبح المادة 60 من القانون المدني الفرنسي مدونة كالتالي:

« Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander a changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou , s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, à la requête de son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou **la modification** de l'ordre des prénoms peut pareillement être décidée.
Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis.»[260]

إنه أحد البرلمانيين UMP، Sébastien Huyghe الذي منذ 2009، قدم الإصلاح للأسباب التالية:
-اليوم ممكن أن تغير كل هذه الأسماء، لكن ليس لتغيير النظام على عقد الحالة الميلاد، حتى و لو أن العديدمن الفرنسيين يتمنون أن يستطيعوا تغيير هذا النظام بدون تغيير الأسماء.

---

[256] Voir, Louis-Daniel Muka Tshibende, entre droit du sexe et le sexe du droit de la différenciation sexuelle en droit a la feminisation des organes sociétaires par le droit, revue de la recherche juridique droit prospectif, 2013-3, Aix Marseile, PUAM, 2014, p.1402.

[257] Voir, Philip Guez, semaine juridique 2001, Op.Cit, p.1781 et suite.

[258] إذ ما كان ملاحظ أن المغيرين لجنسهم لسبب نفسي كانوا يتحايلون و يقدمون أنفسهم كخنثى للوصول إلى تغيير بيان جنسهم بأسهل الطرق لكن في دعوى الحال لمحكمة فرساي في 22 جوان 2000 فإن ما حدث هو عكس ذلك

[259] J-Pousson-petit, identité de la personne, Op.Cit, p.724-725.

[260] Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.29.

-الفردالذي يستعمل يوميا إسما آخر غير الذي وضع في أول مكان على عقد الميلاد من طرف ضابط الحالة المدنية، سواء لأسباب إعتبارية شخصية أو لها نتائج لواقع لم يكن مسؤولاعنه، يرى أنه مخالف في كل إتجاهاته الإدارية.
هذا الإصلاح يهدف إذا للسماح لكل شخص يستعمل إسما آخر غير الذي دون له في أول الأمر، و يجعله مطابق لوضعيته الإدارية مع حالته الشخصية و المهنية[261].
أخيرقانون 2011-525 فتح إمكانية لطلب قلب الأسماء(L'inversion des prénoms)، إذ سمح للطالب بعد أن يثبت المصلحة المشروعة له أن يحذف أو يغير أسماء الولادة.
و من تم فإن تعديل المادة 60 من القانون المدني (بعد 2011) التي رخصت تعاكس الأسماء ستسهل و تبسط الطلبات و تؤدي إلى رفع نسبة قبول طلبات تغيير الإسم.
العرائض المقدمة في حالات تغيير الجنس، تعتبر حساسة، معقدة، و تستحق دائما أن يتم فحصها في الجلسة، بالأخص أن عريضة تغيير الإسم لا تمثل إجراء تغيير النوع[262]. فإجراءات تغيير النوع ليست من إختصاص قاضي الشؤون الأسرية (JAF)، لكن لغرفة المشورة (chambre du conseil) التي تعتبر غرفة أخرى للمحكمة و التي يمكنها أن تفصل في طلب تغيير الإسم بصفة متزامنة (contemporaine) عند إدخال طلب تغيير النوع[263].
عندما يتم إلتماس قاضي شؤون الأسرة ، فهو **أعلى من** (en amont) هذا الإجراء، إذا في تصور أن الشخص له إسم يلائم نوعه، لكن يطلب تغيير ل أو لأسماء حالته المدنية، من خلال أسماء تطابق بالأخص **مظهره**.فالطلبات عموما يتم قبولها، عندما المصلحة المشروعة يتم تبيانها، ليس فقط بالنظر للمظاهر لكن أيضا من وجهة نظر علاجية. إذا من المجد أن الملفات تحتوي على موضوع **عدم الرجعية** (irréversible) من خلال شهادات طبية أيضا رأي الطبيب النفسي أو عالم نفسي، لتبرير طلب تغيير الإسم و هو شيء مهم. و إعتبر بعض رجال القانون هنا أن الملف عندما يكون مدعم بالوثائق غالبا يقبل حتى و لو أن التغيير يخلق تفاوت بين النوع (سيد أو سيدة) و الإسم (بمعنى أنه يمكن أن يغير إسمه بدون أن يغير جنسه، و هذا ماقيل قبل تعديل 2011 حول الإختلاف القضائي القائم).
و بهذا إعتبر أن هناك تصور آخر لحق الأشخاص، ظاهرة المطالبة، التي يمكن أن نسميها «الحق في إسم جديد» [264].« Droit à un nouveau prénom »
و لذلك هناك من إعتبر أن المصلحة المشروعة يمكن قيامها من خلال المعاناة الحقيقته لحمل إسم، لأسباب مختلفة، مثل الأسباب النفسية و الجسدية كحالة تغيير النوع (changement de genre). ففي حالة تعاكس الإسم، المصلحة المشروعة تتواجد غالبا، يحمل كأول إسم الذي يحمله شخص بنى هويته a construit son identité[265].
بمعنى أنهم إعتبرو أن المغير لجنسه أعاد بناء هويته مما تطلب حمله لإسم هو الأول في ظل هذه الهوية الجديدة، إذا لكل شخص عند ولادته الحق في إسم جديد، و هو في الحقيقة تحليل منطقي و مقبول لإيجاد مخرج للمغيرين لجنسهم لحل المشاكل التي يعانون منها. و التي أصبحت طلبات التعاكس (L'inversion) ممكنة منذ سنة 2011،
و إستطاعت أن تبسط القانون الفرنسي، الذي أصبح يسمح بتغيير أسماء الولادة بترخيصه لتعاكس الأسماء.

ثـــانيـــا: إجراءات تغيير الإسم في الولايات المتحدة au Etat-Unis و دول أجنبية أخرى.

1/ <u>أمـــريكـــا</u>: بحثنا عن إجراءات تغيير الإسم في أمريكا كان بهدف الكشف عن بعض الخصوصيات التي عرفها النظام الأمريكي و التي تختلف في نقاط متنوعة عما سجلناه من مبادىء في التشريع

[261] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.29.
[262] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.21.
[263] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger, changement de prénom: Avis du parquet, Aj Fam 2012, p.324.
[264] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger,…: paroles de juge, Aj Fam 2012, Op.Cit, p.320.
[265] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger,..: paroles de juge, Aj Fam 2012, Op.Cit, p.320.

الفرنسي، هذه الدراسة التي أجريت تسمح بتسجيل في الذاكرة، أن الطلبات الموجهة للقضاء تكون في إطار نصوص واضحة (التقنينات)، و لكن أيضا بموجب طرق راسخة و ثابتة.
مبدأ ثبات الحالة المدنية- الرئيسي في فرنسا- لا يوجد بأمريكا أو أنه غير مسجل. و المهم هنا في الأمر أن نميز الإستعمالات المختلفة للقب و/الإسم و هنا ستتم دراسة الحق في الإسم، الذي هو حق «حق في مراقبة إسمه» و ليس حق الدولة لمراقبة الإسم.
غالبا الولايات (الفيدرالية)، تواصل معرفة حق الشخص من خلال القانون العام «Commun law » و هذا بتغيير اللقب بالإستعمال و مرور الوقت، بدون الخوض في الإجراءات القضائية، هذا الحق يشمل الحق في تغيير لقبه مع نتائج شرعية دون مساعدة أو موافقة الدولة. فالعادة، الإستعمال، السمعة....كافيين لمنح لقب و إسم.
و منذ أكثر من قرن، التمثيل القضائي لتغيير اللقب و الإسم. كل الولايات يتبعون إجراءات شكلية لتغيير اللقب بموجب حق مقنن. و الإسم بتأطير من القانون العام (Commun law) .
هذه الإجراءات ليست بديلة للقانون العام إنما تمثل غالبا كإضافة، و لتسمح بمتابعة جيدة من الدولة لهوية المواطنين.هذا الطلب هو بمثابة (name-change petition) يتعلق الأمر بفحص من طرف القاضي لطلب تغيير الإسم نموذج يملأ فيه بعض المكان لعرض أسباب تغيير الإسم المطلوب (في أسطر قليلة) وضع مكانة للإجراء القاضي حدد في الأرشيف، الإسم الجديد يسمح للهوية الجديد لتخلّف للعيان، من أجل حماية هوية الأشخاص.و الملاحظ في تصف القرن XIX و بعده، عدم ثبات أكثر المقيمين في الولايات المتحدة مما جعل من غير المجد الإستعانة بالنتيجة التطبيقية الوحيدة للقانون العام لتأمين هويته و تغيير هذه الهوية.
و بعدها الإسم و اللقب أصبحا، يشكلان جزاء من مواضيع الدولة، لكن هذه الأخيرة لا تحتفظ بالإحتكار على خلاف فرنسا.
إذا كان القانون إعترف بموجب Commun Law الذي لم يختفي، الإستعانة بالإجراء القضائي، ضروري اليوم من أجل تغييـــر الإســم و يكون له أثـــر فعـــال:
-في الحصول على جواز سفر في الولايات المتحدة يتطلب إظهار 3 وثائق عامة، تحمل الألقاب و الأسماء، هي وثائق من الصعب الحصول عليها عند تغيير الإسم، الذي أجري بتطبيق القانون العام. **حتى في غياب** بطاقة تعريف وطنية، فإن رخصة السياقة هي التي تمثل **غالبا شكل لفرض التعريف الوطني**؛ لكن الحصول على مثل هذه البطاقة يتطلب تقديم ما بين ثلاث إلى ست وثائق تحمل الأسماء و الألقاب المرغوب فيها[266].
في الأخير حتى يمكننا أن نقف على أهم نقاط الإختلاف بين الولايات المتحدة و فرنسا سنجري مقارنة بسيطة بينهما تمكننا من فهم الإجراءات في كلا البلدين و تسهيل ضبطها بوضوح.
-الإجراء يتم بدون محام في الولايات المتحدة: الطلب يكون بموجب نموذج(Formulaire) و يتم ملأه في موقع الأنترنيت.
كما أن إدخال النيابة العامة التي تمثل الدولة في ولاية Louisiane فقط، أما باقي الولايات فإن القاضي يفصل لوحده[267].
أما في فرنسا، فإن المشرع جعل التمثيل بمحام إلزامي، الذي يتمثل دوره ليس فقط كتقني، تحرير العريضة و طرح الوثائق، إنما لديه مسؤولية حقيقية في صياغة الطلب نفسه لمساعدة الطالب أمام العدالة[268].
أما بالنسبة لدور النيابة العامة فإنه أوسع من الولايات المتحدة فتدخل النيابة العامة يكون على ثلاث مراحل في الإجراءات:

1-مرحلة إحالة الملف عن طريق كتابة الضبط إلى قاضي شؤون الأسرة من أجل إعطاء رأي.
2-في الجلسة عن طريق إعطاء ملاحظات أو أسئلة التي تسبق رأيه.

[266] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.33-34.
[267] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.36.
[268] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger,..: paroles de juge, Aj Fam 2012, Op.Cit, p.320.

3-بعد النطق بالحكم ما دام أن النيابة العامة هي التي تتكفل بتسجيل الحكم على سجلات الحالة المدنية.[269]

-**في نيويورك**، لايوجدأي جلسة، إنما الفحص من قبل القاضي يتم في مرة واحدة على النموذج الذي تم ملأه، و وقت الرد عليه جد قصير.و الملف يتم طرحه لدى عامل المحكمة و الطالب ليس له علاقة مع القاضي[270].

أما في فرنسا، فإن الملف يتم فحصه جيدا من قبل قاضي شؤون الأسرة بعد التثبت من الوثائق المقدمة له، و إذا رأى من ضروري لإستدعاء طالب تغيير إسمه فإنه يتم ذلك، بغية التأكد من أسباب طلبه و فهمه أكثر. و من أجل ذلك فإن المحكمة هي التي لها صلاحية إجراء مقابلة شخصية إذا رأت ضرورة لذلك[271].

-في فرنسا، فان الطالب يجب عليه ان يكون له أسباب جدية لتغيير إسمه (مصلحة مشروعة) و تقدير مدى مشروعيتها يرجع للسلطة التقديرية للقاضي الفرنسي.

أما في الولايات المتحدة، فإن المحكمة، أي القاضي الذي يجب عليه أن يعطي أسباب جدية لرفضه التغيير.

-**من حيث تنفيذ الحكم بتغيير الإسم**، لكن مجموعة جديدة من (n'est pas annoté) -في الولايات المتحدة، عقد الميلاد في حد ذاته بدون تحشية الوثائق تنشأ لتغيير الإسم. (بمعنى أنه لا يشار في هامش عقد الميلاد على أي تغيير للإسم).

أما في فرنسا:فإنه يؤشر في هامش عقد الميلاد على تغيير الإسم.

-كما أن في فرنسا، الحكم لايتم نشره، و تغييرات الإسم لا تكون موضوع نشر في الجريدة الرسمية (بخلاف تغيير اللقب) إلا في حالة فرنسة الأسماء ينشر في الجريدة الرسمية.

أما الولايات المتحدة فإنه فقط في حالة تعرض الطالب لخطر و بناء على طلبه، شهادة (notice)، تؤكد الإسم الذي كان عليه (سابقا)، والإسم الذي أصبح عليه (لاحقا) يتم نشرهم في الجريدة التجارية.

في الأخير ما دام أن اللجوء للقضاء لا زال موجود في العديد من الولايات، تبقى الإستعانة بالقانون العام، و هذا من أجل تأمين تعريف الأفراد و ليس فقط كمساس بمنطق الشهرة[272].

2/ <u>في الدول الأجنبية الأخرى</u>:

في ألمانيا، وفق للقانون الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1980، فإن المشرع قدم حلين: إداري و قضائي؛ فالطريق القضائي، يكون فيه للإعتراف قضائيا بتغيير الجنس **و من ثم تغيير الإسم معا**، و على الطالب أن يثبت أنه أجرى عملية جراحية للتحول الجنسي لارجعه فيها، و غيرقادر على الإنجاب و شروط أخرى سبق و أن ذكرناها سابقا[273].

أما الطريق الإداري يهدف فقط إلى تغيير الإسم، بدون أن يثبت عدم قدرته على الإنجاب و لا خضوعه لجراحة إنما يثبت أنه يتصرف منذ 3 سنوات، كشخص من الجنس الآخر و أن إحساسه بالإنتماء إلى الجنس الآخر ثابت[274].

---

[269] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger,..:Avis du parquet, Aj Fam 2012, Op.Cit, p.324.
[270] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.36.
[271] Voir, Isabelle copé-bessis-Amme karil-Danziger,..: paroles de juge, Aj Fam 2012, Op.Cit, p.320.
[272] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.36.
[273] Voir, Marine Friant-Perrot, D.1999, Op.Cit, p.508.
[274] Voir, J.Branlard, Op.Cit, n°1718, p.537.
Bureau de droit cmparé, Op.Cit, p.01.

الفـــــرع الـثـــــانـــــي

الإجراءات المتبعة لتغيير الإسم في بعض الدول العربية

في إنجلترا، تمنح السلطات الإنجليزية لأي شخص سواء مغير لجنسه أم لا، الحق في المطالبة بتغيير إسمه و أن يستعمله كما يريد. الأسماء الجديدة هي صحيحة من أجل إثبات الهوية القانونية، و يمكن إستعمالها في الوثائق الرسمية بطريقة مطابقة لهويته الجديدة.[275]

في البداية، فإن بحثنا في هذه النقطة بصفة مستقلة عن الدول الأجنبية له ما يبرره و هو أن الدول العربية لم تصل في موضوع تغيير الجنس إلى التقدم و التطور الذي عرفته الدول الأجنبية لاسيما في فرنسا، و لأن الأمر الثابت أن الدول العربية في معظمها تحتكم إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لاتجيز جراحة التحول الجنسي لأسباب نفسية و من تم لا تعترف بالآثار المترتبة عليها، و منها تغيير إسم من أجرى جراحة لتغيير جنسه لمجرد رغبته النفسية العميقة بالإنتماء إلى الجنس المقابل.
بالمقابل، فإن الشخص الذي ثبت أنه وقع خطأ في تحديد جنسه نتيجة خلل عضوي في أعضائة التناسلية و تحديد جنسه بعدما كان غامضا، و تم تصحيح بيان جنسه في سجلات الحالة المدنية يملك كل الحق في تغيير إسمه لجعله يتماشى مع مظهره الجسدي الذي تم تصحيحه و هو أمر متفق عليه في الدول العربية لتوافر المصلحة المشروعة لذلك.
لكن بالرغم من أن هناك إختلاف حول مسألة تغيير الجنس لأسباب نفسية بالنظر إلى عدم جواز هذه الجراحة في الدول الإسلامية.إلا أن معالجة الآثار المترتبة على ذلك إختلفت من دولة دولة عربية لأخرى لذا سنقتصر على دراسة الإجراءات الخاصة بتغيير الإسم عموما في مصر و الجزائر محاولين الإجابة عما إذا كان تغيير الشخص لجنسه يعد مبررا كافيا و سببا مشروعا، يجعل تغيير الشخص لإسمه ممكنا؟ أم أن هناك إنفصال تام بين عدم مشروعية تغيير الشخص لجنسه و بين حقه في تغييره لإسمه؟ هذا ما سنحاول معرفته في النقاط الموالية.

أولا: إجـراءات تغييـر الإسـم في مصـر.

الحقيقة أننا سنتناول الإجراءات بصفة عامة يريد أي شخص أن يغير إسمه، و نحاول معرفة ما إذا كان المغير لجنسه لديه المصلحة المطلوبة قانونا للإجابة إلى طلبه في تغيير إسمه الذي هو محور بحثنا.
تغيير الإسم في مصر يتم بتقديم طلب التصحيح أو التغيير في قيود الحالة المدنية، وفقا للنموذج المعد لذلك إلى مكتب السجل المدني المختص بقيد الواقعة، و ينبغي تدعيمه بالمستندات و الشهادات الطبية الثبوتية لطلبه.
و بعد التأكد من إستفاء هذه الشروط القانونية طبقا لأحكام المادة 46 من القانون الأحوال المدنية الجديد رقم 143 لسنة 1994، تقوم اللجنة الثلاثية بإجراء التصحيح اللازم[276].
و ما يمكن قوله هنا أننا بصدد نقص تشريعي، إذا أن المشرع المصري لم يحدد ضوابط بصدد حق الشخص في تغيير إسمه عموما، و كل ما ألزم به أمين السجل المدني الذي قدم إليه الطلب بالتأكد من إستيفـاء المستندات المطلوبة، و ترك الأمر في النهاية لتقدير أمين السجل المدني[277].بالرغم أن اللجنة الثلاثية سيكون لها دور في فحص المستندات و البث في الطلب بالقبول أو الرفض.و من تم فإنه من الصعب علينا الإجابة على هذا التساؤل، لكن سنحاول الإجابة عليه من خلال القضية المشهورة التي عرضت على القضاء المصري لطالب طب الأزهر الذي غيّر جنسه من ذكر إلى أنثى.و غير إسمه و اتخذ إسما جديدا يعبر عن هويته الجنسية الجديدة.
فقد سجل تباين واضح بين ماذهب إليه الفقه المصري حول أن الحق في الإسم هومن الحقوق اللصيقة بالشخصية، تتميز بالثبات و عدم قابلة التصرف فيها و لا يجوز تغييرها إلا بالطرق التي حددها القانون،

---

[275] Voir, J.Branlard, Op.Cit, n°1720, p.537.

[276] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.385.

[277] أحمد محمود سعد ، المرجع السابق، ص.630.

و بين ما وصل إليه القضاء المصري عندما قدم له الشخص الذي يعاني من خنوثة نفسية ما يثبت قيامه بإجراء جراحة تفيد تحوله المصطنع إلى أنثى، و عرض على اللجنة المختصة بتصحيح الأسماء مرفوقا بتقارير طبية، و تم قبول تغيير الإسم الشخصي "السيد" ليصبح أنثى تسمى "سالي" على الرغم من عدم وجود رحم أو مبيض أو أعضاء تناسلية أنثوية مما يجعله غير قادر على الإنجاب.و صدر بيان لتصحيح و إبطال القيد من مكتب السجل المدني لمدينة بولاق في 02 ديسمبر 1989، مدون فيه الإسم الأنثوي الجديد "سالي"، وفقا لنوعه الذي تغير من ذكر إلى أنثى، و صدر بذلك صورة لقيد ميلاد المعني في 26 ديسمبر 1988، باسم سالي متضمنة هذه الصورة لقرار إعادة قيد الميلاد له برقم 220 في 26 أفريل 1988، و تصحيح بقرار دائرة القاهرة رقم 1111 في 26 أكتوبر 1989. كما حصل على شهادة ميلاد في 21 ماي 1988، مدون فيها بيان الإسم و النوع **الجديدين**، بالإضافة إلى صدور بطاقة شخصية له من مكتب سجل مدني المطرية بالقاهرة تحمل رقم 13516 بتاريخ 09/25/ 1988 بإسم "سالي" و النوع أنثى[278].

و بالرغم من أن القضاء المصري، قد تعامل مع هذه الدعوى بنوع من البساطة على عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للدول الغربية، و اعترف للمغير لجنسه لدواع نفسية بأن له الحق في إسم يتماشى مع حالته الجسدية الظاهرية، الأكثر من ذلك سمح للمحول بالزواج حسب النوع الذي حول إليه.

إلا أنه في نفس الوقت قد أقر البعض أنه نظرا لبكارة الموضوع في الفقه العربي لابد من إعادة التفكير فيه على ضوء الدراسات الجديدة للموضوع في جميع المجالات الدين، أو الطب، أو علم النفس أو القانون، و قد نصل يوم إلى علاج فعال لهذا المرض الخطير .فمعطيات العلم في تطور مستمر[279].

ثـــانيـــــا: إجـــراءات تغييـــر الإســـم في الجـــزائـــر.

نفس المنهج المتبع في الإجراءات المتبعة في مصر نتبعه في الجزائر بدراسة تغيير الإسم بصفة عامة، ثم نحاول تناول موضوع تغيير الإسم عند المغير لجنسه بصفة خاصة.

تغيير الإسم بالجزائر يتم وفق نص المادة 57 من قانون الحالة المدنية الجزائري التي جاء فيها:" إن الأسماء الواردة في عقد الولادة يجوز تعديلها للمصلحة المشروعة بموجب حكم رئيس المحكمة بناء على طلب وكيل الدولة (حاليا وكيل الجمهورية) المرفوع إليه إلتماس من المعني أو من ممثله الشرعي إذا كان قاصرا. و يجوز الحكم بإضافة الأسماء بنفس الطريقة ."

فكل شخص يرغب في إسمه أو تعديله في عقد ميلاده و يرغب في إضافة إسم إلى إسمه، يمكنه أن يوجه طلبا إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة، المتواجدة في دائرة البلدية التي سجل فيها ميلاد الطالب، يوضح فيه المصلحة التي يريد الحصول عليها بطلبه و الأسباب المشروعة المعتمدة عليها مرفوقا بشهادة ميلاد المعني و الوثائق الثبوتية لطلبه.

يقوم وكيل الجمهورية من جهته بتقديم الطلب إلى رئيس المحكمة مرفوقا بطلب منه لإجراء تحقيق في موضوع الطلب و إصدار أمر بشأنه.

بعد إصدار الأمر بتعديل الإسم المذكور في الوثيقة أو بإضافة إسم آخر إليه يرسل وكيل الجمهورية نسخة من هذا الأمر إلى ضابط الحالة المدنية الذي سجلت أو قيدت بسجلاته الوثيقة المعدلة و نسخة أخرى إلى كاتب ضبط المجلس القضائي الموجودة في عهدته النسخة الأصلية الأخرى من السجل و يأمرهما بتقييد منطوق الأمر المذكور في هامش الوثيقة المدرجة في السجل النوجود لدى كل منهما، و بألا يسلم أية نسخة من الوثيقة الأصلية إلا مع التعديل الجديد و إلا يتعرض للعقاب بغرامة مالية طبقا للمادة 53 من قانون الحالة المدنية السالفة الذكر[280].

و بناء على ما سبق، فالملاحظ أن المشرع الجزائري تماشيا مع المشرع الفرنسي، تطلب توافر المصلحة المشروعة لجوازيه تغيير أو تعديل الإسم بصفة عامة، دون أن يعطي لنا مفهوما للمصلحة المشروعة، و ترك أمر تقديرها لرئيس المحكمة (و ليس لقاضي شؤون الأسرة كما هوالحال بفرنسا)،

---

278 أحمد محمود سعد ، المرجع السابق، ص.633.

279 علي حسين نجيدة ، المرجع السابق، ص.106-109.

280 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.185-186.
بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.52.

فهل يمكن إعتبار في حالة تغيير الجنس لأسباب عضوية أو نفسية المصلحة المشروعة متوافرة ليؤسس عليها الطالب طلبه؟
بداية في الجزائر، الأمر الثابت أنه في حالة المغير لجنسه لأسباب عضوية لوجود غموض جنسي لديه، إتضحت معالمه و ترجع جنس غالب، فإن الإجماع بالإتفاق فقها و شرعا على توافر السبب المشرع لتغيير الإسم الشخصي للخنثى. و إتخاذ الإجراءات السالفة الذكر لتغيير الإسم بصفة عامة لوجود خطأ في الجنس و تم تصحيح هذا الغموض و من تم وجب تقديم الطلب إلى وكيل الجمهورية بعد إثبات بشهادات طبية الخطأ الحاصل في الجنس ليكون مبرر شرعيا يعطي للمعني مصلحة مشروعة للموافقة على طلبه المحال على رئيس المحكمة.
أما في الحالة المغير لجنسه لدواع نفسية، و لمجرد الرغبة المنحرفة، فإن الأمر السابق مناقشة أنه لايوجد أي نص يجيز مثل هذه الجراحة بالجزائر، و أمام هذا الفراغ، و إحتكاما للشريعة فإنه لا يجوز تغيير جنس شخص لأسباب نفسية، و من تم لايوجد أي مبرر لتغيير إسم الطالب لإنعدام المصلحة المشروعة في طلبه و لا يمكن لرئيس المحكمة، إلا رفض طلبه.
و بهذا فإن المشرع الجزائري لم يجز في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية ، أن يغير الإسم لعدم توافر المصلحة المشروعة.

المـــطــلب الثـــــالـــث

حـق المغيرلجنسه في الحصول على أوراق الحالة المدنية و المستندات الرسمية المتعلقة بالشخصية

الحالة المدنية لها أهمية كبرى بالنسبة للفرد و المجتمع، بإعتبارها المحور الأساسي للحياة الإدارية في البلدية.و هي الخلية الإجتماعية القاعدية للأمة، مما جعل المشرع الجزائري خصوصا و على غيره من الدول الأخرى يوليها عناية خاصة، و سن قانونا ينظمها المتمثل في الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتمم بنصوص أخرى، تبين مختلف الإجراءات التي يجب إتباعها للحفاظ عليها من كل ما من شأنه المساس بها، و في نفس الوقت يبلور أهدافها للمساهمة في بعث الإدارة العصرية بصورة عامة، و خدمة المواطن بصورة خاصة[281].

و بهذا فإنه بفرنسا أيضا الحالة المدنية[282]، تعرف أنها النظام الذي أنشأ بغية الإثبات الرسمي لأوضاع الأشخاص في العائلة و في المجتمع. هذا التعريف يسمح بفهم أحسن لموضوع عقود الحالة المدنية التي هي" الكتابات التي أثبتت من طرف ضابط الحالة المدنية المعين لهذا الغرض، الأحداث التاريخية التي تمثل الحالة المدنية للشخص"
و هذه العناصر التي يثبتها تتمثل في: الميلاد، الطلاق، الزواج، التبني، الإعتراف بالإبن الطبيعي، الوفاة[283].
الأكثر من ذلك فإن الحالة المدنية هي الإثبات المنتظم و هي أساس ضروري للنظام الإجتماعي. و بهذا فإن عقود الحالة المدنية و الإحتفالات، تعتبر وثائق للإشهار[284]. و بهذا فإن المفروض أن كل تغيير أو تصحيح يطرأ على عقود الحالة المدنية لابد من أن يتم التأثير به لإطلاع الغير و كل من له مصلحة بذلك. فكان من الضروري أن تكون الوثائق المتعلقة بالحالة المدنية متطابقة فيما تتضمنه من بيانات متعلقة بالإسم الشخصي، و نوع جنسه.....مع الصورة الحقيقية و المظهر الجسدي لصاحب الشأن.
و الملاحظ أنه بفرنسا تقليديا، الوثائق الإدارية من بطاقة تعريف، جواز سفر، رخصة سياقة، بطاقة الناخب.....لم تكن تتضمن الإشارة إلى بيان الجنس الخاص بالشخص، لكن بطاقات التعريف الجديدة عن

[281] بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.79.
[282] أنشأت بموجب مرسوم 20-25 في سبتمبر 1792
[283] Isabelle Ardeeff, l'état civil est il un casier civil ?, D.2001-19 avril 2001, p.1275.
[284] Benoît Boysson, le miracle judiciaire.., AJ fam. 2012, Op.Cit, p.559.

طريق الإعلام الآلي تؤشر على جنس الشخص حين تسمح بتعريف الفرد عن طريق الآلة، و تأخذ بعين الإعتبار وجود أسماء مزدوجة (حيادية) (Ambivanlents)[285].

إن الأشخاص الذين يرغبون في تغيير جنسهم لأسباب نفسية في **فرنسا**،كانوا يعانون من مشكل عويض،و هو يتمثل في طول فترة التجربة (حوالي سنتين فأكثر) قبل تقديم طلب تغييرهم لجنسهم. و بعدها يتم تقديم دعوى إلى القضاء التي تتطلب إصدار حكم قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير يفحص المعني بالأمر، و يحدد إذا كان يعاني من أعراض مرض اللاإرتياح في النوع، و قد عيب على هذه الخبرات أنها مهينــة (humiliantes) للأشخاص المغيرين لجنسهم.و أنها تؤدي إلى إطالة مدة سيرورة تغيير الجنس في الحالة المدنية الذي يحصل أحيانا من سنتين إلى 9 سنوات.و أن الأشخاص المتحولين جنسيا، لا يستطيعون خلال كل هذه الفترة تغيير وثائق حالتهم المدنية، الأمر الذي يؤثر بعمق في حياتهم اليومية في الإطار الذي يكون مظهرهم يتناقض مع الجنس المشار إليه في وثائقهم.

هذا بمثابة عقبـة **ثنـائيــة التفرع** من جهة السكن، و التوظف و الحقوق الإجتماعية، و من شأنها أن تخلق نوع من التمييز غير المشمول بحماية، حتى و لو بفرض أن معيار"هوية النوع"، سيدخل في التشريع الفرنسي (بإعتبار أن هوية النوع التي إستعملها الإتحاد الأوربي بما فيه فرنسا و التي عليها أن تطابق تشريعها مستقبلا مع القانون الأوربي و الدولي)، فإنه سيبقى يشكل مساسا بكرامة الأشخاص[286].

و بهذا فإنه قد كان المغيرين لجنسهم ينادون و يتمسكون بحقهم في الحصول على وثائق للحالة المدنية و كذا جميع المستندات المتعلقة بهويتهم.فكيف تم الإجابة لهذا المطلب و هل تم الإعتراف لهم بهذا الحق؟ (الفرع الأول) و هل الوثائق التي ستسلم لهم يشار فيها إلى تغيير بيان الجنس و تغيير الإسم أم لا (الفرع الثاني).

الـفـــــــرع الأول

الحق في الحصول على الوثائق التعريف الشخصية للمغير لجنسه

المتفق عليه أن كل شخص عند ولادته، سيصدر له ضابط الحالة المدنية عقد ميلاد يحمل البيانات الأساسية بما فيها، تاريخ و مكان الإزياد، اللقب، الإسم الشخصي الذي إختاره له والده، و بيان نوعه ذكر كان أو أنثى و كذا إسم والديه.....

و أنه عند بلوغ هذا الشاب سنا قانونية معينا تحدده كل دولة حسب تشريعها، ليكون له الحق في أن يتحصل على وثائق إدارية أخرى، مثل بطاقة تعريف وطنية، رخصة سياقة، جواز سفر، بطاقة ناخب.....، و هذا لتتمكن السلطات العامة، معرفة هويته فور الإطلاع عليها.

و تحتوي وثائق التعريف الشخصية معلومات أساسية تختلف من بلد إلى آخر، ففي الجزائر بطاقة التعريف الوطنية و رخصة السياقة، يحتويان على الإسم و اللقب و تاريخ و مكان الميلاد، و العنوان و صورة شمسية للمعني بالأمر، **و لا نجد فيهما أي بيان للجنس** الذي ينتمي إليه حاملها، و يمكن التأكد من السلطات العامة على الجنس الشخص من خلال صورته الشمسية ومطابقتها مع شكله الظاهري، للتأكد من الجنس الذي ينتمي إليه. و لاشك أن هذا الأمر قد يثير مشاكلا إذا ماغير الشخص مظهره الخارجي فيصبح لا يتطابق مع الصورة المدرجة في وثائق إثبات الهوية المطلوبة قانونا.إلا أن **جواز السفر البيومتري** أصبح **حاليا** يحتوي على بيان جنس حامله، و يدرج في **بيان الجنس"** للدلالة على الأنثى باللغة الفرنسية رمز **F** و باللغة العربية رمز "أ"، و العكس بالنسبة للذكر باللغة الفرنسية رمز **M** و باللغة العربية رمز **"ذ"**.

أما في الدول الأخرى مثل فرنسا و مصر فإنه يشار إلى الإسم الشخصي النوع.و تعد هذه الوثائق حجة على صحة ما ورد فيها من بيانات إلى أن يثبت عكس ذلك أو يطعن فيها بالتزوير.إلا أن الإشكال الذي طرحه المغيرون لجنسهم أنهم لا يتمكنون من الحصول على الوثائق الثبوتية لهويتهم الجنسية الجديدة و

---

[285] Voir, Jaques Massip, le transsexualisme ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe et la convention européenne des droit de l'homme n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas le sien, 1er civ, D.1991-21 mai 1990, p.169.

[286] Voir, l'identité de genre, sur cite www.Legifrance.gouv.fr/note 19.

الإسم الجديد مما يشكل أمامهم عائقا كبيرا لممارسة حقوقهم الأخرى في المجتمع. و من تم رفع صوتهم إلى المجتمع الدولي لإيجاد حل لمشكلتهم لأن في ذلك تمييز ضدهم (المادة 14 من الإتفاقية)، و كذا فيه مساس بالحياة الخاصة (المادة 08 من الإتفاقية)، و كذا مساس بكرامة الإنسان. و كـــانت إجـــابـــة مـــن:

أولا: على المستوى الأوربي.

المجلس الأوربي، تبعا لتقرير Hammaberg، محافظ حقوق الإنسان للمجلس الأوربي نشر مقال موضوعي معنون بعنوان حقوق الإنسان و هوية النوع، بشهر أكتوبر 2009، الذي بموجبه شكل حوالي 12 توصية للدول الأعضاء دعوهم إلى إحترام حقوق الإنسان الأشخاص المغيرين لجنسهم و المحولين لنوعهم، الدول مدعوة ل:

«أن يستخدموا المعايير الدولية لحقوق الإنسان بدون تفرقة و منع بصرامة التمييز المبني حول "هوية النوع" في التشريع الوطني ضد التمييز»، كما ركز أن هذا الإستعمال، المستوى الوطني يجب أن يقتبس مبادىء Jog jakarta حول تطبيق التشريع الدولي لحقوق الإنسان في مسألة التوجه الجنسي و هوية النوع»[287].

فالملاحظ أنه على المستوى الدولي و ليس الإتحادي (non communautaire)، المجلس الأوربي تبعا لتقرير Hammaberg ،الذي دعا الدول الأعضاء لوضع مكانة للإجراءات السريعة و الشفافة للتغيير بين الأخرى؛ الجنس على عقد الميلاد، بطاقة التعريف، جواز سفر، و الشهادات(Diplômes) و وثائق رسمية أخرى.

و تبنى قرار يطلب من الدول ضمان للمغيرين لجنسهم و المحولين لنوعهم الحق في بطاقات التعريف مطابقة بدون إلزام مسبق (مثل العقم أو الخضوع لعلاج طبي أو جراحي) و هذا بموجب résolution رقم 1728 المصوت عليه عليه ب 29 أفريل 2010 من طرف المجموعة البرلمانية للمجلس الأوربي[288].

من جانبها لجنة الوزراء (Le comité des Ministres) أيضا نادت الدول الأعضاء «لأخذ المقاييس الخاصة لضمان الإعتراف القضائي الكلي بتغيير الجنس للشخص في كل ميادين الحياة ، بالأخص بالسماح بتغيير الإسم و النوع للمعني في الوثائق الرسمية بطريقة سريعة، شفافة و سهلة البلوغ ، الدول الأعضاء يجب أيضا السهر، عند الإقتضاء أن يكون ممثلين غير الدولة يعترفون بالتغيير و ينقلون التغييرات الملائمة في وثائق مهمة مثل الشهادات (Les diplômes) وشهادات العمل » و قد جاء ذلك في التوصية 21 (Rec/CM2010) لمجلس الوزراء حول المعايير الموجهة للقضاء على التمييز المبني على التوجه الجنسي أو هوية النوع بتاريخ 31 مارس 2010 [289].

و أنه يجب الإشارة أنه حتى و لو كانت هذه النصوص و التوصيات ليست ممهورة بأية قيمة قانونية إجبارية، فالقانون الوضعي الحالي يجب أن يتدخل ليفرض على السلطات الوطنية الأخذ في الحسبان تغيير الحالة المدنية للأشخاص المغيرين لجنسهم على الوثائق الإدارية المختلفة الصادرة قبل تحولهم الجنسي.و إلا إعتبر ذلك تمييز مبني على الجنس أو تغيير الجنس هذا ما سنتعرض له في النقطة الموالية.

ثـــانيـــا :على المستوى الوطني (التشريعات الداخلية للدول).

1/ القانون الفرنسي: الثابت قضائيا أن الأشخاص المغيرين لجنوسهم منذ سنوات 90، لهم الحق في **فرنسا** للحصول على تغيير لحالتهم المدنية إستنادا إلى الإحترام الواجب لحياتهم الخاصة.

و الثابت أيضا أن دعاوى تغيير الجنس في الحالة المدنية تكون بموجب دعوى الحالة كما سبق و أن وضحناه و هو الأمر الذي أكد قضائيا أن الحكم الصادر بشأنها هو منشأ لحالة جديد و يسري أثره نحوه

---

[287] Voir, l'identité de genre, sur cite www.Legifrance.gouv.fr/note 08.
[288] Voir, Louis-Daniel Muka Tshibende, Op.Cit, p.1405.
[289] Voir, l'identité de genre, sur cite www.Legifrance.gouv.fr/note 05.

المستقبل.و أن الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية الكبرى يمكن الإحتجاج به كليا، و هو إذا ليس له أثر رجعي. لكن غياب الرجعية هنا يمكن أن نفسره بأنه يثبت وضعية جديدة تطورت لاحقا على الميلاد.و هذا التحليل يمكن مناقشته من خلال تعريف تغيير الجنس في حد ذاته أنه إقتناع بالإنتماء منذ ولادته بطريقة قهرية للجنس المقابل.و من تم عدم الرجعية الحكم يعني أنه لا يؤثر على العلاقات التي نشأت قبل تغيير الجنس و لكن لا يمنع من أن تصدر للمغير لجنسه وثائق تعريف لشخصيته الجديدة التي إكتسبها بعد التغيير الحاصل على مظهره الجسدي. لأن الحكم المنشأ يتعلق بإثبات وضعية قانونية جديدة و التي تطورت لاحقا على الولادة.

و من هنا فإن هناك رأي من الفقه الفرنسي، بأن الأشخاص المغيرين لجنسهم هم محيّرين في مجموعة وضعيات الحياة اليومية، فإذا كان هم يحتكمون على عقد ميلاد مرتبط بيوم ولادتهم، هذا الأخير لا يأخذ بعين الإعتبار"ولادتهم الثانية".
تعدد وثائق الهوية التي تعرّفهم، و الحال أن الكتابة باليد عن طريق الأرقام 1،2 و للأحرف H و F و للأسماء في جنس الولادة السابق. العديد من الأشخاص لهم بذلك صعوبة أو يظهرون صعوبة في معرفتهم جيدا[290] إذ أن القانون يرخص الإنتقال من "جنس الولادة إلى جنس جديد"[291].
و من تم يتبع ذلك بأن يعطيه الحق في الحصول على حقوق جديدة و منها على الوثائق الثبوتية لهويته الجديدة.الأكثر من ذلك فإن مصطلح "هوية النوع" هو فكرة قانونية دخلت في كل الإتحاد الأوربي بما فيها فرنسا.
و بالنتيجة فإن ذلك يسمح بجعل القانون الفرنسي في مطابقة مع القانون الأوربي و الدولي، هذا الأخير الذي حث الدول الأطراف على السعي بكل الطرق لضمان للمغيرين لجنسهم الحق في الحصول على بطاقات تعريف مطابقة للجنس المتحول إليه. و هذا ما يؤكد لنا أن فرنسا، و إن لم تصدر نصوص تشريعية في هذا المجال، إلا أن الإجتهاد القضائي يعطي الحق في الحصول على وثائق تثبت الهوية الجديدة بما في ذلك عقد ميلاد يحمل في هامشه بيان النوع الجديد و الإسم الجديد.
إلا أن الواضح أن مؤخرا عرضت قضية على القضاء **الفنلندي**، تدور وقائعها في:
أن رجل متزوج و له إبن.سنة 2009 خضع لعملية جراحية للتحول الجنسي، و تحصل على تغيير إسمه و لكنه لم يحصل على تغيير لوثائق الهوية.

و أنه حسب قانون فنلندا سنة 2002، حول تأكيد النوع لمغير لجنسه يسمح لمواطنيه أو المقيمين البالغين الذين تعرضوا لعلاج طبي الحصول على تغيير لرقم ضمانهم الإجتماعي بشرط إضافي **ألا يكون متزوج أو أن يحول زواجه لشراكة مسجلة** (وهي مخصصة للأزواج من نفس الجنس)، و هو الشرط الذي لم يستوفيه. **فرفض طلبه** أمام المحاكم الوطنية و أمام المحكمة الأوربية، و لم يتحصل على تغيير لوثائق الهوية.
لكن في القانون الفرنسي مثل هذا الإلتزام القانوني للتحول لم يصبح له وجود منذ قانون 17 ماي 2013 رقم 2003- 404، (الذي سمح بزواج الأشخاص من نفس الجنس)[292].و من تم **لا يوجد** أي شرط قانوني يمنع تغيير وثائق الحالة المدنية في فرنسا.

2/ مدى مطابقة التشريع الفرنسي للقانون الأوربي في مجال الشهادات(Les diplômes)

على حسب الظاهر على الساحة القانونية، فإن القضاء الدولي لم يفصل في مسألة الحالة المدنية الموجودة في الشهادات للأشخاص المغيرين لجنسهم.

---

[290] Voir, Lourence Hérault, le corps et la loi, P.U.Aix Marseille, 2010, p.118.
[291] Louis-Daniel Muka Tshibende, Op.Cit, p.1404.
[292] Voir, Jean Hausser, Transsexualisme: où en est-on des condition du changement de sexe ?, R.T.D.civ 2014, Op.Cit, p.855.

لكن غياب هذا القضاء، لا يعني أن حق الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان أو حق الإتحاد (Union) الذي يجب على القانون الفرنسي مطابقته لا يفرض على الدول الأطراف أن تأكد جميع الإجراءات من أجل القضاء على التمييزات ضد المتحولين[293].

و في هذا الصدد أثير مشكل من قبل المدافعين عن الحقوق الذين طالبوا وزارة التعليم العالي بإعادة تحرير شهاداتهم من أجل إدراج حالة تغيير الحالة المدنية للأشخاص المتحولين جنسيا، و كان ذلك بتاريخ 14 ديسمبر 2011. و تم رفض طلبهم، و أعيد تجديده بتاريخ 15 ماي 2012 بواسطة محامي.و تم إجابتهم برفض طلبهم و كان تبرير ذلك من قبل المدير العام لS، أن غياب الأثر الرجعي لتغيير بيان الجنس في الحالة المدنية و أن هذا التغيير لايسرى إلا على المستقبل و من تم لا يسرى على العقود و الوضعيات القانونية السابقة. و من تم لم يقبل بتسليم المغيرين لجنسهم ديبلوما يحمل التغيير في الحالة المدنية بالجامعات الفرنسية.

مضيفا أن الأمر بطلب تعديل المنشور رقم 2006-202 ل 08 ديسمبر 2006، المتعلق بإعادة تحرير الشهادات لإدراج حالة تغيير الحالة المدنية من طرف السلطات المختصة بالمتحولين جنسيا[294].

و لكن مع ذلك نجد أن هناك بعض الرئاسات (Rectorats) إستجابت لتغيير الحالة المدنية في الشهادات وأصدرت لهم ديبلوم جديد يحمل الإسم الجديد مبررة ذلك بأن الطابع المعرفي للدبلوم يجب أن يعطي الإمكانية لإصدار شهادة جديدة لشخص غيّر جنسه لاحقا على الحصول هذه الوثيقة[295].

و تطبيقيا بعض الرئاسات الجامعية قبلت إعادة تحرير الديبلومات لأشخاص غيروا جنسهم آخذين بعين الإعتبار هويتهم الجديدة، لاسيما تغيير الإسم المرتبط بتغير النوع و كان ذلك جامعة باريس[296].

الفـــرع الثـــــانـــــي

مدى الإشارة إلى تغيير بيان الجنس و تغيير الإسم في وثائق الحالة المدنية و المستندات للمغيرين لجنسهم؟

حق المغير لجنسه حسب القانون الدولي و الأوربي في الحصول على وثائق رسمية تثبت التغيير الحاصل على حالة المدنية بما فيها عقد ميلاد، جواز سفر، بطاقة تعريف، رخصة سياقة، بطاقة تأمين، بطاقة ناخب .....إلى غيرها. إلا أن هذا الحق قد يثير مشاكل جديدة للمغير لجنسه إذ أنها قد تتطلب التأثير على ذكر التغيير الحاصل في بيان النوع و الإسم الجديد في جميع الوثائق.و من شأن هذا الأمر أن يلقى إستهجان من أصحاب الشأن، فما مدى تأثير الإشارة إلى التغيرات الحاصلة في الحالة المدنية لذوي الشأن في الوثائق و الشهادات الرسمية التي يريد الحصول عليها و ما موقف الدول من ذلك؟

تغيير وثائق الهوية يعني تغيير أولا عقد الميلاد.و لكن ذلك لن يكون بمجرد قرار شخصي لأي فرد و إنما نظرا لمبدأ عدم المساس بالحالة الأشخاص، فوجود حكم قضائي أمر ضروري للحصول على التغيير.[297]

فإذا كان الأمر تعلق بحالة إزدواج جنسي عضوي فإن كل من الفقه و القضاء **الجزائري و الفرنسي و المصري و حتى المغربي** متفقين كما سبق مناقشته على أن تغيير الجنس مشروع.و من تم الإعتراف بالآثار المترتبة عليه و منها تغيير بيان الجنس و الإسم في عقد ميلاد المعني.و أن التغيير يكون بأثر رجعي.و تغيير كل وثائق الرسمية تماشيا مع الجنس المصحح و المرجح طبيا.و يمكنه من الحصول على شهادة ميلاد يحدد فيه الجنس الذي ينتمي إليه.

أما في حالة الإزدواج الجنسي النفسي، فإن الأمر كان فيه إنقسام في الآراء بالأخص فرنسا، أمريكا، مصر، إيطاليا.... على النحو التالي:

---

[293] Voir, Dominique Bandis, defendeurs des droits, p.05. sur site le 27 juin 2012.

[294] Voir, Dominique Bandis, defendeurs des droits, p.1 à 3. sur site le 27 juin 2012

[295] نذكر من ذلك تعليمة رقم 88-353 في 21 ديسمبر 1988 المنشورة في 12 جانفي 1988 من طرف وزارة التربية الوطنية التي اعترفت بالطابع المعرفي
للدبلوم الذي يعطي الإمكانية في تغيير اللقب لاحقا.Voir, Dominique Bandis, defendeurs des droits, Op.Cit, p.05

[296] Voir, Dominique Bandis, defendeurs des droits, p.05. sur site le 27 juin 2012

[297] Voir, Lourence Hérault, le corps et la loi, Op.Cit, p.118.

<u>أولا</u>: الإتجاه الذي يميل إلى عدم الإشارة على بيان تغيير الجنس والإسم في عقود الحالة المدنية.

في أمريكا، فإن تغيير الإسم يؤدي صدور عقد الميلاد جديد بدون تحشية لتغيير الإسم أي بدون التأشير به على الهامش، و أيضا مجموعة جديدة من الوثائق تنشأ[298].

في مصر فمن خلال القضية الفريدة التي التي عرضت على القضاء المصري و التي قادت إلى تسليم بمشروعية جراحات تغيير الجنس النفسي، رغم معارضة الفقه القانوني لهذه العمليات و إعتبارها من قبله غير مشروعة لعدم توافر الضوابط القانونية و الشرعية في الأعمال الطبية التي لا تتوافر على قصد العلاج كونها تؤدي إلى تغيير خلق الله تعالى.
و بإطلاعنا على موقف القضاء المصري نجد أن اللجنة الثلاثية المنوطة بتعديل بيانات و قيود الحالة المدنية المتعلقة بصاحب الشأن، و تسليمه أوراقا رسمية **دون القيام بالإشارة** فيها إلى تغيير الجنس. و هذا الأمر ظاهر من خلال الوثائق التي حصل عليها المدعو "سيد/سالي" من مصلحة الحالة المدنية كالبطاقة الشخصية، شهادة الميلاد، قيد الأسرة، و التي تضمنت بيان نوعه الجديد أنه أنثى وإسمه الجديد أنه سالي- بدون الإشارة للجنس الأصلي و لا للنوع الأصلي[299].
و يترتب على ذلك أن الجهات الرسمية عليها أن تخاطب صاحب الشأن باسمه الجديد، كاستدعائه للخدمة العسكرية أو المطالبات الضريبية أو الأوراق القضائية كصحف الدعاوى و الطعون و غيرها[300].
و قد عبر البعض عن موقف القضاء المصري بأن الموقف الذي تبناه قضاء دولة معينة بمناسبة حكم واحد عرض على إحدى محاكمها، من الصعب بمكان أن نعول عليه (أي عدم الأخذ به) فالقانون هو الذي أقر حجيـة للوثائق الرسمية لهوية الأشخاص، لكن الخطورة ليست في هذا القانون في حد ذاته.و إنما عندما لايتبع بشأن خطوات إصدار هذه البيانات الدقة اللازمة فتصبح لا تعبر عن الصورة الحقيقية للشخص في المجتمع[301].

أما إيطـاليـا، كل الشهادات جديدة للحالة المدنية تسلم للمعني تحتوي فقط على الجنس الجديد و الإسم الجديد (إنما فقط عقد الميلاد الكامل (intégral)، الذي يحتوي على تغيير هذه المعطيات).و أن التغيير الحاصل ليس له أثر رجعي.[302]

و قد يستند أنصار هذا إتجاه إلى نوع من التعاطف مع المتحولين جنسيا، لاسيما و أن أعراض المرض اللاإرتياح هي قهرية و خارجة عن إرادتهم بسبب مرض نفسي.و من شأن الإشارة إلى واقعة التغيير، أن تعقد و تزيد من مرضهم، لأن فيه نوع من التشهير للعامة، و الإساءة إليهم إذا ما تعرضوا لسخرية من الغير.

<u>ثـــانـيـــا</u>: الإتجاه الذي يميل إلى الإشارة إلى تغيير الجنس و تغيير إسم صاحب الشأن في وثائق الحالة المدنية.

في **فرنسا**، رغم تقلب الإجتهاد القضائي الفرنسي حول مدى قبول أو رفض دعاوى تغيير الجنسي و الإسم إلا أنه الثابت أنه في كل مرة قبل فيها تغيير بيان الجنس أو تغيير الإسم أو معا.فإنه عند النطق بالحكم فإن القاضي يأمر ضابط الحالة المدنية بالتأشير بالحكم أو القرار القضائي على هامش عقد ميلاد المعني.و نذكـر أمثلة على ذلك قـديـمـا و حـديثـا:

---

[298] Voir, Baptiste Coulmount, Op.Cit, p.36.
[299] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.108.
[300] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.629.
[301] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.634-635.
[302] Voir, Bureau de droit comparé, Op.Cit, p.06.

1/ ما صدر عن محكمة الإستئناف ل Agen بتاريخ 02 فيفري 1983، الذي ألغى الحكم محل الإستئناف و القول أن ...Annie S تصبح من يوم صدور القرار من جنس ذكوري، و أنها تحمل من الآن فصاعدا (للدلالة على أنه ليس له أثر رجعي) تحت إسم Alain. و أنه بدلا من جنس أنثوي، جنس ذكوري.....و يضيف أمر **التأشير** بأحكام القرار الحالي على **هامش** عقد الميلاد المحرر من طرف ضابط الحالة المدنية لبلدية..... [303]

2/ ما صدر على محكمة الإستئناف Rennes بتاريخ 16 أكتوبر 2012 الذي قبل طلب wilfrid (المتزوج) لتغيير بيان جنسه و تغيير إسمه في عقد ميلاد المعني و رفض تسجيل التغيير الحاصل على هامش عقد زواجه و رأى أنه بدون فائدة.و صدر قراره كالتالي:
«….Par ces motifs. (….) dite que wilfrid (….) est désormais de sexe Féminin et qu'il portera le prénom de chloé au lieu et place de celui de wilfrid, **Ordonne** qu'il soit fait
mention de cette décision en **marge** dudit acte de naissance, dit n'y avoir lieu a porter la même mention en marge de l'acte de mariage»[304].

الملاحظ أن القضاء الفرنسي منذ عدة سنوات و هو يميل إلى أمر ضابط الحالة المدنية بالتأشير بالتغيير الحاصل في الجنس و الإسم في عقد ميلاد المغير لجنسه. إلا أنه مؤخرا رفض الإشارة للتغيير في عقد زواجه، و لعل ذلك يرجع إلى عدم رجعية التغيير الحاصل و أن العلاقات المبرمة سابقا على تغيير الجنس، لا تتأثر به و رأت أن تسجيل التغيير على هامش عقد الميلاد، كاف مادام أن هذا الزواج مؤشر عليه قبلا في هامش عقد الميلاد[305].

كما أن التأشير بالتغيير على هامش عقد الزواج، يستتبع أن الزواج يكون بين شخصين من نفس الجنس.و هو الأمر الذي يجعل هذه الوضعية غير متماسكة في نظر القانون الوضعي، كان من الممكن تفاديها من المشرع الفرنسي لو إشترط العزوبـــة لتغيير الجنس كما هو الحال في ألمانيا ، سويسرا ، بريطانيا.

و يظهر من خلال هذا الإتجاه أن القضاء ركز على ضرورة التأشير بتغيير الجنس و تغيير الإسم على هامش عقد ميلاده، و هذا حماية للغير الذي يتعامل مع المغير لجنسه بسبب نفسي.و عدم الإشارة بالتغيير الحاصل في عقد الزواج أيضا لأنه يحافظ على إستقرار العلاقات التي أبرمها المغير لجنسه قبل إجراء الجراحة و حصول التغيير و تماشيا مع عدم رجعية التغيير و أن أثره نحو المستقبل.

و على الرغم من وجاهة هذا الإتجاه و تماشيه مع المبادىء المستقرة قانونا كونه يهدف إلى حماية الغير و ما قد يتعرضون له من غش و إستغلال و تدليس لو أخفيت عليهم حقيقة كهذه، و تم إكتشافها مستقبلا. فإن هذا الإتجاة قد لا يلقى إستحسانا من قبل المغيرين لجنسهم الذين يفضلون عدم إظهار هذه الحقيقة أبدا للغير[306]، لعدم تعرضهم لأي تمييز أو مضايقات و احتراما لحياتهم الخاصة.
نحن بدورنا نتماشى مع هذا الإتجاه، لأن من حق الغير أن يكون على بينة من أمره عند إتخاذ قرار مصيري بالأخص إبرام علاقة زوجية مع شخص كان ينتمي إلى نفس جنسه قبل التغيير و أن تترك له الحرية لإعطاء رضاء سليم غير مشوب بغش أو تدليس.

[303] Voir, Gazette de palais 1983, J603, p.605.
[304] Voir, Arrêt cour d'appel de Rennes 16/10/2012, n°11/08743, Texte intégrale, sur l'extenso.fr
[305] Voir, Benoît Boysson, le miracle judiciaire.., AJ fam. 2012, Op.Cit, p.559.
[306] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.532, n°1693.

المبـحـــث الثـــالـــث

مـــــدى تغييـر الجنس بالحـــالـة العـــائـليـــة للأشخـــاص

فكرة العائلة تدخل فيها الأشخاص و العلاقات فيما بينهم و لكن أي علاقات؟ و هل سنتحدث عن العائلة أو العائلات؟ الطريقة التقليدية للعائلة اختفت اليوم من خلال تعدد طرقها.فالعائلة التقليدية كانت مبنية على الزواج، الأسرة، التي تسمى سابقا "الشرعية"، الولد "الشرعي"، لكن حاليا عرفت الدول الغربية علاقات خارج الزواج، فنتكلم عن العائلة "الطبيعية" و الأولاد "الطبعيين" (أي في شريعتنا من علاقة غير شرعية).و بهذا ظهر في الدول الأجنبية تجسيد قانوني لعدة علاقات، معاشرة غير شرعية (Concubinage)،(PACS) ، سنة 1999؛ الأكثر من ذلك أن العائلة اليوم ليست بالضرورة من مشتهين للجنس المغاير (hétérosexuelle)، إذ وجدت عائلة المثليين (homosexuelle) التي إستطاعت أن تولد.

قد يكون للعائلة مفهومين: من جهة المفهوم البيولوجي، و هي أن العائلة هي مجموعة أشخاص يربطهم الدم.ومن جهة أخرى من وجهة نظر نفسية إجتماعية للعائلة هي مجموعة أشخاص مجتمعة بعامل مشترك وهو المحبة المشتركة.

أما العلاقات العائلية فهي تتمثل في الزواج، المصاهرة أو النسب، بمعنى علاقة عن طريق الدم أو الأبوة.و لكن الملاحظ أننا لا نجد العلاقات بين الأشخاص غير المتزوجين ضمنها.[307]

و من تم يمكن أن يكون لكل شخص حالة عائلية، التي يقصد بها تحديد مركز الشخص في أسرة معينة بإعتباره عضوا فيها، و تقوم الأسرة على نوعين من الروابط و هي القرابة و المصاهرة.[308]

فالحديث عن قانون الأسرة يعتبر ضروري و موضوعه هو تنظيم العلاقات الأسرية.و من المسلم به أن هناك صلة وثيقة بين الحالة الشخصية و العائلية كوجهين للحالة المدنية، فتغيير الشخص بجنسه سيؤدي إلى تعديل حالته الشخصية، و التغيير في بياناتها المدرجة في السجلات المدنية، و الشهادات و الأوراق الرسمية و الخاصة بها، كما يؤدي إلى تغيير المراكز القانونية لصاحب الشأن داخل أسرة و مجتمعه.و هذا يعني أن تغيير الفرد لجنسه لا تقتصر أثاره على المعني بالأمر فقط، و إنما تمتد لتشمل حالته العائلية و الإجتماعية، فيؤثر في مركزه العائلي في أسرته مما يؤثر على حقوقه و واجباته، و يمتد ليتصل بالنسب و الميراث و الزواج و أثاره المالية و الإجتماعية .

و نظرا لهذا التغيير في جنس الشخص و إكتسابه جنس جديد و من تم حالة مدنية جديدة، ستكون له أثار ليس على نفسه فقط، و إنما سينعكس ذلك على الغير الذين تربطهم به علاقة وجدت قبل أن يغير جنسه، فما مصير علاقته **السابقة**، بما في ذلك بالأخص العلاقة الزوجية القائمة وقت التغيير؟ و كذا على أولاده إن وجدوا؟ و ما هي الحقوق المخولة للزوج الآخر لحماية علاقته الزوجية بالأخص إذا فوجئ بتغيير زوجه لجنسه، و أنه أمر واقع لا خيار له فيه؟ و ما مصير هذا الزاوج .**(المطلب الأول)**

و على فرض أن المغير لجنسه لم يكن متزوجا، فهل يحق له الزواج؟ و ممن سيتزوج هل مع شخص من نفس جنسه البيولوجي أم من شخص من النوع المقابل لجنسه الأصلي؟ و هل يجب إخبار من سيتزوج معها (أو معه)، بأنه غير جنسه أم لا، و ما الأثر في كلا الحالتين؟ **(المطلب الثاني).**

ولا شك أن الأولاد هم أولى الضحايا نتيجة هذا التغيير في الحالة الجنسية لأحد الأبوين أو كلاهما إذ قد يجدون أنفسهم لهم أبوان أو أمهتان، و قد يظهر مشكل في مدى حقهم بالاحتفاظ بإسم والدهم قبل التغيير أم لا؟ و في حالة طلاق والديهم هل من حق المغير لجنسه أن يمارس حقه في زيارة أبنائه؟ أم أن المغير لجنسه يصبح يشكل خطر على أولاده **(المطلب الثالث).**

---

[307] Voir, cour de droit de la famille, p.01, sur site www.cours.univ.fr

[308] أنظر، هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، موجز المدخل للقانون، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، بدون بلد الطبع، بدون سنة الطبع، ص.164.

المـطـــلب الأول

أثـــر تغـييـر جنـس أحـد الـزوجيـن عـلى الـزواج الســـابــق

الزواج، هو أساس الاسرة، و قد أولته شريعتنا الغراء عناية بالغة، و اهتماما كبيرا، و تنظيما فاق كل التنظيمات الإجتماعية و القانونية. و قد بين القرآن الكريم و السنة النبوية القواعد التي ينبني عليها الزواج، و أن الإلتزام بها سيؤدي لا محالة إلى جعل العلاقة الزوجية تسودها المودة و الإحترام و الإستقرار.كما شرع ديننا في حالة إستحالة دوام العشرة الزوجية بالمعروف، تسريح الزوجة بالإحسان دون تعسف و ذلك لقوله تعالى:« و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها.و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون».[309]

و قد جعل الله تعالى، النساء حل للرجال، لهم أن يستمتعا بما هو مباح لهما، و إقامة علاقات جنسية شرعية لإشباع الغريزة الجنسية و للتناسل بينهما حفاظا على بقاء الأمة الإسلامية.و قد شرع لهما بذلك إبرام عقد شرعي بين الرجل و المرأة، و توافر الأركان عن طريق النكاح، و بأكثر من إمرأة، لقوله تعالى:«....فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعولوا ».[310]

و بهذا الصدد، و أمام قداسة الزواج الذي شرع لغاية نبيلة و كان هدفا لتكاثر البشرية يثار أمامنا اليوم واقع خطير يفرض نفسه على جميع الدول، و يطرح مشكلة شرعية و قانونية عويصة، ألا و هي قيام أحد طرفي عقد الزواج لتغيير جنسه فيصبح إمراة من الناحية الشكلية بعد ما كان رجلا و نكون أمام علاقة بين إمرأتين أو العكس.فنكون أمام علاقة بين رجلين، فما هوتأثير هذا التغيير على الزواج القائم الذي من المفروض أنه يتطلب إختلاف نوع طرفي عقد الزواج، من أجل تحقيق الرغبة في الإنجاب؟
صعوبة المشكلة أظهرت تباينا بين النظم القانونية؛ منها التي سلمت و أجازت إجراء عملية تغيير الجنس، و من تم سلمت بالأثار المترتبة عليها في جميع النواحي، و منها من حظرت هذا النوع من الجراحات كالشريعة الإسلامية و بعض التشريعات التي سبق و أن فصلنا فيها.و كان هذا المنع نظرا لما قد ترتب على التغيير من مشاكل قد سببت عدة أضرار للغير الذي يجد نفسه ضخية تغيير لا دخل لإرادته فيه و تسبب في جعل حياته مستحيلة.

و أمام هذه الكرة التي يدور فيها المغير لجنسه، و التي أصابت الرباط المقدس و هو الزواج الذي أصبح يفتقد لأهم مكوناته، كان لا بد علينا أن نجد حلول منطقية أو قانونية أو شرعية لحل الإشكال الحاصل.و هذا من خلال إجراء دراسة مقارنة لما جاء بالدرجة الأولى في القانون الفرنسي، بإعتباره عرف تطورات مهمة في هذا المجال (الفرع الأول)، ثم يليها مصر و الجزائر و الشريعة (الفرع الثاني)، و تختمها بموقف على مستوى الدولي و هي المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (الفرع الثالث).

الفـــــــــرع الأول

موقف القـــانون الفـرنسي من تأثير تغيير أحد الزوجين لجنسهما على مصير الزواج

القانون المدني الفرنسي لم يشترط بوضوح، إختلاف جنس زوجي المستقبل.لكن هذا الشرط يستنتج ضمنيا من المادة 6/75 من القانون المدني التي تحدد لضابط الحالة المدنية، لتلقي من كل طرف الواحدة (L'une) تلوى الآخر(L'autre) «التصريحات التي يريد أخذها من الزوج و المرأة».[311]

---

[309] أنظر، سورة الروم، الآية 20.
[310] أنظر، سورة النساء، الآية 3.
[311] Voir, Dominique Fenouillet, droit de la famille, 2ème édition, Dalloz, paris, sans année, p.60.n°79.

كما أن هذا الشرط أيضا من الأحكام المتعلقة بمسكن الزوجين من خلال المادة 108 من القانون المدني:«الزوج و الزوجة يمكن أن يكون لهما بيت متميز بدون أن يشكل مساس بالقواعد المتعلقة بالحياة المشتركة ».

و أيضا المادة 144 من القانون المدني (المعدل بموجب قانون 4 أفريل 2006 رقم 2006-399 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة و المعدل و المتمم في 4 أوت 2014)[312]، التي جعلت سن الزواج منذ سنة 2000، يصبح من 18 سنة للمرأة و للرجل. و هذا الإصلاح كان لتفادي الزواج الإجباري للمرأة (قبل سنة 2006 كانت المرأة سنها هو15 سنة و الرجل 18).[313]

إلا أنه حاليا بعد 2013 فإن الزواج أصبح مفتوحا لكل الأشخاص، سواء من نفس الجنس أو من جنس مغاير بحسب المادة 143 من القانون المدني الجديد.

كما أن الفقه الفرنسي عرف حضوضا من خلال ريشة (plume) الأستاذ Raymond أن: « القانون المدني لا يشير إلى هوية الجنسين، كشكل عائق للزواج.يظهر أن هذا الشرط سيكون ظاهر، و يرتكز ضمنيا حول المبادئ العامة للقانون»[314].

لكن الشرط المتعلق باختلاف الجنس في الزواج أخذ بعد جديد مع تغيير الجنس، كاضطراب نفسي الذي أصبح من خلاله يطرح مشكل زواج الأشخاص من نفس الجنس البيولوجي.

و أمام غياب أي نص يعرف الزواج إلا التعريف الذي جاء به الفقه و القضاء الفرنسي ، أنه إتحاد رجل و امرأة و الذي يعود للقرن XIX من خلال حالة الخنثى و العنة، الذي لم يقتن أبدا .و الحال أنه لا يوجد ما يمنع القضاء قرنا فيما بعد، بإعطاء تفسير مختلف للقانون المدني آخذين بالاعتبار خصوصا مقدمة الدستور أو التشريع الأعلى (منه الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان) التي تفرض المساواة أمام القانون و إحترام الحياة الخاصة و العائلية.[315]

و الحال أننا الأن أمام واقع فرض نفسه من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية في 13 مارس 2007،[316] التي أيدت بطلان زواج الأشخاص من نفس الجنس الذي أمام بلدية Bégles، لتخلف شرط اختلاف الجنس، تم تدخل المشرع لاحقا بموجب قانون 17 ماي 2013 رقم 2013-404 الذي عدل المادة 143 من القانون المدني الفرنسي و سمح بزواج الأشخاص من نفس الجنس.

و الذي تغيرت بموجبه المفاهيم و تم محو إختلاف الجنس الخاص بالزوجين، كشرط من شروط صحة الزواج، و وجدت المساواة بين كل العلاقات الزوجية، سواء كانت بين مثليين أو مغايرين و هذا بموجب المادة 1/6من القانون المدني الجديد.

و بهذا فإن إشتراط الغيرية الجنسية (altérité sexuelle) للزوجين قد إختفت، و تم محوها و أصبح لكل شخص الحق في اختيار زوج المستقبل بكل حرية سواء من نفس الجنس و من جنس أخر. و هذا أمر أصبح له أهمية من حيث طبيعة البطلان في حالة إذا وقع خطأ في جنس أحد الزوجين سواء من نفس الجنس أو من جنس مغاير و الذي رتب عليها الفقه البطلان النسبي (nullité relative)، و ليس المطلق (Absolue).كما كان في ظل غياب الاختلاف في الجنس في المفهوم القديم للزواج (قبل تعديل 2013 للمادة 143 من القانون المدني الجديد).[317]

---

[312] قبل تعديلها بموجب قانون 17 ماي 2013، تحت رقم 2013-404، الذي اعترف بزواج شخصين من نفس الجنس حاليا.

[313] Voir, Corine Renault-Brahinsky, Op.Ci, p.238-239.
Dyna'sup, droit de la famille, 5ème édition, p.90-93.

[314] « Le code civil ne mentionne pas l'identité de sexe comme formant obstacle au mariage.il semble que cette condition soit évidente et repose implicitement sur les principes généraux du droit ».
Voir, Caroline Mécary, Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ?, AJ fam. 2004. P.261, 16 juillet 2004.

[315] Voir, Caroline Mécary, Op.Ci, p.261.

[316] Voir, Cass, Civ 1er, 13 mars 2007, Bulletin civ, I, n° 113.

[317] Voir, Thibault Douville, Brèves réflexions sur la supression de la condition d'altérité sexuelles des époux, petites affiches, 04 juillet 2013, n°133, p.20-22-23.

و لا إختلاف أن هذا النوع من الزواج بين المثليين محرم شرعا في الشريعة الإسلامية، لما يحمله من معاني السخط الرباني لأنه يحتوي على شهوة شاذة و منبودة.و هو الأمر الذي يجعله مرتبط بفكرة النظام العام بكل دولة.

و من تم مادامت أثار تغيير جنس في الحالة المدنية لا يقتصر على شخص المغير لجنسه لوحده، و إنما تمتد للغير الذي يعتبر بذلك قد سلب من أبسط حقوقه، فكان من حق هذا الغير لا سيما هنا هو الزوج الآخر، أن يقرر إما البقاء في هذه العلاقة أي إستمرار زواجه (و لكن سيكون تحت شكل آخر)، و إما أن يضع حدا لهذه العلاقة مرتكزا في ذلك على عدة أسباب سنفصلها كالتالي:

أولا: إلغـــاء الزواج أو بطـلانه بطـــلانا مطلـقـــا.Nullité Absolu

هذا البطلان حسب الفقه الفرنسي يجد أساسه حول النظام العام، المادة 184 من القانون المدني على حالة البطلان المطلق الذي يمس الزواج.و تحيلنا إلى نصوص مختلفة التي تضع شروط الزواج. و يذكر من بينها - الذي ينطبق على موضوع البحث - هوية النوع ليقول أنها حالة بطلان التي هي غير مشار إليها في القانون المدني، الذي أحيانا يؤدي بنا إلى القول أن الجزاء المترتب هو الإنعدام (l'inexistence).

فغياب الرضا كان لمدة طويلة معتبرا كحالة الانعدام، فحسب المادة 146 من القانون المدني الفرنسي:

« il n'ya pas de mariage lors qu'il n'ya pas de consentement.il s'agit d'une cause de nullité absolue du mariage ».

و أنه على من يدعي أنه لا يوجد رضا أن يثبت ذلك.[318]

فحسب Jean Hausser، و أن جزاء الانعدام مقرر أيضا تأسيسا على طبيعة الأشياء (nature des choses)،

و أنه من المحبذ أن يكون هناك حكم قضائي يثبته، و هذا لضمان علانيته[319]. و لكن رغم هذا فإنه قد ينتقد هذا الأساس باعتبار سبب الإلغاء هنا لم يكن وقت الزواج.[320]إذ أن الزواج نعقد صحيحا ما دام أن هناك اختلاف في الجنس في عقود حالتهما المدنية عند الزواج.و أن يعتبر جنس أحد الزوجين كان **لاحقا** على الزواج.

و أيا كانت عدم قدرة أو العيب الذي طرأ على بعض الأعضاء التناسلية فإنه لم يكن سببا لإلغاء الزواج مثلما حصل في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 أفريل 1903.[321]

تتمثل وقائعه في أن سيدة ....D، أبرمت زواجها مع السيد....G، في أفريل 1899، في أكتوبر لنفس السنة رفع الزوج دعوى ضد زوجته لإلغاء (nul) الزواج بسبب أن السيدة ينقصها الأعضاء التي تمثل الجنس الأنثوي و أن غياب هذه الأعضاء يمثل عيب في الجنس.قبل الطلب بخبرة طبية مأمور بها من المحكمة الإبتدائية المدنية(Lille) 18 جانفي 1900 و تم صدور حكم بتاريخ 22 نوفمبر 1900 الذي قضى بإلغاء (nul) الزواج بين الطرفين، و تم إستئنافه و صدر قرار من مجلس Douaï بتاريخ 14 ماي 1901 بالتأييد و منها، تم نقض القرار أمام محكمة النقض الفرنسية الذي جاء فيه أن:

«Le défaut, la faiblesse ou l'imperfections de certains des organs caractéristiques du sex seulemee sont sans influence possible sur la validité du marriage; -qu'il peut resulter sellement un état d'impuissance natuelle ou accidentelle…et que la d'annulation du mariage ne pourrait pas davantage se fonder sur un prétendu vice de consentement, parce que, en cas, pareil l'erreur commise ne porte pas sur l'un des époux, mais selement sur ses qualités physiques; … »

[318] Voir, Corine Renault-Brahinsky, Op.Cit, p.266.

[319] Voir, Jean Hauser, Nullité, caducité, divorce:le sort du mariage du transsexuel, RTD civ.2001.335,15 juin.

[320] Voir, Jean Hauser, Nullité, caducité, divorce, Op.Cit, p.335.

[321] Voir, Cass, Civ, 06 Avril 1903, D 1904. I, 395. P.400.

فإن العجز لم يكن أبدا سببا لإلغاء الزواج.[322]و لتعزيز هذا الانتقاد، نذكر أن القضاء الفرنسي في أكثر من مرة أقر أن تغيير الشخص لجنسه النفسي حالة بموجب دعوى الحالة.و أن هذه الأخيرة عند قبولها فإن التأشير على هامش عقد ميلاد المعني بتغير الجنس و تغيير الإسم يسري نحو المستقبل.و لم يرتب على ذلك الأثر الرجعي.الأمر الذي جعل الفقه الفرنسي يؤكد أن الرجعية تقودنا إلى أثر متوقع على الزوج السابق الذي سيصبح ملغى (nul)،[323]و الأمر هنا ليس كذلك، إذ تغير الجنس تسري آثاره بأثر غير رجعي مما يجعل دعوى الإلغاء هنا، غير متماشية كجزاء. الزوجين

ثـــانـيـــــا: قابلية عقـــد زواج المغير لجنسه السابق للإبطـــال .Caducité

1/ قبل صدور قانون 17 ماي 2013 المعدل للقانون المدني:

ذهب اتجاه فقهي فرنسي هنا إلى أنه ما دام تغير الجنس ليس له أثر على الماضي فإنه يكون....في جعله قابلا للإبطال أي **يمكن** للزوج الذي تعاقد مع شخص يفترض فيه كافة الخصائص الجوهرية التي تمناها قبل إبرام العقد.
و باعتبار أن نوع الفرد يمثل أحد أهم عناصر الحالة المدنية،[324] فإن الغلط فيه يعد غلطا في صفة جوهرية تتعلق بهوية الفرد يجيز لمن وقع فيه المطالبة بإبطال عقد الزواج وفقا لأحكام المادة 180 من القانون المدني الفرنسي (قانون 11 جويلية 1975).

الإبطال، يعرف أنه إلغاء عقد بسبب فقدان عنصر مهم في تكوينه و بهذا فإن فريق الأستاذ Terré.F إقترحوا المشي وراء الإبطال كطريقة لإنحلال زواج الأشخاص الذين غيروا جنسهم فالإبطال كطريقة محتملة الوقوع عند إنقطاع الروابط الزوجية تظهر أنه يجب أن تأخذ في الحسبان وضع الحالة بخصوص الزواج من نفس الجنس.[325]

و بهذا يرى أن الغلط يكمن في الكفاءة الجنسية للزوج المغير لجنسه.[326]و في نفس الاتجاه يؤكد جانب آخر من الفقه أن تغيير جنس أحد الزوجين لا حقا على انعقاد الزوج، يجب منطقيا أن يمثل سببا للإبطال(une cause de caducité) بقوة القانون لزواج أصبح شاذ جنسيا (homosexuel).[327]

2/ بعد صدور قانون 17 ماي 2013:

من خلال هذا القانون فقد عرفت المادة 143 من القانون المدني الجديد تعديلا فتح باب لزواج الأشخاص من جنس مختلف أو من نفس الجنس و الذي كان مقتبسا من تحرير المادة 515-1 من القانون المدني المتعلق بـــ...المتعلق بالمعاشرة غير المشروعة أصبح بذلك طرح تساؤل هل يمكن اعتبار أن الجنس الزوج يمكن أن يعتبر كعنصر جوهري يحدد رضا الزوج الآخر؟
يرى جانب من الفقه أنه في الدول التي تقبل زواج الأشخاص من نفس الجنس، أين الإختلاف في الجنس ليس بعنصر ضروري لإنعقاد هذا الزواج. فالقاضي منذ ذلك (كما هو الحال في فرنسا بعد 2013)

---

[322] Voir, Frédérique Eudier, Droit de la famille, 2ème édition, Dalloz, Armond colin, 2003 , p.266.
[323] Voir, Jean Hauser, RTD civ. 2008.3. p.79.
[324] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.606, n° 2020.
[325] Voir, Olivier Dubos et J.P.Marguenaud, sexe sexualité et droits européens, Op.Cit, p.65.
[326] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.607, n° 2029.
[327] Un acte juridique étant caduc quand, valable au moment de sa formation, il est privé d'un élément essentiel à son efficacité par la survenance d'un événement postérieur à sa formation et indépendant de la volanté de son auteur.
Voir, Dyna'sup, Op.Cit, p.133 et marge 20.
و لكن هناك من يطرح اشكال بهذا الصدد و هو أنه إذا كان الإبطال له أثر رجعي أم لا؟ و أنه من الواضح في هذه الحالة أنه من المستحسن ألا يكون له أثر رجعي حتى لا يؤثر على العلاقات السابقة.الأكثر من ذلك أثيرت مشكلة أن الزواج ليس بعقد، و إنما تصرف، و لكن تصرف قانوني و يخلق مشكل جديد. Jean Hauser, RTD civ. 1993, Op.Cit, p.100.

لا يمكن من **تلقاء نفسه** أن يتوكل على مجرد أن الزوجين هم من الآن فصاعدا من نفس الجنس ليبطل الزواج. إنما الأمر يرجع بالأحرى إلى أحد الزوجين ليقدم الطلب.[328]

و بعد نقاش طويل أثاره أحد رجال القانون Thibault ، وصل فيه أن المشكل يمكن أن يطرح أيا كان جنس أحد الزوجين، مادام أن مثل هذا الخطأ يمكن أن يقودنا إلى أن الزواج يكون بين شخصين من نفس الجنس أو بين مغايرين جنسيا. و من تم اختفى الجنس من شروط صحة الزواج، و أصبح الخطأ في جنس الزوج يدخل في الخطأ في الخصائص الجوهرية للشخص و جزاؤه الإبطال النسبي[329].و من تم حل الإشكال الذي كان قائما بين الفقه سابقا أي قبل 2013، النتائج هي مهمة من جهة نظر طبيعة البطلان الذي سيصبح نسبي(Nullité relative)، و ليس مطلق (كما كان عليه عند غياب إختلاف الجنس بين الزوجين قبل تعديل 2013)،.
و من تم الإحتمال المتصور هو عند زواج شخص مع آخر مغير لجنسه و لم يعلمه بذلك، فالجنس لم يعد من شروط صحة الزواج و لكن الرضا بجنس الزوج الآخر من الخصائص الجوهرية في الشخص الذي سيقبل على الزواج معه.و من تم يعطيه الحق في ابطال العقد لوقوع مثل هذا الخطأ في جنس زوجه المغيرلجنسه.

ثـــالثـــا: طـلـب الـطـلاق Le divorce

الثابت قانونا أن الطلاق شيوع من أجل وضع حد للعلاقة الزوجية عند استحالة العشرة بينهما، و هو أسهل طريقة للزوجين حتى لا يكون في ذلك ضرر لأحد الزوجين.
يمكن أن يتأمل الفقه الفرنسي أن الطلاق سيكون كضرورة مسبقة قبل الحكم بتغيير الحنس في الحالة المدنية.و هو الأمر الذي لم يفصل فيه الإجتهاد القضائي،[330] أو كما فعلت بعض الدول التي استبعدت تغيير الحالة المدنية لمغير الجنس المتزوج و إشترطت في الطالب العزوبة مثل السويد[331].في حالة عدم رغبة الزوجين على الإستمرار في حياتهما المشتركة بسبب تغيير جنس أحدهما، فالسؤال المطروح هل يمكن أن يكون تغيير الجنس مبرر كاف لطلب الطلاق عندما يتوجهون إلى الجهات القضائية؟، بالأخص أن المشرع الفرنسي قد استحدث قاضيا جديدا مختصا بالشؤون الأسرية من أجل النظر في المنازعات الأسرية بموجب قانون 8 جانفي 1993 تحت رقم 93-22.و ما دام أنه لا يوجد في فرنسا تشريع في هذا المجال، فلا مانع من الرجوع إلى الطلاق للأسباب المعتادة،[332]و منها:

1- الطلاق باتفاق مشترك للطرفين (Divorce par consentement mutuel):
و هي طبعا أسهل طريقة أمام الزوجين إذا كان زوج المغير لجنسه، يحترم الحالة التي يعاني منها الزوج الآخر، فإذا أعلنا رغبتهما و رضائهما بالطلاق بعد قيام أحدهما أو كلاهما بتغير جنسه، فإن ذلك يحول دون إتمام الزواج و يكون طلبهما مقبول.و ما على القاضي إلا الإشهاد على رغبتهما المشتركة و يكون بذلك حكمه كاشفا.

2- الطلاق بالانفصال و انقطاع الحياة المشتركة:
كما أن للزوجين اللجوء إلى حل آخر يمكنه أن يفتح للمغيرين لجنسهم، و هو الطلاق بسبب انقطاع الحياة المشتركة بطلب من طرف أحد الزوجين، و هو أمر ممكن لكن بشرط يجب توافره و هو انتظار مدة انفصال أكثر من 6 سنوات سابقا، و هي كافية على الأقل نعتبرها كمنقذ للظواهر(comme sauvant

[328] Voir, Olivier Dubos et J.P.Marguenaud, sexe sexualité et droits européens, Op.Cit, p.65.
[329] Voir, Thibault Douville, Op.Cit, p.20 et 22-23.
[330] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.42.
[331] Voir, Valérie Avena-Rebardet, modification de mention du sexe à l'état civil, AJ Fam.2012, p.302.
[332] Voir, Jean Hauser, RTD civ. 2001, Op.Cit, p.335.

les apparences)[333] و لا شك أن مدة الإنفصال جد طويلة قد يصعب فيها للطرفين الإنتظار، و قد يلجأون إلى حلول أخرى.و لهذا هناك تراجع و أصبحت مدة الإنفصال حاليا أكثر من سنتين[334].

3- الطلاق بخطأ من المغير لجنسه لوحده:

بعض الجهات القضائية أبدت موافقتها النطق بالطلاق بخطأ خاص بالمغير لجنسه.و كان موقفها مؤسس على عدة أسباب سنناقشها من خلال تناولنا بنوع من التحليل لقرارين قد عرضا في فترات متقاربة، و لكن **قبل** سنة **2013**، لما نتكلم عن هذا التاريخ لأن هذا التاريخ قد فتح به المشرع الفرنسي بابا لزواج الأشخاص من جنس مغاير hetérosexuel و للأشخاص من نفس الجنس homosexuel، و من تم التخوف الذي كان يشغل بال الساحة القانونية و القضاء من أن تغيير أحد الزوجين لجنسه و تغيير حالته المدنية، سيرتب أن الشخصين سيصبحان من نفس الجنس، و كان ذلك غير معترف به قانونا أي زواج المثليين.

في حين أنه في ظل 2013 لم يعد الإشكال مطروحا، و لذلك سنحاول أن نعرض القضيتين المعروفتين على الساحة القضائية على التوالي:

أ/ قضية محكمة إستئناف Nîmes بتاريخ 7 جوان 2000

عرف الزوج بأنه خضع لجراحة فقد بها خصائص الجنس الذكوري، و أصبح من الجنس **الأنثوي** و أصبح يسمى Christine بموجب حكم مؤرخ في 11 سبتمبر 1998 من طرف المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Clermont-Ferrand، و بعدها قدم طلب الطلاق بينه و بين زوجته و الذي تم استجابة له بعد إتباع الإجراءات و صولا إلى الاستئناف أي فصلت فيه بتاريخ 7 جوان 2000 و نطقت محكمة إستئناف Nîmes بالطلاق بظلم خاص من المغير لجنسه و كانت من أسباب قبول طلب الطلاق من طرف قضاة الدرجة الثانية:

- القضاة إعتبروا أن البتر أجري من طرف الزوج يجب إعتباره كخطأ، و أن تصرفه الأنثوي و لباسه كامرأة لعدة سنوات يشكل إهانة (insulte) لزوجته و لواجبات و إلتزامات الزوج.

و قد عيب من قبل بعض رجال القانون منهم Jacque Massip، أنه من الغريب أن الذي أجري من المغير لجنسه يشكل خطأ لأن الأطباء يؤكدون أن تغيير الجنس هو حالة مرضية.[335]التي تخرج عن إرادة المعني.[336]و أضاف القضاة أن إكتساب جنس أنثوي الذي فرض تغيير الحالة في المستقبل يلزمنا أن ننطق بالطلاق، ما دام أن الزواج لا يمكن أن ينعقد بين شخصين من نفس الجنس.و أن هذه القاعدة هي من النظام العام (مع الإشارة حاليا إلى أن مفهوم النظام العام في هذا الموضوع تغير بالإعتراف بموجب قانون 17 ماي 2013 بزواج الأشخاص من نفس الجنس). مضيفين أن هذا الإنفصال الإلزامي لا يمكن أن يكون إلا بخطأ المغير لجنسه حتى و لو كانت إرادته ليس لها دخل.

و قد علق Jacque Massip على هذا التبرير أنه لا يتماشى مع المنطق، و خاصة و أن أسباب الطلاق غير منصوص عليها قانونا (تم إلغائها بقانون 1975)، و أن تطبيق الطلاق في دعوى الحال جعل قضاة الدرجة الأولى و الثانية في الواقع في الطريق النسبي لأن حسبه فالمفروض تطبق أحكام الإبطال النسبي (caducité) لأنه بسبب تغيير جنس أحد الزوجين، فإن الزواج أصبح بدون موضوع و يمكن للمحكمة أن تثبته من خلال عريضة أحد الزوجين و النيابة العامة و كل من له مصلحة.

---

[333] Voir, Jean Hauser, RTD civ. 1993, Op.Cit, p.100.

[334] Voir, Julien Marrochella, La france Ouvre –t-elle la voie d'un divorce pour faute, jeudi 18/03/2010, publié sur site blog.dalloz.fr/blog dalloz/2010/03/transsexualisme.

[335] تم إخراجه من قائمة الأمراض النفسية طويلة الأمد بموجب مرسوم رقم 2010-125 بتاريخ 2010/02/08.

[336] Voir, Jaque Massip, Disolution du mariage pour cause de transsexualisme, petites affiches, 12 avr 2001, n°73, p.20.

و هو الأمر الذي أيده جانب آخر Jean Hauser، الذي أكد أن الحل المتمثل في الإبطال النسبي (caducité) هو الأكثر تحبيذ و أكثر مطابقة للواقع.[337]

من جهة أخرى هناك من الفقه من يرى أيضا أن الحل الذي تبناه هذا القرار يظهر أنه متفكك (incohèrent)، لأن تغيير الجنس هو مرض pathologie(هذا قبل صدور قانون 08 فيفري 2010)، و من غير المعقول أن نعتبر علاجه المرخص به قانون يمكن أن يحلل كخطأ.و يضيف أن حالات الطلاق الأخرى تظهر إذا أكثر ملاءمة متوقعا أن صلاح جديد هو المنتظر حول حق الطلاق.[338]

ب/ قضية المحكمة الإبتدائية الكبرى لـ Caen بتاريخ 28 ماي 2001

إن السيدة F...المتزوجة من السيد ... G الذي أصبح بعد تغيير جنسه يدعى Sylvie و أصبح ينتمي إلى الجنس الأنثوي قدمت الزوجة أمام المحكمة طلب إبطال الزواج الذي تم منذ عدة سنوات و نتج عنه طفلين، و قدمت عدة أسباب لطلبها، استجابت لها المحكمة لطلبها و حكمت بالطلاق بخطأ خاص من الزوج لوحده و عرضت أسباب قبول الطلب نذكر منها:

- أكد الحكم أن تغيير الجنس ليس مخالف للقانون الفرنسي و لم يكن هو في حد ذاته خطأ، لكنها قدرت في نفس الوقت أن تصرف الزوج المغير لجنسه لم يأخذ أبدا الاشتراك الزوجي في حالته المستقبلية، إذا بدأ في التحولات لشخصيته دون البحث عن رضا أو المواساة المعنوية لزوجته و لم يتردد في الإبتعاد إراديا عن المسكن الزوجي لمدة عدة سنوات يشكل إنتهاك خطير، و تحديد لواجبات الزواج و بالنتيجة حكم بالطلاق بخطأ من الزوج وحده و خصص للزوجة تعويض في شكل دخل مدى الحياة.[339]

و يرى البعض أن هذا القاضي و لو إستطاع الهروب من بعض الإنتقادات الموجهة لقرار Nîmes لـ 07 جوان 2000، فإن هذا التسبيب يدور في فلك متناقض و أن إدخال الطلاق بالنظر للظروف الخاصة للحالة أمر منتقد، إذ أنه اعتبر أن تغيير الجنس في مثل هذه الحالة قانونيا يكون سببا لإبطال (caducité) الزواج، الذي فقد أحد العناصر الجوهرية، و هي اختلاف الجنس و هو الأمر الذي يحب لإثباته إلزاميا من طرف القاضي بمجرد التماسه من طرف أحد الزوجين أو من طرف النيابة العامة أو من الغير الذي له مصلحة.[340]

- من خلال الحكم، المحكمة وجدت نفسها في مواجهة مصالح متشبعة يصعب عليها الحكم فيها من جهة، هناك رجل غير جنسه لامرأة و اعترف رسميا بحالته الجديدة.من جهة أخرى، هناك زوجة و أم لطفلين فرض عليهم رغبة المغير لجنسه، و في هذه الفرضية، أحد الحقوق عليه أن يطغى على الآخر.خاصة في النطاق الذي وجد فيه الزوجان أنهما من نفس الجنس.فعليه أن يفكر أنه لا يمكن لهما البقاء متزوجين بسبب إشتهاء المماثل.و من تم الحياة المشتركة أصبحت مستحيلة، و ليس بسبب أي خطأ من الطرف الآخر، و مع ذلك قضت المحكمة بالطلاق بظلم من الزوج و حده أخذت بعين الإعتبار معاناة الزوجة و مكنتها من تعويض مالي عن الضرر.و التساؤل ألم يكن هناك حلول أخرى لمواجهة هذا الإشكال و وضع حل لهذا الزواج؟ متكهنين أن هناك تعديل منتظر لقانون الأسرة، قد يمنح إمكانية التصدي لهذا المشكل.[341]و فعلا جاء تعديل لكن للقانون المدني و الذي سمح بتغيير مفهوم الزواج الذي أصبح مفتوحا أمام الأشخاص من نفس الجنس أو من جنس مغاير بموجب قانون 17 ماي 2013.و لهذا فإن التخوف الذي كان

---

[337] Jean Hauser, RTD civ. 2001, Op.Cit, p.335.

[338] Voir, Olivier Dubos et J-P.Marguenad, Sexe Sexualité et droits européens, A.Pedon, paris,2007, Op.Cit, p.64.

[339] Voir, Laurence Mauger-Vielpeau, le mariage peut il «survivre» au transsexualisme d'un époux?, Dalloz, 2002, n° 02? P.125.

[340] Voir, Jaque Massip, Disolution du mariage pour cause de transsexualisme, petites affiches, 12 avr 2001, n°73, p.16.

[341] Voir, Laurence Mauger-Vielpeau, Dalloz, 2002, n° 02, Op.Cit, P.126-127.

يشغل بال القضاة من أن تحول الزوج جنسيا، سيجعل الزوجين من جنس واحد، أصبح اليوم بدون جدوى و لم يعد جنس الأشخاص شرطا لقيام الزواج في فرنسا.

نظرة مستقبلية: بالرغم من إختلاف وجهات نظر الفقه و القضاء الفرنسيين حول طريقة وضع حد للرابطة الزوجية بعد تغيير أحد الزوجين لجنسه النفسي، فالقضاء يميل إلى الطلاق.و الفقه يركز على قابلية إبطال الزواج. إلاّ أننا نرى أن التعديل الذي جاء بالمرسوم 8 فيفري 2010 تحت رقم 125-2010 المتعلق بتغيير الملحق الموجود في المادة D 321-1 من قانون الضمان الإجتماعي و الذي بموجبه أخرج تغيير الجنس من قائمة الأمراض النفسية، و من تم لم يعد يعتبر مرض(Pathologie).و نحن نتفق مع بعض رجال القانون الفرنسي في أن هذا التغيير يمكن له من الآن فصاعدا أن يفتح بابا لمناقشة إسناد الخطأ للمغير لجنسه الذي يشترك في علاقة زواج.إذ أن القضاء كان سابقا (قبل 2010) لا يعتبر تغيير الجنس في حد ذاته خطأ لكنه اليوم سيصبح خطأ ما دام أنه لم يعد يعتبر مرضا و بهذا ننتظر الحلول القضائية بعد هذا التعديل تنسب الخطأ للمغير لجنسه.

رابـعـــا: إمكـانيـــة بقـــاء و إستمـرار الحياة الزوجية بين المغير لجنسه و زوجه الآخر.

الفكرة ربما كانت مجرد تساؤل من الأستاذ Laurence Mauger-Vielpeau سنة 2002 عند تعليقه على القرار الصادر عن المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Caen بتاريخ 28 ماي 2001 بمقال بعنوان هل يمكن للزواج أن يحيى و يعيش في ظل تغيير جنس أحد الزوجين؟ و في تلك الفترة سنة 2002، كان الأمر غير وارد لأن القول بالستمرار الزواج بالرغم من تغيير جنس أحد الزوجين، سيقودنا إلى إيجاد زواج لأشخاص من نفس الجنس و هو أمر غير ممكن في ذلك الوقت بفرنسا لأنه كان ممنوع.
لكن رغم ذلك سنلاحظ أن احتمال بقاء العلاقة قائمة كان كل مرة يفترض.و ذلك إذا اتبعنا القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي لوجودناها، تقدم هذا الخيار للأزواج ضمنيا.نذكر من ذلك العرض المقدم ابتداء من حكم محكمة Brest بتاريخ 15 ديسمبر 2011، الذي رفض تسجيل بيان تغيير الجنس، لرجل أصبح امرأة على عقود الحالة المدنية، لكونه متزوج و أب لثلاثة أطفال لأنه سيصبح في نفس الوقف من نفس جنسها (Lesbienne).و برر رفضه بأن المغير لجنسه كان متزوجا بمعنى أن زواجه كان عائقا لطلبه تغيير بيان جنسه في الحالة المدنية.[342] و لأن الطابع المغاير لجنس الأزواج يعارض مثل هذا الطلب.و هذا معناه أن المطلوب من الزوج المغير لجنسه أن يبحث عن وسيلة لمحو زواجه حتى يستطيع تغيير حالته المدنية، أو أن يقرر الزوجين البقاء متزوجين، بالرغم من تغيير جنس أحد الزوجين و هذا كان خيارا مقدما **ضمنيا** و متروك لإرادة الزوجين.[343]مع أنه مخالفا للنظام العام أنذاك.
و مع هذا تم استئناف حكم Brest السالف، و صدر قرار 16 أكتوبر 2012 الذي قبل تسجيل بيان الجنس الجديد في عقد ميلاد المعني بالأمر و **رفض تسجيل على عقد زواجه**، و عقد الأبناء لأنه بدون جدوى على حد تعبيره.و من تم من حيث الوقائع فإن زواجهما أصبح مستمرا لن يتم حله، و لكنه بين شخصين من نفس الجنس.و هذه الوضعية غير متطابقة مع القانون الوضعي أنذاك.و كل هذا يدل على أنه ضمنيا كان هناك افتراض أو احتمال لبقاء الحياة الزوجية مستمرة بالرغم من تغير أحد الزوجين لجنسه، وهذه الوضعية نفسها سبق و خلقتها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان من خلال قرارها في 28 نوفمبر 2006 ضد بريطانيا.و كذا في قرار مؤرخ في 13 نوفمبر 2013 ضد فنلندا عندما اشترطت في الأول، وجوب الطلاق للحصول على الإعتراف بالجنس الجديد، و في الثاني عندما سجلت خرق

[342] Voir, Clementz Kleitz, les Femmes viennt de Mars, Gaz.Pal 22 Novembre 2012, n° 327, Op.Cit, p.03.sur www.l'extenso.fr
[343] Voir, Benoît de Boysson, Rester marié ou changer de sexe ; il faut choisir !, Tribunal de grande instance de Brest 15 décembre 2011, AJ fam. 2012, P.349.

الإتفاقية تجاه فنلندا حينما اشترطت تسجيل الجنس الجديد في الحالة المدنية بانحلال الزواج و تحويله إلى شراكة مسجلة بين شخصين من نفس الجنس.[344]

و هنا لم يبق أمام المغير لجنسه إلا أن يقرر إستمرار زواجه إذا رغب في ذلك، بالرغم من تغييره لجنسه، أو أن يقرر حل زواجه و يبحث عن وسيلة لذلك لوجود فراغ قانوني.

إلا أن الفكرة لم تبق مجرد تساؤل أو افتراض و إنما تحولت إلى حقيقة، و أصبحت مسموح بها في ظل التعديل الذي أحدثه المشرع الفرنسي بموجب قانون 17 ماي 2013، رقم 2013-404 الذي عدل المادة 143 من القانون المدني الفرنسي، و فتح بابا للمساواة بين الجنسين في الزواج و أصبح يسمح بزواج الأشخاص من جنس مختلف أو من نفس الجنس.و بالتالي بعد سنة 2013 أصبح من الممكن للمغير لجنسه بعد الجراحة و تغيير حالته المدنية أن يقرر بقاؤه متزوجا برضا من الزوج الآخر طبعا، ما دام أن جنس الزوجين لم يعد شرطا لصحة الزواج، و إنما يتطلب فقط رضا الزوج الآخر بالبقاء مع المغير لجنسه وفقا للجنس الجديد الذي إكتبسه رغم أنه سيصبح زواجا من نفس الجنس إلا أنه جائز، و يتماشى مع النظام العام ما دام القانون هو الذي أجاز ذلك وفقا لإصلاح شمل المنظومة القانونية بفرنسا سنة 2013، و الذي كان ينادي به الكثير.[345]

الفـــرع الثانـــــي

موقف القانون المصري و الجزائري والفقه الإسلامي من تأثير تغيير أحد الزوجين لجنسهما

في الوقت الذي أجازت فيه العديد من الدول الأوروبية و الأسترالية إجراء عمليات جراحية بموجبها يتم تغيير الذكور إلى أنثى أو العكس.و نظمت أحكام و حقوق تسوية لوضعيتهم لتصبح قانونية، و وصل الأمر لدى بعض التشريعات المقارنة كما سنراه أن فتحت باب الزواج لأشخاص من نفس الجنس.فإننا لا بد أن نحس بناقوس الخطر يدق مجتمعاتنا العربية بالأخص عند تسرب مثل هذه الظاهرة لدى دول عربية، منها من إعترفت بتغيير الجنس مثل مصر، و منها من رفضت الإعتراف بها مثل تونس و لبنان و الكويت، فإن الأمر يتطلب منا أن نفترض أن يتقدم يوما ما شخص غير جنسه بالجراحة في الدول التي أجازتها، و يريد الإعتراف له رسميا بحالته الجنسية الجديدة فسكوت معظم التشريعات العربية عن بحث هذا الموضوع طبعا هو تأكدها أن الشريعة الإسلامية تنبذ هذه الجراحات، لأن فيها مساس بالتكامل الجسدي، و تغيير لخلق الله.لكن هذا لا يمنع أن هذه الظاهرة تتفاقم يوم عن يوم و لابد من إيجاد حلول معلومة لغلق الباب على هؤلاء الشواذ جنسيا.

الأمر لم يتوقف عند إجراء الجراحة طبيا المطالبة بالإعتراف قانونا بهذا التغيير- تغيير الجنس و تغيير الإسم- و إنما إمتد للمطالبة بحقهم في الزواج.و هو الأمر الذي لم نكن نتصور حدوثه ليس فقط لأنه محرم إنما لأن الهدف من الزواج إنجاب أطفال لضمان استمرار البشرية لكن المغيرين لجنسهم يفقدون أعضائهم التناسلية و الأعضاء البديلة لا تؤدي وظيفتها في الإنجاب.و هذا معناه نحن أمام حقائق و هي، إما يعيشون بدون أولاد أو يلجأون للإنجاب بالتلقيح الإصطناعي بمني الغير.و كلا الاحتمالين منبوذين شرعا، و يؤديان إلى زوال البشرية أو اختلاط الأسباب و هي من المحظورات.و من تم فإن الشخص المتزوج مع من غير جنسه لاحقا على زواجه له خيارات إما البقاء في علاقة زوجية مستحيلة و محرمة لاستحالة الإنجاب، إما المطالبة بفك الرابطة الزوجية بأحد الأسباب المحددة قانونا أو شرعا.و هذه الحلول هي التي نتناولها في كل من الجزائر و مصر، و أما حالة تغيير الجنس لأسباب عضوية فنفضل الحديث عنها في أحكام الشريعة الأسلامية.

---

[344] Voir, CEDH 28 Novembre 2006,n° 35748/05 Retf.C/ Royaume uni
CEDH 13 Novembre 2012,n° 37359/09 H.C/ Finland

[345] Voir, Benoît de Boysson, Le miracle judiciaire de la multiplication des sexes de droit, Cour d'appel de Rennes 16 octobre 2012, AJ fam.2012, p.559.

أولا : في مصـــر

ما دامت عرضت القضية على القضاء المصري لسيد الذي تحول إلى سالي، و سمح له بتغير بيان جنسه و إسمه في الحالة المدنية و تحصل على وثائق جديدة بحالة مدنية جديدة، فإن ذلك يسهل عليه مواصلة حياة بصورة طبيعية و يتزوج.إلا أن الإشكال الحاصل عمليا هو أنه على فرض أن المتحول جنسيا كان متزوج قبل تغيير جنسه فما مصير زوجه بعد إكتسابه لهوية جنسية جديدة؟ الأمر الطبيعي أن زوج المغير لجنسه له الحق في المطالبة بحل الرابطة الزوجية بينهما فعلى أساس سيؤسس طلبه هذا ما سنبينه على التوالي:

1/ التطليق لوجود ضرر:

أمام غياب نص تشريعي في مصر، فإنه يجب البحث عن حالات ورد شأنها نص و نطبق حكمها على حالة تغيير جنس أحد الزوجين لا حقا على الزواج.

و من تم قياسا على حالات التطليق هناك حالة الضرر، التي عرفها قضاء النقض المصري، بأن النص الوارد في المادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام الأحوال الشخصية تدل على أن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إضرار الزوج بزوجته بأي نوع من أنواع الإيذاء المتعمد سواء كان ايجابيا كالتعدي بالقول أو الفعل، أم سلبيا كهجر الزوج لزوجته، و حرمانها مما تدعوا إليه الحاجة الجنسية بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف، معاملة شاذة ضارة لا تليق بمثلها، تشكو منها المرأة و لا تطيق الصبر عليها.[346]
بالقياس على هذه الحالة، فإن يمكننا القول بأنه إذا غير أحد الزوجين جنسه فإنه طول مدة تناول لهرمونات (امدة سنتين) و العمليات المتعددة التي يجريها سيكون بعيدا على زوجته و تنقطع بينهما الحياة المشتركة و منها الحميمة التي بين الزوجين، و يصبح عديم الإحساس بالجنس تجاه زوجته.و قد يطالبها بإتيان علاقة جنسية شاذة و محرمة شرعا.و قد لا تعرف أيضا سبب تصرفاته الغريبة إذا كان أخفى عليها حقيقة تغيير لجنسه طيلة فترة العلاج الهرموني.فلا شك أن كل ذلك هذه الظروف ستجعل الزوجة لا تطيق الإستمرار في الحياة الزوجية مما يلحق بها ضررا جسيما، ناهيك عن حيائها عندما يعرف أقاربها بما وقع لها و ما ستتحملة من ملاحظاتهم و سخريتهم و هذا فيه عار و خزي لها و ضرر لا يمكن جبره بأي حال.

2/التطليق لوجود عيب :

من خلال المادة 9 من القانون المتعلق بأحكام الأحوال الشخصية السابق الذكر تنص على أن:
"للزوجة ان تطلب التفريق بينها و بين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل،و لا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون كالجذام و البرص.سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد و لم تعلم به، أم حدث بعد العقد و لم ترض به.
فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد و رضيت به صراحة أودلالة بعد عملها، فلا يجوز التفريق" و يتضح من مفهوم هذه المادة أن المشرع المصري قد عرف العيوب التي يترتب عليها الفرقة بين الزوجين، و عليها إثبات أي عيب منهم ليستجاب لطلبها متى توافرت هذه الشروط الأتية :
-أن يكون العيب مستحكما، لا يمكن البرء منه.
-ألا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر يبلغ من الشدة و الجسامة ما لايستطاع معه دوام العشرة.
-ألا يثبت رضا الزوجة بالمقام معه مع علمها بالعيب سواء وجد قبل الزواج و لم تكن تعلم به ،أم بعد الزواج و لم ترض به.

[346] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 413.

و تضيق المادة 9 من القانون بقولها ".....التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر...." يدل على توسع المشرع المصري في العيوب التي تجيز الفسخ و تبيح الفرقة بين الزوجين أي لم يذكرها على سبيل الحصر و ترك الأمر لسلطة القاضي الذي له الإستعانة بأهل الخبرة لتبيان طبيعة المرض و تأثير على الزواج القائم.[347]
و إذا غير أحد الزوجين جنسه أثناء قيام الرابطة الزوجية، فيجوز للطرف الآخر المطالبة بالتفريق للعيب الطارىء على من غيرجنسه، و المتمثل في العيب الذي يحول دون تحقيق الغرض من الزواج و هو الإيلاج و الإنجاب فيصبح الزوج مثلا عاجز جنسيا أو عقيما فتستحيل المعاشرة الزوجية بينهما.[348]

3/مدى إمكانيــة بقاء العلاقة الزوجية قائمة؟

كما ذكر محمود سعد أن بعض الصحف ذكرت أن ثمة حالات استمر فيها المحول لجنسه معاشرا لزوجته و أولاده بعد إجرائه عملية التحول.
فهل يمكن تصور هذا الأمر في مصر؟ هذا الاحتمال يمكن تصوره إذا لم يتمكن المتحول جنسيا من تغيير حالته المدنية لأي سبب كان.فإنه يضطر للعيش مع زوجته، و رغم ذلك فهو أمر غير مقبول لأنه يتسبب في ضرر لزوجته كما بيناه سابقا.و يخالف الطبيعة الإنسانية و يؤثر على مصلحة المجتمع و يخالف النظام العام الذي يجب على إرادة الزوجين أن يحترمانه بالأخص أنهما سيصبحا يحملان نفس جنس زوجته ظاهريا.و لو لم يغير جنسه القانوني، و هو أمر منبوذ و سيعود سلبا على نفسية الأبناء و قد يفسد أخلاقهم و تربيتهم.
أما اذا حصل المغير لجنسه على تغيير قانوني لجنسه ، و مع ذلك قرر استمرار الحياة الزوجية، مخالفا بذلك المنطق و الأعراف و الشريعة فإن ذلك لا يجوز و مستحيل حدوثه.[349]
نظر لعدم القدرة على تحقيق المقصود من الزواج و عدم قدرته على اشباع زوجته و الأكثر أنهما صارا من نفس الجنس و هومحرم شرعا و يستوجب تفريقهما.

ثـــانيــا :في الجـــزائـــر

إذا ما عرضت أمام القضاء الجزائري حالة تبين فيها أن زوجا غير جنسه و هو متزوج ، فطبعا بطبعا بغض النظر عن شرعية أو عدم شرعية هذه الجراحة، سنجد أنفسنا امام أمر واقع، فإذا أرادت الزوجة أن نقدم لها حلا قانونيا لإثبات واقعة تغيير جنس زوجها تكون امام احتمالين:
1-على فرض أن الزوج غير جنسه ظاهريا بالجراحة و لم يتمكن من تغيير بيان جنسه في الحالة المدنية باعتبارها تشريعنا و شريعتنا لا تجيز هذا الأمر.
فهنا يصعب على الزوجة إثبات واقعة تغيير جنس زوجها، مما يصعب عليها سلوك طريق لوضع لحياتها الزوجية تقترح عليها أن تلجأ إلى القضاء و تطالب تعيين خبير الطبي لفحص زوجها و تأكيد التغيير الجنسي الحاصل و من تم يمكن لها فك الرابطة الزوجية بالطرق التي سنقدمها لاحقا.
2- على فرض أن الزوج الذي غير جنسه بالجراحة تمكن من تغيير بيان جنسه في الحالة المدنية و تحصل على شهادة ميلاد جديدة ببيان جنس جديد، فهنا نحن أمام واقعة ثابتة بالدلائل المادية التي تسهل عليها إثبات تغيير جنس زوجها و أنه أصبح يحمل ظاهريا نفس جنسها القانوني.و هو ما يتعارض مع استمرار الحياة الزوجية لأنه شذود جنسي أن تقيم علاقة جنسية إن وجدت فستكون مخالفة للطبيعة البشرية، مما يستوجب معها التفريق بينهما.
في كلا الإفتراضين نحن أمام واقعة ثابتة إما بخبرة طبية أو بوثائق رسمية تبين أن أحد الزوجين غير جنسه أثناء قيام العلاقة الزوجية.و ما الحل المقدم للزوج الآخر هل يمكن له إبقاء العلاقة الزوجية و لم شمل الأسرة خاصة في حالة وجود أبناء؟ أم أنها من حقها المطالبة بحل الزواج حتى لا تقع الحرمة؟

---

[347] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 414-415.
[348] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.711.
[349] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص. 95.

1-استمرارية الحياة الزوجية:

هذا الإحتمال وارد طيلة مدة الإجراءات التي ستستغرقها الزوجة الطبيعية أو الزوج الطبيعي في حالة اذا كانت الزوجة هي التي غيرت جنسها لإثبات تغيير جنس الزوج أو الزوجة الطبيعية، في حال ما كان هذا التغيير ظاهري و تشكلي دون الحصول على تغيير للحالة المدنية.
إذ أن الزوجة ستضطر إلى البقاء في البيت الزوجي إلى حين تمكنها من إثبات تغيير جنس زوجها مع أنها محرمة عليه شرعا.بمعنى لا يجوز لها معاشرته لكونه يعتبر من نفس جنسها.
كما أن هناك احتمال أن الزوجة بالرغم من تغيير جنس زوجها إلا أنها لا ترى مانعا من بقائها حاضنة لأبنائها و في نفس المسكن الزوجي معه، حتى و لو أصبح غير قادر على إعطائها حقها الشرعي ككل امرأة فستعتبره أصيب بمرض طارئ وأصبح عنينا أو خصيا ....كما قد لا تريد أن تفتضح أمام أهلها، و أقاربها و يعلمون العار الذي أصابها من تغيير جنس زوجها.لأننا بحكم ممارستنا لمهنة المحاماة تعرضنا عمليا لحالات رضيت فيها الزوجة أن تعيش في سقف واحد مع زوج عنين من أجل تربية أولادها أو مع زوج شاذ جنسيا يمارس علاقات جنسية مع ذكور؛ أي من نفس جنسه.و مع ذلك بقيت متمسكة بحياتها الزوجية مراعاة لمصلحة أطفالها.و ربما تعتبرها تضحية منها من أجل أبنائها.و الحقيقة بحديثنا هذا نحن لا نشجع ما تقدم عليه الزوجة و بقائها بالرغم من استحالة العشرة بينهما و إنما نقدم عرض حال لما تعاني منه المرأة من أجل راحة أبنائها.
و المفروض أنه في مثل هذه الحالات تتدخل النيابة العامة بإعتبارها طرف أصليا في جميع دعاوى شؤون الأسرة من خلال مانصت عليه المادة 05 مكرر من قانون الأسرة الجزائري باعتبارها لها مصلحة حماية للمجتمع و لها أن تلتمس من قاضي شؤون الأسرة التدخل حماية للقصر، إذ أن المواد 454 إلى 463 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تجعله مسؤولا عن مراقبة اجراءات الولاية على نفس الجنس القاصرباعتبار أن استمرار الحياة الزوجية بين شخصين من نفس الجنس يشكل خطرا على القاصر و له أن يقرر إسقاط الولاية عن الوالدين و تسليمها إلى شخص آخر طبقا للمادتين 453 و 460 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مراعاة لمصلحة القاصر.
و في كل الحالات و احترام لإدارة الزوجة الطبيعية و حتى و لو ارتضت بهذا الوضع و أرادت مواصلة زواجها فإن عقد الزواج و لو اعتبر عقد خاص إلا ان آثاره ترتبط بمصلحة المجتمع.مما يجعله متعلق بمسائل النظام العام.
و من تم فإن الحل القانوني و الشرعي هو وضع حد لعقد الزواج بعدما أصبح طرفية من نفس الجنس و هذا إما بالطلاق بالخلع أو بالتطليق لأحد الإسباب المذكورة في المادة 53من قانون الأسرة التي سنفصلها تباعا.

2-الطلاق بالخلع:
إذا كان الزوج هو من غير جنسه أما في الحالة العكسية فلا يجوز طلبه من الزوج لأنه غير جائز و إنما له أن يطلب الطلاق بظلم من الزوجة المغيرة لجنسها.

فالخلع هو حق مخول للمرأة المتزوجة التي تريد وضع حد للرباط الزوجي لتضررها في العلاقة الزوجية مقابل أن تدفع لزوجها مبلغ مالي غير محدد قانونا، و إنما هو متروك لإتفاق الزوجين و في حالة اختلافهما يحدده القاضي بما يقابل صداق المثل و هو ما نصت عليه المادة 54 من القانون الأسرة.

كما للزوج أن يطلب الطلاق من زوجته المغيرة لجنسها بتعسف منها طبقا للمادتين 48 و 52 من قانون الأسرة.

3-التطليق بناء على طلب من الزوجة فقط:

لقد حدد المشرع الجزائري أسبابا عديدة لطلب الزوجة فك الرابطة الزوجية و هي مذكورة على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة و هي كالتالي:

1-عدم الإنفاق ....
2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
3-الهجرفي المضجع فوق أربعة اشهر
4-الحكم على الزوج....
5- لغيبة....
6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه (إذا تزوج من امرأة أخرى دون موافقتها)
7-ارتكاب فاحشة مبنية
8-الشقاق...
9-مخالفة الشروط...
10-كل ضرر معتبر شرعا.

و من هذه الحالات يمكن قياسها على حالة تغيير أحد الزوجين لجنسه، فإنه يمكن للزوجة الطبيعية أن تطالب بتطليقها قضائيا من زوجها إذا اثبتت حالة من ضمن حالات التطليق و التي يمكن نقيسها على المغيرلجنسه النفسي نذكر:

أ-التطليـق للعيــوب

العيب هو نقص مادي أو معنوي يعتبر أحد الزوجين أو هما معا فيسبب ضيقا للزوج الآخر من جزاء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج.[350]
فالحياة الزوجية تنبني أساسا على التآلف و التراحم و التعاون .و من أهدافها تنظيم الاتصالات الجنسية و إنجاب الأولاد.إلا أن هناك عيوب أو علل أو أمراضا قد تكتشف و تنشأ بعد الزواج فتكذر صفو الحياة الزوجية و هو العيب الذي ذكرته المادة2/53قانون الأسرة و منحت للزوجة من التطليق من زوجها و من ضمن هذه العيوب هي تلك التى تحول دون تحقيق الغرض من الزواج، و من أهداف الزواج الاستمتاع الجنسي و إنجاب الأولاد و إقامة المودة و الرحمة بين الزوجين.
و بقياس هده الحالة على المغير لجنسه النفسي نجد أنه عندما يجري تغييرا لأعضائه التناسلية باستئصالها و استبدالها بأعضاء مصطنعة و غيروظيفة و هذا من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثلما هو الحال للخصي و العنين. كما أن الجنس الحديد الذي اكتسبه يجعله غير قادر على الانجاب و يصبح عقيما و كل هذا من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها الذي غير جنسه و تشمئز منه، و من حقها المطالبة بدفع الضرر عن نفسها بتوجهها للقضاء لتطليقها و وضع حد لحياتها الزوجية.
و لها الحق في الحصول على تعويض على تطليقها عن الضررالذي أصابها طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة.

ب-التطليق للهجر في المضجع بطلب من الزوجة فقط

الهجر في المضجع يعني؛ أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، و لايهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج، و قد يترك فراش الزوجية لينام في غرفة أخرى،و يتركها عن قصد و بدون سبب شرعي، لمدة تزيد عن ألابعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها.[351]
و من تم يمكن القول أن هذه الحالة تنطبق على المغير لجنسه لأنه طيلة فترة علاجه بالهرمونات لمدة سنتين سيهجر زوجته في الفراش بدون مبرر شرعي.باعتبار أن جراحة تغيير الجنس أصلا غير مشروعة و هي بدون داع، و مجرد أنانيته و تفكيره في تحقيق رغبته الجامحة بالانتماء إلى الجنس الآخر.رغم أنه متزوج فإنه يكون بذلك قاصدا ايذاء زوجته لأنه يعلم جيدا أن هذه الجراحة ستحرمها من حقها الشرعي، و مع ذلك تعمد اجراء الجراحة فلها الحق في المطالبة تطليقها و تعويضها عن الضرر.

[350] أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.275.
[351] أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثانية، دار البعث، الجزائر، 1989، ص.263.

3-ج-التطليق لارتكاب فاحشة مبينة بطلب من الزوجة فقط

الفاحشة يصعب تعريفها بدقة ،إنما استنادا إلى الآية الكريمة في قوله تعالى،"إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا".[352]و الفاحشة معناها الزنا، مما يمس بالأمانة الزوجية و بكرامة الزوجة.و بتطبيق ذلك على حالة المغير لجنسه فإنه الجراحة يكون قد أصبح من الجنس الآخر و يميل إلى الأشخاص من نفس جنسه الأصلي و يشتهي إقامة علاقات جنسية معهم غريزته الشاذة. و لا شك أنه يقيم علاقة غير شرعية خارج إطار الزواج و هي زنا شرعا و من تم فإن زوجته إذا تبت لها ذلك و لم تعد تطيـق العيش معه فيجوز لها طلب التطليق و التعويض عن الضرر.

د-التطليق للضرر المعتبر شرعا.

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها متى كانت سيئة، تتنافى مع مقتضى الشرع، و أهداف عقد الزواج، فلها أن ترفع أمرها الى القاضي لتطلب التطليق .
و لم يتقيد المشرع بضرر معين و إنما ترك سلطة تقدير الضرر لمقاضي الموضوع و قد يكون الضرر بالقول أو الفعل و لم يحدد نوع معين و هو أمر يختلف من بلد لآخر وقت لآخر و من قاضي لآخر.فمعيار الضرر هو معيار شخصي و مهمة القاضي التفريق بين الفعل الضار و غير الضار.[353]
و بتطبيق ذلك على الزوج المغير لجنسه فإنه بتصرفه المشين، يكون قد أهان زوجته و لم يولي لها اعتبارا، و سبب لها حزنا عميقا في نفسيتها، كونه حرمها من أبسط حقوقها تجاهه.و دون أن يأخذ رأيها قبل إجراء الجراحة و لم يراع مشاعرها تجاهه.كما أن تصرفه يمس بجسم الزوجة الذي هو بحاجة إلى الاستمتاع الجنسي مع رجل حل لها، لإشباع رغبتها الجنسية سدا لذريعة الفساد و اللانحلال الأخلاقي، و كل هذا سيجعل من حق الزوجة أن تطالب رفع الضرر عنها بالتطليق مع التعويض.

3- الطلاق بطلب من الزوج و بظلم من الزوجة:

و هذا بطلب من الزوج لوحده إذا كانت الزوجة هي من غيرت جنسها و يمكن تمكينه من التعويض عن التعسف لأن الزوجة بتغييرها لجنسها بدون مبرر تكون قد أضرت بالزوج و حرمته من أبسط حقوقه الشرعية و هو الإستمتاع بها، هذا تماشيا مع أحكام المادتين 49 و 52 من قانون الأسرة.

ثـــالثـــا: **موقف الفقه الإسلامي من مصير الزواج السابق على تغيير جنس أحد الزوجين**.

إن المشرع الجزائري يعتمد على قانون الأسرة عموما عند الحديث عن الزواج و الطلاق و ما يتبعهما من مواضيع.و أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا في حالة عدم وجود نصوص في قانون الأسرة أن نرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية.و لهذا لم نتوسع في البحث عن أحكام مصير الزواج السابق للخنثى بكثرة، لعدم وجود نصوص تنطبق عليه، مما يتطلب رجوعنا إلى أحكام الفقه الاسلامي في هّذا الصدد، كما سنرى حكم تغيير أحد الزوجين لجنسه لأسباب نفسية و مصير زواجه السابق في ظل الشريعة الاسلامية.

1/ أثر تغيير جنس أحد الزوجين لسبب عضوي على زواجه السابق
الحديث هنا سيطرح إشكالية بالنسبة للخنثى المشكل أي الذي لم تتضح حقيقته الجنسية بعد .
- أما بالنسبة للخنثى غير المشكل فإنه إذا تزوج على ظاهره قبل أن تتبين حقيقته، و تبين بعد زواجه أنه عكس ظاهره فإن أثر هّذا الزواج يناقش ضمن عيوب النكاح .

ما سنركز عليه هو الإشكال الحاصل عند زواج الخنثى المشكل قبل زوال إشكاله .

---

[352] أنظر، سورة النساء، الآية 22.
[353] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص.270-271.

إذ الثابث شرعا أن من شروط صحة الزواج في المتعاقدين: هو الذكورة الحقيقية للرجل و الأنوثة الحقيقية للمرأة .أما إذا كان خنثى مشكل فلا ينعقد زواجه.[354]

و قد ذهب جمهور الفقهاء و منهم " المالكية و الشا فعية و الحنابلة "أن الخنثى المشكل لا يجوز أن يتزوج حتى يتبين أمره، و يمتنع عليه الزواج من الجهتين، لا يطأ و لا يوطأ و في توضيح عن إبن القاسم يمتنع نكاحه من الجهتين, و عن إبن حبيب لا يجوز له نكاح أي لا ينكح و لا ينكح .[355]و إن تزوج فنكاحة باطل دراء لمفسدة المرأة بالمرأة و الرجل بالرجل لأنه تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا , و إن تزوج إمرأة لم يؤمن أن يكون إمرأة، كما لا يجوز الإقدام على النكاح بالإجتهاد عند إ شتباه من تحل بمن لا تحل.[356]
أما الحنفية فذهب الفقهاء إلى أن زواج الخنثى المشكل موقف، لا يحكم بصحته و لا ببطلانه و يفيد الحل إلى أن تتضح حقيقته, فإن ظهرت علامات الرجل، و كان قد تزوج إمرأة حكم بصحة نكاحه من حين العقد لأنه تبين أن تصرفه صادف محله.و إن كان قد تزوج برجل تبين بطلان العقد لعدم مصادفة المحل.[357]
و مما سبق فإنه أمام زوج الخنثى أحد الحلول التالية:

1- **أن العقد باطل**:إذا تزوج أحد الزوجين و كان خنثى مشكل (بالرغم جواز زواجه أو وقفه)، و تم تصحيح و تحديد جنسه الراجح على عكس ما تزوج به، فإن زواجه دون شك يقع باطلا حسب جمهور الفقهاء، إذ لا خلاف على أن العقد إذا فقد أحد أركانه كان باطلا و لا خلاف على أن اختلاف جنس الزوجين يكون أحدهما ذكر و الآخر أنثى، هو أهم ركن يلزم توافره لإنعقاد الزواج الصحيح حتى و إن لم تنص القوانين عليه، صراحة، باعتباره فطرة بشرية راسخة في الضمير الإنساني و الأحكام الشرعية لخلق الإنسان.
فإذا اختل هدا الركن بأ اتضح أن الزوجين رجلان أو امرأتان فقد اختل الركن الأساسي و الأهم للقول بمشروعية العلاقة الزوجية و من تم يكون الزواج باطلا بطلانا مطلقا.[358]و كأن العقد لم ينعقد أصلا مما يعني وجوب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.و البطلان المطلق لا حاجة لصدورحكم به. فالعقد الباطل منعدم شرعا لاينتج أثرا.و كل من المتقاعدين و كل ذي مصلحة يستطيع التمسك بهذا البطلان قبل التقاضي أو التراضي, و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا تصح إجازته.[359]

و هذا البطلان المطلق يمكن أن يقع في أي وقت سواء وقت الجراحة أو الحكم بوقوع الغرفة أم التأكد من الحقيقة الجنسية لأنه بمجرد تبين الحقيقة الجنسية للزواج الخنثى أنها على العكس ظاهره الذي تزوج عليه و يثبت ذلك بشكل نهائي منذ ذلك الوقت يتبين بطلان هذا الزواج وكأنه لم ينعقد من أصله دون حاجه لحكم.[360]

2 -استمرار العلاقة الزوجية أو فسخ العقد :

إذا تم تصحيح جنس الخنثى الحقيقي أم الخنثى الكاذب و تبين أنه صحح على وضعه الظاهر أي أن ما صحح عليه هو نفس الجنس الظاهر الذي تزوج به مثلا إذا تزوج وفق جنس ظاهر على أنه رجل و تبين و اتضح فيما بعد أنه هو نفس الجنس المترجح طبيا عليه أي أنه رجل، فهنا لا إشكال يمكن في هذه

---

[354] أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنيون و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة، ص.48.
[355] أنظر، شرح منح الجليل، ج4، ص.769. مذكور في الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.436.
[356] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.436.
[357] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 417 هامش 03.
[358] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.96.
[359] انظر أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص.312.
[360] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.442.

الحالة أن تستمر علاقته الزوجية بعد التثبيت دون أن تثور مشكلة لا شرعا و لا قانونا،[361] و يعتبر زواجهما صحيحا و مرتب لجميع آثاره.
كما يجوز لزوجة الخنثى عند علمها بخنوثته العضوية أن تطلب فسخ النكاح لعيب الخنوثة بزوجها و هذا حق لها, إذ أن الخنوثة الواضحة بأحد الزوجين عيب يجوز معه للزوج الآخر أن يطلب فسخ نكاحه, و لا يلزم زوج الخنثى بالبقاء معه طيلة فترة الجراحة التي قد تطول.
و لا يعد الرضا زوج الخنثى بخضوعه للجراحة تنازلا ضمينا عن حقه في طلب فسخ الزواج لعيب الخنوثة لأن رضاه بذلك إنما من قبل الحفاظ على الحالة النفسية لزوجته و هو مقدم على العلاج و أملا أن تكون المعاشرة بينهما طبيعية بعد الجراحة, و إنما الذي يعتمد به هو الرضا بالعيب هو الذي يسقط حق الفسخ.[362]

2/أثر تغيير جنس أحد الزوجين بسبب نفسي على زواجه السابق:

تغيير جنس أحد الزوجين بسبب نفسي غير مشروع في الشريعة الإسلامية لعدم توافر الضرورة العلاجية فيه و أن فيه تغيير لخلق الله تعالى.
لكن هذا لا يمنع أنه بالرغم من المنع الشرعي يمكن أن يقع المحظور، و لا لنا أن نبحث عن حكم شرعي يتماشى و أحكام الشريعة و من تم قد يمكن القياس على أحد العيوب الموجبة للتفريق, فمنها عيوب خاصة توجد لدى الرجال و هي تتعلق بالجهاز التناسلي له و هي :

الجب,[363] الخصاء,[364] العنة[365] و ما تشابه معها في ضرره مما لا يستطاع معه تحقيق مقصود النكاح.
و منها العيوب الخاصة التي توجد لدى النساء فهي أيضا عيوب تتعلق بالجهاز التناسلي :الرتق ,القرن ,العفل و الإفضاء و البخر.[366]
فلا شك أن أحد الزوجين الذي غير جنسه أثناء قيام العلاقة الزوجية يعتبر مصابا بعيب من هذه العيوب التى تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.الأمر الذي يجيز للزوج الأخر طلب إنهاء العلاقة الزوجية بينهما للعيب الطارىء الذي لا شفاء منه.
و من بين العيوب التي تنطبق على المغير لجنسه إلى الرجل يمكن القياس على الجب والعنة لأنهما يفوتان المقصود من عقد النكاح و هو الوطء، و هي عيوب تجيز للزوجة طلب فسخ الزواج و هو ما يمكن أن ينطبق على المغير لجسه، كونه بالجراحة سيفقد أعضائه التناسلية الأنثوية و يكتسب أعضائه تناسلية ذكورية لا تؤدي وظيفتها و إنما مجرد صورة زائفة.
أما بالنسبة للعيوب التي تنطبق على المغيرة لجنسها إلى أنثى يمكن القياس على الرتق و القرن بإعتبارهما يحولان دون إستماع الرجل بها، لعدم قدرته على مجامعتها لأن الجراحة ستعطيها مظهر خارجي لفرج مصطنع مسدود لا يمكن الإستماع بها.و لذلك من حقه طلب و ضع حد لعلاقتهما الزوجية لإستحالة مواصلة العشرة بينهما و عدم تحقق الهدف من الزواج و هو الإستمتاع و التناسل و كل هذا فيه ضرر لزوج المغير لجنسه.و المفروض له الحق في التعويض عنه، و هذا الموقف الذي أيدناه تماشيا مع أحكام الشريعة سبق و أن اجتهد فيه الدكتور محمد أنس إبراهيم.[367]

---

[361] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.439.
[362] أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.439.
[363] المصاب بالجب، هو ما قطع منه عضو التناسل.
[364] المصاب بالعنة هو ما لا يقدر على مباشرة النساء.
[365] المصاب بالخصاء هو ما استؤصل منه خصيتاه.
[366] الرتق: هو التصاق موضوع الوطء و التحامه و انسداد مسلك الذكر و التحامه بحيث لا يمكن معه الوطء.أما القرن: شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة عظم فيعسر علاجه، أما العفل لحم يبرز في قبل المرأة يشبه أدرة الرجل(لا يمنع الاستمتاع)، الإفضاء هو اختلاط مسلكي الذكر و البول حتى يصيرا مسلك واحد(لا يمنع الوطء). مذكو في عبد المجيد خداد، أثر المرض في تكوين عقد الزواج تأملات حول شهادة الخلو من الأمراض المعدية المشترطة في عقد الزواج، 1999-2000، جامعة محمد الخامس أكدال، الرباط، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، ص.769.
[367] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص. 419.

لكننا من جانبنا اجتهدنا و حاولنا إيجاد حل شرعي مناسب و يتماشى و شريعتنا حول هذه المشكلة و وجدنا أن الأمر أيضا يكمن في أن تغيير جنس أحد الزوجين لسبب نفسي أثناء قيام الرابطة الزوجية إنما يجعل الزوجين في نفس المرتبة من حيث الجنس، فإما سيكون رجلين أو إمراتين و هذا مخالف لشروط الزواج الذي يتطلب الإختلاف الجنسي في الزواج و بحدوث حادث طارىء طرء على العقد، فغير من جوهره و جعله مخالفا لقواعد الشرع و لا يتماشي مع النظام العام و الآداب العامة للمجتمع الإسلامي و لا يمكن هنا القول ببطلان العقد لأنه يسرى بأثر رجعي و يهدم الآثار التي ترتبت سابقا و هذا غير صحيح.لهذا لا يمكن السماح أبدا في الإستمرار في هذه العلاقة الزوجية و يترتب القول بأنه يجب وضع حد فوري لإنهاء هذه الرابطة لتفادي الوقوع في حرمة الشذود الجنسي و هذا ما يجعل الطلاق وسيلة لرفع الضرر عن زوج المغير لجنسه و للحفاظ على النظام العام و الأداب العامة و الله أعلم.

الفــرع الثــالــث

موقــف المحكمة الأروبيـــة لحقــوق الإنســـان

الإجتهاد القضائى الأوروبي كان له نصيب من النقاش الحاصل حول موضوع مصير الزواج السابق عند تغيير جنس أحد الزوجين من خلال دعوتين عرضت عليها من قبل مواطنين، **فنلنديين** و أخرى ثالثة عرضت عليها من مواطن بريطاني.و كان لها رأي خاص في هذه النقطة و التي سجل عليها أنها كانت متذبذبة أحيانا في حسن يقينها:

أولا:قضيـة.....R و.....F و..... Parry ضد بريطانيا بتاريخ 28 نوفمبر 2006

التي أعلنت من خلالها رفضها لعريضتين لمغيرين لجنسهما متزوجين اللذان أرادا الحصول على تغيير لحالتهم المدنية بدون الطلاق مسبقا.[368]
مع العلم أن القانون البريطاني ينص على أن تسلم للمغير لجنسه المتزوج شهادة مؤقتة للجنس الجديد و تعلق التغيير النهائي للحالة المدنية على ضرورة إنحلال الزواج.[369]
و الملاحظ هنا أنه لا يمكن الاشتراط على دولة أن تجري تعديلات من أجل عدد قليل من الأزواج، أين الزوجين يرغبان كلاهما مواصلة زواجهما بالرغم من تغيير جنس أحدهما حتى و لو أن طلب الإحتفاظ بالزواج المبرم قبل التحول الجنسي لأحد الزوجين لا يرتبط بمطالبة حق الزواج للأشخاص من نفس الجنس.
و الحال أن هذا المشكل حاليا لم يعد مطروحا في بريطانيا منذ 2006، التي إعترفت فيه بزواج الأشخاص من نفس الجنس.[370]
و بهذا القرار نجد أن القضاء الدولي قد رتب على الزواج السابق للمغير لجنسه البريطاني أثرا هو الانحلال بالطلاق و اعتبره شرطا ضروريا للاعتراف النهائي بتغيير الحالة المدنية.

ثــانيــا :قضية ضد La Finlande، بتاريخ 13 نوفمبر 2012 تحت رقم 09/37359

المحكمة الأوربية رفضت الطلب الموجه لها من المواطن الفنلندي الذي يحتج أن النظام القانوني الفنلندي يمنع استمرار الزواج بعد تغيير الجنس, باعتباره يشترط للحصول على تغيير الحالة المدنية، ضرورة موافقة الزوج الآخر, و في حالة عدم موافقته فإنه يحول الزواج بصفة آلية إلى شراكة مسجلة.هذه الأخيرة في فنلندا تكون للأزواج من نفس الجنس و احتج المواطن أن هذا فيه انتهاك لحق الحياة الخاصة (المادة 08) ينشأ تمييز (المادة 14) و يعوق الحق في الزواج (المادة 12).

---

[368] Voir, CEDH, 28 Nov 2006, Parry C/ Royaum Uni, n°42971/05, sur www.lextenso.fr.
[369] Voir, Bureau de droit comparé, le changement de sexe et d'état civil, pdf sur www.lextenso.fr.
[370] Voir, Jean-Pierre Marguénaud, La négation du droit du transsexuel à rester marié sous sa nouvelle identité, RTD civ. 2014, p.831.

المحكمة الأوربية لم تعترف بوجود أي إنتهاك مشيرة أن المادة 12 لا تضمن زواج الأشخاص من نفس الجنس, و رفضت حجة التمييز بقولها أن المغير لجنسه المتزوج لا يتواجد في وضعية مماثلة للمغير لجنسه غير المتزوج.[371]

و من تم فإن الملاحظ أن المحكمة الأوربية للمرة الثانية حول نفس الموضوع لا تؤكد أي انتهاك للاتفاقية تجاه فنلندا, وعليه فإن القانون الفنلندي يبقي يعلق تغيير الجنس على عدم بقاء المغير لجنسه متزوجا، و أن الأثر المترتب على تغيير الجنس أحد الزوجين على الزواج السابق، هو ترك الخيار للمغير لجنسه.إما البقاء متزوجا بالرغم من الهوية الجديدة الذي يرى فيها بعض رجال القانون الفرنسي أن فيها إنكار لحق المغير لجنسه.[372] إما تحويل زواجه إلى شراكة مسجلة المخصصة للأشخاص من نفس الجنس أي عليه أن يطلق زوجه، ثم يحول زواجه إلى شراكة.و هو الأمر الذي لم يقبله المغير لجنسه الفنلندي في دعوى الحال، و الذي سمح للمحكمة الأوربية أن تفرض التحول إلى شراكة مسجلة، كأثر المغير لجنسه الفنلندي.

ثـالثـا:قضية Hämäläinen ضد/ Finlande بتاريخ 16 جويلية 2014 تحت رقم 09/37359

تستمر المحكمة الأروبية على موقفها تجاه النظام القانوني الفنلندي مع إختلاف بسيط على القضية المعروضة عليها قبل سنين 2012, و تفاديا منا للتكرار لأنه سبق لنا مناقشة هذا القضية في إطار تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية و عرضنا وقائعها.سنركز على النقاط التي تهمنا في هذا المجال الذي نعالجه:
-البداية يجب التأكيد أن فنلندا بقيت من بين الدول التي اختارت أن تحتفظ بالزواج للأشخاص من جنس مغاير(الاختلاف في الجنس).على خلاف معظم دول المجلس الأوربي التي من بينها 10 دول أعضاء أجازت الزواج للأشخاص من نفس الجنس من بين 37 عضوة في الإتحاد منعته أيضا، 10 منهم في انتظار إصدار تشريع متعلق بالنوع.[373]
و لهذا نجد أن المحكمة الأروبية في قضية Hämäläinen فحصت بحذر خاص مستمر, من أجل البحث من الآن فصاعدا -إذا لم يكن من الضروري-, لترضى في مواجهة المغيرين لجنسهم بتلطيف الطابع المجرد لحظر زواج الأشخاص من نفس الجنس المنصوص عليه من قبل أغلبية الدول الأعضاء في المجلس الأوربي .
الطلب المقدم للمحكمة الأوربية من المواطن الفنلندي هو الحصول على الاعتراف القانوني بالجنس الجديد مع الحفاظ على العلاقة الزوجية.و أمام غياب إجماع أوربي لاحتجاج المغيرة لجنسها الفنلندية, فرفض طلبها.

المحكمة استبعدت تضرع الطالب بالحق المكتسب المستمر ,بسبب اعتقاده الديني أنه في اتحاده الذي خلفه منذ 17 سنة, الغرفة الكبرى ذكرت أن المادة 12 تجسد الحق في الزواج، بدون أن تضمن ديمومته, بالرغم من أن القرار قدم أثرا دائم للطابع المغاير للزواج، متقبلين أنه يمنع ليس فقط زواج الأشخاص من نفس الجنس و لكن أيضا ذلك الذي يصبح عليه بتغييره للجنس (أي بعدما يغير جنسه سيصبح زواج من نفس الجنس).[374]
فيما يخص زوجة المغير لجنسه الفنلندي, المحكمة الأوربية اعتبرت أن **اشتراط موافقتها** على تغيير الجنس يمثل حماية مهمة لها من آثار القرارات الأحادية الجانب المتخذة من طرف الزوج.في حين أن في بعض الدول, زوج المغير لجنسه يجد نفسه أمام أمر واقع لانحلال تلقائي لزواجه، نتيجة لتغيير الجنس الذي لم يستطيع أن يعارضه.و من تم يكون القرار المتخذ من هذه القضية أظهر إذا تحبيذه لنظام أعطى للزوجة

[371] Voir, Benoît de Boysson, Sort du mariage du transsexuel : la CEDH permet d'imposer la conversion en partenariat enregistré, Cour européenne des droits de l'homme 13 novembre 2012, AJ fam. 2012,p.621.
[372] Voir, Jean-Pierre Marguénaud, La négation du droit du transsexuel à rester marié sous sa nouvelle identité, RTD civ. 2014, p.831.
[373] Voir, Jean-Pierre Marguénaud, RTD civ. 2014, Op.Cit, p.831.
[374] Voir, Benoît de Boysson, Sort du mariage du transsexuel : la Cour européenne persiste !, Cour européenne des droits de l'homme 16 juillet 2014, AJ fam. 2014,p.565.

الكامل حق المحافظة على الزواج الذي مازال يجمع أشخاص اعتبروا قانونيا من جنس مختلف.فالزوج المغاير جنسيا للمغير لجنسه إذا يوصف أنه بمثابة الحارس الأخير للتقاليد.[375]
-تضيف المحكمة وتذكر من جديد معيار التناسب الذي أبقت عليه أين تكون الشراكة المسجلة تنتج آثار قرينة من تلك التي للزواج, و تؤكد أن التحول الإلزامي للشراكة لا يؤثر على الحياة العائلية للطالب.[376]
و بهذا الموقف المحايد الذي تبنته المحكمة الأوربية جعلت البعض يقول عنها أنها لم توقف من القرار الموجه ضد إسبانيا بتاريخ 29 فيفري 2000 أن تتقن كل أوجه الرقابة التناسبية (proportionnalité).[377]

و من تم فإن رفض المحكمة الأوربية لطلب الفنلندي المغير لجنسه لأنثى كان بتأكيدها لغياب أي حرق للمادة 8 من الاتفاقية, كنتيجة غالبة لتناول مسألة خاصة بمصير تغيير جنس المغير لجنسه المتزوج,وهذا بمثابة إرجاع منها هامش التقدير لموافقة الدولة, الذي يقودنا بأن الدولة لها سلطة اتخاذ القرار بإصدار تشريع أم لا حول الإعتراف القانوني بتغيير الجنس, بخلقها نصوص من أجل التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الخاصة المتنازع فيها.
و بهذا فإن المتغير الفنلندي سيبقى معلقا بين خيارين إما البقاء متزوجا إما تحويل زواجه إلى شراكة مسجلة بوضع حد لزواجه بالطلاق و تحويله لشراكة المسجلة في إنتظار أي تشريع من المشرع الفنلندي الذي من المتوقع أنه إما يفتح بالزواج المثليين أو اشتراط العزوبة لتغيير الجنس كما فعلت العديد من الدول.

و من جهتنا نرى مادام أن فنلندا بلد يريد المحافظة على اختلاف جنس الزوجين فإن الحل الأمثل هو إشتراطه العزوبة كشرط ضروري لإجراء تغيير للجنس حتى لا يؤثر تغييره على الغير و يبقى إنتظار أي تشريع هو المرتقب من فنلندا.
فما هو الحل الذي ستتبناه يا ترى لحل هذا الإشكال القائم ما دامت قد أذكرت حق المغير جنسيا أو بمعنى أصح ضيقت عليه باب النجاة؟

المطـــــلب الثـــانـــي

أثـــــر تغييـــر جنس أحد الزوجين على الـــــزواج الـلاحـــق

تغيير الجنس الذي يعرف أنه الأقتناع الراسخ بالانتماء إلى الجنس المقابل، و الرغبة المتلازمة للتحول الجنسي.كان عبارة عن مرض من الأمراض النفسية.إلا أن المشرع الفرنسي بموجب قانون 8 فيفري 2010، أخرجه من قائمة الأمراض النفسية .و بموجب علاجات هرمونية و عمليات جراحية، استطاع الطب أن يعالج على الأقل التنافر الذي كان يعاني منه أصحاب الشأن، و ذلك بموجب توافق جنسهم النفسي مع التشريحي.
هذه العمليات الخاصة بالتحويل الجنسي، أثارت صعوبات أكيدة فالجنس في نفس الدرجة مع اللقب و الإسم يمثلون جزء من الحالة المدنية للفرد.و تغيير شخص لجنسه يأتي ليقلب واقع مأخوذ من الحق في الميلاد, و يثير من تم تساؤلات ذات طابع قانوني, بإعتبار أن تغيير الجنس يحدث تشويش في الفرد مع محيطه.و أيضا المغير لجنسه هل يجب أن يعامل مثل الأشخاص من جنسه الجديد و أن نعطيه الحقوق حسب الحالة الجديدة التي أكتسبها كرجل أو امرأة مغير(ة) لجنسه(ها) ؟ من ضمنها الحق في الزواج حسب الجنس الجديد الذي اكتسبه.
سبق و أن تحدثنا عن تعريف الزواج في الدول الغربية بالأخص في فرنسا التي عرفت تطورا ملحوظا لمفهوم الزواج بالمفهوم التقليدي هو إتحاد رجل و امرأة, و هذا ما يعني أن إختلاف الجنس كان يعتبر شرط ضروري لانعقاد الزواج و كان ممنوعا على الأشخاص من نفس الجنس إلى غاية صدور القانون رقم 2013 -404 بتاريخ 17 ماي 2013 الذي أدخل تعديلا على القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 143

[375] Voir, Jean-Pierre Marguénaud, RTD civ. 2014, Op.Cit, p.831.
[376] Voir, Jean Hauser, Transsexualisme: où en est-on des conditions du changement de sexe ?, RTDciv.2014, Op.Cit, p.855.
[377] Voir, Jean-Pierre Marguénaud, RTD civ. 2014, Op.Cit, p.831.

منه، أصبحت تنص على أن الزواج ينعقد بين شخصين من نفس الجنس أو من جنس مختلف, و من تم يمكن القول أن محو (Gommer) إختلاف الجنس كشرط لصحة الزواج يشير بالمساواة بين كل الأزواج سواء من نفس الجنس أو من جنس مغاير،[378] و يخلق تأكيد لمبدأ التماثل (assimilation) بين الأزواج من جنس مختلف أو من نفس الجنس المجسد بموجب المادة 6-1من القانون المدني التي تنص أن:

« Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, a l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1er du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou même sexe ».

و من تم فإن الإشكالية التي كانت تطرح قبل صدور هذا القانون والمحتملة من أن منح الحق للمغير لجنسه الزواج وفقا لجنسه الجديد يعني زواج شخصين من نفس الأصلي أو البيولوجي، و هذا الزواج الذي كان ممنوعا أصبح اليوم مقننا في فرنسا.و هذا الذي سيؤدي إلى تغير جميع المفاهيم و كذا النقاش القانوني الذي يختلف فيه الفقه القانوني وكذا الإجتهاد القضائي الفرنسي، و في العديد من الدول التي لم تعترف بزواج الأشخاص من الجنس أو اعترفت به مؤخرا.

مسألة حق المغير لجنسه في الزواج وفق جنسه الجديد أيضا كان لها نصيب من النقاش القانوني الثري و الذي أدى بالمغير لجنسه أن يعرض إنشغاله أمام القضاء العالمي:أولاها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان, ثانيها محكمة عدل الإتحاد الأروبي، و نظرا لأهمية ما توصلا إليه نخصص له **الفرع الأول**.

و لا يمكن أن نتجاوز القانون الفرنسي و كذا الاجتهاد القضائي الفرنسي و إنما هم أيضا كان لهم نصيب من النقاش حول مسألة زواج المغير لجنسه اللاحق على تغيير جنسه, هل هو حق أم لا ؟

و هل الاعتراف بزواجه يعني الزواج تم من طرف أشخاص من نفس الجنس البيولوجي؟ و هل يجب إعلام الزواج الأخر بتغيير جنس المعني بالأمر قبل الزواج أم لا؟

و عن تغيير الإتجاه في فرنسا بعد صدور قانون 13ماي2013، و مدى المفاهيم القانونية في فرنسا و تأثيرها على الساحة القانونية ؟كل هذا سنحاول توضيحه في **الفرع الثاني**.

و ما دامت دراسة المقارنة تنقضي أن نتناول أن نتناول الدول العربية و الشريعة اللإسلامية و موقفها من زواج شخص غير جنسه سواء لأسباب عضوية أو نفسية إذا كان له نفس الأثر أم لا؟و هذا من خلال **الفرع الثالث**.

الفـــــرع الأول

موقف القضاء لبعض المحاكم الأوربية من زواج المغير لجنسه اللاحق للتغيير

أنكر البعض حق الزواج للمغير لجنسه, و هذا الموقف يظهر متناقص مع حرية الزواج و يقودنا إلى تمييز بين المواطنين.

إلى حد اليوم, المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان تؤكد أن الحق في الزواج يرجع إلى القوانين الوطنية للدول المتعاقدة و أن هذه الأخيرة يمكن لها أن تحدده بدون أن تصل إلى الجوهر في ذاته.و رفضت أن تدين, من أجل خرق المادة 12, التشريعات, مثل التشريع الإنجليزي, الذي يمنع المغيرين لجنسهم من الزواج بين شخص من الجنس المقابل لجنسه الجديد،(وهذا في 16 أكتوبر 1986 التي سبق وأن تناولناها)، و قد قررت أن إختلاف الجنس يكون بالنظر إلى الجنس البيولوجي[379] و قد أكدت ذلك أيضا من خلال قرار cosseyضد بريطانيا ,27 سبتمبر 1990 الذي سبق و أن فصلناه.

و أعيدت مسألة زواج المغير لجنسه لأن تطرح أمام المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان CEDH بعد التماسها من مغيران لجنسهما ضد بريطانيا و قد سجل موقفها تغيرا في إتجاهها, و بالمقابل نجد أيضا محكمة عدل الإتحاد الأروبي (CJCE) بلوكسمبورغ كانت في صف موقف محكمة ستراسبورغ, هاتين الجهتين كانت لهما نصيبا من النقاش سنتناوله في نقطتين:

---

[378] Voir, Thibault Douville, Op.Cit, p.20.

[379] Voir, Marjorie Brusorio-Aillaud et laëtitiastati, Droit civil personnes incapacités famille, paradigm, 2010-2011, p.150.

أولا:تغييـر الجنس و الزواج أمام المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان

المحكمة الأروبية CEDH ، من خلال ل I و Goodwin. C، ضد Royaum Uni، بتاريخ 11جويلية 2002، أجرت تغيرا في إتجاه قضائها بتأكيدها أن القانون الإنجليزي فيه مساس بالجوهر في ذاته لحرية الزواج بتطلبه بوجوب إنعقاده بين شخصين يكون جنسهما المسجل عند الولادة مختلف.
القانون البريطاني الذي لا يعترف بالآثار القانونية لتغيير الجنس تمت الإدانة.وضعية المغيرين لجنسهم الإنجليز مخالف لأنه يمكن أن يغير إسمه و لقبه لكن ليس الهوية الجنسية ,التي تكون مسجلة عند الولادة.

و من خلال هذين القرارين إعترفت المحكمة منذ سنة 2002 بحق المغيرين لجنسه في الزواج:

-بـــدءا من إثباتها أن الجزء الأول من المادة 12من الإتفاقية يشير خصوصا إلى الحق للرجل و للإمرأة بالزواج، لتلطف فيها بعد بقولها من غير المقنع بأن نتمكن اليوم مواصلة قبول هذه المصطلحات بإشراك أن الجنس يجب أن يحدد وفق معايير بيولوجية, و بهذا فإن المحكمة قامت بتفسير متطور لفكرة الجنس، بتعريفه أن العنصر الكروموزومي ليس له أهمية كبيرة مثل قبل.و بهذا أرادت تفادي القراءة التقليدية لمادة 12 من الإتفاقية، بتفريق من الآن فصاعدا حق الزواج عن ذلك لتكوين عائلة.منذ ذلك لا يوجد أي سبب لرفض للمغير لجنسه حقه في الزواج.[380]
هذا التغير في إتجاه المحكمة يهجرها المعيار البيولوجي و تبديله بمعيار بآخر هو المعيار النفسي الإجتماعي عند تحديد جنس الشخص من أجل الزواج يجب أن يكون من جنس نفسي إجتماعي مختلف(أيا كان الجنس لبيولوجي للمقبل على الزواج).[381]

-من جهة أخري تؤكد المحكمة ألة يرجع لكل دولة على حدى لترجيح هذه الشروط التي يتوقف عليها صحة الزواج المنعقد قبل تغيير الجنس في الحالة المدنية للمغير لجنسه , و هذه الوضعية تظهر نادرة عمليا, و هي ما تفادته بعض الدول مثل ألمانيا ,السويد...التي فيها نصوص خاصة بقرار تغيير الجنس للأعزب أو غياب زواج سابق غير منحل.[382]

-و يشير البعض إلى شيء مؤسف حسبما عرضته المحكمة الأروبية، و لكن من غيرإندهاش و هو غياب تغيير للحالة المدنية و لم يكن إذا بدون قيمة, أي لايوجد ضبط لآخر التعديلات في سجلات الحالة المدنية بطريق الإشارة في الهامش, فأي شخص يمكن أن يغير إسمه بكل حرية و ينادي له سيد أو السيدة كما يريد.[383] و هذا معناه أن الشخص الذي يغير جنسه يبقى معتبر كأشخاص من الجنس الذي سجلوا عليه عند الولادة، بالأخص في مجال الضمان الإجتماعي و العمل، و بهذا القضاة غيروا من خلال رغبة السلطات الإنجليزية في تعديل شرط المغير لجنسه، و بهذا تسجل أيضا أنه في جانفي 2002 كان هناك مشروع إصلاح للحالة المدنية من أجل تحويلها ,عن طريق تقريب طرق متطورة أيضا و إدخال فكرة التصحيح في الحالة المدنية.[384]

-كما فحصت المحكمة إذا أنه إذا كان القانون الوطني يتمسك من أجل الزواج بالجنس المسجل في شهادة الميلاد، يكشف في مثل هذه الحالة حدودا تمثل مساسا بالجوهر ذاته للحق في الزواج، و في هذا الصدد ستبدي إصطناعيا لتثبت أن الأشخاص الذين خضعوا **لجراحة** التحول الجنسي (بدون تغيير حالتهم المدنية) غير محرومين من حق الزواج، ما دام يبقى لهم من الممكن الزواج بشخص من الجنس المقابل لجنسهم

[380] Voir, François lyn, pierre romuald, Jean-Baptiste water,Transsexualisme et droit europée, sexe sexualité et droit européens:collection droits européenns,A.Pedone, paris,2007,p.62-63.
[381] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.09.
[382] Voir, Frédérique Granet, Transsexualisme devant la cour européene des droits de l'homme, Aj Fam.2002, p.413.
[383] Voir, Frédérique Granet, Op.Cit, p.413.
[384] Voir, Jean Hauser,le droit au marriage du Transsexuel, réponse européenne, R.T.D civ.2002, p.782.

الأصلي.إذا كان شخص أصبح يرغب في الزواج من رجل، و لم تكن له هذه الإمكانية له أن يتظلم بالمساس بالجوهر ذاته لحقه في الزواج[385]. و تنتهي إلى أن تراجع المحكمة عن موقفها في قضية horsham و sheffield بتاريخ 30 جويلية 1998 و إعترافها سنة 2002 بحق المغير لجنسه من شخص من جنسه الأصلي، لا يعني أبدا أنها مبدأ منع الزواج من نفس الجنس من خلال المادة 12 التي تشير إلى إتحاد شخصين من جنس مختلف :

إنما هذا بالتأكيد لأن المغير لجنسه غير جنسه في الحالة المدنية و بهذا تم الإعتراف له بحق الزواج بشخص من جنسه الأصلي.[386]

ثـــانيا :حق الزواج المحمي من طرف محكمة عدل الإتحاد الأروبي CJCE

في الوقت الذي تلعن فيه البعض من كاليفورنيا، إنطلاق الكفاح ضد كراهية المثليين و تعرض تعاطفهم الصريح لزواج المثليين، يمكن أن تشجع في هذا من قبل المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان بقرارها الصادر في 11جويلية 2002في قضية Goodwin و I و الملاحظات الثرية من هذه المساهمة.

ها هي محكمة عدل الإتحاد الأوربي تواجه بدورها مسألة حساسة .وجدت منذ إبرام زواج المغيرين لجنسهم من خلال قرار صدر بتاريخ 7 جانفي 2004 تحت رقم 01/117-C القضية التي بين K.B ضد المصلحة الوطنية للصحة بوكالة المعاشN.H.Spensions afency.

فمحكمة العدل تمسكت بعدم المساواة بالنظر للقانون الإتحادي للتشريع الذي حرم الزوج الحي المغير لجنسه من الحق في المعاش الآيل للورثة سبب إستحالة الزواج الذي يتواجد فيه الشريكين :من أجل ذلك محكمة العدل لاتترد في مناشدة الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و بتفسيرات قضاة المحكمة الأروبية .

المشكلة الحساسة التي طرحت هذه المرة على محكمة عدل الإتحاد الأروبي هي كالتالي هل المنع من طرف التشريع الوطني لتغيير الحالة المدنية لشخص لمجرد تغييره لجنسه من أجل أن يتمكن من الزواج، يمثل تمييز بالنظر للقانون الإتحادي؟

في قضية الحال إمرأة عملت منذ 20 سنة في المصلحة الوطنية للصحة في بريطانيا إنخرطت في نظام التقاعد ، مسؤولي الصندوق أكدوا لها أنه في حالة وفاتها، شريكها لا يمكن أن يستفيد من معاش الأرمل، و بالنظر إلى ذلك أحكام المعاش الآيل للورثة لا تطبق إلا بين الأزواج أي بعد الزواج :

و الحال أن المؤمنة كانت تعيش بدون زواج منذ عدة سنوات مع شخص من جنس ذكر لكنه ولد كأنثى و مسجل في الحالة المدنية كذلك و تم تغييره فيما بعد بعملية جراحية إلى ذكر.[387]

و أمام هذا الوضع فإن السيدة k.B قررت إلتماس محكمة العدل مؤسسة عريضتها على تناقص قانونها الوطني مع المادة 141من التوجيه المتعلق بمبدأ المساواة في الرواتب بين العمال الذكور و الإناث.[388]

ما توصلت إليه محكمة العدل في ظل هذا القرار فيما يتعلق بحق الزواج المحمي من قبلها سنقتصره في النقاط التالية:

1/فيما يخص مدى وجود تمييز مباشر مبني على الجنس:

محكمة العدل رفضت الإعتراف بوجود أي تمييز مباشر على أساس الجنس القانون الإتحادي و إنما قضاة الإتحاد إعترفوا في هذه الوضعية بوجود **تمييز في لحصول على المعاش الآيل للورثة**:عدم المساواة في المعاملة الذي لا يرتبط بلاعتراف بمعاش الأرمل لكن بشرط مسبق المتعلق بالقدرة على الزواج الذي تم غلقه من قبل الإنجليز على المتحولين جنسيا.

---

[385] و إن كان من الغريب هذا القول أنه سيؤدي إلى زواجمن نفس الجنس.
Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.53.

[386] Voir, François Chénedé, La Cour de cassation confirme la nullité du mariage homosexuel Cour de cassation, 1re civ, AJ fam. 2007, Op.Cit, p. 227.

[387] على الصعيد القانوني، القانون الإنجليزي لا يسمح بتغيير عقد الميلاد, فإذا كان إمرأة أصبحت رجل بعد تغييرها طبيا, فإنها تحتفظ بهويتها الأصلية في القانون البريطاني, منذ ذلك فإ الزواج يصبح مستحيلا ,حتى ولو الكنيسة قد جسدت الشراكة, و هذا لأن الزواج هو محتفظ به للأشخاص من الجنس المقابل المثبت عند الولادة.بالمقابل الزواج بين أشخاص من نفس الجنس غير متعرف به.

[388] Voir, Philippe Icard, Transsexualisme: un droit d'accés au marriage protégé par CJCE, Dalloz.2004, p.979.

و لا تتردد هنا محكمة العدل أن ترتكز لتبرير موقفها على قرار goodwin الذي أكدت من خلاله المحكمة الأوربية أن إستحالة المغير لجنسه من الزواج مع شخص نت الجنس الذي كتن عليه في الأصل يشكل في ذاته انتهاك لحق الزواج المضمون بالمادة 12 من الإتفاقية الأروبية .[389]
-الملاحظ أيضا حسب ما يراه البعض أن رفض الزواج في هذه القضية ليس نتيجة مباشرة لتغيير الجنس, إنما يجب أساسه في إستحالة المغير لجنسه أن يغير عقد ميلاده.
بتغير آخر بالنسبة للقانون البريطاني, سيصبح يعتبر كشريك من نفس الجنس, و هو ممنوع لديها و من تم لا يعود للمحكمة أن تشترط على دولة أن تماثل بين الحياة في شراكة (بدون زواج) مع الزواج.
و لهذا تم إختيار زاوية أخرى لتحديد عدم المساواة التي ترجع لأحد شروط الإمتياز لحق الزواج محمي من طرف التشريع الإتحادي.[390]
-و أيا كانت التقييم في الماضي فإن قرار 7جانفي 2004يستحق المزيد من الدراسة لأنه قد يتناقص مع قرارات سابقة لمحكمة العدل التي سبق و أن رفضت تمديد مفهوم التمييزالمبني على أساس الجنس إلى التوجه الجنسي للشخص في إيجاد تنظيم لشراكة الذي يقود لرفض الإستفادة من تخفيض الأسعار الذي كان محتفظا به للأزواج من جنسين مغايرين و هذا في قرار grant بتاريخ 17فيفري 1998.[391]
-وأنه من أجل وضع حد لهذا التميز في شروط الحصول على المعاش للأرمل, فإنه الطريقة الوحيدة هي السماح بالزواج للمغير لجنسه حسب جنسه الجديد.[392]

2/فيما مدى ملاءمة إختيار حصر اللإستفادة من المعاش الأيل للورثة للمتزوجين فقط:

-محكمة العدل أكدت بوضوح أن قرار التحفظ ببعض الإمتيازات للأشخاص المتزوجين ,مستبعدة كل الذين يعيشون بدون زواج, متعلق إما باختيار من المشرع، إما بتفسير أجري من طرف القضاة الوطنيين للقواعد القانونية للقانون الداخلي بدون أن تكون لأقلية أي تمييز جنسي على الجنس, الممنوع من طرف قانون الإتحاد .
- و بهذا فإن محكمة العدل تعتبر نفسها غير مختصة لتوسيع التفسير القانوني للزواج و أيضا ليشمل وضعيات المشاركة في السكنى (Cohabitation) أو المعاشرة غير الشرعية (concubinade) أو أيضا أن تماثل فكرة الزوج أو الزوجة لتلك الخاصة بالرفيق(partenaire), بسبب أهمية التغيير القرار حسبها يرجع للدول الأعضاء بتبنيها لتشريع واضح حول هذه النقطة.[393]
و تظن أن فعلا بريطانيا ربما أحست بضرورة سن قوانين داخلية حتى لا تتعارض مع القوانين الدولية فاصدرت بعد سنتين من هذا القرار قانون في 2006 للإعتراف بزواج الأشخاص من نفس الجنس.
-و بهذا تكون الوضعية التي خلقت من منازعة قضية K.B إنطلقت مقلقة.و الحال أن القانون البريطاني بخطأ في تفسير عقد الميلاد, إعتبرت أن من هذا الواقع K.B و رفيقها هم أشخاص من الجنس.لأن رفيق السيدة K.B يمكنه الزواج برجل من خلال حالته المدنية التي كانت تؤكد إنتمائه كإمرأة (بالرغم من تحوله طبيا إلى امرأة دون أن يتمكن من تغيير حالته المدنية).
و كان الأمر يتطلب لحل الإشكال الحاصل, هو بالتدخل التشريعي للدول الأعضاء لإحداث تعديلات بإعطاء تعريف جوهري و ليس شكلي للعلاقات التي تجمع شخصين .
و من تم فإن محكمة العدل أدانت بريطانيا لعدم إمكانية الزواج للمتحولين جنسيا إلى درجة أن منعتهم من الإستفاذة من المعاش الآيل للورثة.[394]
و من تم يمكن على الأرجح من خلاصة القرارين الصادرين عن القضاء العالمي أن تعرف بتماسك الإجتهاد القضائي بين محكمة ستراسبورغ و لوكسمبورغ في إتجاه متحرر واضح, إذا أن المحكمة الأروبية هجرت التحليل المتحفظ لحق الزواج للأشخاص من نفس الجنس البيولوجي و لمحكمة العدل

[389] Voir, Jacques Raynard, Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible R.T.D.civ. 2004. 373.
[390] Philippe Icard, Transsexualisme:.., Op.Cit, p. 979.
[391] Jacques Raynard, RTDciv 2004, Op.Cit, p. 373.
[392] Patrice Hilt, Op.Cit, p.10.
[393] Philippe Icard, Transsexualisme:.., Op.Cit, p. 979.
[394] Frederic SUDRE, Op.Cit, p.514.

أنها تكلمت عن المساواة هنا في حق الرواتب الذي يؤدي بالنهاية إلى تأكيد لمبادىء **منقرضة** من أجل مؤسسة جد حيوية كتلك التي للزواج[395].

الفـــــرع الثـــاني

موقـــف النظـــام الفرنسي من الزواج اللاحق للمغير لجنسه

في حقيقة الأمر أن النظام الفرنسي عرف تطورا ملحوظا حول أعراض تغيير الجنس، و لذلك سنتجاوز بعض النقاط حول إباحة أو خطر تغيير الجنس التي سبق لنا مناقشتها و سنركز على أن الأمر المسلم به أن القانون الفرنسي بداية ترك الأمر للإجتهاد القضائي في هذا الموضوع الذي منذ قراري 11 ديسمبر 1992، تم قبول أغلب دعاوى تغيير الجنس في الحالة المدنية. و يبقى الآن لنا أن نتحدث عن مدى قبول النظام الفرنسي بحق المغير لجنسه في الزواج لاحقا على تغيير جنسه الأصلي بالرغم من أنه لم يكتسب كل خصائص الجنس المقابل؟
الإجابة على هذا التساؤل قد تناولناها في الفرع الأول من هذا الموضوع و هي من تجسيد القضاء الأوربي لحق المغير لجنسه في الزواج وفقا لجنسه الجديد من خلال قرار Goodwin و I بتاريخ 11 جويلية 2002، فإن فرنسا سمحت بمثل هذا الزواج و لكنها إشترطت أن يتحصل المعني بالأمرعلى تغيير لحالته المدنية **أولا**.و هذا معناه أن القضاء الفرنسي لن يقبل الإعتراف بحق الزواج للمغير لجنسه **قبل** تعديل حالته المدنية، و السبب في هذا أن القانون الفرنسي هو شكلي من ناحية الزواج، و بيان الجنس يدون في عقد ميلاده. و من يريد الزواج عليه أن يحضر شهادة ميلاده، و الحال أن في حالة وجود مغير لجنسه، فإن الأمر لا يتعلق أبدا بضابط الحالة المدنية لتغيير بيان الجنس الذي تم إجرائه [396](و إنما لابد من وجود حكم قضائي مسجل في سجلات الحالة المدنية يأمر بتدوين التغيير الحاصل في بيان الجنس).

و ربما نضيف سببا آخر لمثل هذا الإتجاه القضائي في السماء للزواج للمغير لجنسه بعد تغيير حالته المدنية وفقا للجنس الذي إكتسبه، يعود إلى أن ضرورة وجود إختلاف في الجنس من أجل الزواج.أي أن المشرع الفرنسي بصفة ضمنية في القانون المدني سبق لنا و أن أشرنا أنه يشترط أن يتم الزواج حسب المفهوم التقليدي بين رجل و إمرأة بمعنى أنه كان يحصر الزواج بين الأشخاص من جنس مختلف أو مغاير.
لكن نظرا لتطور النظام الفرنسي فإن هذا المفهوم قد تلاشى بعد إعتراف المشرع الفرنسي بتاريخ 17 ماي 2013 بزواج الأشخاص من نفس الجنس، و ربما قد يؤدي هذا الإصلاح بتغير إتجاه القضاء الفرنسي بعد سنة 2013 و لذلك سنتناول هذا الموضوع في مرحلتين قبل صدور قانون 2013 و بعد صدوره حتى يتسنى لنا إثراء النقاش في مسألة زواج المغير لجنسه اللاحق.

أولا : إتجاه النظام الفرنسي قبل صدور قانون 17 ماي 2013.

أمام صمت القانون المدني و غياب نصوص تشريعية في مجال تغيير الجنس، فإن المعروف أن الأمر ترك لإجتهاد و الفقه و القضاء الفرنسيين في إيجاد حلول لمشاكل المغير لجنسه، بالأخص ما يتعلق برغبته في الزواج بعد تغيير جنسه.و هل يجب إعلام زوج المستقبل بهذا التغيير الحاصل أم أن ذلك يعتبر سرا يجب كتمانه عليه ؟

[395] Voir, Jean Hauser, R.T.D civ.2004, Op.Cit, p.267.
Jacques Raynard, RTDciv 2004, Op.Cit, p. 373.
[396] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.10.

1/ مدى إلتزام المغير لجنسه الذي يقبل على الزواج **بإعلام الزوج الآخر** بالتغيير الحاصل ؟

هناك من يفرق بين المغير لجنسه لأسباب نفسية و المغير لجنسه لأسباب عضوية، أما الفقه الفرنسي فلم يفرق بين التغييرين الحاصلين سواء لأسباب عضوية أو نفسية، فإنه يرى إذا كان في حالة تغيير أحد الزوجين لجنسه، و كان مكتوما يوم الزفاف أو بسبب كذب حول الجنس (mensonge sur le sexe)، فإنه رغم عدم تعرض القضاء لمثل هذه الحالة بطلب لإبطال الزواج، فإن هناك من يرى أن طبيعة جنس الزوج يجب أن تدخل كصفة أساسية في **الشخص** و أن الخطأ فيها جزاؤه، هو الإبطال.كل ما في الأمر أن الإبطال سيكون نسبي إذا إختلاف الجنس ليس بشرط ضروري للأزواج (كما هو الحال في الدول الذي تجيزه للأشخاص من نفس الجنس أو من جنس مختلف)[397]

و هناك رأي آخر يرى أنه من الممكن أن نتوقع أن يشكل مشكلة متعلقة بالرضا، لأن الذي يتزوج مغير لجنسه بدون أن يكون على علم بحالته، هذا يمكن إعتباره كخطأ و هو عيب في الرضا[398].
في حين أن القضاء الفرنسي فقد عرضت عليه المسألة لكن بشكل مختلف :
أن شخص أرادالزواج و هومغير لجنسه ليعقد قرانه مع فتاة، فعلم والد زوجة المستقبل، أن زوج المستقبل إستفاد من تغيير لجنسه بصفة شرعية.فقام بمعارضة الزواج فرأت المحكمة في طلبه خطأ (tort) (و هذا بموجب حكم I.G.T لباريس 13 ديسمبر 1983)، لكن في الدرجة الثانية قضاة باريس إستجابوا لطلبه بتاريخ 17 فيفري 1984 و أنه في نفس الوقت الملاحظ أن هذه المعارضة في الزواج كانت من الغير.[399]

-و هناك من ألقى إلتزام الإعلام على الطبيب عند إجرائه الفحص السابق (L'examen prénuptial) على الزواج إذا تبين له أن أحد الزوجين مغير لجنسه بالجراحة.....، إلا أن إلتزام السر المهني يمنع عليه ذلك و إلا تعرض للإدانة. و إذا كنا نريد أي إستثناء في حالة تغيير الجنس فإن الأمر يتطلب تدخل من المشرع لفرض مثل هذا الإلتزام الذي يبقى إختياري في غياب النصوص.[400]

-و هناك من رجال القانون الفرنسي الذي يرجع إلى الحقوق الزوجية (matrimoniales) بفرنسا، أن على المغير لجنسه الذي يرغب في الزواج لاحقا على التغيير ملزم بإعلام شريكه بتغيير الجنس، في أجل أقصاه **يوم إنعقاد الزواج**. و في غياب ذلك، يمكن لهذا الشريك أن يختار :

1-إما إبطال الزواج من أجل خطأ حول عنصر جوهري في الزواج (المادة 180 من القانون المدني)
2-أو الحصول على الطلاق بخطأ من أجل إنتهاك واجب الصدق و الأمانة بين الزوجين (و هو الواجب غير المسمى الذي يقع على عاتق كلا الزوجين من طرف الإجتهاد القضائي)[401].

و من جانبنا نساند هذا الرأي في أنه يجب على الزوج المغير لجنسه عندما يقرر الزواج أن يعلم الزوج الآخر بالتغيير الحاصل في جنسه، و أن يترك حرية إتخاذ القرار بالزواج به و برضاه دون أن يشوبه أي غلط أو غش أو تدليس، و هذا عن دراية منا أن معرفته عن طريق الغير أو بالصدفة (إذا وجد وثائق طبية تفيد تغيير الجنس) سيشكل له صدمة نفسية و يحس بالخيانة و بالإهانة و بالتحايل عليه.إذ قد نعتبره قد نصب عليه ناهيك عن نظرة المجتمع له، و مدى تقبله للعيش طوال حياته مع شخص لا هو ينتمي إلى جنس الذكور و لا إلى جنس الرجال، و لاشك أن القرار ليس بالهين حتى و على فرض أن تغييره كان نتيجة إزدواج عضوي يعاني منه.فما بالك بالتغيير الجنسي لأسباب نفسية، فهو أمر يختلف تقديره من شخص لآخر، و لا يمكن أن نتصور التحفظ على واجب الإعلام للحفاظ على الحياة الخاصة للمغير لجنسه لعلة

[397] Voir, Thibault Douville, Op.Cit, p.22.
[398] Voir, cour de droit de la famille, Op.Cit, p.08.
[399] Voir, J.Breton, étude nosographique, Op.Cit, p.173.
[400] Voir, J.Breton, étude nosographique, Op.Cit, p.172.
[401] Voir, Patrice Hilt, Op.Cit, p.11.

نفسية فيه و نتسبب في عقدة نفسية للزوج الآخر الذي لا علاقة له بهذا التغيير، و لكنه وجد نفسه أمام أمر واقع مفروض عليه، فأبسط حق له هو إعلامه و ترك الخيار له في القبول من عدمه.

و قد قرأنا في إحدى الصحف اليومية لنا بالجزائر بجريدة الخبر أن بلجيكي يطالب بالطلاق بعد أن علم أن زوجته ولدت ذكرا و في المقال ينقل مدى دهشته لما حصل له و يردد عبارة " أشعر كأنني قد تعرضت **للإعتداء**، بعد أن إكتشفت ماضي زوجتي "[402].و هذا ما يدل على بشاعته الأمر، لو علم به الزوج الآخر بعد إنعقاد الزواج.

2/ زواج المغير لجنسه **قبل تغيير حالته المدنية** في فرنسا.

و نسجل هنا إنقسام الآراء حول هذه الحالة :

1- ذهب هذا الرأي أن من يغير جنسه بالجراحة يستطيع الزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي طالما هناك إختلاف بين الطرفين بشكل ظاهر فمحكمة TGI ل Saint Etiennne إعترفت به بتاريخ 11 جويلية 1979.[403]

2- ذهب رأي لبعض القضاة إلى **رفض** طلبات تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية، و من تم فإن المغير لجنسه لا يستطيع ممارسة حق الزواج، بإعتبار أن التحول الجنسي غير الرسمي لا يمكن إعتباره بأنه إكتسب خصائص الجنس المقابل[404].هذا من جهة.و من جهة أخرى أنه بالرغم من أن مظهره العام تشكليا خارجيا، نفسيته، دوره الإجتماعي و حتى تطبيقه الجنسي، المغير لجنسه لا يمكن أن يتزوج من شخص من الجنس القانوني المقابل، لأنه يحمل نفس المظاهر التشكلية و الجنسية للآخر.[405]
-و يضيف البعض للقول أن المغير لجنسه بالجراحة دون أن يعدل حالته المدنية يعتبر في نظر القانون أنه من جنسه الأصلي و من تم فزواجه بشخص من الجنس المقابل سيؤدي إلى زواج بين شخصين من نفس الجنس الأصلي و هو محظور.و بهذا تم رفض هذه الطلبات من طرف القضاء مقررا أن هذا الرفض لا يشكل إنتهاك للمادة 12 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، بإعتبار أن المحكمة الأوربية نفسها أكدت في أكثر من مرة قبل صدور قرار 11 جويلية 2002، من أن المقصود هو الزواج التقليدي المنعقد بين شخصين من جنس بيولوجي مختلف. و هذا ما يؤكد أن فرنسا إستبعدت الزواج بين الأشخاص من نفس الجنس.
و بإعتبار أن القانون الفرنسي قبل تعديل 2013 السالف الذكر كان يتطلب في شروط إنعقاد الزواج **إختلاف في جنس** الزوجين، و لا يمكن إثبات ذلك إلا بشهادة ميلاد تثبت الجنس الذي ينتمي إليه المغير لجنسه المقبل على الزواج، و في حالة العكس يعتبر زواجا من نفس الجنس الذي كان في هذه الفترة محظورا و مخالفا للنظام العام.
و قد أثيرت في نفس هذا الصدد قضايا تناولت ضرورة إختلاف الجنس (الأولى) و أخرى تعارض الزواج من نفس الجنس (الثانية) إرتأينا أن تناولها بالتحليل لإثراء الموضوع **عمليا** بناء على ما توصل إليه القضاء الفرنسي مؤخرا :

القضية الأولى / قرار محكمة إستئناف فرساي بتاريخ 08 جويلية 2005 :
1-الوقائع : السيدة.....camille B مغيرة لجنسها من جنس أنثوي، و السيد M.Benito L كان من المفروض أن يتزوجا بتاريخ 28 ماي 2005 في Rueil-Malmaison. إذا كانت الحالة المدنية للمترشحين للزواج تشير إلى أنهم من الجنس المقابل M.Benito L يدعي بأنوثته.

[402] أنظر، جريدة الخبر اليومية بالجزائر، بتاريخ 01 ديسمبر 2012، ص.16.
[403] Voir, J. Branlard, Op.Cit, p.592, n°1958.
[404] Voir, J. Branlard, Op.Cit, p.593, n°1962.
[405] Voir, J. Branlard, Op.Cit, p.592, n°1960.

تأسيسا على المادة 175-2 من القانون المدني، ضابط الحالة المدنية أخطر النيابة العامة ل Nantterre التي شكلت معارضة على إنعقاد هذا الزواج.

بموجب حكم صادر عن المحكمة الإبتدائية الكبرى (TGI) ل Nanterre رفضت طلب رفع اليد بالمعارضة على الزواج المشكل من طرف أزواج المستقبل، مقدرة أن التسبيب الأساسي لهذه الأخيرة هو مرفوض و مخزي يمنع تأسيس زواج الأشخاص من نفس الجنس. المحكمة إستنتجت الطابع المصطنع أو الصوري للإتحاد الملقى (Projeter)، مقدرين أن الجوهر الحقيقي للمعنيين، هو أجبني بوضوح عن النية المشتركة المجسدة للرضا في الزواج camille و Benito رفعا إستئنافا. فأيدت محكمة إستئناف فرساي versailles الحكم الصادر عن TGI ل Nanterre .

2-النتائج التي أثارها هذا القرار: أولا يجب الإشارة إلى أنه على حسب ما صرحه Guez Philippeرجل القانون بفرنسا، و هو ما نؤكده أنه لأول مرة نصادف مثل هذا القرار بفرنسا يفصل في هذه النقطة، حتى و لو أن الفقه تناول ذلك فإن كل نقاش هو عبث (vaine) ، منذ قرار المحكمة الأوربية الصادر بتاريخ 11 جويلية 2002 فإن النقاط التي أسس عليها القرار سنحصرها فيما يلي :

أ/ **إختلاف الجنس**: نحن نعرف أن النظام الفرنسي في ظل هذه الفترة (قبل 2013) كان يعرف الزواج بالمفهوم التقليدي أنه إتحاد بين رجل و إمرأة أي بين شخصين من جنسين مختلفين، و قد أكد القضاء بداية أن المقصود بالإختلاف في الجنس هو الجنس البيولوجي؛ أي يكونان من جنس بيولوجي مختلف.إلا أنه و بعد قرار المحكمة الأوربية في 2002 التي هجرت هذا المفهوم و أخذت بالمفهوم النفسي إجتماعي و هذا يعني أنها قبلت أن يتزوج المغير لجنسه في الحالة المدنية (وليس قبل تغيير الحالة المدنية) بشخص من جنسه الأصلي.

و بتطبيق ذلك على دعوى الحال سيتضح لنا أن الزواج الذي تمت معارضته من طرف النيابة العامة لا يتوافر فيه هذا الشرط، و ذلك على إعتبار أن السيدة ...camille B، هي مغيرة لجنسها بصفة قانونية و قد أصبحت في الحالة المدنية أنثى، فالمفروض هو إتحادها مع شخص من الجنس المقابل قانونيا لها (أي من ذكر في الحالة المدنية، و المظهر العام التشكيلي الخارجي و نفسيته و دوره الإجتماعي و حتى تطبيقه الجنسي كما سبق توضيحه من Branlard).
و الحال أن زوج المستقبل للسيدة ...milleca B هو في حقيقة الأمر مسجل في الحالة المدنية كذكر، و قد إعترف القرار المناقش أن **زوجي المستقبل هما من جنس قانوني مختلف،** إلا أن الإشكال الذي طرح بغرابة هنا هو أننا أمام متحول في النوع (transgenre) و هو السيد M.Benito L و كما قال رجل القانون الفرنسي أن القانون بالتأكيد لا يجهل فكرة " النوع " " genre " بمعنى أن جنسه القانوني ذكر إلا أن مظهره أنثوي، و يوقع بإسم أنثوي و لا يرغب في تغيير جنسه، لكن السلوك الإجتماعي للشخص لا يسمح بتغيير الجنس القانوني إذا لم يرافقه تغيير نهائي للجنس الظاهر (حسب قرار 11 ديسمبر 1992 لمحكمة النقض). و لهذا السبب و لو أن M.Benito L يدعي أنوثته إلا أنه لا يمكن الزواج من شخص من جنس ذكوري.و **أيضا لا** يمكن له الزواج مع شخص يعتبره القانون من جنس أنثوي (كما هو الأمر ل ... camille B)، لأن نيته ستكون عقد زواج من نفس الجنس، و هذه الوضعية تصطدم بحق الزواج المضمون بالمادة 12 من الإتفاقية، و تصطدم أيضا بتصور فرنسي للزواج التقليدي الذي لا يأخذ في الإعتبار **إلا** الإختلاف في الجنس الذي يقدر فقط من خلال المظاهر الخارجية للجنس، و ليس تصرف المعنيين[406].
-هناك من يرى في هذا الزواج الذي تمت معارضته من طرف النيابة العامة أنه زواج وهمي أو مختلق (un mariage fictif) و كان بهدف الوصول إلى الزواج بين أشخاص من نفس الجنس.

[406] Voir, Philippe Guez, Opposition à mariage entre un transsexuel et un transgenre pour défaut d'intention matrimoniale, Cour d'appel de Versailles 8 juillet 2005, AJ fam. 2005, p.322.

و إن كان M.Benito L يبرر إستئنافه بعكس ذلك و يصرح أن مظهره الجسدي لم يكن يمثل عائقا قانونيا صحيحا.إلا أن النيابة العامة تدخلت في حياتهم الخاصة و إرتكابها مخالفة للحريات الأساسية كما هي محمية من طرف الإتفاقية الدولية أي موقف مخالف يفسر بتصرف تمييزي.[407]

ب/ **غياب نية الزواج** : محكمة إستئناف Versailles، قدرت أن المترشحين للزواج لا يثبتون حقيقة الحياة المشتركة لمدة سنة التي يتضرعون بها و يستنتجون أنه يمكن أن يكون جد متعجل، في غياب الحياة المشتركة. و الحال أن غياب المساكنة لوحده يمكن أن يفسر أنه لا يوجد حياة مشتركة.الزوجين يمكن لهم الحصول على سكن مغاير (المادة 108 من قانون مدني).

و في هذا الصدد يشير المستأنفان أنه لا القانون المدني و لا قواعد القانون، لا تشترط نية الزواج بإرادة تأسيس عائلة و أن إتحادهم يستجيب إلى نية حقيقية للزواج، و التضرع بالطابع المكافح لزواجهم هو غير مناسب[408].

-الحقيقة أن إستنتاج القضاء لهذه النقطة - فريد من نوعه – إذا أنه إستطاع أن يحلل الرغبة الملحة لهما بالزواج بالرغم من أنهم ليسوا من الجنس المقابل.
فالقرار إرتكز على تسبيب قوي و إستعمله بحذر، ليبرر أنه على حسب الإرادة المعلنة لأزواج المستقبل «الإتحاد كإمرأة و مخالف، من أجل أحسن كفاح للمنع الحالي للزواج بين أشخاص من نفس الجنس » و من هنا إستنتج أن نية الأطراف تحتمل أحد التصورين :

- إما المترشحين للزواج هم من الجنس نفسه : و في هذه الحالة الزواج **لا يمكن أن ينعقد**
- إما هم من جنس مختلف : و هنا وجود زواج **صوري أو مصطنع** يفترض أن يوضح أن الزوجين، ليسا مستعدين للزفاف بالزواج إلا بالنظر لتحقيق هدف أجنبي عن الإتحاد بالزواج. و في هذه الحالة من الصعب الدعم بدون تناقض أن الهدف الحصري لمعارضة هذا الإتحاد بينهما، هو محاربة الحرمة الحالية للزواج من نفس الجنس[409].

و يرى القضاة في هذا القرار من خلال حيثياته، أن المستأنفان في الحقيقة تحت ستار مدعى به لحياة مشتركة مزعومة، في حين أن زوج المستقبل Benito يتقدم بهوية مستعملة كإمراة و ليس بهويته الحقيقية متكل على كفاح بقوة لزوجة المستقبل يشكل نية الزواج المزعومة، غير المطابقة لتأسيس مشترك للزواج في القانون الوضعي.
و إعتبر بذلك هذه النية معادلة للرضا المعيب ، ممكنة القبول و تؤسس معارضة الزواج المقدمة من النيابة العامة.

و بهذا فإن القضية أثارت نقطة مهمة و هي أنه لا يمكن لشخص أن يتزوج وفقا للجنس المذكور في الحالة المدنية لوحده، و إنما لابد أن تتطابق حالته المدنية مع المظهر العام الجسدي الخارجي له، و نفسيته و دوره الإجتماعي متكاملين لكي يكون جنسه يتماشى مع مظهره و حالته المدنية معا، و كان هذا هو السبب في معارضة زواج متحول في النوع (transgenre)، و ليس له علاقة بتغيير الجنس (Transsexualisme) [410]

و من تم فإن " المتحول في النوع " يعتبر في نظر القانون أنه سلوكه الإجتماعي و مظهره مخالف للجنس المدون في الحالة المدنية و هذا ما يجعل زواجه قبل تعديله لحالته المدنية مرفوض فقها و قضاء.و من تم بروز إشكالية أخرى في الوسط القانوني قد تؤدي مستقبلا إلى تعقيد المشاكل و يصعب

[407] Voir, Vincent Bonnet, un mariage fictif d'un nouveau genre, D.2006, n° 11, p.772.
[408] Voir, Vincent Bonnet, D.2006, n° 11, Op.Cit, p.772.
[409] Voir, Philippe Guez, Opposition à mariage entre un transsexuel…, AJ fam. 2005, Op.Cit, p.322.
[410] يقرر Philippe Guez أن أي معارضة في الزواج مبنية على تغيير الجنس فيهاسوء تسبيب (mal fondée).

معها إيجاد حلول معقوله، و هو الأمر الذي يتطلب تدخلا تشريعيا و بعجلة قبل أن تتكاثر الحالات الشاذة في الظهور.

- و نعرض رأي لأحد رجال القانون المصري الذي نؤيده من جانبنا في أنه و إن كان المظهر الشكلي لصاحب الشأن أقرب إلى النوع المقابل، فإن الواقع يثبت أن معالم جسد كل من الزوجين متشابهة، رغم التغييرات الطارئة على ملامح الزوج الذي غير جنسه، و إن إجتهد في موراة هذا التشابه، فالطبيعة الحسية الجنسية ستكشف عن زيفه و صوريته، فليس شريكه آلة صماء، عديمة الحس و الإدراك.و بهذا يعتبر البعض أن، زواج المتحول يؤدي إلى إقتران شخصين من نفس الجنس التشريحي الوراثي.و أنه مهما تحايل صاحب الشأن في إتخاذ مظهر خارجي و سلوكي ليعطي الإحساس للغير بأنه من الجنس المقابل، فإن ذلك لا يؤدي إلى تغيير حقيقي في جنس الشخص، و لا يجعله من أفراده إنما هو تغيير زائف مصطنع لا جدوى منه[411].

القضية الثانية : الحكم المؤرخ في 27 جويلية 2004 عن المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Bordeaux و المؤيد بقرار بتاريخ 19 أفريل 2005 لمحكمة الإستئناف و المؤيد بقرار محكمة النقض بتاريخ 13 مارس 2007.[412]

الوقائع :رئيس بلدية Bégles قبل زواج رجلين، بالرغم من معارضة النيابة العامة المبلغة له بتاريخ 27 ماي 2004، رئيس بلدية Bégles بصفته ضابطا للحالة المدنية أبرم الزواج بتاريخ 05 جوان 2004. بين كل من X.MM و Y و سجله بسجلات الحالة المدنية تم إلتماس المحكمة الإبتدائية الكبرى ب Bordeaux للبحث إذا كان إختلاف الجنس بين الزوجين هو من الشروط الموضوعية للزواج، التي فصلت فيه بتاريخ 27 جويلية 2004 بإلغاء الإتحاد، مؤكدة أن القانون الفرنسي لم يسمح بالزواج إلا لشخصين من جنسين مختلفين.و أن المبدأ لم يكن مخالف للقضاء العالمي.تم تأييد هذا الحكم بموجب القرار الصادر عن محكمة إستئناف Bordeaux بتاريخ 19 أفريل 2005. ليتم النقض فيه من طرف X.M و Y.M، بالدفع أصلا أن الإختلاف في الجنس لا يمثل شرطا لصحة الزواج في القانون الفرنسي.و هذا الشرط يصبح مخالف للمواد 8 و 12 و 14 من الإتفاقية الأروبية و للمادة 9 من الملحق الأساسي للإتحاد الأوربي. و تم رفض طعنهم من طرف الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض بتاريخ 13 مارس 2007.[413]

-الملاحظ أن الحكم المؤرخ في 27 جويلية 2004 يعتبر سابقة قضائية، لأنه فصل في مسألة مدى صحة زواج الأشخاص من نفس الجنس.إلى درجة أن البعض إعتبره وتد (Jalon) في إتجاه رفض زواج الأشخاص من نفس الجنس في فرنسا.[414]

- في الحقيقة أن التساؤل حول الجنس قديما لم يكن يطرح أصلا، ربما كان يعتبر من الأمور البديهية التي وجدت عليها الإنسانية منذ مجيء آدم و حواء إلى الإنسانية و تكاثرت معهم جميع البشرية، فكان الطبيعي أن الإنجاب يتطلب في الزوجين إختلاف جنسهما.

و من تم فإن الدفع الذي إحتج به رئيس بلدية Bégles لإبرام زواج بين رجلين من أنه لا يوجد في القانون الفرنسي ما يمنع الزواج من نفس الجنس مردود عليه في ثلاث نقاط :

---

[411] أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.422.

[412] أن هذا القراركان متأخرا لأن مصير زواج Béglais تحمل نفقات أخبار الصحف و القضاء منذ قرابة 3سنوات، و في نفس الوقت متوقع، لأن الحل المتبتى من طرف القضاة الأعلى لا يترك مكانا للشك.

François chenedé, La Cour de cassation confirme la nullité du mariage homosexuel, Cour de cassation 1re civ. 13 mars 2007, Aj Fam 2007, p.227.

[413] Voir, Jugement TGI Bourdeaux, 27/07/2004, n° 6427/2004, D.2004, p.407.
Cour de cassation 1er Ch civ, 13.03.2007, n° 05.16.627

[414] Voir, Laurence Attuel-Mendès, Nullité du mariage homosexuel, Tribunal de grande instance de Bordeaux 27 juillet 2004, AJ fam. 2004, p.407.

أ/ حول عدم جود شرط إختلاف الجنس في صحة الزواج في القانون الفرنسي :

سواء المحكمة الإبتدائية الكبرى و محكمة الإستئناف ل Bordeaux رفضوا فكرة أن سكوت القانون المدني يمكن أن يفسر كرخصة لزواج الأشخاص من نفس الجنس.
بالعكس القانون في مختلف مواده، و من خلال الأعمال التحضرية له إستعملوا مصطلح "الرجل" و " المرأة " و أن إختلاف الجنس هو الشرط لصحة الزواج، و هذا ضمنيا من خلال المادة 144 من القانون المدني و المادة 75 و 163 و 166 منه أيضا.و كذا من خلا ل الإجتهاد القضائي لمحكمة النقض في قرار قديم لها بتاريخ 6 أفريل 1903 عندما صرحت أنه في القانون « الزواج لا يمكن أيضا أن يعقد إلا بين أشخاص ينتمون أحدهما لجنس الذكر و الآخر لجنس الأنثى؛ أيضا وجوده مرتبط بالشرط المزدوج أن جنس كل واحد من الزوجين يكون معترف به؛ و أنه يختلف عن ذلك الذي للزوج الآخر »[415].
-و يضيف أحدهم قائلا إذا كان شرط إختلاف الجنس لم يوضح سنة 1804، لأنه ببساطة أن هذا الشرط كان واضحا في أعين محرري القانون المدني[416].
و يضيف البعض بطريقة مزاحية يقول لنفكر ما دام لا يوجد أي نص يعرف الأب أو الأم يمكن لنا غدا أن ندعم شخص معنوي يمكن أن يكون أبًا أو أمًا، ما دام لا شيء يمنع صراحة.....إلا معاني الكلمات.[417]

ب/ حول مدى مطابقة القانون الفرنسي للأحكام الدولية :

الإجتهاد القضائي الأوربي أستعيد من قبل المحكمة الإبتدائية و حتى محكمة النقض من خلال حيثياتهم في مسألة تغيير الجنس.من خلال قضية Rees بتاريخ 17 أكتوبر 1986، التي فيها مغير لجنسه إعتبر أن الرفض المحتج به من طرف بريطانيا لتغيير الحالة المدنية هو مخالف لحقه في الزواج المضمون في المادة 12 من الإتفاقية الدولية لحقوق الإنسان، و أجابته المحكمة أن المادة 12 تتكلم عن الزواج التقليدي بين شخصين من جنسين مختلفين بيولوجيا لأن هدفها يتمثل في حماية الزواج و بناء أسرة.

و أن المنع لأشخاص من نفس الجنس من الزواج لا يحمل أبدا مساسا بالإتفاقية (قضية Sheffield في 30 جويلية 1998). و تراجع المحكمة الأوربية عن موقفها في قرار 11 جويلية 2002 ل Goodwin لا يمثل أبدا أنها عندما سمحت لمغير لجنسه بالزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي، تجاهلت المادة 12 من الإتفاقية التي تتطلب إختلاف الجنس.و إنما هو تأكيدا منها لهذه المادة بإعتبار أن المغير لجنسه الذي غير حالته المدنية يعترف له بحق الزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي، لأن المغير لجنسه أصبح بعد التغيير من الجنس المقابل.

-الدليل المقدم بأن القانون الفرنسي مخالف لملحق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوربي كان أيضا مرفوض، فعلا المادة 9 من هذا النص تضمن الحق في الزواج بدون الإشارة إلى إختلاف الجنس.

و من جهة أن البعض يؤكد أن المجلس الأوربي تمنى بهذا الصمت، تجسيد تصور «عديم الجنس» (Asexuée) في الزواج.الأكثر بين ذلك فإن محكمة النقض ذكرت مرافعيها بإن الملحق هذا غير مدرج في معاهدات الإتحاد و من تم ليس له أية قوة إلزامية في فرنسا.[418]

-المحكمة الأوربية في كل الإفتراضات و حتى اليوم لا تعاقب التشريعات الوطنية التي تشترط إختلا ف الجنس بين الزوجين[419].

---

[415] Voir, Cour de cassation 1er Ch civ,6 Avril 1903, D.1904, p.395 et suite.
[416] Voir, François chénedé, La Cour de cassation confirme la nullité du mariage homosexuel, Op.Cit, Aj Fam 2007, p.227.
[417] Voir, Jean Hauser, Mariage, les mariés de l'an 2004, RTD civ.2004, p.719.
[418] Voir, François chénedé, …la nullité du mariage homosexuel, Op.Cit, Aj Fam 2007, p.227 et suite.
[419] Voir, Jugement TGI Bourdeaux, 27/07/2004, n° 6427/2004, D.2004, p.407

ج/ بطلان الزواج من نفس الجنس :

المحكمة الإبتدائية و بتأييد من محكمة النقض إعتبرت أن الزواج الذي تم بين رجلين أي شخصين من نفس الجنس باطل.و هذا غير منصوص عليه صراحة في القانون إنما كان واضحا. و البطلان هنا مطلق أي أنه منعدم الوجود(inexistant) و كأنه لم ينعقد و الصحيح أن الجزاء المترتب لمصلحة القانون، ما دام أن الزوجين كان لهم نية سيئة، و الإستفادة من زواج وهمي (putatif) تم رفضه. الأمر الذي جعله باطلا و منعدم.
و لاشك أن البطلان له أثر رجعي و كل آثاره ستؤثر على التصرفات التي أبرمت في ظل هذا الزواج الظني ستصفى.و هو الأمر الذي لا يحبذه لا أحدهما أو الآخر، و قد سماه البعض بزواج سنة 2004، و حذرهم من

الحقوق الزوجية، بالأخص الإستهزاء بالجنس.[420]

في الأخير، نلاحظ أن رجال القانون أكدوا من خلال قرار محكمة النقض بتذكير الأشخاص المثليين أنه ليس بالطريق القضائي يتم الحصول على الحقوق الجديدة.
حتى و لو أن الحقيقة أن القضاء له دور في الأخذ بعين الإعتبار وضعيتهم في توسيع بعض المفاهيم، و لكن مسألة الإعتراف بزواج الأشخاص من نفس الجنس و غيرها هي من الإختصاص الحصري للمشرع[421].

و ذكر أن هناك مشروع قانون قدم أمام المجموعة الوطنية بتاريخ 8 جوان 2004 لتعديل المادة 144 من القانون المدني الفرنسي ليدرج ضمنها زواج الأشخاص من نفس الجنس، و كان هذا يثير تخوف البعض من المشاكل التي التي ستطرح تبعا لصدور هذا التعديل مستقبلا.

و لا ننسى أن نشير إلى مسألة مهمة في قضية Bégles و هي مدى مسؤولية رئيس بلدية Bégles على إنتهاكه الصارخ للقانون؟ التي إعتبرها أنها مسؤولية مدنية.[422]

3/ زواج المغير لجنسه **بعد تغيير حالته المدنية** في فرنسا.

حتى تكتمل شروط إنعقاد الزواج، لابد إثبات توافر شرط إختلاف جنس الشخصين المقبلين على الزواج.
و حتى يتسنى ذلك كان لابد أ ن ينتميان إلى جنسين مختلفين حسب الجنس الأصلي و بما يتفق و المظهر الخارجي، و أن يتحصلا على وثائق صادرة من الحالة المدنية تثبت توافق الجنس المدون في شهادة الميلاد و المظهر الجسدي للشخص المقبل على الزواج وأنه مختلف عن زوج المستقبل الآخر.و يتأكد ضابط الحالة المدنية من توافر هذا الشرط.
و هذا معناه أن المغير لجنسه الذي إكتسب بالجراحة جنسا جديدا عليه أن يتحصل على وثائق للحالة المدنية تثبت إنتمائه إلى الجنس الذي تحول إليه بالجراحة.و بعد ذلك يمكنه أن يقرر الزواج، فهل يحق له ذلك؟

لقد إختلف الفقه و القضاء الفرنسي حول مدى أحقية المغير لجنسه في الزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي أو من الجنس المقابل أو لا يحق له الزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي أو من الجنس المقابل أو لا يحق له الزواج ؟

---

[420] Voir, Jean Hauser, les mariés de l'an 2004, RTD civ.2004, Op.Cit, p.720.
[421] Voir, François chénedé, …la nullité du mariage homosexuel, Op.Cit, Aj Fam 2007, p.227.
Voir, Laurence Attuel-Mendès, Nullité du mariage homosexuel, AJ fam. 2004, Op.Cit, p.407.
[422] Voir, Jean Hauser, les mariés de l'an 2004, RTD civ.2004, Op.Cit, p.720.

ربما كان لموقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بموجب قرار 11 جويلية 2002، صدى على الإتجاه الذي سلكه النظام الفرنسي حول مدى الإعتراف بزواج المغير لجنسه بعدما يتحصل على وثائق تثبت الجنس القانوني الجديد الذي إكتسبه و سنميز بين مرحلتين :

أ- **ما قبل** صدور قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 11 جويلية 2002:

ما يلاحظ خلال هذه الفترة هو تذبذب الآراء و المواقف تجاه زواج المغير لجنسه فمنهم من **إعترض** على حق زواج المغير لجنسه و لو تم تعديل حالته المدنية، مبررا موقفه بأن المغير لجنسه و إن كان فقد بعض خصائص جنسه الأصلي إلا أنه لم يكتسب تلك التي للجنس المقابل.و أن المادة 8 من الإتفاقية الأوربية المتعلقة بإحترام الحياة الخاصة، لا تفرض علينا أن نمنحه جنسا هو في الواقع ليس له، و هذا ما أكدته محكمة النقض في قراراتها الأربع بتاريخ 21 ماي 1990، و أن هذا الحل فتح نقاشا قانونيا، كان لابد من الرجوع فيه إلى الأطباء الذين كانت مهمتهم هو تحسين حالة المغير لجنسه بالعلاج و أن ذلك إن لم يشفيه، على الأقل يخفف من معاناته.[423]

و المؤكد من خلال أيضا التبريرات المتبناة في الغرف مجتمعه لمحكمة النقض 11 ديسمبر 1992، أن الإشارة إلى المظهر الجسدي الذي يقربه إلى إلى الجنس المقابل، أين المحامي العام Jéol، فكر أنها تسمح لنا ألا نستبعد بالدرجة الأولى الزواج الذي سيكون مخالف، و هذا دليل حسب Memeteau.M أن الزواج سيكون مستبعد بالإستحالة لأن الشخص ترك جنسه الأصلي و جعله مجرد مظهر بسيط.
و أن الجنس الشكلي للمعني الذي نجده تغير في الحالة المدنية، فنحن لا نرى كيف يمكن أن يعقد زواج مع شخص سيكون له نفس الجنس، بحجة أن الإشارة في الحالة المدنية لا تتعلق إلا بالجنس الظاهر و بالعكس فإن الجنس البيولوجي سنجده لا يتغير بالرغم من تغيير الجنس في الحالة المدنية، و هذا التغيير لا يجعله يمكن أن يتزوج شخصا من الجنس الآخر.[424]

و منهم من قبل التسليم **بالموافقة** على الزواج من يغير جنسه بعد تعديل حالته المدنية من شخص من الجنس القانوني المقابل، لأن عقود الحالة المدنية تحتوي على جنس محدد و مختلف، أين يجب على الغير الأخذ به. إضافة إلى أن النظام العام ليس مهدد بزواج شخصين لهما مظهرين مختلفين، و لو أن الجنس الكروموزومي هو مطابق[425].

و رغم أن العمليات الجراحية التي يخضع لها المغير لجنسه ستحرمه بصفة نهائية من القدرة على الإنجاب إلا أن ذلك لا يحرمه من حقه في الزواج و تكوين عائلة بسبب عقمه.فعدم القدرة على الإنجاب لا تدخل في معيار الذكورة أو الأنوثة بالنسبة للزواج، مادام أنه يمكن الإستعانة طبيا بوسائل حديثة للإنجاب كالتلقيح الإصطناعي، و قد تبث علميا التوصل إلى قدرة الرجل نفسه على الحمل.فقد نشرت جريدة الخبر الجزائرية صورا مأخوذة من الأسبوعية البريطانية " News off the world " للأمريكي توماس بيتي الرجل الحامل الذي يستعد لوضع مولود في غضون أربعة أسابيع بعدما فشلت زوجته في الإنجاب لإستئصال رحمها نتيجة فقدانها للجنين في الأسابيع الأولى للحمل[426].

---

[423] Voir, Jacques Massip, le transsexualisme ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe et la convention européenne des droit de l'homme n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas le sien, 1er civ, D.1991, p.169.

[424] Voir, Jean Hauser, Faut il priver le transsexuel du droit de se marier, RTD civ.1993, p.325-326.

[425] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.601-602, n° 2001.

[426] كان هذا البريطاني المتحول جنسيا إلى رجل، يصرح أن التعقيم ليس شرطا لتغيير الجنس و لذلك استئصلت الثديين و احتفظت بحقوقي النسائية. جريدة الخبر الجزائرية، صور جديدة للرجل الحامل الذي سيضع مولود الشهر القادم، العدد 175 بتاريخ 16 إلى 22 جوان 2008.

ب- **بعد صدور** قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 11جويلية 2002:

ربما التردد الذي عرفه الفقه و القضاء الفرنسيين تجاه زواج المغير لجنسه بعد تعديل حالته المدنية، كان لابد من حسمه من قبل جهة أعلى و هي القضاء الأوربي.و هذا فعلا ما حدث عندما عرضت قضية Goodwin و I ضد بريطانيا أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، كانت لهذه الأخيرة الفرصة المناسبة لتصدر توصياتها للدول الأعضاء بتاريخ 11 جويلية 2002 التي نصت فيها بصراحة: أنه حان الوقت لهجر المفهوم التقليدي للزواج، و الذي يشترط أن يكون الزوجين من جنس بيولوجي مختلف، و تبنت مفهوم موسع أن المغير لجنسه بعد تغييره لحالته المدنية له الحق في الزواج بشخص من جنسه الأصلي.

و كان ذلك بمثابة **تغير في الإتجاه القضائي** حول مسألة زواج الأشخاص المغيرين لجنسهم منذ 2002، و لا شك أنه منذ هذا الوقت فصاعدا، فإن الحل المتبنى من طرف الفقه الفرنسي هو أنه لا أحد يمكن أن يعيق إنعقاد الزواج بين مغير لجنسه في الحالة المدنية و شخص من جنسه الأصلي[427].

و لعلنا وجدنا حالة تطبيقية لقضية عرضت على القضاء الفرنسي بتاريخ 30 جانفي 2003 تبين لنا أن المغير لجنسه يجب أن يتوافر فيه شرط ضروري، و هو الحصول على تغيير لحالته المدنية، ليتسنى له الزواج مستقبلا وفقا للتغيير الحاصل لجنسه و تتمثل وقائعها في :
أن D.Gilles خضع منذ 1975 لعلاج هرموني أنثوي، تم زرع له رمامة ثدي في 1980 خضع لإستئصال الأجهزة التناسلية، و خلق فرج إصطناعي سنة 1993. و في سنة 2000 فإن المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Evry رخصت له تغيير إسمه، و رفضت طلب تغيير حالته المدنية في حين أنه كان يعيش منذ 5 سنوات مع شخص آخر و كان **يرغب في الزواج معه**.
أمام محكمة إستئناف Paris، بعد تثبتها من أنه متحول هرمونيا و جراحيا بهدف علاجي، نظرا لحالته النفسية و الإجتماعية تبرز تحول في النوع، مرتبط بأعراض مغير لجنسه إبتدائي، و أعلنت بأنه سيصبح مسجل في الحالة المدنية كجنس أنثوي و إسمه صابرينة.[428]
و رغم أن القضية تظهر أنها تتعلق بتغيير بيان الجنس في الحالة المدنية، إلا أن الأمر أنها أيضا تتعلق بشخص مقبل على الزواج من رفيقه، و تغيير حالته المدنية شيء ضروري لقبول زواجه مستقبلا.

و قد تساءل البعض عن مسألة زواج illesG بعد تغييره للحالة أيمكن أن تطرح ؟، و أجاب أنه في قضية الحال هذا التغيير أصلا تم إلتماسه بالأخص من أجل الزواج.و الحال أنه منذ الآن إختلاف الجنس الناتج عن عقود الحالة المدنية المقدم من قبل أزواج المستقبل لا يوجد شيء يعارضه عند إنعقاد الزواج بين صابرينة (المغيرة لجنسها في الحالة المدنية) و رفيقها.[429]

و لاشك أن تغير إتجاه الفقه و القضاء الفرنسي في هذه المرحلة كان تحت تأثير إجتهاد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في 11 جويلية 2002 و الذي أدى به إلى قبول طلبات الزواج للمغير لجنسه بعد تغييره لحالته المدنية.

و قد أكد الفقه الفرنسي أنه إذا تم رفض زواج المغير لجنسه، فإن هذا لا علاقة له بتغيير الجنس و إنما قد يكون لأسباب أخرى (مثل قضية زواجه مع متحول في النوع التي تمت معارضتها من طرف النيابة العامة بموجب قرار في 8 جويلية 2005....)، و إلا إعتبر ذلك سوء تسبيب (mal fondée).[430]

---

[427] Voir, Frédérique Granet, AJ fam.2002, Op.Cit, p.413.
[428] Voir, C.A.Paris 1 er ch, 30.01.2003, n° 2000/07308, Sur lextenso.fr
[429] Voir, F.B, Vers un mariage des transsexuels, AjFam.2003, p.273.
[430] Voir, Philippe Guez, Opposition à mariage entre un transsexuel…, AJ fam. 2005, Op.Cit, p.322.

ثـــــانيـــا : تغير إتجاه النظام الفرنسي بعد صدور قانون 17 ماي 2013.

حينما عرضت قضية Bégles على محكمة النقض الفرنسية، و فصلت فيها بتاريخ 13 مارس 2007 بإعتبار أن الزواج الذي تم بين شخصين ينتميان إلى جنس الذكور و إعتبرته باطل. فقد تساؤل الفقه و رجال القانون هل هذا يعني أن فرنسا تخشى من أن تتم إدانتها من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إذا تم إلتماسها من طرف المترشحين للزواج من نفس الجنس ؟
و كانت الفرصة من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية في 13 مارس 2007، لأن تذكر الأشخاص المثليين، أنه ليس بالطريق القضائي يمكنهم الحصول على الحقوق الجديدة، فعلا القضاة يمكنهم، الأخذ بعين الإعتبار وضعيتهم و يرخص لهم بعض الآمور مثل تفويض السلطة الأبوية....،لكن الإعتراف لهم بزواج الأشخاص من نفس الجنس يتطلب التدخل الحصري للمشرع في هذا المجال[431].

و لكن بعد حوالي 10 سنوات من هذه المطالبة بالتدخل التشريعي في هذا المجال، تتم الإستجابة لها فعلا و يصدر قانون 17 ماي 2013 الذي جاء بالمادة 1 منه ليعدل المادة 143 من القانون المدني الجديد الفرنسي، و يفتح بابا لزواج الأشخاص من نفس الجنس و يحدث تغيرا قانونيا مهما. و لكن نشير أن هذا الموضوع ليس موضوع بحثنا و إنما وجدنا أنفسنا ملزمين أن نتكلم عليه لسبب وجيه، و هو أن المغير لجنسه كان لديه إشكال حاصل له عندما غير جنسه و إكتسب خصائص الجنس الآخر هناك من إعتبر أن تغييره ليس حقيقي مادام لازال يحمل كروموزومات الجنس الأصلي و أن في زواجه قد يصبح في نفس وضعية المتزوجين من نفس الجنس.و أن هذا الأمر هو محظور في القانون الفرنسي.

و من تم فإننا نرى أن صدور هذا القانون 2013 و الذي كان متوقعا في الساحة القانونية لحل الكثير من المشاكل التي كان يعاني منها الأشخاص المثليين و لكن أيضا مشاكل أخرى إعترضت طريق المغير لجنسه، و الذي كان دائما يصطدم بها، خاصة أنه بزواجه قد يتحول إلى زواج من نفس الجنس الذي كان عرضة إما للإبطال الكلي (nullité) أو قد يكون قابلا للإبطال (caducité) لعدم توافر شرط جوهري في الزواج و هو إختلاف الجنس (و هذا قبل 2013) فهل تغيرت هذه المفاهيم في ظل قانون 2013 ؟، كذلك هل يستطيع الآن المغير لجنسه أن يتزوج مع شخص سواء من نفس جنسه الأصلي أو البيولوجي أو مع شخص من نفس جنسه القانوني أو شخص متحول في النوع ؟ هذا ما سنحاول الرد عليه في نقطتين :

1/ حول مدى جواز الإعتماد على جزاء الإبطال بزواج المغير لجنسه :

-بعد صدور قانون 2013 فإن الإشكال الحاصل حول مدى قابلية زواجه السابق للإبطال بعد تغييره للجنس، فإنه لا يجب علينا أن نتمكن من مواصلة دعم الإبطال لأن الحقيقة المسلم بها أن الإختلاف في الجنس لم يعد يعتبر شرطا ضروريا للزواج بعد ترخيص الزواج للأشخاص من نفس الجنس[432].
- فإذا كان الزوج مغير لجنسه و لكنه كتم (dissimulé) ذلك و لم يعلم زوجته عند إقدامه على الزواج بها (لاحقا على تغييره) أو كذب حول حقيقة جنسه عند عقد قرانه.فإن الطلبات التي قدمت سابقا بالإبطال لكنها لم يستجب لها و حكم بالطلاق (7 جوان 2000 قرار Nîmes ، و 28 ماي 2001 Caen).

- إلا أن الفقه الفرنسي حاليا يعتبر أن تأسيس حياة مشتركة بين الزوجين مرتبط مباشرة بجنس كل واحد منهما.و نتيجة لذلك طبيعة جنس الشخص يجب أن تدخل ضمن الخصائص الجوهرية في شخصه (في الزوج و ليس في الزواج) و الخطأ فيها أو الكذب جزاؤه الإبطال.لكن مادام أن الزواج أصبح مرخصا

[431] Voir, François chénedé, …la nullité du mariage homosexuel, Op.Cit, Aj Fam 2007, p.227.
[432] Voir, Jean Hauser, Transsexualisme : où en est-on des conditions du changement de sexe ?, RTD civ. 2014, p.855.

به بين الأشخاص من نفس الجنس أو من جنس مختلف، فإن من المهم أن طبيعة البطلان ستصبح نسبية (nullité relative)[433].

2/ حول مدى حرية المغير لجنسه في الزواج مع أي شخص آخر دون الإهتمام بجنسه ؟

محايدة الجنس أو تعادله في الزواج خلقت مجالا لحرية إضافية في مواجهة الأفراد.و حسب أحد المقررين في مشروع القانون، الجوهر المرجو كان هو إقتراح " إجابة جديدة جمهورية لتوقعات الأزواج من نفس الجنس بإعطائهم حرية إختيار الطبيعة القانونية للعلاقات التي تجمعهم ".
و هذا معناه أن كل شخص أيا كان له حرية في الزواج أو عدم الزواج، كما له أن يختار طبيعة العلاقة القانونية التي تجمعه مع الآخر.[434]
و من تم فإن المدخل للزواج لا يثير مسألة المساواة لكن الحرية.لأن كل الأشخاص سواسية أمام قانون الزواج ماداموا يخضعون لنفس الشروط، إنما بالمقابل التساؤل هو هل كل الأشخاص هم أحرار في الزواج، يعني الرضا الحر بهذا الإتحاد يوم و وقت إنعقاده؟

و من هنا فإن المساواة بين الأشخاص في إبرام الزواج تفرض علينا أن نقوم بمحو (Gommer) الهوية الجنسية و أن نعرف الأشخاص من خلال توجههم الجنسي (Orientation sexuelle)[435].
و كذلك سيتم محو الإختلاف الجنسي بين الزوجين، و ترك المجال لاختيار كل شخص لزوج المستقبل من خلال جنسه.و الأمر الذي كان معروفا قبل صدور قانون 2013، أن الزواج كان محصور بين شخص و آخر من الجنس المقابل له، و لكن الآن له كل الحرية في إختيار الزوج أيا كان جنسه أو نوعه.[436]

و بتطبيق هذه المفاهيم في ظل المتغيرات القانونية، فإنه يمكن القول أن المغير لجنسه أصبح يمكنه الزواج من شخص من نفس جنسه الأصلي أو من نفس جنسه البيولوجي أو من نفس جنسه القانوني (المسجل في الحالة المدنية)، أو من شخص متحول في النوع (على عكس ما كان عليه الأمر في قضية2005 C.A.verseille 08 juin)، مادام أن الإختلاف في الجنس أصبح شرط متلاش، منذ تعديل المادة 143 من القانون المدني.و فتح الباب للزواج للكل أيا كان جنسهم.و كل المشاكل التي أثيرت هنا أصبحت بدون جدوى.

الفـــــرع الثـــالـــث

موقف كل من مصر و الجزائر و الشريعة الإسلامية من الزواج اللاحق للمغير لجنسه

في حقيقة الأمر أننا مهما حاولنا أن نتناول هذا الموضوع من الوجهة القانونية فقط، و ألا نخوض في مسائل هي من إختصاص الطب حول أعراض تغيير الجنس.إلا أننا نتخوف أكثر فأكثر من الآثار القانونية التي تترتب على تغيير جنس الفرد.ربما تناولنا هذا الموضوع في ظل القضاء الأوربي و حتى في الدول المقارنة قد يبدو لنا أمر طبيعيا إلا أننا عندما نقترب إلى الدول العربية فإن طرق بابها لإعطاء رأي من قبلها للآثار التي يمكن أن تترتب عندما يقرر المغير لجنسه أن يتزوج ليس بالأمر الهين و لهذا، فإننا نحاول توخي الحذر مستعملين الشريعة الإسلامية، كذرع واق حتى لا ننجر وراء التيار الذي يسود الدول المقارنة الذي صل بها الأمر إلى حد فتح باب الزواج - المقدس لدينا – لأشخاص شواذ جنسيا في نظر شريعتنا الغراء.و لهذا سنحاول تناول رأي كل من نظام المصري و الجزائري و الشريعة في ذلك.

---

[433] Voir, Thibault Douville, petites affiches, 04 juillet 2013, n°133, Op.Cit, p.22-23.
[434] Voir, Thibault Douville, petites affiches, 04 juillet 2013, n°133, Op.Cit, p.21-22.
[435] Voir, Clolilde Brunetti-Pons, L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite mariage pour tous, Revue Lamy Droit civil 2013, p.03-04, sur lextenso.fr
[436] Voir, Thibault Douville, petites affiches, 04 juillet 2013, n°133, Op.Cit, p.22.

أولا : موقف النظام القانوني المصري

برجوعنا إلى إجراءات إبرام عقد الزواج في دولة مصر العربية تبين لنا أن المشرع قد نظم الحالة المدنية فيها بطريقة محكمة ليمكن المسؤول عن إبرام عقد الزواج، و هو ما يعرف بالمأذون الشرعي، بالتحقق من هوية الأطراف المقدمين على عقد قرانهما.و من أجل ذلك فإنه يطلع على الثبوتية من بطاقة شخصية أو عائلية لكلا طرفي عقد الزواج.و من خلال البيانات المدونة في هذه الوثائق و كذا شهادة الميلاد أو أي وثيقة أخرى ذات أهمية.
و قد نص المشرع المصري في المادة 339 من لائحة المأذونين الصادرة بقرار من وزير العدل في 14 يناير 1955 بقوله : " على المأذون قبل توثيق العقد أن :

1-يتحقق من شخصية الزوجين بالإطلاع على البطاقة الشخصية أو العائلية لكل منهما، فإن لم يكن للزوجة بطاقة، فيجب أن تكون شخصيتها ثابتة بمستند رسمي، أو بموجب شهادة إدارية تحمل **صورتها** و بصمتها أو بشهادة شاهدين لكل منهما بطاقة.و يستند المأذون فيما يتحقق منه على ما تتضمنه البطاقة من بيانات الحالة المدنية.....
و عليه أن يثبت جهة و رقم قيد كل من الزوجين بالسجل المدني.
2-.....
3-يتحقق من خلو الزوجين من جميع الموانع الشرعية و القانونية بعد تبصرتهما بهذه الموانع.
4-يحصل على إقرار الزوجين بخلوهما من الأمراض التي تجيز التفريق بعد تبصرتهما بهذه الأمراض، و خاصة العنة الجنون و الجذام و البرص و الإيدز."[437]
و بهذا توضيح لإجراءات إبرام عقد الزواج سنبين تقدم المغير لجنسه أمام المأذون للزواج في حالتين :

1/ قبل تغيير الحالة المدنية :
و من خلال الإلتزام الذي ألقي على عاتق المأذون عند إبرامه لعقد الزواج، فإنه سيتحقق من هوية كلا من الزوجين، و مدى مطابقة البيانات المدونة فيها للمظهر الخارجي لهما فإذا كان الشخص مغير لجنسه من الناحية التشكلية و المظاهر الخارجية، و أصبح طبيا ينتمي إلى الجنس الآخر دون تعديله لحالته المدنية لأي سبب كان قد منعه من ذلك سواء لرفض طلبه أو لا يرغب في تغيير جنسه....إلخ.فإن المأذون سيلاحظ عدم التطابق بين الوثائق و المظهر الخارجي لأحد الزوجين، فهنا إما أن يتوقف عن إبرام العقد أو يدعوهم لتصحيح هويتهم و جعلها متطابقة وفقا لما يتطلبه القانون.
و لكن إذا تمسك الزوج المغير لجنسه بهذه الوثائق و تبيين من مظهره أنه مغير لجنسه سواء تعلق الأمر بالإزدواج الجنسي النفسي أو العضوي، مادام لم يغير حالته المدنية[438]، فإنه على المأذون التوقف عن إتمام الزواج لإختلال أحد شروط إنعقاد العقد و إلا إعتبر باطلا لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية المصري. بإعتباره زواجا مخالفا للنظام العام لعدم إختلاف جنس الزوجين على اعتبار أن المغير لجنسه لا يكتسب خصائص الجنس المقابل إلا المظهر، مع أنه فقد خصائص جنسه الأصلي فهو مجرد صورة مصطنعة فلا هو برجل و لا بإمرأة بمعنى الكلمة.

2/ بعد تغيير الحالة المدنية :
رغم معارضة للفقه القانوني المصري لطلبات تغيير الجنس النفسي أصلا، و من تم لا يعترف بالآثار المترتبة عليه إلا أن القضاء المصري من خلال الحالة الوحيدة التي عرضت عليه فقد قبل تغيير بيان الجنس و الإسم في الحالة المدنية و أصبح السيد يحمل الإسم سالي و من جنس أنثى بموجب شهادة ميلاد موثقة من الجهات الرسمية تفيد أنها مولودة بتاريخ 17/ 09/ 1962، التي أشارت إلى حالتها المدنية

[437] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.423.
[438] و نحن لا نتماشى مع الدكتور محمد أنس ابراهيم بشار في الصفحة 424، عندما كان بصدد الحديث عن حالة الخنوثة العضوية قبل تعديل الحالة المدنية ومدى جواز زواجه، فصرح أنه لا مانع من ذلك، و إن كان فعلا أن جراحة الخنثى كشفت عن جنسه الصحيح و حددته إلى جنس ثابت و أن هذا يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه من القانونية لم يتم إثبات الجنس المصحح غليه في الحالة المدنية، أي أنه إذا قرر الزواج قبل تصحيح حالته المدنية فإنه لا يمكنه الزواج لا نظرا لتصحيحه لجنسه(و ليس تغيير)، و إنما مادام لم يثبت بعدالحالة الجنسية التي ينتمي إليها بعد التصحيح في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك.الأمر الذي يجعل المأذون لا يقدم على تزويجه حتى يقدم الوثائق المصححة للجنس.

الجديدة دون الإشارة إلى إسمها و جنسها القديمين (وهذا فيه خطورة لتعامل الغير مع مغير لجنسه)، و بعد حصوله على الوثائق الرسمية التي تثبت جنسه القانوني،[439] إستطاع تقديمها لممارسة حقه في الزواج و تكوين أسرة و تزوج العديد من الزيجات زواجا رسميا معلنا، كان أولها سنة 1990 و صدرت له وثيقة زواج رسمية بتاريخ 04 جويلية 1990.[440]

أما فيما يتعلق بالخنثى الذي صحح جنسيا، فإن الدكتور محمد إبراهيم شرقاني يرى: أن من حقه الزواج سواء كان متزوجا من قبل وفق ظاهره الكاذب و إنتهى زواجه بالتصحيح على عكسه، أو لم يكن متزوجا من الأصل.و مادامت جراحته مشروعة قانونا و شرعا فإن من حقه أن يتزوج حسب الحقيقة الجنسية المصحح عليها، حتى و لو كان هناك بعض الحالات يكون فيها تكوينه الكروموزومي متفق مع زوجه كما في حالة الخنثى الحقيقي بإعتباره متنوع الصبغيات (ذكر و أنثى xy+xx) فهو رغم إجراء الجراحة و ترجيح أحد الجنسين يظل يحمل الصبغي المعاكس للجنس المصحح عليه. لكن هذا لا يؤثر على مشروعية جراحته دون حاجة لإثارة مسألة الصبغي.[441]

و نحن **لا نتماشى** مع الدكتور أنس إبراهيم في الصفحة 424 عندما كان بصدد الحديث عن حالة الخنوثة العضوية قبل تعديل الحالة المدنية و مدى جواز زواجه، فصرح أنه لا مانع من ذلك، و إن كان فعلا أن جراحة الخنثى كشفت عن جنسه الصحيح و حددته إلى جنس ثابت.و أن هذا يتماشى و أحكام الشريعة إلا أنه من الناحية القانونية لم يتم إثبات الجنس المصحح عليه في الحالة المدنية أي أنه قرر الزواج قبل تصحيح حالته المدنية.
فإنه لا يمكنه الزواج لا نظرا لتصحيحه لجنسه (و ليس تغيير)، و إنما عدم قبول زواجه مادام لم يثبت الحالة الجنسية التي ينتمي إليها بعد التصحيح في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك.الأمر الذي يجعل المأذون لا يقدم على تزويجه حتى يقدم الوثائق المصححة للجنس.

و من خلال إلقاء نظرة على موقف النظام القانوني المصري نجد أنه و من أول قضية عرضت عليه سلم و إعترف بتغيير الجنس و بحق الزواج للمغير لجنسه، و كان أسرع من القضاء الفرنسي الذي تطور تدريجيا و على مراحل و الأكثر حتى تمت إدانته من طرف المحكمة الأورية سنة 1992.
و لكن مع ذلك قد لاحظنا منذ قضية سالي على حد علمنا لم لم نسمع على قضية أخرى أثارت ضجة قضائية و إعلامية و شعبية –و ربما يكون هذا بجهود بعض رجال القانون المصري الذين لم تصمت أقلامهم و هم يستهجنون هذا النوع من السخط و الشذوذ الجنسي.و أن في ذلك فتح الباب لهؤلاء و تشجيعا للرذيلة و الفساد و الإفساد في الأرض المستوجب للعنة الله و ملائكته و الناس أجمعين.فهناك الكثير من الذين كتبوا في هذا الموضوع و رفضوا التسليم بحق هؤلاء الأشخاص بالزواج لعدم تحقق الهدف من الزواج، لأنهم لم يتمكنوا من الجنس المقابل بالكامل.و قد أكد الدكتور محمد أنس إبراهيم، أن الرجل الشرقي عامة و المسلم خاصة، ينفر من الزواج من صورة شكلية لأنثى كانت رجلا مثله بالأمس، فالعقل السليم، و الطبع النقي يلفظان مثل هذه الزيجة التي يشعر فيها الطرف السوي أنه تزوج بدمية مشوهة، و هيئة أنثوية مصطنعة و سلوك إجتماعي زائف.[442]

أما عن واجب إعلام الزوج الآخر بتغيير الجنس؟

فيرى جانب من الفقه المصري أنه بالنسبة للشخص الذي كان يعاني من إزدواج جنسي عضوي، و تبين جنسه الغالب و المرجح طبيا، فإنه سيصبح شأنه شأن أي مريض لا دخل لإرادته في مرضه و أن الجراحة التي أجريت له كان بغرض تثبيت جنسه لا تخلق غالبا عجزا جنسيا لديه خاصة إذا أجريت له في صغره.و

---

[439] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.696-697.
[440] و قد أشار محمد أنس ابراهيم بشار لخبر من جريدةالجمهورية المصرية في 29 جويلية 2000، ص 18، بعنوان سالي بعد 13 عاما في دنيا الأنوثة !! تزوجت ثلاث رجال، الأول مهندس في الإلكترونيات لمدة 4 سنوات، و الثاني ملياردير لمدة 6 سنوات، و الثالث مدرس لمدة عام.
أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.428 هامش 2.
[441] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.459.
[442] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.429.

أنه حتى و لو تخلف لديه عجز فسيكون مثله مثل أي شخص يعاني من عجز أو ضعف جنسي دون أن يحول ذلك بينه و بين تحقيق رغبته في الزواج.فمن حقه أن يعيش و يحيا بصفة طبيعية دون متاعب مادام قادرا على ممارسة طبيعية لحياته.فإنه يرى أنه لا يلتزم بإعلام زوج المستقبل بأمر الجراحة التي أجراها.

و يبرر في ذلك بالقول و إن تخلف عن الجراحة عجز جنسي لدى الخنثى فسيكون حينئذ شأنه شأن العنين أو الخصي أو المجبوب أو المرأة الرتقاء أو القرناء، حين يقدم هؤلاء على الزواج رغم علتهم مع أنها قد تعد عيبا يمنح الزوج الآخر الحق في طلب فسخ الزواج.[443]

ثـــــانيـــا : موقف النظام القانوني الجزائري من الزواج اللاحق لمن غير جنسه.

أو كل المشرع الجزائري مهمة إبرام عقد الزواج إلى كلا من ضابط الحالة المدنية أو الموثق المتواجد على مستوى مكان إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما بإستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج و هذا بموجب المادة 71 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية في الجزائر.
و مهمة كل من ضابط الحالة المدنية أو الموثق تنحصر في تحرير عقد الزواج وفقا للمعلومات التي يقدمها الزوجان عن هوية كل واحد منهما و هوية والدي كل منهما، و البيانات المتعلقة بالشاهدين و ولي الزوجة، و يراعى في ذلك الأشكال و القواعد و الشروط التي حددها كلا من قانون الحالة المدنية و قانون الأسرة لإنعقاد الزواج و صحته.و في نفس الوقت فإنه من حق الزوجة أن تعلم بالحقيقة الجنسية لزوج المستقبل أو العكس إذا كانت الزوجة هي المغير لجنسها، لكن كيف يحل الإشكال في حالة جهل أحد الزوجين بتغيير جنس الزوج الآخر ؟

و قد ألزم المشرع على كل من الموثق و ضابط الحالة المدنية لتحرير وثيقة عقد الزواج حتى تكون رسمية و صحيحة أن تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الحالة المدنية و هي:

-الإشارة صراحة إلى أن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.
-إسم و لقب و تاريخ و مكان ولادة كل واحد من الزوجين.
-إسم و لقب كل واحد من أب و أم الزوجين.
-إسم و لقب و عمر كل واحد من الشهود الحاضرين.
-الإذن بالزواج لمن يشترط القانون فيهما ذلك.
-الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.
-إثبات موافقة الأولياء بالنسبة للقاصر و المحجور عليه (في المادة 76 قانون الحالة المدنية).
و من أجل ذلك فلا بد أن تقدم له مستندات لإثبات و التثبت من هذه البيانات في كلا من الزوجين و هي :
-ملخص وثيقة ميلاد كلا من الخطيبين، محررا بتاريخ أقل من 3 أشهر.
-الدفتر العائلي إذا تعلق الأمر بشخص سبق له الزواج.
إذا تعذر على أحد الزوجين تقديم وثيقة الميلاد أو الدفتر العائلي فإنه يمكنه بدلا منها أن يقدم :-وثيقة إشهاد محررة من قبل رئيس المحكمة سواء إستنادا إلى تصريح مدعم بيمين الطالب و شهادة ثلاثة شهود أو إستنادا إلى تصريح الطالب و شهادة ثلاثة شهود أو إستنادا إلى تصريح الطالب مدعم بالوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدفتر العائلي للأبوين و بطاقة التعريف الوطنية و بطاقة التعريف العسكرية و غيرها.....المادة 74 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية.
1/ <u>بالنسبة لضابط الحالة المدنية أو الموثق.</u>
المهمة الرئيسية لضابط الحالة المدنية المتواجد على مستوى البلدية أو الموثق، حسب إختصاصه الإقليمي هي سلطة مراقبة صحة أو عدم صحة شروط إبرام عقد الزواج.و هذا ما يجعل إقدام المغير لجنسه إما لدواع عضوية أو نفسية لإبرام عقد زواجه يتطلب هنا أن نفرق بين حالتين :

[443] الشهابي ابرهيم الشرقاوي، المرجع السابق، 459-460.

أ/ **قبل تغيير الشخص لحالته المدنية** :

إذا تقدم رجل و إمرأة إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية رفقة شاهدين و ولي، فإنه من حق هذا الموظف و واجبه أيضا قبل أن يحرر عقد الزواج و يسجله أن يتحقق من كون كل واحد منهما قد بلغ السن القانونية اللازمة لأهلية الزواج و أن المرأة مطلقة أو متوفى عنها أو بكر أو لم تتزوج و غير ذلك من التحقيقات لضمان صحة تحرير عقد الزواج.[444]

فمهمة التحقيق الموكلة لكل من ضابط الحالة المدنية و الموثق بالإطلاع على المعلومات المقدمة له من خلال الوثائق الثبوتية و مطابقتها للأشخاص المقدمين على الزواج، و يتحقق بشأن صحتها قبل تدوينها.و إلا فإنه يسأل جزائيا عن كل تحريف أو تزوير أو الإدلاء بمعلومات كاذبة،[445] فالأمر يتطلب التأكد من مدى مطابقة المظهر الخارجي للمغير لجنسه الرجل أو المرأة مع الوثائق المتثبتة للهوية، فإنه و بكل سهولة سيتأكد أن هناك تناقض صارخ.إذ المغير لجنسه قبل تعديله حالته المدنية (بغض النظر هنا عن مشروعية أو عدم مشروعية الجراحة، لأننا سبق و أن أكدنا أن تغيير الجنس لأسباب نفسية و إن لم يوجد أي نص أو إجتهاد فالجراحة شرعا غير جائزة و لكننا نتكلم عن مجرد إحتمال وقوع مثل هذه الحالة) فإنه جنسه القانوني هو المدون في شهادة ميلاده إذا سيتبين لضابط الحالة المدنية أو الموثق بكل بساطة عدم تطابق الوثائق المقدمة من طرف لإثبات هويته و الشخص الماثل أمامه من حيث الشكل الخارجي لمظهره، فإنه في هذه الحالة سيتوقف عن إبرام عقد الزواج و يستفسر عن سبب هذا التناقض بين الوثائق و صورته الجسدية و سيتبين له أنه أمام مغير لجنسه فيرفض إبرام أي عقد إلى أن تقدم له وثائق تتطابق مع المظهر الخارجي للزوجين المقبلين على الزواج.

فمن الصعب على المغير لجنسه لدواع عضوية أو نفسية أن يحقق غرضه المنشوذ و هو الزواج لعدم قدرته على تعديله حالته المدنية التي تعتبر أن شرطا من شروط العقد غير متوافرة.

و إذا أراد الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يبرم هذا الزواج رغم المخالفة الصارخة لأحكام الشريعة والقانون فإنه لاشك سيترتب على ذلك مسؤوليتهما، و يتطلب إحالة الأمر للقضاء بناء على إلتماس من النيابة العامة ممثلة الحق العام للفصل مدى صحة أو عدم صحة مثل هذا الزواج المخالف للنظام العام لعدم إختلاف الزوجين في جنسهما القانوني.

ب/ **بعد تعديل الشخص لحالته المدنية**

رغم أننا ناقشنا أنه وفقا لأحكام شريعتنا فإن تغيير الجنس لأسباب نفسية غير جائز شرعا و قانونا، أما حالة التغيير لأسباب عضوية فهي مشروعة و لا خلاف فيها. مع ذلك سنناقش الأمرين معا مع مجرد إفتراض أن مغير لجنسه لأسباب نفسية إستطاع فرضا، الحصول على تغيير للحالة المدنية بأي طريق كان ربما أنه تحايل على القانون و **زعم** أنه غير جنسه لدواع عضوية، و حصل على شهادة مجاملة طبية.لأننا سبق و عقبنا أن إجراءات تصحيح الأخطاء الواردة في الحالة المدنية بالجزائر فيها ثغرات يحتمل أن يستعملها الشواذ بطريقة إحتيالية تحت ستار الخنوثة العضوية و يتمكنوا من تغيير حالتهم المدنية بخفاء و تستر يصعب كشفه، لأن الإحتمالات موجودة و الأمر سيجعلنا أمام أمر واقع، و يقدر أن يغير الشخص بيان جنسه بالحالة المدنية و يتقدم لإبرام عقد زواج مع شخص من الجنس الآخر فما هو الحل المتوقع ؟

بالنسبة للخنوثة العضوية، فالأمر هو جد بسيط سيقدم شهادة ميلاد فيها بيان جنسه الصحيح الذي آل إليه بعد تصحيح الخطأ الوارد في شهادة ميلاد، و من تم فلا إشكال سيتم التحقق من هويته و تطابقها مع المظهر الخارجي للخنثى المصحح جنسيا و يتم الموافقة على تحرير عقد زواجه بدون إشكال.

المشكل يطرح بالنسبة للشواذ جنسيا لوتسربوا إلينا بطرق إحتيالية و إستطاعوا أن يثبتوا الهوية الجديدة التي تحمل بيان الجنس الجديد الذي أصبح عليه المغير لجنسه فنكون أمام حالة حرجة، هل سيمتنع ضابط الحالة المدنية أوالموثق عن إبرام هذا الزواج.

هنا نكون أمام أمرين:

---

[444] أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، سنة 1989، ص.177.

[445] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.175.

1-إذا كان ضابط الحالة المدنية أو الموثق، لهم خبرة و معروفين بفطنتهم، فإنه بمجرد إطلاعهم على الوثائق الثبوتية للهوية و ملاحظة المظهر الجسدي الخارجي للمغير لجنسه النفسي سيشك أن الأمر غير طبيعي و أنه أمام حالة مشبوهة.و هنا ليس من صلاحياته الرفض بدون مبرر مادام الوثائق صحيحة و المغير لجنسه من الجنس الآخر، لكن يمكنه إخطار النيابة العامة، لإخطار القضاء بإعتبار أن سلطة المراقبة بشأن المشروعية هي من صلاحيات القضاة الذين لهم إمكانية التقدير أكثر من غيرهم في هذا المجال، و هو الأجدر لحل الإشكال الحاصل.[446]
2-أن الموثق و ضابط الحالة المدنية، لا يجتهدان و يكتفيان بالوثائق الثبوتية للتحقق من شخصية الزوجين و التي تؤكد إنتماء الزوجين إلى جنسين مختلفين قانونا، و يخطئون بإبرام زواج منبوذ شرعا ويرخصون بزواج الشواذ جنسيا بإستهتارهم و الإستخفاف بالآثار المدمرة التي ستتبع هذا الفساد.و مع أن الأمر مجرد إفتراض لكون أنه لم يسبق و أن سمعنا بحدوث مثل هذا الزواج.إلا أننا نناشد كل من له يد في إمكانية منع تسرب هذه الفئة الشاذة ألا يتهاون أمام أي شيء غير طبيعي يصادفه.و يحاول أن يستعمل ما لديه من سلطة تحقيق منحه إياه المشرع لسد الذريعة أمام هذه الفئة الفاسدة، لأن فيها خراب للبيوت و تدمير للمجتمع و تشجيع للشذوذ المنبوذ.

و لهذا فإننا نناشد المشرع إلى أخذ جميع الإحتياطات اللازمة لسد الباب أمام تسرب هذه الظاهرة التي غزت الدول الغربية، و أدت إلى حد إعترافهم بزواج الأشخاص من نفس الجنس و هو الزواج المحرم عندنا شرعا.

3/ بالنسبة لعدم إعلام الزوج المغير لجنسه بحالته الجنسية لزوج المستقبل

إذا فرضنا أن شخصا أغرب غير جنسه من ذكر إلى أنثى، فهل من الطبيعي و المعقول في مجتمعنا الجزائري بتقاليده و عاداته أن يتقدم شخص للزواج بهذه الفتاة حسب مظهرها الخارجي في حين أنها من أصل ذكوري ؟ أو العكس.
و قد أجابنا الدكتور تشوار جيلالي على هذه الإشكالية على فرض وقوعها أن الأمر يتعلق بغلط في الحالة الجنسية الأصلية للزوج، و لابد أن يكون الغلط في الصفة نتيجة غش.و الغش هنا هو مجرد عدم إفصاح الزوج عن حقيقيه الجنسية للزوج الآخر.
فإذا تبين أن الزوج لم يكن على جنسه الطبيعي، و لم يكن الزوج الآخر يعلم ذلك من قبل كان لهذا الأخير الحق في طلب إبطال الزواج شريطة أن يثبت أنه كان يمتنع عن إبرام عقد الزواج لو لم يقع في هذا الغلط، بمعنى أن الغلط كان بالنسبة إليه جوهريا لأنه لو كان عارفا بحالته الجنسية الفعلية لا متنع عن إبرام الزواج. و من حقه أن يقاضي الزوج الآخر على أساس أنه لم يكن يرضى بالزواج مع شخص غير جنسه.إذا أن مثل هذا الزواج المبني على الخطأ أو الأقوال الكاذبة أو الكتمان لبعض الحقائق لا يمكن التسليم بصحته.و يجب أن يتقرر إبطاله بطلب من الزوج الذي لمصلحته البطلان.و هذا حفاظا على المصالح الأفراد و المجتمع في آن واحد.[447]

و **نرى** أيضا أن الزواج يقع باطلا حتى لو علمت الزوجة بحقيقته الجنسية و رضيت بذلك، لأن شرط اختلاف جنس طرفي عقد الزواج من الناحية البيولوجية و الوراثية، غير متوفر في شروط العقد الصحيح و يترتب على تخلفه منع النكاح دفعا للحرمة، و لمخالفته النظام العام و الآداب العامة.

---

[446] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.180.
[447] أنظر، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، عدد خاص بالملتقى الوطني المتعلق بالحقوق الشخصية يومي 13 و 14 ديسمبر 2008، رقم 06-2008، جامعة تلمسان، سنة 2008، ص.72-73 هامش39.

ثـــالثـا : موقف الفقه الإسلامي من تأثير تغيير الجنس على الزواج اللاحق للمغير لجنسه

الأمر الذي ثبت من خلال موقف الفقه الإسلامي أنه يرفض إجراء العمليات الجراحية لتغيير جنس الشخص لأسباب نفسية لأن في ذلك تغيير لخلق الله تعالى. و من تم فإنه لا يعترف بأي أثر مترتب عليها.

1/ فبالنسبة للمصحح لجنسه لدواع عضوية : هل يصح زواجه ؟

المتفق عليها فقها أن الشرع يتطلب أن يكون طرفي العقد أحدهما ذكر و الأخرى أنثى محققة الأنوثة، فإن كانت خنثى مشكل لا ينعقد زواجها.[448]بطبيعة الحال لأن الخنثى مادامت لم تصحح جنسها بالجراحة فتبقى غير معروف جنسها المرجح و تعتبر تحمل صبغيات الذكر و الأنثى، فلابد أن يحدد جنسها الراجح لكي تتمكن من الزواج بشخص من الجنس الآخر الذي رجحت عليه، فإذا كان الجنس الراجح أنثى فإنها طبعا تتزوج برجل و العكس صحيح. فمادمنا إعترفنا بمشروعية جراحة الخنثى العضوي، فإن من حقه الزواج بإعتبار حقيقته المصحح عليها دون حاجة لإثارة مسألة تكوينه الصبغي بعد التصحيح إذا كان متفق مع زوجه أو مختلف.[449]

2/ أما بالنسبة للمغير لجنسه لدواع نفسية : هل يسمح له بالزواج وفقا للجنس الجديد الذي إكتسبه ؟
في حالة أن الشخص غير جنسه لأسباب نفسية و تمكن من الحصول على تغيير لحالته المدنية، فنحن أمام أمر واقع، و مع ذلك فإن الشريعة الإسلامية لا تعترف لا بهذا التغيير و لا بالحق في الزواج.لأن الشريعة مبنية على مصالح يضعها الشارع، و مقصود الشرع من الخلق يتمثل في خمسة أمور، أن يحفظ دينهم و نفسهم، و نسلهم و مالهم.و كل ما يفوت هذه الأصول يعد مفسدة و دفعها مصلحة و مما سبق فإن حفظ النسل والدين من أهم الأصول الضروريات في باب النكاح.
و قد شرع الزواج و كان حق الإستمتاع من الحقوق المشتركة لكلا من الزوجين، فيحل لكل واحد الإستمتاع بالآخر، و عدم الإمتناع من ذلك إلا لعذر شرعي كالحيض أو النفاس أو المرض.[450]

و من تم فإن الزوجين لابد أن تكون لديهما القدرة على الجماع من أجل الإنجاب و التناسل، فإذا أحدهما غير جنسه فإنه لا يتحقق الهدف المقصود لثبوت أن الجراحة تجعلهم غير قادرين على الإنجاب لعدم القدرة على إكسابهم كل خصائص الجنس الآخر.بالرغم من تقدم الطب إلا أن المظاهر التناسلية الخارجية زائفة و مصطنعة و لا تؤدي الدور المنوط بها، فلا الأنثى تكون حقيقة و لا الذكر برجل حقيقي، و إنما مجرد مظاهر خارجية التي تفتقد لدورها الوظيفي و عديمة النفع مما يحول دون تحقيق المصلحة المقصودة من النكاح.فإنه بالرغم من تغيير الجنس النفسي و الإعتراف بحالته المدنية الجديدة، إلا أن الشريعة تأبى الإعتراف للمغير لجنسه النفسي الذي عدل حالته المدنية بحقه في الزواج، لما فيه من حرمة و ضرر و عدم تحقق مقصود النكاح شرعا.
و ربما نفكر بإجتهاد منا قياس المغير لجنسه بالجراحة لأسباب نفسية على زواج الخنثى المشكل مع إختلاف أن هذا الأخير له آلتان للذكر و الأنثى تؤديان الوظيفة، في حين أن المغير لجنسه له أعضاء تناسلية أصلية تم إستئصالها و إكتسب أعضاء تناسلية للجنس الآخر لكن كلاهما (الأعضاء السابقة و الحالية) لا تؤديان الوظيفة و إنما مجرد مظهر مصطنع فهنا إشكال الحاصل أنه لم يمكن لا أن يكون ذكرا بمعنى الكلمة و لا أنثى بمعنى الكلمة، فنلاحظ أن في الشريعة الإسلامية جمهور الفقهاء قالوا بعدم جواز زواج الخنثى المشكل حتى زوال إشكاله أي حتى يتضح الجنس الراجح لديه.

---

[448] أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة، ص.48.
[449] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.458-459.
[450] أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون،المرجع السابق، ص.284.

فيمكن قياس ذلك على المغير لجنسه.و لا نجيز زواجه لأنه لا ينتمي لا لجنس الذكور و لا لجنس الإناث و يستحيل عليه تحقيق الهدف من الزواج و لا الإستمتاع، و يعتبر عقيما مما يجعله لا تتوافر فيه شروط المتعاقدين و هي الخلو من العيوب، فهو كله عيوب مختلقة تسبب فيها عمدا بالجراحة و شوه أعضاءه التناسلية و أصبح غير قادر على الزواج فلا يصح نكاحه لأن فيه مفسدة.و السماح بزواج أشخاص هم من نفس الجنس و هو أمر محرم قطعا. و الله أعلم.

المطـلـــــــب الثـــــالـث

أثـــر تغييـــــر الجنـس على قواعـد النســب

إن الأولاد في هذه الحالة هم رجال المستقبل، و يعتمد عليهم الوجود، و خصتهم الشريعة الإسلامية بالكثير من الإهتمام ، فوفرت حماية للطفل و هو في بطن أمه إلى يولد فحافظت عليه من الذل و حصنته من الضياع و أبعدته عن العار، و أثبتت له النسب من والديه بالزواج الصحيح، فكان ذلك أول حق يثبت له بعد إنفصاله عن أمه.و أوجبت بعدها للطفل حقه في الرضاع للمحافظة عليه من الهلاك بسبب الجوع. و قضت على التبني الذي كان شائعا بين العرب في الجاهلية لقوله تعالى:« ....و ما جعل أدعياءكم أبناكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل ».[451]

و لهذا أمر الله أن ينسب هؤلاء الأولاد إلى أبائهم إن عرفوا، فإن لم يعرفوا، فإنه يدعى أخا في الدين لقوله تعالى : «أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لن تعلمو آبائهم فإخوانكم في الدين و موليكم».[452]

و قد وضع الشارع لثبوت النسب سببا واضحا هو الإتصال بالمرأة و مخالطة رجل لها بطريق من طرق الحل، كالزواج أو ملك اليمين، فإذا تحقق ذلك الحل أو شبهته، و وجدت تلك المخالطة بين الزوج و زوجته كان الرجل أبا للولد الناتج من ثمرة هذه المخالطة.و بذلك يكون الفراش قائما لقوله عليه السلام " الولد للفراش و للعاهر الحجر ".[453]

كل هذه الحقائق الشرعية تصطدم بمشكلة قانونية مصدرها مصير أبناء المتحول جنسيا المتزوج و الذي لديه أبناء ثم يقرر تغيير جنسه، إلى من ينتسبوا، بعد أن غير أحد الزوجين جنسه و صار هو و زوجه الآخر من جنس واحد على الأقل من حيث المظهر ؟

و صعوبة حل هذه المشكلة تمكن في أن تغيير الجنس لأحد الوالدين، لا يقتصر تأثيره على شخص من غير جنسه فقط، بل يتعداه إلى أبنائه الذين سيضارون من هذا التغيير بالأخص فيما يتعلق بإثبات نسبهم، و بالميراث أو النفقة أو في حالة لصالح الأبناء.... إلخ. فهل يتأثر نسبهم بتغييرجنس هذا الوالد(ة) ؟ و ما هي الصلة الشرعية التي ستصبح تحكم العلاقة بين الوالد(ة) المغير(ة) لجنسه ؟ و هل ستغير هذه الصفة؟

و نظر لصعوبة إعطاء رأي شرعي لهذه الإشكالية التي أصبحت أمرا واقعا، فإن الكثير من التشريعات المقارنة تطلبت أن يكون طالب تغيير جنسه أعزب مثل : السويد.

المشكلة قد تطرح حتى في ظل النظم التي لم تعترف بعد بحق الشخص في تغيير جنسه لأسباب نفسية (مثل الجزائر هناك صمت حيال موضوع تغيير الجنس)، لاشك أن هؤلاء الأطفال الذين ولدوا ثمرة زواج أحد أطرافه أو كليهما مغيرين لجنسهما، سيتعرضون حتما للضياع عندما يتعلق الأمر بإثبات نسبهم فهل يمكن قبوله لأب أصبح أنثى كان بالأمس أبا لهم ؟

---

[451] أنظر، سورة الأحزاب، الآية 04.

[452] أنظر، سورة الأحزاب، الآية 05.

[453] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون،المرجع السابق، ص.486.

و كما قال Philippe Reigné أن القضاء رفض الربط بين النوع و الجنس خشية اللجوء إلى الإعتراف غدا أنه بإمكان الطفل أن يولد من أمهتان و من أبوان بناءا على البيانات المسجلة في عقد ميلاد الأبوين، و أن الحديث عن النسب المزدوج المماثل يجب أن يحله قانون النسب.[454]
فهل من حق الولاد الإحتفاظ بإسم والدهم قبل التغيير أم لا ؟ و في حالة إنفصال والديهم هل من حق المغير لجنسه أن يمارس حقه في زيارة أبنائه أم أنه سيصبح يشكل خطرا عليهم ؟
و بهذا كان من الضروري الوقوف على موقف كلا من النظامين القانوني الأوربي و الفرنسي (الفرع الأول) تجاه هذه التساؤلات و التطورات القضائية الحاصلة حول هذه المشاكل القانونية ثم لموقف النظام القانوني المصري و في الجزائر (الفرع الثاني) حول تأثير تغيير الجنس عل قواعد النسب للآبناء و ما يتعلق بها من مشاكل لنختمها بموقف الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

الفـــــــــرع الأول

موقف النظام القانوني الأوربي و الفرنسي من تأثير تغيير جنس أحد الزوجين على النسب

قد توصلنا أن المغير لجنسه المتزوج سابقا على التغيير، فإن زواجه سينتهي إما بالبطلان النسبي أو بالطلاق لإنقطاع الحياة المشتركة أو بالطلاق بظلم من الزوج المغير لجنسه أو بالطلاق بالتراضي بين الزوجين. و كل هذه الحالات لا تكون بأثر رجعي و إنما تسري آثارها نحو المستقبل التي من خلالها سيتم تقرير كافة الآثار المترتبة على شرعية العلاقة الزوجية و شرعية نسب الأبناء و تقرير حقوقهم و واجباتهم. و بذلك يظل الزوج الذي تحول إلى إمرأة بالنسبة لأبنائه أبا لهم أو العكس بالنسبة للزوجة. و بهذا يمكن إنقاذ مصير الأبناء دون سلبيات.
و قد كان للقضاء الأوربي رأي حول حق المغير لجنسه في أن يكون أبا لطفل رفيقته و كذلك تقييد حق الزيارة لأب مغير لجنسه من خلال القضايا التي طرحت عليه في هذا الصدد:

أولا : موقف القضاء الأوربي من تأثير تغيير الجنس على قواعد النسب.

في أغلب الحالات التي تثار فيها مشاكل قانونية بين المغيرين لجنسهم و قضاء دولتهم يقررون اللجوء إلى جهة عالمية لتكون ملاذهم الأخير للحصول على حقوقهم التي يشعرون أنها مهضومة. و بشأن تأثير زواج المغير لجنسه على قواعد النسب في حالة وجود أحد طرفي العلاقة الشرعية أو غير الشرعية هو مغير لجنسه من ذكر إلى أنثى أو من أنثى إلى ذكر و العلاقة التي تربطه بالأبناء سواء الذين من صلبه أو من تلقيح إصطناعي بمني الغير، فهل يحق للمغير لجنسه أن يطالب بحق في الإعتراف بأبوته أو بحقه في زيارة أبنائه ؟؟؟؟ هذه هي أشهر القضيتين التي سنتناولها تبعا لمعرفة الإجابة :

1/ **القضية الأولى** : حول مدى حق المغير لجنسه من أنثى إلى ذكر في الإعتراف بأبوته من طفل ولد من خليلته عن طريق التلقيح الإصطناعي بمني الغير (IAD) ؟

تعود هذه القضية إلى أن X هو مغير لجنسه من أنثى إلى ذكر لكنه (أنثى في الحالة المدنية) عاش منذ سنة 1979 في علاقة حرة مع إمرأة Y. هذه الأخيرة أنجبت عن طريق التلقيح الإصطناعي بمني الغير طبقا للقانون بعد حصولها على رخصة بذلك. فطلب المغير لجنسه أن يتم تسجيله في عقود الحالة المدنية كأب للطفل Z.
فأجابه وزير الصحة أن أمين المحافظة لعقود الحالة المدنية قدر أن الشخص فقط الذي يكون جنس بيولوجي ذكوري الذي يمكن أن يسجل كأب.

[454] Voir, Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence, la semaine juridique, 25 avril 2011, n° 17, p.802.

المحكمة الأوربية التي عرضت عليها هذه القضية ضد بريطانيا و فصلت فيها بتاريخ 22 أفريل 1997 التي خلصت إلى غياب أي إنتهاك للمادة 8 من الإتفاقية. المتعلقة بالحق في حياة عائلية و فيما يتعلق بعدم الإعتراف بدور الأب لمغير لجنسه. و توصلت إلى النتائج التالية :

-المحكمة الأوربية تؤكد إجتهادها (أن تضمن حماية للعلاقات العائلية) مادام أنه بعد تثبتها أنه بين المغير لجنسه و طفل خليلته يوجد علاقة عائلية، يجب عليها مراقبة إذا كان المنع من تسجيله كوالد للطفل هو مساس بحق إحترام الحياة الخاصة و العائلية.و الحال أن القضية تقدم مرة أخرى خصوصية في المجال الذي يكون فيه الطفل ولد من تلقيح إصطناعي بنطفة الغير المجهول (IAD)، الذي يستبعد أي علاقة دم مع الذي يتمنى أن يكون أبا.مع ذلك السؤال الأساسي هو هل يرخص لتلقيح إصطناعي في مثل هذه الظروف ؟

فالمحكمة الأوربية بقيت صامتة.و بتطبيق نظرية الإلتزامات الإيجابية المحكمة فحصت إذا كان تتوازن عادل قد أعد من طرف الدولة البريطانية بين المصالح المتنافسة؛ تلك التي للمجتمع بأكمله، و تلك التي للمغير لجنسه و تلك التي للطفل[455]. أي للفرد و المجتمع بأكمله مرتبين في المكانة الأولى مصلحة الطفل : فإذا كانت المحكمة الأوربية تحتفظ بحق مراقبة هذا التوازن العادل، تقدر أنه لا يعود لها لتفرض وجهة نظر وحيدة و أن المادة 8 من الإتفاقية « لا يمكن أن تمر لتفرض أن الدولة المدعى عليها (بريطانيا) هي في إلتزام بالإعتراف الرسمي كأب لطفل شخص ليس هو الأب البيولوجي »[456].

-العلاقة التي بين المغير لجنسه من إمرأة - لرجل مع خليلته، و ولدها تظهر أنها منشأة لحياة عائلية، في حين أن حل المحكمة الأوربية هو جوهري و أدلتها مختصرة، تتمثل في غياب العلاقة البيولوجية بين العارضين، و من جهة أخرى اللجنة دفعت أنه لا يوجد **أي رابطة دم** بين المغير لجنسه و الطفل المولود بالتلقيح الإصطناعي من نطفة الغير.فالحلين هما في نفس الإتجاه مادامت ترتكز على مظاهر هذه العلاقات.

و بهذا فإنه يظهر من الصعب حسب وجهة نظر القاضي "De Meyer"، أن يكون قابل للإدراك أنه لإحداث نتائج قانونية من وضعية لا تدخل القانون مستعملين في ذلك الوسائل القانونية من أجل الوصول لها.لأنه في هذه الحالة لا يوجد إلا مظهر للعلاقات العائلية.و غياب الإعتراف القانوني لتغيير الجنس يعارض في إنشاء حياة عائلية (لأن بريطانيا لا تسجل التغييرات في بيانات الحالة المدنية)، و لذلك القضاة الأوربيين يعطون مكانة أكبر لتصرف العارضين لإكتشاف الحياة العائلية و يرون أنه من الصعب الفصل تحت زاوية الحياة العائلية إنما ستحلل العلاقة بالنظر للحياة الخاصة[457].

و عليه فإن رفض المحكمة الأوربية الإعتراف بأبوة المغير لجنسه، هو مؤسس بدقة حول مصلحة الطفل و عدم تأكيد التشريعات حول هذه النقطة. و أن مثل هذا الشرط و هو مصلحة الطفل الذي طرح سيكون من الممكن جدا، خارج حتى عن النقاش حول طبيعة العقم، بأن نثبت ببساطة أنه في الوضعية الحالية - ما فعلته المحكمة الأوربية - هو تربية طفل في رفيقين (couple) يعتبر أنه يطرح العديد من المشاكل لنتمكن من إقرار حق في المدخل (accés'l) و في النسب.[458]

455 Voir, Sylvain Grataloup, Un transsexuel peut-il mener une vie familiale et se voir accorder des droits parentaux sur un enfant conçu par IAD ?, Recueil Dalloz.1997, p.583.

456 Voir, Natalie Fricero, le droit de la vie familiale peut être revendiqué une famille composée d'un transsexuel de la femme avec qu'il vit et de l'enfant né grâce à une insémination artificielle avec donneur, mais l'enregistrement sur les actes de l'état civil de la paternité du transsexuel ne découle pas de l'article 8 de la convention de droit de l'homme,Dalloz.1997, p.362.

457 Sylvain Grataloup, Recueil Dalloz.1997, Op.Cit, p.583.

458 Voir, Jean Hauser, La vie familiale du transsexuel : le temps des distinctions RTD civ. 1998, p.92 .

و قد رفضت المحكمة الأوربية إعطاء رأيها في هذا المجال و تركت المجال الواسع لتقدير دولة بريطانيا وفقا لظروفها لتبدي حذرها في إصلاحاتها للقانون[459].
-فيما يتعلق المصالح المتنافسة للطفل و المغير لجنسه، المحكمة قدرت حجم السلبيات التي يسببها رفض الإعتراف القانوني للمغير لجنسه كأب للطفل.لا تراه من وجهة نظر الميراث، المغير لجنسه يمكن له أن يوصي بأموال للطفل، و لكن اللجنة تعتبر أن الطفل لا يستطيع أن يرث منه.و أن المغير لجنسه لا يظهر في عقد ميلاد الطفل، و لكن ذلك ليس مزعج للمحكمة بإعتبار أن عقود الميلاد لا يتم إستعمالهم بكثرة في الإدارات البريطانية.

و مع ذلك فإن المحكمة الأوربية ترى أن عدم الإعتراف بأبوة المغير لجنسه **لا يشكل** عائقا ليواصل تصرفه كأب للطفل في أعين الغير، الأكثر من ذلك يمكن له أن يتحصل على أمر **بالحضانة** (Ordonnance de garde) مقترن للطفل الذي يعطيه آليا السلطة الأبوية و أن يعطيه لقبه. المحكمة إعتبرت إذا أن الأدلة غير كافية لإدخال الإعتراف القانوني بدور الأب.[460]

و بهذا تكون المحكمة الأوربية قد وضعت مصلحة الطفل في المكانة الأولى لترابط الأسرة، و اعتبار من أن القانون البريطاني لا يعترف بالإعتراف بالأبوة أي بعلاقة النسب بين المغير لجنسه (من غير جنسه دون تغييره في الحالة المدنية) و الطفل الذي تنجبه خليلته بطريق التلقيح الإصطناعي بمني الغير،[461] و هذا لا يعد مساسا بالحياة العائلية.مع ذلك فإن المحكمة الأوربية قد إعترفت للمغير لجنسه بإمكانية الحصول على أمر بالحضانة يخوله السلطة الأبوية، و يمكنه من إعطاء الطفل لقبه.

2/ **<u>القضية الثانية</u>** : حول مدى وجود تمييز في التقييد من حق الزيارة لأب مغير لجنسه ؟

المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فصلت في قرار صادر بتاريخ 30 نوفمبر 2010 لدعوى رفعت ضد إسبانيا، بغياب أي تمييز عند الإنقاص من زيارات الأب المغير لجنسه.

فإذا المحكمة الأوربية قد قبلت أن تغير الجنس هو فكرة محمية بالمادة 14 من الإتفاقية الذي يحتوي على قائمة غير حصرية من الأسباب التمييزية، تقدر إذا أن تقييد نظام الزيارة ليس هو نتيجة تمييز مبني حول تغيير الجنس للطالب، في نظر المحكمة منطق القرارات القضائية الإسبانية تعطي لتفكير أن من المصلحة العليا للطفل،[462]و ليس تغيير جنس الأب الذي تغلب في قرار تغيير نظام الزيارة الأصلي.

العدالة الإسبانية في الواقع خالية من النقد.أولا، على خلاف قضية Salgueiro ضد البرتغال التي فيها التحول الجنسي للطالب كانت حاسمة في القرار (CEDH 21 Décembre 1999) القضاة الإسبانيين إتخذوا العناية لتأكيد أن سبب تقييد نظام الزيارة لم يكن تغيير الجنس، للأب لكن عدم الإستقرار العاطفي الذي هدد بتعطيل التكامل النفسي و تنمية الطفل. تم من خلال رفض حرمان الأب لممارسة السلطة الأبوية و أي حق للزيارة تقييدي لكن تطوري، القرار يحافظ على المصلحة العليا للطفل مادام أن مثل هذا القرار يتيح لهم فهم و التكيف تدريجيا مع تغيير جنس والده.أيضا أنه من الممكن

---

[459] Vincent Berger, Op.Cit, p.346.
Natalie Fricero, D.1997, Op.Cit, p.362.

[460] Voir, Sylvain Grataloup, Recueil Dalloz.1997, Op.Cit, p.583

[461] و في هذا الصدد قد أشرنا أن جريدة الخبر الجزائرية بتاريخ 22 جوان 2008، نشرت خبر لحالة معاكسة لما عرض على المحكمة الأوربية و هي أن مغير لجنسه كان في الأصل أنثى و تحول إلى ذكر وعاش مع امرأة، و قرر هو كذكر الإنجاب و حمل طفل و أنه بعد الولادة سيكون أب (بالرغم من أن حمله كإملأة لأنه احتفظ بأعضائه التناسلية الأنثوية)، و ليس أما للطفل.و لا ندري ما مصير هذه القصة الغريبة إذا ما عرضت على الساحة القضائية البريطانية، و الحل المتوقع الحكم به في هذه الحالة الغريبة علة مجتمعاتنا العربية.

[462] تعرف المصلحة العليا للطفل بأنها، هي مصلحة الطفل التي يجب أن تغلب على المصالح الأخرى، تلك التي للوالدين و الأصول.
أما المفهوم الموجود في الإتفاقية التي تعطي للمتدخلين في حياة الطفل وسيلة قانونية للمصلحة العليا للطفل هو الأخذ بالإعتبار هذه المصلحة التي تفضل تنمية الطفل و أيضا سعادته.
Voir, Vincent Edel, l'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvel maxime d'interprétation des droits de l'enfant, Revue de la recherche juridique droit prospectif, presse universitaire, 2009, p.587.

دعم أن القضاة جعلوا توازن عادل بين مختلف المصالح الموجودة يبرر غياب لأي إدانة من طرف المحكمة الأوربية[463].

و من تم فإنه لا مانع من إعطاء الأب المغير لجنسه الحق في زيارة أبنائه في إسبانيا، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه إنما مقيد[464].بمواعيد تتماشى و المصلحة العليا للطفل التي تتطلب السماح للأبناء بالتكييف تدريجيا مع تغيير جنس والدهم.

ثـــــانيا : موقف النظام القانوني الفرنسي من تأثير زواج المغير لجنسه على قواعد النسب.

على الرغم من أن زواج الذي تم قبل تغيير أحد الزوجين لجنسه سيكون مصيره الفشل بعد تغيير أحدهما لجنسه، و أن هناك حقيقة لا يمكن تجاهلها و هي أن هناك معاشرة تمت بين الزوجين قبل تغيير أحدهما لجنسه، و أنه كان ثمرة هذه المعاشرة ولادة أبناء من زواج صحيح قانوني.فبعد معرفتنا لمآل هذا الزواج هو الإنحلال إما بالطلاق بالتراضي أو بظلم من المغير لجنسه أو بالإنفصال عن الحياة الشتركة بينهما أو أيا كانت الطريقة التي تختارها كل دولة لوضع حد لهذه الرابطة الزوجية.و لا شك أنه بعد إنفصال الوالدين سيتعرض هؤلاء الأطفال للضياع عندما يثار مشكل هل يثبت نسبهم لهذين الأبوين ؟ و هل يحتفظون بلقب والدهم إذا تغير جنسه ؟ و هل يشار إلى هذا التغيير في شهادات ميلادهم ؟ بإختصار كيف ستكون العلاقة بين من غير جنسه و بين أبنائه ؟ هل له حق زيارتهم و الإعتراف بأبوتهم ؟
الإجابة على هذه التساؤلات ستكون من خلال التعرض لرأي الفقه القانوني الفرنسي و الإجتهاد القضائي الفرنسي لأن المشرع الفرنسي سكت عن إعطاء حكم لهذه الإشكاليات.

1-مدى تأثر نسب الأولاد لوالدهم المغير لجنسه و هل يشار إلى تغيير جنسه في شهادة ميلاد أبنائه ؟

الإعتراف القضائي بالهوية الجنسية الجديدة لا يرتب أثرا إلا في المستقبل، و من تم علاقة النسب السابقة على التغيير لا تتأثر[465] بمعنى أن الأبناء يظلون يحملون اللقب و الإسم الشخصي لأبيهم و أمهم[466].و تظل علاقتهم بمورثهم كما لو أنهم طبيعيون سواء كانت علاقة نسب أم تبني مادام ميلادهم كان سابق للتغيير، و أن القول برجعية أثر تغير الجنس من شأنه أن يمس بإستقرار المراكز القانونية و يفاقم المشاكل و يعقدها و من الصعب حلها في غياب نصوص قانونية حول ذلك.
أما فيما يخص مدى الإشارة لتغيير بيان جنس و الإسم الشخصي لأحد الوالدين الذي غير جنسه في الحالة المدنية في عقد ميلاده و عقد زواجه و عقد ميلاد الأطفال فإن هذا الأمر قد طرح على القضاء الفرنسي أمام المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Brest بتاريخ 15 ديسمبر 2011 التي رفضت طلب المغير لجنسه المتزوج و له 3 أبناء أن يجري تغييرين في عقد ميلاده و عقد زواجه و من تم عقد ميلاد الأبناء و كان ذلك برضا زوجته و أبنائه.و هو الأمر الذي لم تعارضه النيابة العامة إلا أن القاضي رفض طلبه بحجة أنه لا يمكن أن يغير جنسه حتى يفقد زواجه و تم استئناف هذا الحكم و صدر قرار من محكمة إستئناف Rennes بتاريخ 16 أكتوبر 2012، الذي **قبل** إبتداء طلب التغيير لإسمه و جنسه في **سجلات ميلاد المعني فقط** و قدرت أن الإشارة في الهامش لهذا التغيير هي بدون فائدة و مستحيلة في عقد زواجه و غير معقولة (Absurde) في عقد ميلاد الأبناء[467].

---

[463] Voir, C.Siffrein-Blanc, Restriction du droit de visite d'un père transsexuel : absence de discrimination-CEDH 30 nov 2010, Aj Fam 2011, p.48.

[464] كما هو الحال في ايرلندا في قضية L.F ضد ايرلندا بتاريخ 2 جويلية 1997،رقم 95/28154 بخصوص حياة المغاير للجنس السابقة على التغيير الجسدي والتي ضيقت من حق الزيارة أيضا للمغيرة لجنسها مع أبنائها المولودين من زواج سابق على تحولها الجنسي.
Frédérique sudre, Op.Cit, p.473.

[465] Voir, François Lyn, Pierre Romuald et jean Baptiste Water, Op.Cit, p.65.

[466] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.571, n° 1864.

[467] Voir, C.A.Rennes le 16.10.2012, n°11/08743, sur lextenso.fr

و قد برر البعض موقف جهة الإستئناف في القرارالسالف الذكر، بأن عقد ميلاد الأبناء يتمتع ببعض الإستقلالية، التي ينجر عنها فعلا.و هذا معناه أن أثر تغيير الجنس لأحد الوالدين يقتصر تأثيره على حالته المدنية لوحدها و لا يمتد إلى الزوجة و الأبناء أي لقرابة النسب.و هناك من يرى أن في هذا القرار لأول مرة القضاء الفرنسي عرف إنسجام بين تغييربيان الجنس في الحالة المدنية للمغير لجنسه المتزوج، و بقاء زواجه و من أجل هذا أبعدت هذا التأشير الهامشي لتغيير جنسه في عقد زواجه، و إعتبرته غير مجد و بدون فائدة، و لم تقبله في عقد ميلاد الأبناء[468].
لكن مع ذلك إذا كان هذا القرار يحقق إنسجام كما قيل إلا أنه يتعارض مع مبدأ أن الشخص لا يحوز أكثر من حالة، إذا أن المغير لجنسه ستكون له حالة مدنية جديدة في شهادة ميلاده تختلف عن حالة أبنائه و زوجته.
و بهذا فإن Boysson يرى أن قرار 16 أكتوبر 2012 قد أثار بلبلة أو تشوش قانوني، لا يمكن حله إلا إذا كان فتح باب الإصلاح الجاري لاتساع الزواج للأشخاص من نفس الجنس.[469]و من تم فإنه بعد تعديل 17 ماي 2013 للقانون المدني و السماح للأشخاص من نفس الجنس فإن هذا التشوش لا يطرح أو قد تم حله.
2/ هل يحق للوالد المغير لجنسه أن يمارس الولاية على أبنائه، و كذا حقه في زيارتهم أو إقرار أبوته على الأبناء الناتجين من تلقيح إصطناعي من الغير مع خليلته ؟

مادام الثابت في فرنسا أن تغيير جنس أحد الوالدين لا يؤثر على نسب الأولاد.لكنه في نفس الوقت قد يتسبب في العديد من المشاكل النفسية لهم.و لذلك قد كان هناك نوع من التشدد عندما يكون المقدم على الجراحة متزوج و له أبناء .و قد إنقسم القضاء الفرنسي تجاه موقفه من ممارسة حق الزيارة من الأب المغير لجنسه على أبنائه إذ قد نجد أن هناك إتجاهين :

أ/- الأول : يرى بضرورة إلغاء قاضي الشؤون الزوجية (سابقا قبل تعديل 93 الذي أصبح فيه قاضي الشؤون الأسرية) بعد الطلاق الحق للأب المغير لجنسه في زيارة و إيواء أولادهم، مبررين موقفهم بأن تغيير جنسه بسبب له عدم الإستقرار العاطفي و يجلب له الفضيحة و العار.و من أجل ذلك قد يتعرض لملاحظات من أصدقائه و هذا كان بموجب أمرين في 6 جوان 27 نوفمبر لسنة 1990[470].

ب/- الثاني : إعترف بحق الزيارة للأب و رفض الإعتراف له بإقراره بالأبوة و سنتعرض لهذا الموقف من خلال قضية مشهورة في الوسط القانوني الفرنسي :
الوقائع : vincent طفل ولد في 27 ديسمبر 1991 عن طريق التلقيح الإصطناعي بمني الغير، تم الإعتراف به من طرف أمه...Rachel C. و بتاريخ 04 ماي 1994 إعترف به من طرف أبيه.رفعت أمه دعوى أمام محكمة Nice لإثبات إعتراف... Michael S الذي هو من أصل أنثوي لكنه حصل على تغيير لحالته المدنية بموجب حكم مؤرخ في 8 ديسمبر 1993 (و أصبح ذكر بعد التغيير).
مع العلم أن كل من Michael و Rachel عاشا بدون زواج (concubinage) متواصل من 1981 إلى 1994 و تم إنفصالهم 6 أشهر سنة 1993.

1- صدر حكم بتاريخ 29 جانفي 1997 من المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Nice الذي قضى ب : - إلغاء طلب الإعتراف بالإبن من طرف Michael.
2- تم إستئنافه و صدور قرار عن محكمة إستئناف Aix -en-Provence بتاريخ12 مارس 2002 الذي قضى ب : بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى بإلغاء الإعتراف بالطفل من طرف Michael ،
و تطبيقا للمادة 371- 4 من القانون المدني، فإن قاضي شؤون الأسرة يمكن له إعتبارا من الوضعية الإستثنائية أن يمنح **حق الزيارة** لأشخاص آخرين غير الأبوين و أصول الأبوين، بما فيهم خارج الأبوة، و أن في دعوى الحال "الإمتياز" (exellence'L) المعترف به من طرف الطبيب النفسي المعين من

[468] Voir, Benoît Boysson, AJ fam.2012, Op.Cit, p.559.
[469] Voir, Benoît Boysson, AJ fam.2012, Op.Cit, p.559.
[470] Voir, Jean Branlard, Op.Cit, p.571, n° 1864.

طرف المحكمة الإبتدائية، أن هناك علاقات عاطفية حياكة من طرف...Michael S مع الطفل vincent و أن انقطاعها سيؤدي حسبه إلى ضرر للطفل مما يقودنا إلى الإعتراف للمغير لجنسه في مصلحة الطفل Vincent، **بحق الزيارة** و **الإيواء** حسب الطرق المحددة في هذا القرار.[471]
و عليه حسب هذا القرار تم الإعتراف للمغير لجنسه بحقه في زيارة و إيواء الطفل الطبيعي الناتج من تلقيح بمني الغير مع خليلته للمصلحة العليا للطفل طبقا للمادة 311-20 من القانون المدني المعدل في 1994/07/29، تماشيا مع الإتفاقية 26 جانفي 1990 المتعلقة بحقوق الطفل التي تنظم حق الزيارة و هو الأمر الذي أيدته محكمة النقض في قرارها 15 ماي 2005 الذي سنراه لاحقا. و لم يتم الإعتراف له بالأبوة.

3- و مع هذا فإنه تم النقض في هذا القرار و صدر عن محكمة النقض قرار بتاريخ 15 ماي 2005، تم بموجبه رفض الطعن المقدم في القرار المؤرخ في 12 مارس 2002، و نعرض لأهم أسباب **عدم الإعتراف بالأبوة** حتى نتبين الأساس القانوني المعتمد عليه في ذلك :

النقاش كان مبني على دخول حيز التطبيق قانون 29 جويلية 1994 المتعلق بحقوق الطفل و الذي نظم حق الزيارة. و هو يتكلم عن المعاشرة غير الشرعية لجنسين مختلفين، و عن الرضا بالمساعدة الطبية للإنجاب.
أما في قضية الحال فإن الأمر يتعلق بمعاشرة لجنس ذكوري لكن حقيقة الأمر أن رفيق أم الطفل هو من الجنس المثلي (لأنه في الأصل أنثى تغيرت لذكر) و هو ما لا يجب قبوله و سيكون مشوب بالبطلان و مجرد من أي أثر.

لكل يرى البعض هنا أن الحل سيكون مختلف إذا نظرنا إلى هذا الرفيق (المغير لجنسه) الذي إعتبرته أنه مثلي الجنس، مع أم الطفل- أنه حصل على قرار بتغيير الجنس قبل تحقيق الإنجاب الطبي المساعد، و أن مثل هذا الإفتراض، فإن الجنس الجديد القانوني لهذا الشخص منذ ذلك هو الذي منح له قضائيا و أنه إعترف له من طرف المحكمة الأوربية بحقه في الزواج بشخص ينتمي إلى نفس جنسه الأصلي، و من تم فإن علاقة المغير لجنسه لذكر مع أم الطفل لا شيء فيها يعارض الإعتراف بالأبوة طبقا للمادة 311-2/20 من القانون المدني مع ذلك لم يقبله القضاء و رفض الإعتراف بالأبوة[472].

-التساؤل كان هنا أن إمرأة تصبح رجل (بتغيير مجنسها طبعا) هل يمكنها أن تحصل على أبوتها تجاه إبن من التلقيح الإصطناعي لرفيقته تم قبل إجراء عملية التحول الجنسي و تغيير حالتها المدنية ؟ هنا جهة الإستئناف عارضت على هذا القرار، في النقض تضرع بالقواعد المطبقة على التلقيح الطبي المساعد.و بالأخص المادة 311-2/20 من القانون المدني التي نصت أن الرضا المقدم للتلقيح الطبي المساعد يمنع، مبدئيا، كل دعوى نزاعية للنسب.(معناه يمنع كل دعوى نزاعية في النسب بمجرد أن الطفل جاء بالإنجاب الطبي المساعد بمني الغير).و لكن محكمة النقض رفضت الدخول في نقاش لسبب مزدوج :

-من جهة أولى: لم يثبت صدور الرضا بالتلقيح.
-من جهة ثانية : حتى و لو كان الرضا فهو بدون نفع، لأنه تم قبول دخول المادة 311-20 من القانون المدني حيز التطبيق (التعديل 29 جويلية 1994، و التلقيح تم 1991).[473]

---

[471] C.A.Aix-en-Provence, 6eme ch, le12 mars2002, D. 2003, P.1528.

[472] Voir, Jaques Massip, Filiation naturelle, cass 1 er ch,18 mai 2005, Defrénois, 15 oct 2005, p.1493, n° 19.

[473] Voir, François Chénedé, Annulation de la reconnaissance mensongère du « père » transsexuel, Cour de cassation, 1re civ, 18 mai 2005, AJ fam. 2005, p.321.

-محكمة الإستئناف أيضا ألغت الإعتراف "لأب"، لأنه مخالف للحقيقة البيولوجية. و نحن هنا في وضعية مخالفة للمألوف و متناقضة حسب مايراه البعض لأن القاضي ملزم للإعلان قضائيا أبوة في إفتراض أو أنه بالطبع متأكد أن المدعى عليه ليس هو أب للطفل، و هي وضعية بالفعل محزنة لأننا سنخالف المنطق و سنشبه الرضا في الإنجاب المساعد بالتبني، الذي لا يرتكز على علاقة أبوة على إرادة مختلقة (créatrice)، لوحدها لعلاقة أبوة دون رقابة مسبقة من السلطات العامة[474].

-و في الأخير قد عيب على قضاة الموضوع أنهم خرقو المادة 3 من إتفاقية حقوق الطفل لأنهم بإعتمادهم على الطابع الكاذب للإعتراف رفضو طلب الإعتراف بالأبوة، لكن لم يبحثوا عن "المصلحة العليا" للطفل، فتمت الإجابة على هذا النقد من طرف محكمة النقض، أن هذه المصلحة أخذت بعين الإعتبار عندما نظمت حقا للزيارة و الإيواء للمغير لجنسه Michael.

و بهذا إجابة على التساؤل فإنه قد أقر قضائيا بأن تغيير جنس أحد الوالدين لا يعطيه الحق في إقرار أبوته لطفل ولد بالتلقيح الطبي المساعد لمني الغير مع خليلته.و لكن لم يمنع من أن يعترف له بحقه في زيارة الإبن الطبيعي و إيواءه في الأوقات التي يحدد القضاء مراعاة في ذلك للمصلحة العليا للطفل.

الفـــــرع الثـــاني

موقف النظامين القانونين المصري و الجزائري حول تأثير تغيير الجنس على قواعد النسب.

إرتأينا البحث عن تأثير تغيير جنس أحد الزوجين على قواعد النسب في الدول العربية، و إخترنا مصر من بينها لكونها حضيت من قبل رجال القانون لديها بدراسته معتبرة حول هذا الموضوع من قبل أساتذة معروفين.[475]حاولوا الخوض في هذا الموضوع الحساس و أعطو تحليلا قانونيا لا يستهان به في هذا المقام. أما بالنسبة للجزائر فدراستنا المقارنة تتطلب إلقاء نظرة على قواعد النسب التي يحكمها قانونها و مدى إمكانية إجابتها على مثل هذه الإشكالية المطروحة عند تغيير أحد الزوجين لجنسه.بالرغم من عدم إعترافنا بتغيير الجنس لأسباب نفسية، لكن هناك التغيير الذي يكون لأسباب عضوية، و بذلك سنتعرض لموقف كلا منهما تباعا.

أولا : موقف النظام القانوني المصري حول تغيير الجنس و تأثيره على النسب.

الحديث عن النسب الذي تستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، التي تعترف بالنسب الذي يكون أطرافه هم الأب و الأم و الولد، و لابد أن تكون هناك علاقة زوجية قائمة و صحيحة بين رجل و إمرأة، و إمكان الإتصال ينشأ عنه الولد. و تتمثل الشروط التي يترتب عليها ثبوت النسب بالفراش الصحيح فيما يلي :

1-أن يكون حمل الزوجة من زوجها الذي يتصور منه الحمل، فزوجة الخصي و الصغير الذي لاماء لهما لا ينسب إليهما بل للأم و قد نصت المادة 184 من مشروع قانون الأحوال الشخصية على أنه " لا يثبت النسب إذا ثبت بطريق قطعي أن الرجل غير مخصب، و لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي.و إذا حصل النزاع في ذلك إستعانت المحكمة بأهل الخبرة ".

2-أن تأتي بالولد في ستة أشهر على الأقل من تاريخ العقدعليها.و هي أقل مدة الحمل شرعا بإتفاق الفقهاء.

و أن تأتي بالولد في مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ الفرقة بينهما، و قد نص المشرع المصري على هذه المدة في المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، حين منع سماع دعاوى النسب بقوله

---

[474] Voir, Jaques Massip, Defrénois, 15 oct 2005, Op.Cit, p.1493

[475] نذكر منهم أحمد محمود سعد، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، محمد أنس ابراهيم بشار.

:".....و لا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، و لا لولد المطلقة و المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".
3-ألا ينفي الزوج هذا النسب بالطرق الشرعية (مثل اللعان ينفي النسب).
و هناك طرق أخرى لإثبات النسب إلى جانب الزواج الصحيح و هي نكاح فاسد، بشبهة، البينة (شهادة الشهود)، الإقرار، تحليل الجينات (البصمة الوراثية)، تحليل الدم، القرعة، أما التبني و المعاقدة فقد أبطلهم الإسلام.[476]

و بناء على ما سبق و نظرا لعدم قيام الفقه القانوني المصري، ببيان أبناء من يغير جنسه إما لأسباب نفسية أو عضوية، فإننا إرتكزنا على ما توصل إليه رجال القانوني المصري الذين بحثوا في هذا الموضوع في رسائلهم و منهم رأي الشهابي إبراهيم الشرقاني عن تغيير الجنس لأسباب عضوية. و عن رأي محمد أنس إبراهيم حول المغير لجنسه لأسباب نفسية.

1/ مدى تأثير تصحيح الجنس لخنوثة عضوية على قرابة الدم ؟
إعتبر الدكتور الشهابي في تحليله أن قرابة الدم تثبت للجنين منذ الولادة، و ليس بطارئة و من تم لا تأثير لتثبيت الجنس عليها من حيث الوجود أي لا تنقطع تلك الرابطة بتصحيح الجنس.إنما الذي يتغير هو وصف القرابة على عكس ظاهره، فإذا كان مثلا ظاهريا ذكرا تم صحح و رجح على الأنوثة، فإنه أصبح أختا بعد أن كان أخا أو عمة بعدما كانت عمة ....إلخ.
و قد أثار في هذا الصدد أنه لا يتصور أن يجتمع للمثبت جنسيا أولاد من زواجه قبل التثبيت و أبناء من زواجه بعد التثبيت، لكي نبحث عن نوع القرابة التي تجمعها هل هي قرابة من جهة الأم أم من جهة الأب، لأنه حسبه أن إنجاب الشخص على صفة معينة بالذكورة أو الأنوثة هو دليل قاطع على نوعه الحقيقي و لا يقبل منه القول بغير ذلك بل و لا يسمح له المعاشرة الجنسية على عكسه و لو كان يمتلك القدرة على ذلك بإعتباره خنثى حقيقي، لأن هذا فيه تلاعب و إستهزاء بشرع الله تعالى يجب منعه[477].

2/ ما مدى تأثير تغيير الجنس لأسباب نفسية لأحد الوالدين على علاقتهم بالأبناء ؟

أ/ <u>الأبناء من زواج سابق على تغيير الجنس.</u>
-فعلى حسب رأي الدكتور محمد أنس إبراهيم الذي يعتقد أن التغيير الحاصل لا يؤثر مطلقا على قواعد نسب الأبناء، طالما كانوا ثمرة نكاح صحيح أو فاسدة و توافرت فيه الشروط القانونية اللازمة السالف الإشارة إليها. لأن تغيير الجنس كما هومعروف أن الشخص يكون مكتمل من الناحية العضوية لجميع خصائص الجنس الذي ينتمي إلا أنه يشعر نفسيا بإنتمائه إلى الجنس الآخر، و من تم فإن المغير لجنسه مكتمل الذكورة أو الأنوثة أي أنه صالح للإنجاب و الزواج و عليه ينسب إليه الأولاد بإعتبارهم من صلبه وراثيا و بيولوجيا، فليس للتغيير أي أثر على نسب الأولاد قبل تغيير الشخص لجنسه، لأن التغيير هو بمثابة خلل طارىء على العقد بعد إنعقاده صحيحا مستوفيا لكافة أركانه و شروطه و نفاذه.و من تم لا يتأثر نسب الأولاد بتغيير جنس أحد والديهم.[478]

هناك إحتمال أن يقوم من غيرجنسه لسبب نفسى بإقرارنسب بإقرارنسب طفل إليه، فإذا كان الإبن الذي يقر بنسبه قد أنجب بتاريخ **سابق** على إجراء جراحة التحول الجنسي, فإنه في هذه الحالة لابد من فحص شروط الإقرار بالأبوة و أهمها أن يكون الإبن الذي يقره من الزواج الصحيح أو فاسد أو شبهة حاصل قبل تغيره لجنسه و أن يكون الولد مجهول النسب و ولد في الأجل المحدد شرعا.و من تم إقراره يكون كاشف عن واقع سابق على التغييرفإذا توافرت شروطه فلا مانع من ذلك حسب إعتقادنا.

[476] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.441-442.
[477] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.463.
[478] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.442.

ب/ الإقرار نسب أبناء إلى المغير لجنسه لسبب نفسي بعد إجراء الجراحة

-في هذه الحالة يتصور أن المغير لجنسه تحول إلى ذكرأو أنثى، و يريد الإقرار بنسب طفل اليه و إدعائه أنه من صلبه, فلا يمكن قبول ذلك لعدم توافرشروط الإقرار في المقر.إذ أنه بعد التحول الجنسي فقد أعضائه الأصلية و زود بأعضاء تناسلية للجنس المقابل غير صالحة للإنجاب والتناسل عند إجرائه للعملية المحظورة أصلا. و من تم لا يعترف بآثارها لتعارض مع نظام العام,و لا يعد الامر هنا إلا أن يكون تبني تحت ستارالإقرار بالإقرار لتعارضها مع النظام العام, و لا يعد الأمر هنا إلا أن يكون تبني تحت ستار الإقرار بالأبوة.و لا يمكن الموافقة على ذلك لأن المغير لجنسه غير مؤهل و غير صالح أخلاقيا و إجتماعيا لآداء دور الأبوة أو الأمومة.

و قد نص المشرع المصري في هذا الصدد في المادة 15 من المرسوم بقانون رقم25 لسنة 1929 بنصه أنه"لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبث عدم التلاقي بينها و بين زوجها من حين العقد...".و من تم فإن المشرع أقام قرينة لنفي النسب هو بثبوث عجز و استحالة التلاقي الجنسي بين الزوج و الزوجة و لا تسمع دعوى النسب لثبوث عجز و استحالة التلاقي جنسيا بين مغير لجنسه و شخص آخر طبيعي.[479]لأن المغير لجنسه عندما أجرى الجراحة فقد الدور الوظيفي لأعضائه التناسلية المصطنعة والزائفة.

-أما فيما يتعلق بإقرار الزوج المغير لجنسه بنسب طفل إليه تم توفى، و رفع الولد المقر به، دعوى على ورثة المتوفي.فهل تقبل؟؟ رغم النقاش الذي جاءبه الدكتور أنس إبراهيم،[480] فنحن لا نتماشى معه كليا لماذا لأنه تكلم عن إقراربنسب لزوج دون أن يوضح إذا كان هذا الزوج مغير لجنسه و إذا كان إقراره كان لإبن سابق على تغيير جنسه أو لاحق عليه, فهناك إحتمالين:

-إذا كان دعوى النسب كان لاقرار نسب إبن **قبل** الجراحة فهنا نحيل إلى ما قيل في الإقرار من زواج سابق إلا أن الدعوى ترفع على الورثة، فإذا أكدو نسبه يثبث.و إذا أنكروه فإنه لا تقبل الدعوى.

-أما إذا كان دعوى النسب كانت لا قرار نسب إبن **بعد** الجراحة, فإنه يكفي للورثة تقديم الشهادات الطبية التي تثبث إجراء مورثهم للجراحة التي تحول فيها جنسه، مما يؤكد أنه كان غير قادر على إنجاب أطفال, للتمكن من نفي نسب هذا الإبن المزعوم.

ثـــانيـــا: موقف النظام القانوني الجزائري حول تغييرالجنس على قواعد النسب.

أهم ما يترتب على الزواج من آثارهو النسب.و لذلك فإن مسألة إثباث النسب، هي من أهم المسائل التي تثير إشكالات عملية, و قد نصت شريعتنا الإسلامية على كيفيات إثبات النسب نرجع إليها عند إنعدام نص تشريعي في قانون الأسرة الجزائري.بإعتباره هو الذي يحكم كل ما يتعلق شؤون الأسرة من زواج, طلاق, نفقة ,حضانة, ولاية المحضون و حق الزيارة و كذا أحكام الولاية, الوصاية, القوامة, و أحكام النسب....إلخ.

و قد إهتم المشرع الجزائري بإثباث نسب الأولاد و إلحاقهم بأبيهم لأنهم أساس الوجود و قد نظم أحكامه في المواد من 40 إلى45 من قانون الأسرة.[481]

و النسب الشرعي هو الذي يلحق فيه الولد أباه قانونا و ما ينتج عنه من حق في الميراث....، و يعود سبب إهتمام مشرعنا بالنسب إلى منع الإختلاط بين الأنساب و ما يترتب عليه من حفظ المجتمع من الفساد و جعل الروابط الأسرية متينة لقوله تعالى"و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قدير".[482]

---

[479] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.443.

[480] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.444.

[481] قانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1999، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 نوفمبر 2005، الجريدة الرسمية، العدد 2005/15، ص 19 و ما بعدها.

[482] سورة الفرقان، الآية 54.

و تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بأنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.
يجوزللقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

أما الشروط الواجب توافرها لثبوث النسب بالفراش الصحيح، فهي لا تختلف كثيرا عما قيل في القانون المصري إلا من حيث المواعيد أو في بعض الجزيئات لذا سنركز على تبيان الأختلاف بينهما:
-1/ أن يكون حمل الزوجة من زوجها يمكنه الإنجاب (نفسه مع مصر).
-2/ أن تأتي بالولد في أقل مدة حمل و 6 أشهر من تاريخ إبرام العقد و أقصاها 10 أشهر طبقا لما نصت عليه المادة 42 من قانون الأسرة.(أنه حدد أقصى مدة حمل ب10 أشهر، فيحين في مصر أقصاها سنة)
-3/ألا ينفي الزوج هذا النسب بالطرق شرعية، و قد نصت عليه المادة41 من قانون الأسرة (نفسه مع مصر).

و الحديث عن المسائل المتعلقة بالنسب يطول شرحه إلا أننا في هذا المقام نستقتصر على الحديث الأمور التي لها علاقة بالموضوع محل البحث .
لابد من التذكير أننا نتناول أثر تغيير الجنس على قواعد النسب في التشريع الجزائري، بالرغم من أن مشرعنا لم ينظم و لم يقر بشرعية تغيير الجنس لأسباب نفسية لعدم توافرقصد العلاج فيها، و لمخالفتها لقواعد الشرع و للنظام العام و مع ذلك سنتناول الموضوع في مجرد حدوث إحتمال طرح من الإشكال أمام قضاءنا.و في فرض أن المغيرلجنسه تحايل على القانون و غير جنسه جراحيا بالخارج ليأتي،
و يصحح جنسه بالجزائر مدعيا أن هناك خطأ مادي في بيان جنسه المدون في شهادة ميلاده و يتم تصحيحه و يقع ما هو محرم و محظور في بلادنا و يمر بدون أن يعرف ما وقع هو تغيير للجنس النفسي، و ليس مجرد خطأ مادي هذا ما يمكن أن نتوقع حدوثه ليطرح هذا الإشكال فكيف سيتم ترتيب آثاره و ما الحلول المقدمة طبقا لنصوص قوانينا التي تحكم النسب.

1/ مدى تأثيرتصحيح الجنس لأسباب عضوية على قرابة النسب .
الأمر المتفق عليه أن جراحة الخنثى جائزة.و من تم فإنه يتوجب الإعتراف بالآثار المترتب عليها، بما فيها علاقة المصحح لجنسه مع أبنائه قبل الجراحة أو بعدها, أو ثبوث النسب بين المصحح لجنسه و أبنائه, و له حق الولاية, و يثبث الثوراث بينهم و كل الآثار المترتبة على ذلك بدون أي إشكال .
2/مدى تأثيرتغيير الجنس لأسباب نفسية على قرابة النسب:

على **فرض** قيام زواج بين شخصين، و كان لهما أولاد ثم بعدها قام أحد الزوجين بتغييرجنسه نفسيا تحت أي ظرف كان و تحصل على حالة مدنية جديدة و هوية جنسية جديدة, فالحقيقة هنا أنه لا تتأثر علاقة الأبناء السابقين على الجراحة بوالدهم و يبقون محتفظون بلقبه العائلي و يظل هو الأب الحقيقي أو الأم الحقيقية لهم.و من حقهم أن يرثونه طالما كانوا ثمرة زواج صحيح شرعا و قانونا، و مادام الزوجين كانا قادرين على الإنجاب قبل إجراء الجراحة.
و في إفتراض آخر أن شخص غير جنسه بالجراحة في الخارج و جاء إلى الجزائر و تحصل بطرق قانونية احتيالية على حالة مدنية الجديدة, و تمكن تبعا لذلك بالزواج من شخص آخر طبيعي من جنس مخالف لجنسه الأصلي تم إدعى بنسب طفل إليه فهل يمكن ذلك ؟

الثابث طبيا أن العملية الجراحية تزود الشخص بمظهر خارجي للجنس الذي يرغب في الإنتماء إليه، و لكن لا تزوده بأعضاء تناسلية وظيفة، و إنما مجرد صورة مصطنعة غير قادرة على الإنتصاب بالنسبة لقضيب الرجل و لا أن تلقح بالنسبة للمرأة بدون رحم أو بويضات, و من تم تكون هناك إستحالة إنجاب و هذا أصلا يتنفى مع الهدف الحقيقي للزواج و هو الإنجاب و التناسل, و عليه لا يمكن قبول دعوى إثبات النسب حتى و لو توافرت الشروط الأخرى لإنعقاد الزواج، لأن المحل غير مشرع إذا أن الزواج تم مع شخص يعاني من عيوب تحول دون تحقيق الغرض من الزواج، و لهذا فإنه لا يمكن

التسليم بأي أثر على هذا الزواج المستحيل و الباطل أصلا.بالرغم من أنه يمكن من الإحتجاج بأن التغير للجنس هو قانوني, و أن ما دون في سجلات الحالة المدنية حجة على الغير.

إذ أن الواضح أن هذه الحجة ليست مطلقة أي يمكن إثباث عكسها, كمثلا أنه غير قادر على الإنجاب أو شهادات طبية إن وجدت تثبث تغييره لجنسه.و أن زوجته إن حصلت على هذا المولود فإنما هو نتيجة علاقة علاقة غير شرعية مع غير زوجها (زنا) أو عن طريق تلقيح إصطناعي بمني الغير.و هو الأمر الذي لا يجيزه مشرعنا طبقا لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة إذ أنه يشترط أن يتم التلقيح بمني الزوج لا بمني الغير، و من تم يقع المحظور و ما بني على باطل فهو باطل.و لا يجوز بأي حال التسليم بهذا الإقرار المخالف للقانون و الشرع .

-أما بالنسبة للمغير لجنسه الذي طلق زوجته بعد تغييره لجنسه- هذا مجرد إحتمال في الجزائر- و لكن له أبناء فهل يحق له بحق زيارتهم و ممارسة حق السلطة الأبوية عليهم ؟

-نقول أن حق الزيارة بين الأب و أبنائه إنما قرر"لمصلحة المحضون" و هذا مراعاه لتوازنه النفسي و الإجتماعي و تربية و تهذيب له, لكن كل هذه الأهداف قد تنقلب بالعكس على الأبناء القصر لأنهم قد يتفاجأون من تحول والدهم إلى أنثى أو والدتهم إلى ذكر، و مثل هذا الموقف قد يعود عليهم بآثار سلبية على تفكيرهم و نفسيتهم، إذا أن الأمر سيبدو لهم مذهلا و قد لا يتقبلونه خاصة أن مجتمعنا الجزائري قد لا يعرف هذه الظاهرة بكثرة.على العكس ما هو في الدول الغربية, و من تم ممارسة حق الزيارة قد يسبب للطفل عقدة نفسية, فهنا لا ةيمكن القول جزما بقبول أوعدم القبول ذلك.إنما الأفضل أن نترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، بإعتباره هو المكلف بالولاية على نفس القاصر حسب التعديل الجديد للقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي دخل حيز التنفيذ سنة 2010 (سنة بعد صدوره)، و هو ما جاء في المواد 453 الى 463 منه بما له من سلطة تحقيق و إتخاد تدابير مستعجلة لإجراء تحقيق إجتماعي أو نفساني، و معرفة مدى تأثير تغيير الجنس لأحد والديه على نفسية الطفل و من تم يقررمنحه حق زيارة أبنائه القصر أم لا.
-إذا لا يمكننا وضع كل الحالات و الأطفال في كفة واحد، و إنما تأثرهم بوضعية المغير لجنسه قد يختلف من طفل لآخر و كيفية إستيعابه و تفتحه و حسب تربيته و ذكائه.فمثل هذه الحالات الشاذة لتغيير الجنس لا نستطيع أن نتقبلها نحن البالغين، و قد تقشعر منها أبداننا فما بالك بطفل بريء، لا يقدر حقيقة الأمور و لذلك المطلوب هو توخي الحذر بقدر الإمكان من طرف قضاتنا إذا المطلوب في مثل هذه الحالات إستدعاء الوالدين لإجراء مقابلة شخصية معهم بحضور الطفل المحضون و مراقبة تصرفاته مع أحد والديه المغيرين لجنسهم، و إستعمال جميع السلطات المخولة لهم قانونا لمراقبة و حماية القاصر من أي مكروه يصيبه .
أما عن حق ممارسة السلطة الأبوية من طرف المغير لجنسه على أبنائه, فإن المفروض ألا تمنح له، و إنما تكون للولد الآخر الطبيعي الذي لم يغير جنسه, و ربما موقفنا هذا هو لسبب بسيط, من فكرة أن الوالد المغير لجنسه قد تكون له نظرة تحررية في الحياة فيجيز كل ما هو مخالف للطبيعة.و بهذا تكون ولايته على إبنه فيها خطر على فساد أخلاقه و تربيته.لذلك نحن ننصح بعدم قبول ولايته على أبنائه، لأن الولي هو قدوة لأبنائه فكيف لهم أن يقتدون من شخص يعاني من خلل في نفسيته، و تتحكم فيه مشاعر شاذة لا يمكنه مقاومتها !!!
لذلك الأمر يعود للقاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، و الإجراءات المدنية و الإدارية أن يراعي مصلحة القاصر في أي تدبير يتخده و ألا يتعجل في اتخاذ قراره حتى لا يقع فيما لا يحمد عقباه. و اللهم أعلم فيما نراه.

الفـــرع الثـــانـــي

موقف الشريعة الإسلامية من تأثير تغيير الجنس على قواعد النسب.

النسب، هو حق من حقوق الشرعية التي لا يحق للزوجين أن يتفقا عند عقد الزواج على نفيه, و هو حق مشترك بين الله تعالى و الوالدين.و لا ينتسب الولد إلا لمن خالطها الرجل بطريق الزوجية أو ملك اليمين و هذا للمحافظة على الأنساب من الإختلاط.
و النسب هو حق للأم لصيانة ولدها من الضياع و دفع تهمة الزنا عنها, و هو حق أيضا للأب يترتب على تبوته استحقاقه للولاية على ولده مادام صغيرا.و هو حق للولد لإحتياجه إلى دفع العار عن نفسه لكونه ولد زنا, و بهذا فهو محتاج لإثبات نسبة لأبيه و لأمه.و هذا بإثباث توافر الشروط التي يتطلبها النسب، و إتباع الطرق المخولة شرعا و ذلك على النحو التالي :

أولا:ثبوث النسب من الأم الأنثى.

يثبت نسب الولد من أمه بالحمل و الولادة فقط, و لا فرق من أن تكون الولادة من الزواج صحيح أو من زواج فاسد أو من فاسد أو وطء بشبهة, و هذا لقوله تعالى "إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم ...."[483]، فالحصر هنا هو دليل على أن حقيقة الأمومة في الولادة، أما في جانب الرجال فهو بالفراش.
و بثبوث حمل الأم في مدة أقلها ستة أشهر و أقصاها ثلاثون شهرا و هي ما اختلف فيه الفقهاء لقوله تعالى "و حمله و فصاله ثلاثون شهر"[484]
و من ثبوث نسب الولد من أمه يتوقف على تحقق الولادة و تعيين المولود، و إثبات الولادة هو محل إختلاف بين الفقهاء وقد رجح أبو يوسف و محمد أنه يكون بشهادة إمرأة من أهل العدالة بها، كالقابلة المباشرة للولادة و نحوها.[485]

ثـــانيـــا:ثبوت النسب من الرجل:

يثبت النسب للرجل بإحدى الطرق الشرعية التي أجمع عليها الفقه الإسلامي و هي بالزواج الصحيح أي بالفراش الصحيح, بالإقرار بالنسب أو دعوة الولد، و بالبينة.و المقصود بالفراش قوله صلى الله عليه و سلم:"الولد للفراش و للعاهر للحجر".[486] و معناه أن الولد الذي تلده المرأة يلتحق نسبة لمن يحل له شرعا الإتصال بها، إتصالا جنسيا و هو الزوج. و يشترط في الثبوت النسب للفراش الصحيح هو إمكان حمل الأنثى الزوج من الرجل الزوج، و يتحقق ذلك في حالتين :
1/أن يكون الرجل ممن يتصور منه الإحبال عادة بأن يكون بالغا تظهر عليه أمارات البلوغ .
2/إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد, فإن تكن في الإمكان التلاقي عادة ثم أتت بولد بعد مضي مدة مقررة شرعا لايثبث النسب عند الأئمة الثلاثة أما عند الحنفية فيثبت النسب.
أما الإقرار بالنسب فيقصد به؛ الإخبار بحق سابق عليه, و معناه هنا إقرار بحق نسبة ولد مجهول نسبه إليه, و الإقرار نوعان إقرار بأصل النسب و هو الأبوة أو البنوة أو الأمومة مباشرة، و هو ما يتعلق بنفس المقر.أما النوع الثاني فهو إقرار بما يتفرع على أصل النسب كالعمومة و الإخوة ....و هو ما يتعلق بغير المقر.

---

[483] أنظر، سورة المجادلة، الآية 2.
[484] أنظر، سورة الأحقاف، الآية 14.
[485] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب...، المرجع السابق، ص.48
[486] رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة. و في لفظ البخاري, العاهر هوالزاني و له الحجر أي ببوء بالخيبة، كما تقول العرب: بقية التراب، يريدون ليس له إلا الخيبة،وقيل معناه أن له عقوبة الرجم بشروطها المقررة شرعا. مأخوذ من بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.498 هامش 1.

و ما يهمنا في هذا المقام هو الإقرار بأصل النسب و هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.أما البينة و هي الأخبار بنسب ولد إلى الغير و هي ما يصطلح عليها بالكاملة، و هي بشهادة رجلين أو رجل و إمرأتين, و هي الأمر الذي أيده القضاء الجزائري في هذا الشأن.[487]

1/مدى تأثير تغيير الجنس لدواع نفسية على قواعد النسب

و بناء على ما سبق من أحكام شرعية عامة في قواعد النسب و بتطبيقها على الإشكال الذي يدور النقاش فيه في موضوعنا، فإن المؤكد شرعا على عدم جواز جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية.و مع ذلك مع فرض قيام شخص بإجراء الجراحة، و تغيير أعضائه التناسلية و جعلها من النوع الآخر سواء أنثى أو ذكر تم تزوج بحالته الجنسية الجديدة، و أصبح له إبن من زوجته التي أقامت علاقة غير شرعية مع الغير أو خضعت لتلقيح إصطناعي بمبنى الغير المجهول، و أراد الإقرار بنسب هذا الطفل فهل يصح إقراره بهذا النسب في ظل هذه المعطيات؟

قد وضحنا أن الشريعة الإسلامية ركزت أن ثبوت النسب للأب عند ما يكون يتصور منه الإحبال عادة أي لديه أمارات البلوغ التي تنبىء عن قدرته على الإجماع بينه و بين زوجته الأنثى الحقيقية القادر على الحمل من هذا الجماع بالطرق الشرعية.لكن الجراحة التي تجرى على المغير لجنسه الذي كان مكتمل في أعضائه التناسلية لكنها إستئصلت و إستبدلت بأعضاء للجنس الأخر مصطنعة و غير وظيفية تحرمة من القدرة على الإنجاب، و تجعله عقيما و من تم فلا يمكن الإعتراف بالإقرار الصادر من نسب الإبن تحت أي ظرف كان لتخلف شرط أساسي في تغيير الجنس لأسباب نفسية، و هو إصابة المغير لجنسة بفقدان وظيفة عضو التناسل سواء للذكر أو الأنثى إذا الذكر لا مني له و الأنثى ليس لها بويضات لتلقيحها فيستحيل حصول التناسل مما يجعل نفي النسب هو الصحيح و ليس العكس في حالة الخنوثة النفسية .

-أما إذا كان هناك أبناء قبل إجراء الجراحة, فالثابت شرعا, فلا إشكال و لا مانع شرعا من ثبوت نسب الأولاد لأبويهم المغيرين لجنسهم لا حقا على ولادتهم.و هذا حفاظا على مصلحة الأطفال, و يحق لهم التوارث فيما بينهم .

2/مدى تأثير تغير جنس لدواعى عضوية على قواعد النسب؟
رأينا أنه في حالة تغيير الجنس في حالة الخنوثة العضوية فإنه يترتب على ذلك الحديث عن الزواج السابق على التغيير واللاحق على التغيير.فبالنسبة للزواج اللاحق على التغيير، فإنه قد إعترف للخنثى بعد تصحيح جنسه له، حق أن يعيش على حسب حقيقته الجنسية المرجحة طبيا.و من تم له الحق فى الزواج و تكوين أسرة.و زواجه صحيح و أي أبناء سيولدون نتيجة هذا الزواج فإن نسبهم ثابت و لا إشكال فيه .

أما الزواج السابق للخنثى ففيه بعض التفضيلات لابد من تناولها لكونها لها علاقة و تأثير على قواعد النسب الأبناء فعلينا إتباع النقاط التالية:

1- إذا تزوج الخنثى المشكل قبل أن يتضح إشكاله فإن ذلك غير جائز.و إذا كان بالرغم من عدم جوازه تزوج و تم تصحيح جنسه على العكس الظاهر فإن نكاحه يقع باطلا بطلانا مطلقا.و لا يترتب عليه أي أثر لأن وجوده كعدمه, فلا يحل به الدخول و لا يجب به مهر، و لا عدة و لا نفقه و لا طاعة، و لا يرد عليه الطلاق.و الأهم في موضوعنا هو أنه **لا يثبت به نسب** و لا عدة بعد المفارقة و لا توارث.[488]

[487] أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 25 ديسمبر 1989، مجلة قضائية 1991، عدد 4، ص.110.
[488] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.442.

2- أما إذا كان زواج الخنثى قبل تصحيح جنسه و نتج عنه أولاد فهل يلحق به نسب ؟
بالرغم ماقيل بأن الخنثى المشكل لا يتصور أن يكون أبا و لا أما و لا جدا و لا جدة و لا زوجا و لا زوجة،[489] لأنه لو كان أبا أو جدا لكان مذكرا واضحا , و لو كان أما أو جدة لكان أنثى .
و هذا القول الصحيح لأن الأبوة دليل قاطع على الذكورة، لأنه لو إستطاع الإنزال و الإحبال لصار أبا.فلا يقبل منه عكس ذلك, كذلك الأمر في الأمومة هي دليل قاطع على الأنوثة لأن الحبل و الولادة يقطع بذلك و لا يقبل منها العكس.لذا فأي من الأصول لا يكون أبدا محلا لجراحة التصحيح الجنسي على عكس ظاهره.و إنما يصحح على الوضع الظاهر الذي أنجبه عليه (أما الزوج الخنثى بدون أولاد)، فيمكن أن يكونوا محلا لجراحة تصحيح الجنس على ظاهرهم أو عكسه، مادام **الحنفية** جعلوا زواجهم **موقوف**، إلى أن يتبين حاله (كما وضحناه في الزواج السابق للخنثى المشكل سابقا), على فرض زواج الخنثى و نتج له أولاد فهناك عدة إفتراضات :

2-أ/إذا كان الزوج هو الخنثى إما حقيقي أو كاذب:
-إذا كان الزوج خنثى حقيقي يمكن تصور أن يكون له أولاد إذا عاشر زوجته و أحبلها (هذا التصور بمساعدة التطور الطبي لأن الواقع أنه لا يستطيع الإنجاب كذكر، لأن الخلايا المنوية ضامرة رغم وجود عضو ذكري كامل النمو) و حينئذ يكون ذلك دلالة قاطعة على ذكورته و لايثير مشكلة شرعية أوقانونية في وجود الأولاد و يصحح جنسه على الذكور و لا يقبل قوله بأنه أنثى.
-إذا كان الزوج خنثى كاذب أنثوي (ظاهره ذكر وحقيقته أنثى)، أي أنه تزوج بإعتبار ظاهره الذكري.فلا يتصور مطلقا أن ينجب أولادا لأنه ليس لديه خصيتان لإنتاج الحيوانات المنوية, فلا محل هنا لافتراض وجود أولاد (عدم وجود ثبوت النسب لعدم القدرة على الإنجاب) .

2-ب/إذا كانت الزوجة هي الخنثى إما كاذبة :
-إذا كانت الزوجة حقيقية, فوجود الأولاد أمرمتصور, و الولادة دليل قاطع على أنوثتها (أي يثبت نسب الأولاد)، و تصحح على ظاهرها الأنثوي و لا يقبل منها غير ذلك.
-أما إذا كانت الزوجة خنثى كاذب ذكري, هنا لا يتصور أن تنجب أولادا، لأنها لا تملك رحما و لا مبيضا.[490] (لا يثبت أي نسب للأولاد).
و من تم فإن الخنثى لا يتصور أن يكون له أولاد، إلا إذا كان خنثى حقيقي سواء كان زوجا أو زوجة و وجود الأولاد لا يثير مشاكل و يصحح الوالدين على الجنس الذي تم الإنجاب على ظاهره .
و لا يوجد ما يمنع بثبوث نسب هذا الأولاد، مادام حسب الحنفية زواج الخنثى المشكل موقوف إلى أن تتضح حقيقته, و مادام تم الإنجاب بينهما، فمعناه أنه زواج صحيح مادام تبين أن تصرفه صادف محله (أي هناك اختلاف بين الزوجين في جنسهما). [491]
و هذا ما يؤكد أن أمر تصحيح جنس الخنثى ليس متروك بيد الخنثى بمجرد ثبوت وجود أولاد له.و لا يمكن أن يصحح على النوع الذي أنجب به أولاد, و هذا هو الإختلاف بين المغير لجنسه النفسي الذي يريد أن يستجاب لرغبته و يغير على عكس جنسه إلى الجنس الآخر، بالرغم من وجود أولاد.عابثا بمصلحتهم و مرتبا آثارا لها العديد من السلبيات على نفسية الأبناء الذين لا حول و لا قوة لهم، و ليس بيدهم أن يقرروا المصير الذي آلوا إليه. و لذلك كان لابد من توفير حماية كافية لهؤلاء الأولاد القصر، بألا نسمح بإنتشار وباء المغيرين لجنسهم لدواع نفسية في مجتمعاتنا العربية.
في الأخير ما يمكن قوله أن تغيير الجنس لا يؤثر فقط على الزواج و قواعد النسب و إنما تمتد آثاره إلى أن يمس بالحالة الإجتماعية للمغير لجنسه، خاصة في الأمور التى يكون فيها جنس الشخص هو محل إعتبار، كأداء الخدمة العسكرية التى هي حكر على الذكور في معظم الدول, و يتمتع بحقوق حسب الجنس الجديد, كما أنه قد يتحمل واجبات خاصة بالجنس الجديد الذي أصبح ينتمي إليه.هذا ما سنحاول توضيحه في الفصل الموالي.

---

[489] أنظر، الشرح الكبير ج4، ص.489.و كذا تفسير القرطبي ج 5، مشار إليهم في الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.449 هامش 1.
[490] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.450-451.
[491] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.437-438.

الفـصـــــــــل الثـــــانـــــــي

مدى مساس تغيير الشخص لجنسه بالحالة الإجتماعية و الحقوق و الواجبات الأخرى

نظرا للصلة الوثيقة بين الحالة الشخصية و العائلية للشخص و حتى الحالة الإجتماعية له الأمر الذي يجعل تغيير الشخص لجنسه يؤدي لتعديل حالته الشخصية و من تم أثر ذلك التغيير لن يقتصر على المعني بالأمر نفسه، و إنما رأينا أن آثارها تمتد لتشمل أسرته، و يمس بذلك بمراكز قانونية أخرى إجتماعية و يؤثر على حقوقه و واجباته كحق العمل، و الميراث و التعليم، و واجب آداء الخدمة العسكرية و تنفيذ العقوبات السالبة للحرية التي يمكن أن توقع عليه.....إلخ.

إنطلاقا من مبدأ المساواة بين الأشخاص أمام القانون، فإن ذلك قد يتطلب أيضا المساواة في المعاملة بين الرجل و المرأة بإعتبارهما من جنسين مختلفين.فالمساواة الحقيقية بين الجنسين تعني مراعاة سلوكيات النساء و الرجال و تطلعاتهم و حاجاتهم المختلفة و تثمينها و تعزيزها بشكل متساو.و لا يعني ذلك مماثلة الرجل بالمرأة، بل الحرص على ألا تكون حقوقهما و مسؤولياتهما و فرصهما معتمدة على كونهما خلقا ذكر أم أنثى.[1]

و من تم فإنه يمكن القول أن جنس الفرد هو محل إعتبار في كثير من الأحوال و يؤثر على تحديد العديد من الحقوق و الواجبات و الحالة الإجتماعية له؛ من حقه في التعليم و تقلد بعض الوظائف و مناصب العمل التي قد تكون حكرا على الرجال دون النساء لتطلبها قدرة بدنية قد لا تتحملها الأنثى و آداء الخدمة العسكرية المفروض على الذكور دون الإناث، ناهيك عن الإختلاف في أنصبة الميراث وفقا للشريعة الإسلامية التي جعلت نصيب الذكر مرتين من نصيب البنت.....إلخ

و كل هذه الحقائق تؤكد أن جنس الفرد له أهمية يتحدد عليها الكثير من الأمور و أن قيام الشخص بتغيير جنسه في الحالة المدنية و كذا الإسم الشخصي له سيقلب موازين الأمور و يجعل الهوية التي إكتسب بها الحقوق و تحمل بها الواجبات في ظل جنسه القديم، لا تصلح ليبقى متمتعا بنفس هذه الحقوق و ملتزما بالواجبات في ظل هوية النوع الجديد الذي إكتسبه.و من تم كان لزاما علينا أن نتناول بعض الآثار التي عثرنا بشأنها على مراجع بصدد بحثنا في هذا الموضوع بشكل مقارن مع ما توصلت إليه المنظومة الدولية و التشريعات المقارنة لاسيما القضاء الفرنسي الذي يعرف تطورا سريعا في هذا المجال.

و من بين الحقوق التي ستتأثر بتغيير الحالة المدنية للمغير لجنسه، إرتأينا أن نتناول أول مرحلة يصادفها الطفل و هو صغير في السن إلى أن تتطور مراحل عمره.بالأخص إذا كان الأمر يتعلق بالإزدواج الجنسي العضوي، إذا لاحظنا أن إكتشاف الإزدواج العضوي في سن مبكر يسهل تحديد جنس الطفل، و تصحيحه و من تم يمكن إندماجه في المجتمع بسهولة وفقا لجنسه المصحح و تسجيله للتمدرس كشخص طبيعي مع الأفراد الذين من نفس جنسه.
لكن الإشكال الحاصل أن تغيير الجنس لأسباب نفسية قد تظهر أعراضه عند الأشخاص البالغين الذين سبق إندماجهم في المجتمع وفقا لجنس معين، و تحت إسم محدد و من تم عند تغيير جنسهم، قد يفقدون الكثير من الإمتيازات و يصعب إعادة إدماجهم في محيطهم و علاقاتهم مع الغير.أيضا من بين المشاكل التي تعترض هذه الفئات من المجتمع و هي أنه قد يصدر حكم جزائي بإدانة شخص معين بإسمه بعقوبة سالبة للحرية و يصادف أن هذا الشخص يغير جنسه و من تم يغير إسمه و عندما يراد تنفيذ هذا الحكم ضده، يقع إشكال قانوني في التنفيذ إذ أن العقوبة شخصية، على متهم بشخصه حسب هويته الكاملة من لقب و إسم الذي يعكس جنسه و لا يمكن التنفيذ على شخص آخر، لكن ما يحدث أننا بصدد شخص آخر

[1] أنظر، ماموني فاطمة الزهراء، التنظيم الجديد لوقت العمل في ظل العولمة، المجلة نظرة على القانون الإجتماعي، مخبر القانون الإجتماعي، جامعة وهران القطب الجامعي بلقايد، العدد 03، سنة 2013، ص.165-166.

جديد تحت جنس جديد فما مصير هذه العقوبة هل ستنفذ عليه أم أن المجتمع، سيتخلى عنها لعدم وجود هذا الشخص ؟
كل هذه الإشكاليات التي طرحت على الساحة العملية و القانونية أدت بنا إلى ضرورة الخوض في بعض الآثار التي يمكن أن تصادف المغير لجنسه في جميع المجالات و تأثيرها على تعاملاته مع الغير و المجتمع بأكمله.و لذلك إرتأينا أن نتعرض للآثار المترتبة على تغيير الجنس المتمثلة في حق التعليم، و حق العمل و تقلد الوظائف، و الحق الميراث (المبحث الأول) و كذا واجب آداء الخدمة الوطنية (الخدمة العسكرية في مصر)، واجب النفقة، الإلتزام بتنفيذ العقوبة السالبة للحرية (المبحث الثاني).

المبـــحـــــــث الأول

أثـــر تغييـــر جنـس الفـــرد على بعض الحقـــوق التي يكتسبها

تتنوع الجهات **التعليمية** التي يمر التعليم فيها بجميع مراحله و تختلف من دولة إلى أخرى.فهناك عموما مرحلة التعليم الإبتدائي و المتوسط إلى الثانوي و الجامعي، فهناك دول تعترف بالشهادات المتحصل عليها من المدارس العامة أو الخاصة، و كل طور من هذه الجهات التعليمة سيتحصل فيه المتعلم على شهادة تثبت تعليمه في هذا الطور في مرحلة معينة توقف فيها تحمل لقبه و إسمه الشخصي.فلا شك أن تغيير الفرد لجنسه و من تم تغيير إسمه سيكون له تأثير على حالته التعليمية.فهل سيكون له الحق في مواصلة تعليمه في نفس الجهة التعليمية و الإنتقال إلى مرحلة تعليمه أخرى وفقا لجنسه الجديد أم أن هذا الحق سينتقص منه و يحرم منه ؟ و هل يحق له الحصول على شهادة مدرسية وفقا للإسم الجديد الذي تحصل عليه ؟ (المطلب الأول)

من جهة أخرى، لكل شخص إذا لم يستطيع مواصلة تعليمه أو أتم كل مراحل التعليم و تحصل على ديبلوم التخرج، الحق في الحصول على **منصب عمل** يتماشى مع مستواه العلمي و يتقاضى مقابل ذلك راتب معادل، فإذا كان له منصب عمل ثابت و غير جنسه فهل من حقه البقاء في منصبه أم أن هذا الحق سيزول و يتم طرده بسبب الهوية الجنسية الجديدة ؟ و إذا كان العمل الذي يشغله لا يصلح إلا للإناث أو الذكور، و هو غير جنسه للجنس المقابل فهل سيتأثر وضعه بتغييره لجنسه ؟ (المطلب الثاني)

عندما جاءت الشريعة الإسلامية، قد جاءت بحق الشخص **في الميراث** و حددت نصيب لكل وارث و جعلت نصيب الذكور أكثر من نصيب الإناث، فلاشك أن تغيير الشخص لجنسه سيؤثر على نصيبه في الميراث فكيف يكون هذا التأثير ؟

المـطـــلب الأول

مصير حق التعليم بالنسبة للمغير لجنسه.

لقد نص المشرع الجزائري في الدستور على غرار جميع الدول الأخرى، على الحق في التعليم لكافة الأفراد و هذا من المادة 53 من دستور 1996 المعدل سنة 2008،[2] على مايلي :" الحق في التعليم مضمون، التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون التعليم الأساسي إجباري.
تنظم الدولة المنظومة التعليمية. تسهر على التساوي في الإلتحاق بالتعليم، و التكوين المهني."
إن المشرع الجزائري كغيره من الدول المقارنة قد كفل لكافة الجزائريين في جميع المراحل الحق في التعليم، و جعله مجانيا و إلزاميا في مراحله الأساسية.

[2] أنظر، قانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية 63 ل 16 نوفمبر 2008،ص.08.

كما أن الشريعة الإسلامية قد سبقت كل التشريعات، و حرصت على الحث على تعليم الأبناء و قد كرم الله تعالى العلماء بقوله :"...**إنما يخشى الله من عباده العلماء**....."[3] و لقوله صلى الله عليه و سلم:" **من سلك طريقا يلتمس فيه علما، سهل الله له طريقا إلى الجنة** "[4].

تختلف المجتمعات في سياسة التعليم التي تتبعها، فبعض الدول قد تبنت سياسة الفصل في التعليم بين الإناث و الذكور في المؤسسات التعليمية مثل: جمهورية مصر العربية في المؤسسات التعليمية التابعة للأزهر الشريف، و في العديد من المدارس التابعة لها و في بعض الكليات.لكن بالمقابل نجد أن أغلب الدول تتبع سياسة التعليم المشترك بين الذكور و الإناث و من ذلك نذكر الجزائر عدا في كلية الشريعة الإسلامية نجد اتباع سياسة الفصل بين الجنسين إمتثالا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إن تغيير الشخص لجنسه و تصحيحه أو تعديله لبيان الجنس و لإسمه يمتد أثره على الأوراق و الشهادات الرسمية المتحصل عليها من هذه الهيئات التعليمية، إذ يتطلب الأمر تجديد هذه الوثائق و تصحيحها وفقا للجنس الجديد و الإسم الجديد الذي أصبح عليه المغير لجنسه لجعلها متطابقة مع الواقع الجديد للمتعلم و هو ما يختلف من تغيير للجنس لأسباب عضوية أو لأسباب نفسية و تختلف طريقة معالجة هذه المشاكل من دولة لأخرى و هذا ما يجعلنا نلقي نظرة حول كيفية معالجة هذه المشاكل في فرنسا (الفرع الأول) و في كل من مصر و الجزائر (الفرع الثاني).

الفـــــــــرع الأول

تأثير تغيير جنس الشخص على الحق في التعليم بفرنسا

حق التعليم مضمون أيضا من طرف المشرع الفرنسي، و الهيئات التعليمية المتواجدة بها تبنت سياسة التعليم المشترك بين الذكور و الإناث، و من تم فإنها تقبل الذكور و الإناث ضمن طلابها دون تفرقة.و من تم ليس هناك مشكلة إذا ثبت أن أحد طلابها أصبح على عكس ظاهره. فمن المنطقي أن يتم تغيير البيانات الخاصة به وفقا لنوعه و إسمه الجديدين الذي تحصل عليهم بموجب أحكام قضائية و يتم تعديل تسجيله حسب المظهر الجسدي الجديد الذي إكتسبه.و من حقه السماح له بإستكمال دراسته في ظل الهوية الجنسية الجديدة التي أصبح عليها جنسه الشكلي الظاهر سواء أكان ذكرا و تغير إلى أنثى أو العكس.

-و قد عرضت قضية على المحكمة الإبتدائية ل Nanterre تاريخ 21 أفريل 1983، التي قضت ل فتاة تدعى hérèseT لها ميل ذكوري إستطاعت أن تسجل في الجامعة تحت هويتها ل.....François A سنة 1975، و قد نجحت في إمتحاناتها في علم النفس.[5]
و قد أكدت القضية أن تغيير الإسم يمكن أن يتم قبل و خارج أي طريق قضائي أي أنه لا يثير مشاكل و يمكن أن يصحح و يستعمل بدون أي إشكال على خلاف تغيير اللقب الذي يكون إستعماله على نحو غير قانوني معاقب عليه جزائيا.[6]
و قد أمرت ذات المحكمة بأن يتم تغيير جنسها إلى جنس ذكوري و الإسم إلى François سنة 1983، و من تم إستطاعت الفتاة أن تسجل في الجامعة بهويتها الجنسية الذكورية حتى قبل أن تغير حالتها المدنية التي لم تحصل عليها إلا سنة 1983، بموجب حكم محكمة Nanterre، السالف الذكر.

أما بالنسبة لحق المغير لجنسه في الحصول على شهادات بمؤهله العلمي الذي حصل عليه قبل تغيير جنسه، و جعلها تجدد بما يتفق مع نوعه و إسمه الجديدين الذي حصل عليهما بموجب حكم قضائي بتعديل

---

[3] أنظر، سورة فاطر، الآية رقم 28.
[4] رواه الترميذي رقم 2646، دارإحياء الثراث العربي، بيروت، ج 28/5.
[5] Voir, T.G.I, de Nanterre, 21 avril 1983, Gaz.Pal 1983, J.605-608.
[6] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.515.n°1626.

بيانات إسمه الشخصي و نوعه في سجلات الحالة المدنية.و أنه سبق تناول هذه النقطة في حق المغير لجنسه في الحصول على أوراق رسمية تتماشى و هويته الجنسية الجديدة. إذ تم الملاحظة أن الواقع العملي ببعض رئاسات الجامعات بفرنسا تقبل إعادة تحرير شهادات أو ديبلوم المغيرين لجنسهم آخذين بعين إعتبار هويتهم الجديدة، و بالأخص تغيير إسمهم المرتبط بتغيير الجنس و هذا هو الحال بجامعة Paris.[7]

الفـــــــرع الثـــانـي

تأثير تغييـر جنس الشخص على حقه في التعليم في كل من مصر و الجزائر

إن النظام القانوني المصري و الجزائري يتميزان أنهما يعترفان بآثار تغيير الجنس لأسباب عضوية، في حين لا يعترفان أصلا بمشروعية تغيير الجنس لأسباب نفسية، و من تم فكل ما يترتب على باطل فهو باطل و لا يعتد بآثاره.
قد يطرح عمليا أن شخصا غير جنسه سواء أثناء طور التعليم أو بعد الإنتهاء منه.و هذا التغيير سيؤثر على حقه في التعليم فقد ينقص من حقه في التعليم أو يحرمه منه، بالأخص إذا كنا بصدد مؤسسات تعليمية لا تقبل بين طلابها إلا نوعا واحد إما ذكر أو أنثى فقط، و لا يوجد نظير لهذه المؤسسة تقبل النوع الآخر الذي تغير عليه مثل (الكليات العسكرية) فكيف سيكون وضعه التعليمي ؟ و لهذا سنتناول هذا الإشكال في كل من الجزائر و مصر.

أولا : أثر تغيير الجنس على الحق في التعليم في مصر.

إن الأمر يختلف حسبما سيكون التغيير في الجنس تم لأسباب عضوية أو نفسية :

الحالة الأولى : إذا كان تغيير الفرد لجنسه يعود لأسباب عضوية، فإن الجراحة التي أجريت عليه تعتبر كاشفه للنوع الحقيقي للمعني بالأمر، فإنه يتمتع بحقه كفرد عادي له حق الإلتحاق بالجهة التعليمية التي تتناسب مع سنه بعد تعديل حالته المدنية، و تغيير بيان إسمه و جنسه في شهادة ميلاده و الوثائق الرسمية الأخرى.و يكون من حقه إستكمال دراسته وفقا للجنس المصحح عليه، و ما على المؤسسة التعليمية إلا أن تصحح البيانات الخاصة بإسمه و جنسه في ملفه الدراسي و السجلات المدرسية المعدة لذلك، فإذا كانت المؤسسة التعليمية تقوم على الفصل بين الجنسين، فيكون على عاتق الإدارة القيام بتعديل بيانات الطالب بعد تعديل حالته الشخصية في ملفاتها و سجلاتها مع تحويل الطالب إلى المؤسسة التعليمية المقابلة الخاصة بنوعه الجديد في نفس التخصص و الدرجة العلمية (مع التكتم قدر الإمكان حفاظا على نفسية المعني بالأمر).
أما إذا كان الجهة التعليمية تتبع سياسة التعليم المشترك، فلا يوجد إشكال، يتم تغيير بيانات إسمه و جنسه في ملفه الدراسي و يكمل دراسته داخل هذه المؤسسة التعليمية وفقا لهويته الجنسية المصححة.
و لكن الإشكال الحاصل هو حول حقه في الحصول على شهادات علمية بالمؤهل المتحصل عليه المعني بالأمر قبل تغيير جنسه في جميع المراحل التعليمية، هل يمكن التغيير في بيانات ما دون فيها ؟
بالرجوع إلى ما تضمنته النشرة العامة رقم 20 بتاريخ 30 جانفي 1966 التي حظرت إجراء تصحيح في إستمارة النجاح، و في الشهادات العامة، إذا كان الحكم الصادر بتصحيح إسم التلميذ قد صدر **بعد** آداء الإمتحان في الشهادة المراد إجراء التصحيح بها، فإنه يكفي إرفاق المعني بالأمر، المؤهل الدراسي الحاصل عليه بالحكم الذي صدر بالتصحيح أو مستخرج من دفاتر الولادة يفيد حصول هذا التصحيح.
أما إذا حصل التصحيح قبل موعد الإمتحان المقرر للشهادة، فإنه يكون من السهل إجراء التصحيح في الإستمارات و الشهادات. و يتعين أيضا قيد التلميذ في السجلات وفقا للبيانات التي تم تغييرها، على أن

[7] Voir, Dominique Bandis, defendeurs des droits, p.5, PDF sur site le 27 juin 2012.

يرفق الحكم الصادر بالتصحيح أو مستخرج من دفتر المواليد، بملف التلميذ.و بتطبيق هذا الحكم و قياسه على حالة الخنثى العضوي فإنه يمكن إجراء تصحيح لبيانات الإسم و النوع في الشهادات العلمية لمن غير جنسه بسبب عضوي، و ذلك بتقديمه للحكم القضائي بتعديل بياني الإسم و الجنس في الحالة المدنية مرفق بالشهادة العلمية المتحصل عليها للتمكن من إجراء التصحيح في الشهادة العلمية و في سجلات الجهة التعليمية التي كان منتسبا إليها.[8]

الحالة الثانية : إذا كان تغيير الفرد لجنسه يعود لأسباب نفسية، فإن الجراحة التي أجريت له هي منشأة لجنس جديد للمعني بالأمر.و مصر هي من الدول التي تباينت مواقف كل من الفقه و القضاء بشأنها، إذ الفقه قد حظر مثل هذه العمليات و لم يعترف بالآثار المترتبة عليها.في حين القضاء قد إعترف بهذه الجراحة و رتب آثار عليها، و لذلك يثور التساؤل عن حق المغير لجنسه لأسباب نفسية في مواصلة تعليمه ؟ و مدى حقه في الحصول على مؤهل علمي جديد حسب هويته الجنسية الجديدة ؟

-الثابت فقها في مصر أن العمل الجراحي لتغيير الجنس لأسباب نفسية هو محظور على كافة المواطنين المصريين، داخل مصر و خارجها، سواء تمت بواسطة أطباء مصريين أم أجانب.

-المشرع المصري نظم بنصوص واضحة ضوابط محددة على جهة الإدارة بالمؤسسة التعليمية المختلفة إحترامها لإختيار من يلتحق بها، و أي مخالفة لذلك يرتب توقيع عقوبة تأديبية قد تصل إلى حد الفصل المؤقت أو النهائي، و هذا في جميع مراحل التعليم، إذ ينبغي على طالب العلم الإلتزام بقواعد السلوك الحميد، و مراعاة الضوابط المختلفة التي تقررها المؤسسة التعليمية و ألا يتعارض سلوكه مع القيم و التقاليد الجامعية.

و من تم إذا قام أحد الطلاب المصريين بتغيير جنسه لأسباب نفسه، فسيقوم بأعمال تتنافى و القيم الراسخة في المجتمع المصري و إخلالا بالنظام العام و مخالفة للقانون.و هو ماحدث في قضية الطالب سالي الذي غير جنسه أثناء المرحلة التعليمية بجامعة الأزهر -لدليل حي على مثل هذا الإشكال- حيث بدأ بإظهار تصرفات شاذة، كالتخنث و التشبه بالنساء في الكثير من المرات، في لبسه و زينته و سلوكه و قدمت العديد من الشكاوى ضده لعميد كلية الطب، قرر الأمر بإيقافه عن الدراسة بالكلية و منعه من دخولها، و شكل لجنة طبية لإستبيان حالته و إعداد تقرير بشأنها و هذا إستنادا إلى قانون تنظيم الجامعات المصرية رقم 49 لسنة 1972 الصادر في 5 أكتوبر 1972 الخاص بنظام تأديب الذي نصت المادة 124 منه على :" يعتبر مخالفة تأديبية : كل إخلال بالقوانين و اللوائح و التقاليد الجامعية، و على الأخص : (1).....، (2).....، (3) لكل فعل يتنافى مع الشرف و الكرامة أو مخل بحسن السير و السلوك داخل الجامعة أو خارجها."

كما تنص المادة 126 منه أن :" العقوبات التأديبية هي :".....(13) الفصل النهائي من الجامعة.....و لمجلس الكلية أن يعيد النظر في القرار الصادر بالفصل النهائي بعد مضي ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ صدور القرار ."[9]

و قد تم إبتداء فصله مؤقتا لمدة شهرين منحت للطالب فيها الفرصة ليعود على حالته الطبيعية.و قد بين لاحقا التقرير الطبي المعد من لجنة طبية مشكلة من عشر أساتذة متخصصين في كافة فروع الطب ذات الصلة بالحالة المعروضة شكلتها كلية طب الأزهر بنين، بينـت بتاريخ 13 أفريل 1988 أن الفحص على الطالب "سيد" بين أن العملية التي أجراها الطالب الذي صار **ذكرا فاقد** الأعضائه التناسلية الخارجية بدون دواع طبية عضوية على الإطلاق، و لم يصبح أنثى حقيقته كما كان يرجو.و إستنادا إلى اللائحة التنفيذية للقرار الجمهوري رقم 205 لسنة 1975 في مواد 246 و 248 فقد قرر المجلس بجلسته المنعقدة ب 7 جوان 1988 بعد المداولة و بإجماع الآراء و بعد الإطلاع على الأوراق و التقارير ما يلي :

1-فصل الطالب "سيد" من جامعة الأزهر **نهائيا**

2-إبلاغ قرار الفصل إلى جميع الجامعات المصري.....[10]

---

[8] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.451.

[9] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص454 هامش1.

[10] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.102-104

و قد رأى بعض رجال القانون منهم الشهابي إبراهيم الشرقاني، أن موقف الأزهر كان صائبا تماما بالفصل إلا أن القضاء المصري قد أضاع بهجة الإعتزاز بهذا الموقف عندما إعترف للطالب بوضعه الجديد المصطنع.[11]و هذا بعدما رفع الطالب المفصول دعوى إدارية سبق و أن عرضنا تفاصيلها من أجل وقف تنفيذ قرار الفصل و إلغاء قرار رئيس جامعة الأزهر بفصله من كلية طب الأزهر. و صدر عن محكمة القضاء الإداري بمصر حكم بالجلسة المنعقدة بتاريخ 1991/07/08 قضى " بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الأهر بنين بفصل الطالب "سيد" لوقوعه على غير محل، و رفض ماعدا ذلك من طلبات و ألزمت المدعية و جامعة الأزهر المصروفات مناصفة ".و قد بررت المحكمة قرارها أن الطالب قدم وثائق و شهادات رسمية لها حجيتها تثبت أن الطالب لم يعد بعد العملية الجراحية ذكرا و تغير نوعه إلى أنثى حسب شهادة ميلاده الحاملة رقم 491 في 1998/05/11 بإسمه الجديد و جنسه الجديدين.[12]و من تم يكون في مصر تغيير جنس الطالب أثناء مساره التعليمي لا يمنعه من مواصلة تعليميه وفقا للجنس الجديد، الذي إكتسبه حسبما ما هو ثابت في وثائق الحالة المدنية.

إلا أن الإشكال الحاصل هل سيواصل تعليمه ضمن نفس المؤسسة التعليمية بالرغم من هذه الأخير لا تقبل إلا جنسا واحدا فقط ؟

و في هذا الصدد فقد قررت المحكمة الإدارية أن الكلية الطب لا تملك إصدار قرار بتحويل الطالبة (في قضية سالي) إلى كلية أخرى، لأنه أيضا يكون واقعا على غير محل.أما عن قبولها بإحدى الكليات أو الجامعات الأخرى، هو أمر يخضع لتقدير تلك الجامعة أو الكلية بحسب القواعد المعمول بها في هذا الشأن.و من تم طرح الإشكال أمام كلية الطب الأزهر "بنين" فعليها تنفيذ القرار المحكمة الإدارية بإلغاء قرار الفصل الصادر ضد الطالب المغير لجنسه لأسباب نفسية.لكن في نفس الوقت هي تتبنى سياسة الفصل بين الجنسين و تقبل فقط الذكور.و أن الطالب هو من جنس مؤنث مما يقتضي إعادة قيده كأنثى بكلية طب الأزهر بنات بإسم سالي و هو الأمر الذي جعل القضاء الإداري يصدر قرار آخر بقيد الطالبة بكلية طب بنات الأزهر بإسم سالي في العام الدراسي 1996/1995.

عندها رفعت الجامعة إشكالا في هذا الصدد الذي تأجل النظر في جلسة 4 يناير 2000.[13]و لكننا لم نعثر على مصير هذا الإشكال في مصر، لكون أن "سيد" الذي أصبح سالي لا هو من جنس الذكور بالمعنى الحقيقي و لا أنثى حقيقية بالمفهوم الطبي.و لكن الإحتمال أن الإشكال المطروح من الجامعة سيتم رفضه لنفس السبب ألا و هو حيازة المعنية بالأمر على شهادة ميلاد تحمل جنس أنثى و إسم أنثوي لها حجيتها إلا أن يطعن فيها و من تم يجب قيدها كأنثى بجامعة مقابلة للجنس الذي كانت عليه.و بهذا فإنه في مصر، يتم تحويل المغير لجنسه إلى الجامعة المقابلة للجامعة التي كان جنسه عليها، هذا في حالة تبني هذه المؤسسة التعليمية سياسة الفصل بين الجنسين.

و قد يطرح عمليا إشكال آخر حول مدى إمكانية قبول من غير جنسه لأسباب نفسية الإلتحاق بالكليات العسكرية و الشرطة ؟ و هو يعد رفضهم متعارضا مع الحق في التعليم المضمون الذي كفله الدستور و القوانين ؟

بالرجوع إلى المادة 10 من القانون 91 لسنة 1975 بشأن أكاديمية الشرطة بمصر التي وضع فيها المشرع المصري شروطا للقبول في كلية الشرطة و كلية الضباط المتخصصين عدة شروط منها شرطان أساسين و هما :

1-ألا يكون سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية بجريمة مخلة بالشرف و الأمانة.
2-أن بكون محمود السيرة، حسن السمعة.

[11] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.567.
[12] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.108.
[13] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.460.

و قد ترك المشرع المجال لتقدير حسن السمعة لجهة الإدارة في إطار مسؤوليتها في إعداد ضابط الشرطة، الذي يتولى مهام الحفاظ على الأمن، و مطاردة الخارجين على القانون. و أكدت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، لا معقب عليها، مادامت تتوخى المصلحة العامة فيما قررته من شروط للقبول. و أكدت أنه لا تثريب على جهة الإدارة طالما خلا تقديرها، من إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها. و قضت أن سمعة الطالب المترشح يمكن أن تتأثر بمسلك شخصي أو خلقي أو بأوضاع تحيط به، يمكن أن تؤثر على عمله المستقبلي.و قد تتساهل الإدارة بالنسبة لوظائف معينة أو تتشدد في بعض الوظائف الأخرى كالقضاء و الشرطة، بالنسبة لشرط حسن السمعة.و أساس ذلك أن مثل هذه الوظائف، تتطلب في شاغلها مستوى معين من حسن السمعة.[14] و بهذا إعتبر البعض أنه لا يحق للمغير لجنسه أن يطلب الإلتحاق بكلية الشرطة أو الحربية أو غيرها من الهيئات التعليمية التي تتطلب توافر الشروط السابقة الذكر للإلتحاق بها.

لأن ذلك بسبب ما ينطوي عليه ماضيه، من أمور مخلة بالشرف و الأمانة و سوء سمعته و سلوكه طيلة الفترة التي يمر بها تحوله الجنسي، و ما قد يعتريه من مظاهر سلوكية منحرفة كالتشبه بالجنس الآخر و إرتداء ملابس الجنس الآخر و الإنحراف في السلوك و أعمال الشذوذ التي قد تصدر منه إذا كان يدعي أنه من الجنس الآخر، تجعل سمعته سيئة و تكون سببا لرفض الإلتحاق بهذه المؤسسات التعليمية أو فصله منها إذا تم تغيير جنسه لاحقا على الإلتحاق بها.[15]

أما عن سؤال آخر هل يحق لمن غير جنسه لأسباب نفسية أن يحصل على المؤهل العلمي وفقا للتغيير الحاصل على الهوية الجنسية الجديدة يحمل إسمه الجديد و جنسه الجديد ؟

فقد أجاب البعض على أنه مادام أن هذه الجراحة محظورة فإن طلبه بإستخراج شهادة علمية بالإسم و النوع الجديدين سيرفض لأن ما هو مسجل في الشهادات العلمية له حجية ثابتة داخل الدولة و خارجها، و إلا إعتبرت أن هذه الشهادة تتضمن بيانات غير حقيقية دون أن تعكس حقيقة صاحب الشأن.[16]
إلا أن رأيهم هذا غير متفق مع ما وصل إليه القضاء المصري الذي سبق و أن رأينا أنه إعترف للمغير لجنسه بحقه في الحصول على تغيير بيان جنسه و تغيير إسمه في الحالة المدنية و تحصل على شهادة ميلاد وفقا للجنس الجديد الذي إكتسبه، و أعطى القضاء القرار الإداري في قضية سالي قرار بإعادة قيدها في كلية بنات طب الأزهر وفق للنوع الجديد، فهل كل هذه الآثار التي قبل الإعتراف بها للمغير لجنسه سيعارض في الأخير أن يسلمه شهادة علمية تتماشى مع الواقع الجنسي الجديد للمغير لجنسه ؟ مع العلم أن الشهادة ما هي إلا إعتراف بالمؤهلات المعرفية التي يملكها المغير لجنسه قبل تغيير جنسه، فلا يوجد ما يمنع حصوله على شهادة جديدة حسب نوعه و إسمه الجديدين.

و هذا ليس إعتراف منا بتغيير الجنس لأسباب نفسية، و إنما هو تحصيل حاصل.مادام أنه إعترف له بتغيير حالته المدنية فإنه من المنطقي أن يحمل وثائق رسمية و شهادات علمية حسب نوعه الجديد، ليستطيع أن يجد منصب عمل حسب مؤهلاته العلمية.و لذلك لا يمكن القول أن ما تتضمنه الشهادة من بيانات غير حقيقية.مادام في الأصل أن الخطأ الأول عندما إعترف له بتغيير زائف و مصطنع لجنسه و لا تعترف به شريعتنا الغراء.و أن الجنس المعترف به بعد التغيير هو غير جائز. و لكن مادام إعترف له بتغيير حالته المدنية.فالبديهي حسب رأينا أن يعترف له بالآثار المترتبة على ذلك كما هو الحال في الدول الغربية مثل فرنسا، و هو الأمر الذي لا يمكن أن نتماشى معه لأن مثل هذه الجراحات فيها، تشجيع لأنواع الشذوذ و مساعدة على النصب و الإحتيال على الغير الذي سيقع في غش في تعامله مع شخص لا هو بذكر و لا بأنثى.و لابد من إيجاد حلول جديدة بدلا من القول بالحظر بدون نصوص قانونية رادعة في هذا المجال.

---

[14] أنظر، المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 1991، لسنة 32 ق، جلسة 1989/12/20، م.م.ق، جزء 1، ص.474، و الطعن رقم 7423، لسنة 46، جلسة 27 فبراير 2002. مذكور في محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص462 هامش 1.
[15] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.462.
[16] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.462.

ثانيا : أثر تغيير الجنس على الحق في التعليم في الجــزائــر

ضمان الحق في التعليم للفرد، يعتبر من مظاهر الحياة الفكرية و عنصر من عناصرها، لأنه سبيل الأمة في بناء ذاتها و ترقية وجودها و تنمية وعي أفرادها.
كما يعد الحق في التعليم من أهم الحقوق التي حرصت المواثيق الدولية و الدساتير على ضمانه و تنظيمه، فقد نصت المادة 53 من الدستور الجزائري على ما يلي :" الحق في التعليم مضمون.
التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون.
التعليم الأساسي **إجباري** تنظم الدولة المنظومة التعليمية.
تسهر الدولة على **التساوي** في الإلتحاق بالتعليم و التكوين المهني ".

و من تم تكون الدولة الجزائرية قد حرصت أن يكون التعليم إلزاميا في المراحل الأولى للتعليم و مجانيا، يتسم بسمة العموم و التساوي في الإلتحاق به، و يمكن القول أن حق التعليم هو مخول للجميع دون التمييز في التمتع به، بين الذكور و الإناث على قدم المساواة.
و قد حكم الأمر رقم 35/76 المؤرخ في 16 أفريل 1976 نظام التربية و التعليم في الجزائر لمدة 32 سنة، إلى أن جاء القانون التوجيهي للتربية بموجب الأمر 08-04 المؤرخ في 23 جانفي 2008، الذي كان من أهم المبادىء التي جاء بها ضمان الحق في التعليم الذي يقع على عاتق الدولة دون تمييز قائم على **الجنس** أو الحالة الإجتماعية و وضعها.فحق التعليم مضمون للبنين و البنات و للغني و الفقير.

و الهيئات التعليمية الموجود في الجزائر تبنت سياسة التعليم المشترك بين الذكو و الإناث و من تم فإنها تقبل الذكور و الإناث دون تفرقة. و هذا على جميع مستويات التعليم على مختلف مراحله.و ليس هناك مشكلة إذا غيّر أحد تلاميذها أو طلابها جنسه إلى النوع الآخر. و سنفرق بين حالتين :

الأولى : إذا غير الفرد جنسه لأسباب عضوية، فإن الجراحة التي أجريت عليه تعتبر كاشفة للجنس الحقيقي له. الأمر الذي يتطلب إستفادته من جميع حقوق الجنس الآخر الذي صحح عليه و إلتحاقه بالجهة التعليمية التي تناسب مرحلته العمرية بعدما يتحصل على وثائق الحالة المدنية التي يتماشى و تصحيح إسمه و جنسه.و إذا كان يدرس و حصل التصحيح فمن حقه متابعة دراسته في نفس المرحلة التي كان فيها قبل تصحيح جنسه، و ما على المؤسسة التعليمية التابع لها إلا أن تعدل بيانات التلميذ في السجلات المدرسية بدون أي إشكال، مادامت نفس المؤسسة التعليمية (إبتدائي أو متوسط أو ثانوي) تقبل الجنسين معا.
فإذا كان التصحيح الجنسي للطفل تم في سن مبكرة قبل بلوغه و هذا هو المفروض أن يحصل فإن إلتحاق بأولى المراحل التعليمية و هي مستوى الإبتدائي، لا يطرح إشكالا بالنسبة للشهادات المدرسية ستكون مدون عليها إسمه الجديد حسب الجنس الذي صحح عليه.
لكن الإشكال الحاصل هو بالنسبة لمن وقع تغيير جنسه العضوي بعد إلتحاقه بالتعليم، فهل يمكن له أن يغير ما دون في وثائقه المدرسية.
فإن ما جرى العمل عليه في الأوساط التعليمية و هو أن تصحيحات الأخطاء المادية تتم عند تسجيل التلميذ أو الطالب (بالجامعة)، و من تم يقدم المعني بالأمر شهادة ميلاده الجديدة، مرفقة بطلب تصحيح لمدير المؤسسة التربوية و يتم إجراء التصحيحات اللازمة حسب و ثائق الحالة المدنية المرفقة، و هو الحكم الذي ينطبق على حالة الخنثى العضوي. أما إذا كان تصحيحه الجنسي تم بعد الوقت القانوني المخصص للتسجيلات فإنه لا يتم التصحيح، و إنما يكفي المعني بالأمر أن يقدم شهادة تسجيله مرفقة بالحكم الذي قضى بتصحيح إسمه و جنسه، و بشهادة ميلاده، حسب النوع الذي صحح عليه.

أما الحالة الثانية : إذا غيّر الفرد جنسه لأسباب نفسية، فزيادة على أن الجراحة غير مشروعة لمخالفتها للقواعد و الأصول الطبية، فإنها تعتبر مبدعة لجنس جديد لا يعرفه القانون، فهل يحق لهذا الشخص أن يمارس حق في التعليم الإجباري و المجاني الذي كفلته الدولة الجزائرية لكل الأفراد و بدون تمييز بينهم على أساس الجنس ؟

رغم أن ما نتناوله هو مجرد إفتراض لم يطرح بعد على أي مؤسسة تعليمية بالجزائر على حد علمنا، إلا أنه أمر لابد من تصوره أمام ما ينشر عبر مواقع الأنترنيت من جمعيات تحمي المغيرين لجنسهم و حقوق الإنسان التي تريد أن تضمن حق الفرد في إحترام حياته الخاصة و إلى غير ذلك من الحركات التحررية التي نسمع عنها بالأخص أن هناك جزائريين لجأو إلى فرنسا لإجراء عمليات جراحية بغية تغيير جنسهم. و الأكثر من ذلك الإحتمال الذي نحن بصدده متعلق بالمرحلة التعليمية الجامعية، لأن غالبا المغير لجنسه هو شخص بالغ تجاوز المراحل الأساسية للتعليم.
إذا إفترضنا أن طالب أقبل على إجراء جراحة لتغيير جنسه لأسباب نفسية فنكون أمام إحتمالين يتحدد على أساسهما الأثر المترتب على حق التعليم و هما :

1/ إذا إستطاع الطالب الجزائري أن يتحصل على تعديل لحالته المدنية وفقا للجنس الجديد الذي أصبح عليه (و لا تهمنا الطريقة التي إستعملها في تسجيل جنسه الجديد في الحالة المدنية)، فإن المؤسسة التعليمية التي كان يزاول فيها دراسته ملزمة أن تقبله ضمن طلابها، لأنها تقوم على التعليم المختلط بين الذكور و الإناث، و ما عليها إلا أن تصحح بياناته المسجلة في ملف التعليمي، و هذا لأن الوثائق الصادرة من الحالة المدنية لها حجية إلا أن يثبت تزويرها، هذا من الوجهة القانونية.إلا أن من الناحية الشرعية فلا يمكن السماح له بمواصلة تعليمية بصورة عادية و إنما لابد من منعه الدخول إلى المؤسسات التربوية و الجامعية لأن فعله و سلوكه وفق الجنس الجديد يعد إخلالا بحسن السيرة و السلوك المطلوبين في أي طالب و لا يمكن الإعتداء بالآثار المترتبة على مثل هذه التدخلات الطبية غير المشروعة و يتعين تأديب الطالب و إحالته على المجلس التأديبي على سلوكه المنبوذ.

و أمام الفراغ التشريعي، فإن الأمر يتطلب التدخل التشريعي بنصوص قانونية في هذه الحالات الخاصة و الحساسة.
أما بالنسبة لمؤهلاته العلمية التي تحصل عليها سابقا على تغييره فهل يجوز تصحيحها ؟

أمام النقص التشريعي، فإنه على حسب وجهة نظرنا أن المغير لجنسه أجرى جراحة تغييرية أنشأت جنسا جديدا لا يعرفه القانون سابقا. و من تم فإن التغيير الحاصل ليس له أثر رجعي و عليه لا يمكن أن نقبل أن من كان سابقا من أصل ذكر و أصبح بعد الجراحة أنثى أن نعتبره نفس الشخص و نطابق بين أصله و حاضره لأن الجنسين مختلفين فالأول أصلي و الثاني مصطنع و كأننا أمام شخص مستنسخ من جنس آخر، و لهذا حتى و إن كان الأمر يتعلق بمؤهلاته العلمية إلا أننا نرى أن نحرمه من هذا الحق، عقابا له حتى لا نفتح بابا لكل مريض نفسي لإجراء مثل هذه الجراحة. و يكفينا لتبرير رفض تعديل شهاداته العلمية أن نحتج بأن تغيير الجنس لسبب نفسي ليس له أثر رجعي و من تم لا يمكن إجراء أي تصحيح في شهادته المتحصل عليها قبل إجراء جراحة غير مشروعة لا تتوافر فيها الدواعي الطبية.

2/ إذا لم يستطيع الطالب الذي أجرى الجراحة التحولية لجنسه أن يتحصل على وثائق للحالة المدنية و هذا هو الأمر المتوقع غالبا. فإن الطالب الذي يحتج بجنسه الجديد و يريد الإعتراف له بحقه في التعليم، سيجد أمامه عقبة، و هي مسألة إثبات الجنس الجديد الذي أصبح عليه. فالقانون لا يعترف بالجنس الظاهر لوحده و إنما يعترف بالجنس القانوني المدون في سجلات الحالة المدنية. و من تم ليس لهذا المغير لجنسه أن يطلب أي تعديل لبياناته المدونة في ملفه التعليمي، و مع ذلك سيواصل تعليمه في المرحلة التي كان عليها على إعتبار أن المؤسسات التعليمية تقبل النوعين الذكر و الأنثى، إلا أننا يمكن إعتباره أنه ليس نفس الطالب و نقوم بإحالته إلى المحاكمة الجزائية لإنتحاله لصفة كاذبة بإدعائه أنه نفس الشخص المسجل لدى هذه المؤسسة التعليمية و لكننا أمام شخص آخر لا ينتمي إلى الجنس المسجل بالهيئة التعليمية.

كما أنه بالإمكان أن يحال هذا المغير لجنسه على المجلس التأديبي بحجة إتيانه تصرفات و أفعال منافية للنظام العام للهيئة التعليمية لأنه يمس بالأخلاق و يتشبه بأفراد الجنس الآخر.

الأكثر من ذلك هناك إفتراضه آخر يتعلق بحق الطلاب الجامعيين البقاء في الإقامات الجامعية التي تفصل بين الإناث و الذكور فكيف يمكن التعامل مع شخص غير جنسه ؟

إن وجهة نظرنا أن المغير لجنسه سواء الذي تحصل على وثائق رسمية بجنسه الجديد أم لا فإنه يجب يمنع من الدخول لكلا الإقامتين سواء خاصة بالذكور إذا ما أصبح بعد الجراحة ذكر بعدما كان أنثى أو العكس. لأن في إختلاطه مع أشخاص من نفس جنسه الأصلي تشجيع للفساد و الإنحراف و إنتشار لأفعال الشذوذ الجنسي و من شأن سلوكه أن يؤثر على الطلاب الآخرين و يقلدونه بداية من باب السخرية ليصبح الأمر واقعا. لأن الثابت طبيا أن أولى مراحل تغيير الجنس يكون فيها الشخص متشبه بأشخاص الجنس الآخر حتى تصبح فكرة راسخة في ذهنه تسيطر عليه و تجعله يرغب في إستئصال أعضائه التناسلية.
و بهذا يجب البحث عن أية حيلة قانونية (أمام الفراغ التشريعي) تبرر منع إقامة الطالب مع أشخاص من جنسه الجديد لأن الأمر فيه خطورة لا يستهان بها، و ترك الأمور بدون تنظيم قانوني لا يعني أن نبيح كل الأمور إنما لابد من مراعاة الضوابط العامة و تطبيقها عند عدم وجود نص، كما هوالحال بالنسبة لتغيير الجنس الذي يصطدم مع ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز الإعتراف بمثل هذه الجراحة و من تم عدم الاعتراف بالآثار المترتبة عليها. و مع ذلك تبقى الحاجة إلى نصوص تشريعية في هذا الصدد أمر ضروري لا يمكن التغاضي عنه.

المـطـــلب الثـــانـــي

أثر تغيير جنس الفرد على حقه في العمل و تقلد الوظائف و الحق في التقاعد و المعاش

لقد نص الدستور الجزائري كغيره من كافة الدساتير، في مادته 55 على :"لكل المواطنين الحق في العمل. يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية و الأمن، و النظافة.
الحق في الراحة مضمون و يحدد القانون كيفيات ممارسته."
كما نص في المادة 51 منه على أنه :" يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام و الوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون.

و يعد مبدأ المساواة بين العمال و العاملات من المبادىء التي أكدتها إتفاقية العمل الدولية رقم 100 لسنة 1951 التي تحظر أي تمييز بين الأفراد في ميدان العمل إستنادا إلى الجنس أو اللون أو الدين.

كما نصت معاهدة روما على مبدأ عدم التمييز و المساواة المهنية ما بين الجنسين، و قد دفع ذلك المبدأ بمحكمة عدل الإتحاد الأوربي إلى معارضة منع العمل الليلي للنساء، رغم تكريسه في العديد من التشريعات الوطنية مدينا بذلك فرنسا لتكريسها المادة 1- 213 التي تمنع تشغيل النساء ليلا، التي كان يتعين عليها إعطاء الأولوية للقانون الأوربي المشترك.[17] و حتى في التشريع الجزائري ينص على تنظيم خاص لعمل النساء، إذ يحظر عملهم ليلا بموجب المادة 1/29 من قانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المعدل و المتمم،[18] المتعلق بعلاقات العمل (بين التاسعة مساءا و الخامسة صباحا)، إلا في الحالات التي يرخص لها مفتش العمل المختص إقليميا عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط و خصوصيات منصب العمل.كما أن سن التقاعد يختلف بإختلاف جنس العامل، فنجد أنه بالنسبة للنساء 55 سنة و 60 سنة للرجال.كما أن هناك وظائف لا يتقلدها إلا الرجال فقط أو النساء فقط.

و لذا نتساءل عن إذا كان تغيير الشخص لجنسه سيؤثر على مركزه في العمل أو الوظيفة ؟

[17] ماموني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.164.
[18] قانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المعدل و المتمم بموجب أمر 97-03، المؤرخ في 11 جانفي 1997، المتعلق بعلاقات العمل.

الفـــــرع الأول

أثر تغيير الجنس في حق الحصول على منصب أو التوظيف

لا يثور إشكال في كل الدول حول الأشخاص الذين غيروا جنسهم لأسباب عضوية لكونهم لا دخل لإرادتهم بما يعانون من عيوب خلقية ولدوا بها أو أصيبوا بها لاحقا. و من حق هؤلاء الحصول على منصب عمل ملائم وفقا للجنس الذي صححوا عليه طبيا و بما يتماشى و حالتهم المدنية المصححة، إذ أن الجراحة هي فقط كاشفة لجنسه الذي كان غامضا و متلبسا فيه، و أبرزت الجنس الحقيقي المتفق مع تكوينه الكروموزومي و البيولوجي. و من تم يكون من حقه التقدم بالوثائق اللازمة التي تؤكد حقيقته الجنسية لطلب عمل ملائم أو وظيفة عامة تتماشى مع مؤهلاته العلمية دون أي عائق يتعلق بتصحيحه الجنسي الذي تم وفق تدخل جراحي يقر القانون مشروعيته.

فالمغير لجنسه لأسباب عضوية، و الذي صحح بالجراحة على عكس ظاهره، لا يوجد ما يحرمه من حقه في الحصول على منصب عمل أو أن يتقلد الوظائف العامة وفقا لحقيقته الجنسية إذ أن هذا الحق مضمون له بإعتباره من كافة المواطنين الذين كفل لهم المشرع هذا الحق.
و على ذلك لا يجوز لأحد أن يحرمه من شغل هذه المناصب، لأنه حق طبيعي له تطبيقا لمبدأ المساواة المهنية. و لا يمكن أن يكون لتغيير جنسه العضوي أي عائق يفقده هذا الحق، طالما توافرت فيه الشروط المطلوبة في ذلك العمل أو تلك الوظيفة.

لكن الإشكال الذي يمكن أن يطرح عمليا هو بشأن تغيير الجنس لأسباب نفسية، إذ أن من غيّر جنسه بالجراحة سيتقدم للحصول على منصب عمل أو وظيفة، و أن صاحب العمل سيرفض توظيفه دون أن يبرر رفضه نظرا لعلمه مسبقا أن وجوده بين العمال أو الموظفين سيخلق له بلبلة بين العمال من خلال نظارتهم إليه التي تحمل معنى الاستغراب مما سيؤثر على السير الحسن للعمل في هذه الهيئة المستخدمة.
و لذلك فإن موقف صاحب العمل أو الإدارة المعنية تجاه المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية قد كون رافض لتشغيلهم أو توظيفهم.مقابل ذلك لهم حق في العمل أو التوظيف مما خلق جدلا قانونيا بين مؤيد و معارض بين مختلف الأنظمة القانونية و الدولية.مما ألزمنا الوقوف على مختلف الآراء و المواقف التشريعية أو الفقهية أو القضائية من حيث مدى الإعتراف بحقهم في الحصول على عمل أو وظيفة بعد تغييرهم لجنسهم النفسي بالجراحة ؟ و مدى تقبل بقية العمال لهم و المشاكل التي تعترض المغيرين لجنسهم في محيط العمل ؟ و كان من الضروري بحث هذه الأمور في كل من فرنسا و مصر و الجزائر في فرض أن مغيرا لجنسه النفسي تقدم للعمل في مؤسسة أو شركة ما فكيف يتم التعامل معه ؟

أولا : مدى إعتراف النظام القانوني **الفرنسي** بحق المغير لجنسه في الحصول على عمل أو وظيفة عامة ؟

أثبتت بعض الإحصائيات القديمة أن 23% من المغيرين لجنسهم الذكور، و 28% من المغيرين لجنسهم الإناث أشاروا أنهم في حالة بطالة : رغم أن الإختلاف بين الفئتين السابقتين في الإحصائيات ليس مهم. و أن إرتفاع نسبة البطالة لهذه الفئات هو صعب في مثل هذه الحالات المرضية، مرددين أن سببه الغموض المرتبط بالمظهر الشكلي الذي يشكل عائقا لا يستهان به للإنضمام للعمل.[19]
و قد قبل بعض أصحاب العمل تشغيل من قاموا بتغيير جنسهم تفهما ربما لمشكلتهم، و قبلوا تغيير جنسهم على بطاقة الإنتساب و كذا على كشوف الرواتب لتسهيل إندماجهم في المجتمع كغيرهم من الأفراد العاديين و كان ذلك نتيجة مفرحة لهم في ظل هويتهم الجنسية الجديدة[20].
و من بين الصعوبات التي تواجه المغيرين لجنسهم في الإنخراط في أي عمل هو في البداية أثناء مدة خضوعهم للعلاج الهرموني، الجراحي، فإن علاجهم الطبي هذا لا يأخذ بعين الإعتبار في إجازة العمل. و

[19] Voir, M.Philbert, Transsexualisme et insertion socio-professionnelle, transsexualisme droit et éthique médicale, Op.Cit, p.83.
[20] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.515.n°1626.

قد لوحظ بداية عند أغلبية حالات المغيرين لجنسهم، يتم رفض تشغيلهم بدون أي تسبيب، و يظهر ذلك أنه غير مرتبط بعدم الكفاءة الجسدية للمغير لجنسه للقيام بهذه أو تلك المهنة. لكن الرفض كان له طابع نفسي-إجتماعي مرتبط بالغموض و لإضطراب المظهر المختلق من طرف المغير لجنسه الذي يظهر مرفوض من طرف جماعة العمل، ببعض العار و الخزي في غالب الأحيان.[21]

و قد إزدادت الصعوبات أمام المغيرين لجنسهم في الحصول على منصب عمل أو وظيفة لجني الأموال، و كسب قوتهم و بالأخص لمواصلة علاجهم حتى بالجراحة التجميلية و لجعل حالتهم المدنية تتماشى و حالتهم الجنسية و هذا يتطلب منهم مصاريف لرفع دعاوى قضائية و الإنتظار لمدة معتبرة للحصول على وثائق تثبت هويته الجنسية الجديدة.فوجدوا أنفسهم مجبرين على ممارسة عروض مسرحية للتشبه باللباس الأنثوي أو أن يمارسوا الدعارة مع أصحاب الشهوة الجنسية أو ممارسة أفعال الشذوذ الجنسي، أو العمل الليلي في الملاهي و إحتراف الرقص الخليع، لأنه يجلب الكثير من المال، و هذا لا يعني أن المغير لجنسه الذي تغير إلى أنثى أنه يريد أن يمارس الدعارة و إنما هو يمارس الدعارة، ليصبح أنثى فليس له خيار آخر[22].هل يمكن إعتبار أن تغيير الجنس مبرر كاف لرفض التشغيل أو التوظيف ؟ **و هل أن رفض تشغيل المغيرين لجنسهم بمثابة تمييز مبني على الجنس ؟**

1/ <u>في مجال الوظيفة العمومية</u> :

نجد أن هناك مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة المعلن عنه بالمادة 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن مستبعدا المترشحين الذين لهم مناصب، و مكانة و وظيفة عامة أخرى ذات طابع سياسي، و التفرقة ممكنة بين المترشحين بسبب جنسهم. و هذا ما يستشف من أحكام المادة 25 من قانون رقم 2001 - 397 الصادر بتاريخ 9 ماي 2001 المتعلق بالمساواة المهنية بين الذكور و الإناث، يمكن أن يفسر عندما لا نحدد إلا هدف لعرض متوازن بين الذكور و الإناث الذي يغلب عند المسابقة الخاصة بلجنة التحكيم، و يأخذ الجنس في الإعتبار من خلال الإختصاصات الكفاءات، المؤهلات.

و في نفس السياق فإن مرسوم رقم 2002 – 766 بتاريخ 3 ماي 2002 المتعلق بطرق تعيين أعضاء لجنة التحكيم الخاصة بالتوظيف في وظائف الدولة، أحكام المادة 01 تنص أن: " الإدارة المكلفة بتنظيم المسابقة يجب أن تحترم أقل تناسب لثلث الأشخاص من كل جنس مبررا بتخصصاتهم الضرورية"، و هو ما ينصب على فرض على الإدارة أن تأخذ بعين الإعتبار الهدف لعرض متوازن بين الرجال و النساء.[23]و من تم فإن القانون الفرنسي قد كفل مبدأ المساواة المهنية بين الذكور و الإناث، و لكن هذه المساواة ليست على إطلاقها، و إنما هي مرتبطة بمدى أهمية التخصص، و الكفاءة و المؤهل الذي يتوافر عليه المترشح للوظيفة و مدى حاجة الإدارة من جهة أخرى إلى تلك المؤهلات و التخصصات.و لذلك ترك أمر القبول في التوظيف للإدارة التي عليها أن تأخذ في الحسبان في العروض المقدمة لها التوازن بين فئة الذكور و الإناث في التعيين.و هذه الأمور تبين أن الإدارة لها سلطة تقديرية تراعي فيها المصلحة العامة، و لا يمكن أن ينظر إلى قراراتها أنها **تمييزية** بين الجنسين إلا إذا تم إثبات بالدليل المادي عكس ذلك و هو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية التي عرضت عليه عندما تم الطعن بعدم تناسب أشخاص كل جنس في المسابقات[24].

و بهذا فإن المساواة المطلوبة قانونا بين الجنسين يقصد بها المساواة بين الجنسين، عندما تتوافر فيهما شروط العمل أو التوظيف، إذ يجوز إستبعاد المترشحين من وظيفة معينة لأسباب تتعلق بالذكورة أو الأنوثة، إذا كانت طبيعة هذه الوظيفة أو ظروف ممارستها تحتم هذا الإستبعاد، دون أن يخل ذلك بمبدأ المساواة الذي أكده المشرع بين المواطنين في تقلد الوظائف العامة.

و قياسا على هذه الحالات العامة لشروط التوظيف، فإن المغيرين لجنسهم قد يواجهون رفضهم للإلتحاق بعمل ما أو وظيفة ما بسبب عدم إنتمائهم إلى أي واحد من الجنسين، فلا هم ذكور بأتم معنى الكلمة، و لا هم إناثا بأتم معنى الكلمة و هذا قبل حصولهم على وثائق للحالة المدنية تتماشى مع مظهرهم الجسدي

---

[21] Voir, M.Philbert, Transsexualisme et insertion socio-professionnelle, transsexualisme droit et éthique médicale, Op.Cit, p.85.

[22] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.579.n°1899.

[23] Arrêt rendu par le conseil d'état en 22-06-2007, n°288206, Recueil Lebon 2007.

[24] Voir, La considération du sexe dans la composition des jurys et l'autorité de chose jugée des décisions du conseil constitutionnel, Arrêt rendu par le conseil d'état en 22-06-2007, n°288206, Recueil Lebon 2007.

الجديد. فقد يفاجيء رب العمل أن طالب العمل من خلال الطلب المقدم له المرفق بالوثائق الرسمية التي تبين له أن طالب العمل هو ذكر إلا أن الشخص المتقدم للعمل هو أنثى أو العكس بالعكس.و هذه الظاهرة في حد ذاتها قد تجعله يتراجع عن قرار قبول تعيينه، و هذا لتؤكده أن تواجده في ساحة العمل قد يحدث له إضطرابا بين العمال الآخرين.

و قد أكدت بعض البحوث الإجتماعية التي أجريت بهذا الصدد أن تواجد المغير لجنسه على مستوى مجموعة العمل يطرح العديد من المشاكل في علاقاته مع زملائه في العمل الذين سرعان ما يعرفون مشكلته النفسية، و يلاحظون مظهره و تصرفه، يطالبون بإبعاده عنهم لأنه يفزعهم، و ينزعجون منه[25].
و قد ذهب البعض إلى طرح تساؤل هو؛ هل يمكن تصور أن نقبل أن يكون إطار مسير لشركة أو مؤسسة عمومية هو مغير لجنسه ؟ وهل سلطته ستكون كافية لأن تحترم داخل و خارج الشركة ؟[26]

و هذا التساؤل كان دليل على التشكيك و مدى الإستهانة و الإستخفاف و التقليل من شأن الشخص الذي يغير لجنسه و تأكيدهم على أنه ليس كغيره من الأفراد العاديين، و لكن هذه وجهة نظر قد نجد من يختلف فيها معه، و يرى أن المغيرين لجنسهم قد يحسنون آداء أعمال و وظائف معينة أكثر من غيرهم، و قد نذكر من ذلك الخبر الذي نشر عبر الأنترنيت على قبول الرئيس الأمريكي Barack Obama، تعيين ضمن طاقمه مغيرة لجنسها التي تدعى Amanda Simpson في منصب مستشار تقني رئيسي في وزارة التجارة، و كانت هي المغيرة لجنسها الأولى التي يعطى لها هذا القدر من المسؤولية نظرا لخبرتها.و قد صرحت أن تعيينها ليس له علاقة بهوية نوعها[27].

2/ في مجال قانون العمل :
نجد أن أصحاب العمل يستطيعون رفض تعيين أو تكوين أشخاص مغيرين لجنسهم النفسي، رغم مخالفة ذلك لحق كل شخص في الحصول على عمل الذي يكفله لهم القانون.لكن الصعوبة في أن المغير لجنسه المترشح، لا يمكن له أن يقدم الدليل على أن رفض تشغيله مبني عن تغيير الجنس، لأن أصحاب العمل لا يشيرون إلى سبب رفضهم، لكونه يعرضهم لعقوبة جزائية بإعتباره تمييز من قبلهم و يلزمه بدفع تعويض عليه على تفويته الفرصة و للضرر المعنوي.
و بهذا فقد أكدت المادة 122- 45 من قانون العمل الفرنسي،[28] التي نصت على:" لا أحد يمكن أن يستبعد من إجراء التوظيف [.....] بسبب أصله، جنسه، لآدابه، [.....] إلا إذا كان غير كفء مثبت شرعا من طرف طب العمل ".
و هي تنص على عدم شرعية رفض التوظيف، إذا كان سببه جنس الشخص و يندرج ضمنه تغيير الجنس. إلا أن هناك **إستثناء** على ذلك يمكن لرب العمل رفض تشغيل مغير لجنسه، إذا أثبت طب العمل أن المغير لجنسه المترشح له حالة صحية لا تسمح له بأن يعمل في الوظيفة المترشح لها، أو ربما قد ينظر إلى ثيابه الملفتة للإنتباه.....إلخ.و هنا يوجد مجال للتقدير الذي يكون في أي مجال، و سيكون فيه محلا للتعسفات.و في هذه الحالة يدخل دوالقاضي حسب عناصر كل حالة، ليفصل في مثل هذه التجاوزات التي تمارس في حق المغيرين لجنسهم بما يتماشى و التطبيق السليم للقانون.

و بهذا فإنه لتفادي هذه المشاكل التي تواجه المغير لجنسه النفسي، عليه أن يغير حالته المدنية بما يتماشى مع المظهر الجسدي الجديد الذي إكتسبه، و أن يحاول قدر الإمكان إخفاء أنه مغير لجنسه في علاقاته مع العمال الآخرين حتى يستطيع أن يندمج في المجتمع و يتحصل على منصب لائق، و لتسهيل حياته العملية و يزيل أي نزاع مع محيطه المهني.و بهذا نجد أن القضاء الفرنسي أصبح مؤخرا غالبا ما يقبل جل طلبات تغيير الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم، و إعترف بحقه في الحصول على تغيير لحالتهم المدنية لإزالة عدم

[25] Voir, M.Philbert, Transsexualisme et insertion socio-professionnelle, transsexualisme droit et éthique médicale, Op.Cit, p.85.
[26] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.580.n°1903.
[27] Voir, la webdromadaire de caphi, samedi 20 fevrier 2010, Etat-Unis.
[28] Voir, Loi 90-602 du 12 juillet 1990 relative a la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

التوافق بين مظهرهم الجسدي و حالتهم المدنية الحالية، و المشاكل التي يعانون منها في حياتهم اليومية و حتى في نشاطهم المهني.[29]

ثانيا : موقف القانون **المصري** من حق المغير لجنسه في الحصول على عمل أو وظيفة.

إن لائحة تنظيم العمل الصادرة رقم 33 لسنة 1982، طبقا للمادة 01 منها التي تسري على كافة العمال ذكورا و إناثا. فيلتزم كل عامل بتقديم طلب يبين فيه إسمه، جنسيته، سنه، عنوانه و يرفق طلبه بشهادة الميلاد أو مستخرج رسمي منها. و الشهادات العلمية و البطاقة العسكرية، شهادة القيد بمكتب القوى العاملة، صورة البطاقة الشخصية أو العائلية، بالإضافة إلى قرار بحالته الإجتماعية و أسماء زوجته و أبنائه و بياناتهم.
و ينبغي أن تكون هذه الأوراق و المستندات الرسمية متطابقة فيما تتضمنه من بيانات تعكس الحالة المدنية لصاحبها.
فإذا تبين من خلال هذه الوثائق أن المعني بالأمر يتناقض ظاهره مع ما هو مدون في أوراقه الرسمية، كان من حق جهة العمل أو الإدارة رفض قبول تشغيله، خاصة إذا كانت شخصية العامل أو الموظف أو نوعه، محل إعتبار في شغل العمل أو الوظيفة.و أمام إنعدام نص تشريعي يفرض على رب العمل قبول إستخدام شخص غيّر جنسه، لئلا يجر على نفسه ويلات التهكم و السخرية أو يلحق ضرر بجهة عمله، ما لم يكن من مستغلي أجساد هؤلاء في مجال اللهو و الرذيلة، كما هو الحال في أماكن الدعارة و الفجور، إذ من الجائز رفض تشغيلهم.
لكن قد يتمكن المغير لجنسه لأسباب نفسية، من الحصول على شخصية غير صحيحة موافقة لجنسه الظاهر الجديد موهما صاحب العمل بتوافر الشرط و المواصفات للمنصب الذي يريد الحصول عليه و يتحصل على فرصة للعمل، ثم يكتشف صاحب العمل حقيقته لاحقا فهل من حقه إبطال العقد للتدليس أو الغلط في الشخص ؟ أم له أن يفسخ العقد ؟ أم يعد مرتكب لخطأ تأديبي يجعله يعرض على اللجنة الثلاثية طبقا للمادة 62 من قانون العمل المصري ؟

إذا رجعنا إلى المادة 61 من قانون العمل المصري التي تحدد من ضمن الأخطاء الجسيمة تسعة أخطاء يمكن معها لرب العمل فصل العامل من بينها ".....1/ إذا إنتحل شخصية غير صحيحة أو قدم شهادات أو توصيات مزورة.....7/ إذا حكم على العامل نهائيا في جناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة ".و من تم يمكن لصاحب العمل أن يفصل العامل لإرتكابه لخطأ جسيم و هو إنتحال لشخصية زائفة غير حقيقة، مع تقديمه لوثائق مخالفة لحالته المدنية. و يرى البعض أيضا أن من حق جهة العمل إبطال العقد للغلط أو التدليس مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى طبقا للقواعد العامة.[30]

ثالثا : موقف النظام القانوني **الجزائري** من مدى الإعتراف للمغير لجنسه بحقه في الحصول على عمل أو وظيفة.

الإنصاف بين الجنسين في معاملة النساء و الرجال وفق حاجاتهم، و قد تضمن ذلك المساواة في المعاملة أو المعاملة التي تكون مختلفة، إنما متساوية من حيث الحقوق و الإعانات و الواجبات و الفرص.فالإنصاف هو وسيلة، أما المساواة فهي الهدف.[31]
لكن الحديث عن الجنسين يقصد به الذكر بمفهومه البيولوجي و الظاهري و المرأة كذلك.أما الشخص الذي يغير جنسه لأسباب نفسية، فهو لا ينتمي لا لجنس الذكور بالمعنى الحقيقي و لا إلى الإناث. كذلك هو شخص له مظهر بيولوجي محدد إلى جنس معين، و لكن لديه شعور نفسي بإنتمائه إلى جنس آخر غير الذي هو عليه. فيبادر بتناول الهرمونات ليصبح من أشخاص الجنس المقابل لجنسه الذي ينتمي إليه بيولوجيا و وراثيا و يقدم على إجراء عملية جراحية، لا تتوافر على قصد العلاج و لا يجيزها المشرع

[29] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.579-580.n°1900.
[30] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.468-469.
[31] ماموني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.16.

الجزائري، و من تم لا يتمكن صاحبها من الحصول على وثائق للحالة المدنية تتماشى مع المظهر الزائف الجديد الذي إكتسبه.
و بالرجوع إلى قانون الوظيف العمومي مثلا نجد مرسوم 85-59 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية، ينص في مادته 38 :" يجب على كل مترشح أن يقدم قبل توظيفه ملفا يشتمل على ما يأتي :
طلب خطي مصحوبا عند الإقتضاء ببيان مؤهلاته العلمية و خدماته السابقة مع شهادة العمل، شهادة الميلاد، شهادة الجنسية، نسخة من سجل السوابق القضائية، شهادة طبية تثبت أن المعني غير مصاب بأية علة تتنافى و ممارسة مهامه.....".

إنطلاقا من مبدأ المساواة في العمل و تقلد الوظائف، فمن حق المغير لجنسه أن يقدم ملف يتضمن الوثائق المطلوبة التي تثبت هويته إلا أنها تتنافى مع المظهر المصطنع و الزائف الذي إكتسبه المغير لجنسه، و هذا التناقض يضطره إلى كشف حقيقته الجنسية و أنه خضع لجراحة تغيير الجنس و تحول جنسيا إلى شخص آخر. و هذا ما يجعل جهة العمل ترفض توظيفه ليس فقط لأن الجراحة التي خضع لها غير مشروعة، و إنما لوجود عدم التطابق بين المظهر الخارجي لمن يتقدم لطلب الحصول على عمل مع الوثائق المقدمة في ملف العمل لاسيما شهادة ميلاده التي يذكر فيها جنس معين، و الشخص الذي يحملها من جنس آخر.و هذا ما يؤدي إلى الإحجام عن توفير منصب عمل له و يؤدي إلى حرمانه من حقه في الحصول على عمل أو وظيفة في القطاع العام أو الخاص.

لكن ماذا لو تحصل المغير لجنسه النفسي على شهادة ميلاد مزورة أي تحتوي على بيانات غير حقيقية و جعلها تتماشى مع المظهر الجديد الذي إكتسبه و بموجبها تم توظيفه و بعدها تم إكتشاف الأمر من طرف جهة العمل لاحقا، فما الحكم في مثل هذه الحالة ؟

ما نراه أنه إذا إكتشفت جهة العمل أن الوثائق المقدمة لها في الملف الإداري للعامل هي مزورة و لا تعكس الهوية الحقيقية للعامل الذي أخفى تغيير جنسه.فلها الحق بطرح شكوى جزائية ضده (و ضد كل من قام بتحرير هذه الوثيقة المزورة)[32].بتهمه إستعمال مزور طبقا للمادة 218 من قانون العقوبات الجزائري.و يعتبر خلال هذه الفترة موقفا عن العمل إلى حين صدور حكم بالإدانة ضده، و عند صدور حكم بالإدانة نهائي يحق إحالته على لجنة التأديب حسب قانون العمل أو قانون الوظيف العمومي لتصدر بشأنه العقوبة تأديبية المناسبة و التي يمكن أن تصل إلى حد تسريحه من العمل أو الوظيفة.
و مع ذلك نناشد المشرع الجزائري لإضافة نصوص أكثر دقة و تتماشى مع مثل هذه الوضعيات الشاذة التي قد تظهر في ميدان العمل و من شأنها أن تؤثر على مجتمعنا من جميع النواحي. فقد تتسرب لدينا هذه الشخصيات المنحرفة دون الإنتباه لها، بالأخص إذا كان التوظيف بدون رؤية صاحب العمل لهذا العامل، و إنما ينظر فقط لملفه و ما يحتويه من وثائق.و لذلك يجب أخذ الحيطة و الحذر اللازمين لتفادي الوقوع في مثل هذا التدليس، و عدم السماح لهؤلاء الأشخاص المصابين بأمراض نفسية من الإختلاط مع الأفراد العاديين، حتى لا تقع الرذيلة و لا يتشبه بهم شبابنا الجزائري.

الفـــرع الثـــانـــي

أثـــر تغييـــر الجنس على علاقـــة العمل أو الوظيفـة القـــائمـــة

إذا خضع العامل أو الموظف لعملية جراحية أدت إلى تغيير جنسه لأسباب عضوية أو لأسباب نفسية فإن هذا التغيير سيؤدي إلى التأثير على مركزه في عمله أو وظيفته و يختلف هذا التأثير حسب نتائج الجراحة إذا كانت كاشفة أو منشة؛ **فالجراحة الكاشفة** : ستؤدي إلى إبراز و ترجيح أحد الجنسين على الآخر عند الخنثى الحقيقي أو تؤدي إلى إظهار الأعضاء الغامضة و تصحيحها و من تم يظهر الجنس الحقيقي

[32] أنظر، المادتان 215 و 217 من قانون العقوبات الجزائري.

الخاص بالفرد الذي كان يعاني من غموض جنسي.فإما أنها تؤكد الجنس الذي ظهر عليه و عرفه به الناس و لا إشكال هنا، إما أنها تصححه على عكس ظاهره الذي تعامل به الغير و الذي إستلم العمل أو الوظيفة على أساسه، و ستؤدي إلى تصحيح حالته المدنية و حصوله على الوثائق الرسمية التي تشير إلى جنسه الذي تحدد بعدما كان غامضا.فما مصير عقد عمله أو توظيفه في هذه الحالة ؟
إنطلاقا من مشروعية هذه الجراحة، فإنه من المنطقي أن يستمر في العمل أو الوظيفة التي كان يشغلها بعدما صحح جنسه و حدده و لا يمكن أن يطرد منه أو يحول من منصبه بسبب التغيير الذي حصل له.خاصة إذا كان العمل الذي يشغله أو الوظيفة لا يكون لشخصه و جنسه فيها أي إعتبار و تصلح لكلا الجنسين.

أما إذا كان المنصب الذي يشغله لا يقبل فيه النوع الذي أصبح عليه بعد الجراحة أو كان لجنس صاحبه إعتبار عند شغله أو توظيفه، فيمكن أن يتم نقله إلى منصب آخر معادل يتفق و جنسه المصحح مع إحتفاظه بجميع الإمتيازات و الحقوق المرتبطة بمنصبه.و لا يعد ذلك تعينا جديدا بل هو إمتداد للمنصب السابق.[33]و تحتسب فيه مدة الخدمة السابقة على التغيير و الحالية.

أما إذا كان المنصب الذي كان يشغله عين فيه بالإنتخاب من عامة الشعب مثلما هو الحال في المجلس الشعبي الوطني أو في النقابات أو داخل الأحزاب السياسية....إلخ.
فالمفروض أن إختيار المنتخب هنا هو محل إعتبار لشخصه و جنسه كونه رجل أو إمرأة خاصة بعد فتح مثلا قانون الإنتخاب في الجزائر المجال الأوسع لترشح المرأة.[34]
فلهذا يرى البعض منهم الدكتور الشرقاني أنه يتوجب إبطال إنتخابه إذا تبين أن حقيقته الجنسية هي على عكس ظاهره الذي إنتخب عليه.[35]

أما إذا كانت الجراحة منشئة لجنس جديد: فإن مصير عمله أو وظيفته يتحدد على حسب مدى مشروعية هذه الجراحة في قانون البلد الذي إشتغل أو توظف فيه و مدى السماح له بتعديل حالته المدنية، بما يتماشى و شكله و مظهره الجديد بعد إجرائه الجراحة.

و قد كان للقضاء الأوربي فيه صدى حول التمييز المبني على التحول الجنسي أو التوجه الجنسي أو على الجنس، و كذا النظام القانوني الفرنسي، مقارنة مع كل من مصر و الجزائر.
و قد إتضح أيضا أن تغيير الجنس في كل هذه المنظومات المقارنة كان له تأثير أيضا على مجال العمل و ما يترتب عليه من حق الشخص في الإحالة على التقاعد و الحصول على المعاش الآيل لذوي الحقوق الذين يحددهم القانون و هذا ما سنحاول توضيحه تباعا.

أولا : موقف محكمة عدل الإتحاد الأوربي من مصر عقد عمل أو وظيفة المغير لجنسه و حقه في راتب التقاعد و المعاش الآيل للزوج الحي.

المشاكل التي إعترضت المغيرين لجنسهم و فقدهم لمنصب عملهم بعد تغيير جنسهم و حرمانهم من حقوقهم المترتبة على حقهم في العمل من معاش و تقاعد أدى بهم إلى رفع دعاوى إلى القضاء الأوربي لإنصافهم و من بين هذه الدعاوى نذكر :

---

[33] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.572.

[34] نصت المادة 31 مكرر من دستور 2008 " تعمل الدولة على ترقية الحقوقالسياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة."و بهذا جاءت المواد من 01 إلى 08 من القانون العضوي رقم 12-03 المؤرخ في 2012/01/25 الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، جريدة رسمية 01، مؤرخة في 2012/01/14.

[35] و في هذه الحالة المفروض أن يعاد الإنتخاب، لكن حسبه أنه سيكوناستفتاء على شخص بعينه و ليس انتخاب بالنفهوم و الصورة التي تم اختياره على أساسها.
الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.574.

1/قضية P ضد S و Cornwall County Council بتاريخ 30 أفريل 1996.(متعلق بطرد مغير لجنسه من العمل):
P، هو من جنسية انجليزية، عمل بصفته مسير في مؤسسة تعليمية التي كانت تابعة في ذلك الوقت ل Cornwall County Council.بعد سنة من توظيفه، P، يعلم S بنيته في الخضوع لسيرورة التحول الجنسي.في شهر أفريل بدأ العامل يلبس و يتصرف كأنثى.في بداية شهر سبتمبر 1992، يتلقى العامل إعلام بطرده ينتهي بتاريخ 31 ديسمبر 1992.و تم إجرائه العملية النهائية لتغييره الجنسي بعد تبليغه بالإخطار.
و بعد فشل طرق القضاء الوطنية التي رفضت الإعتراف للعامل P، أنه ضحية تمييز مبني على الجنس.و إعتبرت أن القانون الإنجليزي يتعلق فقط بالحالات التي يكون فيه الذكر و الأنثى يعاملون بطريقة مختلفة بسبب إنتمائهم إلى أحد الجنسين و أن الواضح حسب القضاء الإنجليزي أن العامل هو من أصل ذكوري و إذا كان من أصل أنثوي قبل الجراحة، فإن رب العمل كان سيقوم بطرده بنفس الطريقة.الأمر الذي جعل العامل يلجأ إلى محكمة عدل الإتحاد الأوربي.

محكمة العدل أجابت على السؤال المرفوع لها من طرف القضاء البريطاني، الملتمس بالطعن الذي وجه ضد طرد لمغير لجنسه مرتبط بتغيير الجنس.و الذي طلب منها إذا كان يمكن إعتبار أن مثل هذا الطرد يشكل إنتهاك للتوجيه (Directive) رقم CEE-207-76 ل 09 فيفري 1979،[36] المتضمن المساواة بين الذكور و الإناث فيما يتعلق بالدخول للعمل و إذا كان المادة 3 من التوجيه التي تنص على التمييز المبني على الجنس الذي يمنع أن نطبق على العامل معاملة مبنية على طابعه المغير لجنسه.
فأجابت محكمة العدل أنه يتعلق بطرد، و الإشارة يجب أن تكون للمادة 1/5 التي تنص أن "تطبيق المساواة في المعاملة فيما يتعلق بشروط العمل، بما فيها شروط الطرد، تفرض أن يؤمن للذكور و الإناث نفس الشروط بدون تمييز مبني عل الجنس".
و قد ذكرت محكمة العدل بتعريف المغير لجنسه، و أشارت أن مبدأ المساواة في المعاملة بين بين الرجال و النساء المدون في التوجيه يفرض غياب أي تمييز مبني على الجنس.و أنه ما هو إلا عبارة عن مبدأ المساواة الذي يعتبر من يعتبر من المبادىء الأساسية للقانون المشترك.

-و خلصت محكمة العدل من هذه العناصر بنتيجة أن، مجال تطبيق التوجيه لا يمكن أن ينزل عن التمييز الوحيد المنطلق من الإنتماء إلى هذا أو ذلك الجنس. و أن التوجيه هو نداء ليطبق على التمييزات التي تجد أصلها في التحول الجنسي للمعني بالأمر.و الحال أن في هذه الحالة العامل تم طرده بسبب نيته في الخضوع لتحول جنسي، و كان موضوع معاملة غير مقبولة بالمقارنة مع أشخاص الجنس الذي عرف بالإنتماء إليه قبل إجراء جراحة.[37]

و قد إعتبر البعض أن إجابة محكمة العدل كانت إيجابية، بتقديرها أن التمييز المبني حول تغيير الجنس هو مثل المبني على الإنتماء إلى جنس محدد، كلاهما يعتبران تمييزات مبنية حول الجنس.[38]

في حين أن البعض من الفقه الفرنسي قد إنتقد قرارها، بقوله أنه لا يوجد أي طريقة للتفسير المعتاد يمكنها أن تبرر القراءة التي تمت من طرف المحكمة للتوجيه الذي يشير إلى التمييز بين الرجل و المرأة.لا يمكن أن يفسر كما طبق في هذه الوضعية، حتى و لو كان من الممكن الفهم أن المحكمة العدل أرادت حماية وضعية خاصة ظهرت لها مصلحة جديرة.

[36] Directive 76/207/CE du conseil du 9 fevrier 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de professionnelles,et les conditions de travail.
[37] Haute Autorité de santé, Op.Cit, p.55.
[38] Voir, Jacques Raynard, Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes, RTD civ. 1998, p.529.

و رأى أن قرارها كان صحيح سياسيا، لكن ليس صحيح قانونيا، بأن تثبت وجود مبدأ أساسي لعدم التمييز في القانون المشترك، و أن تستخلص النتائج أولى من أن تستعمل هذا المنطق.نعم....الليَن.[39]
و من تم فإن محكمة العدل إعتبرت أن المادة 1/5 من توجيه رقم 76-207 تعارض طرد مغير لجنسه بسبب مرتبط بتحول الجنسي.
و لذلك فقد رأى البعض، أن المغير لجنسه يتمتع إذا بجميع الحقوق المرتبطة بالجنس الذي إنضم إليه. و أنه صحيح أنه كان من المفارقة أن نرفض له الحماية بموجب مبدأ عدم التمييز، على أساس أنه ليس من هذا الجنس و لا من الآخر، و أنه إذا لا تمييز![40]

2/ قضية Lisa Jacqueline Grant ضد South West Trainsltd بتاريخ 17 فيفري 1998.
(المتعلقة بتخفيض سعر المواصلات للشريك من الجنس المقابل لعمال الشركة).

نظام شركة سكة الحديد منح تخفيضات على سعر المواصلات لحساب عمال الشركة، و أزواجهم (leur conjoint)، أيضا للرفيق من الجنس المقابل (ubin de sexe oppositeconc) لمجرد أن العلاقة تكون موجودة لمدة سنتين على الأقل مع العامل.
السيدة Grant طالبت إذا الإستفادة من هذا الإمتياز لحساب رفيقتها من جنس أنثوي التي تعيش معها ضمن الشروط المطلوبة. فقوبل طلبها بالرفض من صاحب العمل.فالتجأت إلى القضاء الوطني، هذا الأخير طرح سؤال مسبق (préjudicielle) على محكمة العدل.إمتياز مثل الذي عرض من طرف صاحب العمل أيمثل راتب (rémunération) ؟
محكمة العدل تسأل بالدرجة الألى إذا كان لشرط محدد من طرف نظام الشركة كما سبق بيانه يمثل تمييز مبني على جنس العمال، و محظور في مفهوم المادة 119 من الملحق الخاص بالإتفاقية الدولية لحقوق الإنسان و كذا بتوجيه 117/75 الخاص بتقريب التشريعات للدول الأعضاء المتعلق بمبدأ المساواة في الرواتب بين العمال الذكور و الإناث ؟
إن المادة 119 من الملحق التي تؤكد مبدأ" المساواة في الرواتب بين العمال الذكور و الإناث في نفس العمل"، و أن الطاعنة لاحظت أن العامل الذكر سبق في وظيفتها و تحصل على تخفيضات الأسعار لرفيقته (Sa concubine)؛ من هذا إعتبرت نفسها ضحية تمييز مباشر مجرد أنها عاملة أنثى، و لا تستفيد بنفس الإمتياز.
و قد وضحت المحكمة أن إثبات التمييز يفترض أن شخصين، متواجدين في هوية، في وضعية لا يستفيدون من نفس المعاملة المماثلة.[41]
لكن نظام الشركة أعطى المنحة في التخفيض للشخص الذي يكون من الجنس المقابل (sexe oppossé)، و له علاقة مستقرة مع العامل : محكمة العدل قد إختارت لإجراء مقياس للمقارنة شخص من نفس الجنس ذكر، لإستنتاج أن: "التخفيضات حول سعر المواصلات رفضت لعامل ذكر إذا كان يعيش مع شخص من نفس جنسه بنفس الطريقة التي ترفض لعاملة أنثى تعيش مع شخص من نفس جنسها." و بهذا فإنه لا يوجد تمييز مباشر مؤسس حول جنس العامل. و قد تم إنتقاد هذا الإجتهاد القضائي لكن بدون نتيجة كبيرة[42].

و طلبت محكمة العدل الأخذ بعين الإعتبار طبيعة الشريكين (couple) (من نفس الجنس في حالة، و من جنس مغاير في الأخرى). و بهذا و بنفس الطريقة للتقدير تكون محكمة العدل وصلت إلى خلاصة مماثلة لما في قرار محكمة النقض المؤرخ في 17 ديسمبر 1997.
و قد رفضت محكمة العدل أن تماثل بين العلاقات المستقرة بين شخصين من نفس الجنس مع العلاقات المستقرة بين شخصين متزوجين أو مع العلاقات المستقرة التي تكون بين شريكين خارج إطار الزواج من جنس مغاير. و إستبعدت أيضا قضية أي مماثلة للأشخاص من نفس الجنس مع المغيرين لجنسهم، إذ أنها

[39] Voir, Joël Rideau, La directive communautaire relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle, Recueil Dalloz.1997, p.212.
[40] Voir, Jean Hauser, Le licenciement du transsexuel, RTD civ. 1996, p.579.
[41] Voir, Jacques Raynard, RTD civ. 1998, Op.Cit, p.529.
[42] Voir, J.Pousson petit, Op.Cit, p.739.

إعتبرت أن قضية محكمة العدل في 30 أفريل 1996 السالفة الذكر تختلف عن قضية M^me Grant التي تعتبر نفسها ضحية.و رفضت محكمة العدل توسيع في هذه القضية مظهر التمييز المبني على الجنس. بإعتبار أن في قضية 1996 كانت محددة للتحول الجنسي للعامل الذي كان سببا في طرده، و هو الأمر الذي لا ينطبق على مختلف المعاملات المبنية على التوجه الجنسي للشخص.
و بهذا أكدت محكمة العدل أن قضية Grant (عاملة أنثى) المتعلقة بتخفيض الأسعار لحساب شريكتها من جنس أنثوي لا يتشكل أي إنتهاك للمادة 119 من ملحق الإتفاقية الدولية و لا تمثل تمييزا مبني على الجنس.[43]

3/ قضية B.K ضد مصلحة الصحة الوطنية لبريطانيا بتاريخ 7 جانفي 2004 (تتعلق بالمعاش الآيل للزوج الأرمل).سبق و أن تعرضنا و حللناها عند الحديث عن الحق المغير لجنسه المرتبط بالزواج و لكن الأمر هنا يختلف إذ أن النقاش سيكون حول مدى إستحقاق المغير لجنسه للإستفادة من المعاش الآيل لذوي الحقوق.
وقائع القضية بإختصار لتفادي التكرار هي :
أن الطاعنة هي ممرضة، دفعت إشتراك في التقاعد في مصلحة الصحة الوطنية خلال كل مهنتها، راغبة أن شريكها الذي خضع لجراحة التحول الجنسي من جنس أنثوي إلى جنس ذكر، ليتمكن من الإستفادة من نفقة الأرمل (pension de veuf).و الحال أن المشرع البريطاني يمنع المغير لجنسه من الزواج طبقا لجنسه الجديد، لأنه من المستحيل تغيير عقد الميلاد المشير إلى الجنس الأصلي.و من جهة أخرى أن القانون يعتبر لاغ، كل زواج لا يكون فيه الأزواج على التوالي جنس ذكوري و جنس أنثوي. و هذا المنع حرم شريك الممرضة من تلقي نفقة التحول pension de réversion المشهورة[44].

و قد أعلم صندوق المعاشات الممرضة أنها في حالة وفاتها لا يمكن لشريكها أن يستفيد من أي نفقة المتبقي على الحياة (pension de survie)، لأن هذه النفقة هي مخصصة للزوج الحي (أي وجود علاقة زوجية و ليس خارج إطار الزواج).الطاعنة تقدمت أمام القضاء البريطاني مدعية أن الأحكام المذكورة أعلاه تشكل تمييز مؤسس على الجنس، و مخالف للمادة 141 من الإتفاقية الأوربية، و توجيه 117/75 المتعلق بالمساواة في الرواتب بين العمال من جنس مختلف.مما جعل طلبها يرفض من قضاة الدرجة الأولى و تستأنف وجهة الإستئناف تحيل القضية على أساس سؤال مسبق أمام محكمة عدل الإتحاد الأوربي يتمثل في "رفض منح الشريك **المغير لجنسه** (و هو شخص من جنس أنثوي في أصله) لإمرأة منتسبة لمعاش التقاعد في مصلحة الصحة الوطنية، التي توفر أداءات للأشخاص الذين تتم إعالتهم لا يمكنهم الإستفادة منها إلا للزوج الأرمل، أتمثل تمييز مبني على الجنس المحظور بالمادة 141 من الإتفاقية و كذا توجيه 117/75."
و إعتبرت محكمة العدل أولا أن الآداءات الممنوحة على أساس نظام النفقة ترتبط براتب المستفيد و تستمد من المادة 141 من الإتفاقية الأوربية، و أن قرار التحفظ ببعض الإمتيازات للمتزوجين فقط ليس فيه أي تمييز و ليس مخالف للمادة 141 من الإتفاقية الأوربية و لا لتوجيه 117/75. إنما في الدعوى الحالية هناك عدم مساواة التي تؤثر بأحد شروط إمتياز معاش الأرمل : و أن عدم المساواة في المعاملة المدعى بها ليست مرتبطة بالإعتراف بنفقة الأرمل، لكن بالشروط المسبقة المتعلقة بالقدرة على الزواج المغلق من طرف القانون الإنجليزي على المغيرين لجنسهم. أي أن فقد الحق في نفقة التحول ليس مرتبط بالتحول الجنسي لشريك الطاعنة إنما فقط في غياب الزواج.
و بهذا فإن محكمة العدل إرتكزت على المحكمة الأوربية ل Goodwin 11 جويلية 2002 الذي أقر مبدأ الزواج للمغيرين لجنسهم، و بالنتيجة محكمة العدل صرحت أن عدم إمكانية المغير لجنسه الزواج من

[43] Voir, Jacques Raynard, RTD civ. 1998, Op.Cit, p.529.
Christine Hugon, le regard de droit civil, sexe sexualité et droit européenne, Op.Cit, p.99.
[44] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.55.
Jean Hauser, RTD civ. 2004, p.266.
Philips Icard, D.2004, p.979.

شخص من الجنس الذي كان عليه قبل الجراحة (أي من نفس جنسه الأصلي) يشكل إنتهاك لحق الزواج المضمون بالمادة 12 من الإتفاقية الأوربية.
في الأخير، محكمة العدل فصلت في هذه القضية أن المادة 141 من الإتفاقية تعارض مبدئيا أن ينتهك تشريع ما الإتفاقية الأوربية و يمنع الشريكين B.K و R من إكتمال شرط الزواج الضروري لأحدهما للتمكن من الإستفادة من عنصر من راتب الآخر[45].
و بهذا إعتبرت أن القانون الوطني الذي لا يعترف بالهوية الجديدة للمغيرين لجنسهم، بمنعهم من الزواج هو مخالف للقانون المشترك، إذا كان بالنتيجة يحرمهم من الإستفادة بنفقة التحول[46].

4/ قضية Sarah Margaret Rochards ضد / Secretary of state of work and pensionبتاريخ 27 أفريل 2006 (المتعلق بالإحالة على التقاعد لمغيرة لجنسها لأنثى)

بموجب التشريع البريطاني الذي دخل حيز التطبيق في 04 أفريل 2005 المتعلق بهوية النوع 2004 Act، فإن جنس الشخص بالنسبة للضمان الإجتماعي هو ذلك المشار إليه في عقد ميلاده. و الحال أن هذا الأخير لا يمكن أن يغير.المغيرين لجنسهم الذين خضعوا لعملية جراحية للتحول الجنسي لا يمكنهم طلب تغيير البيان المتعلق بجنسهم.

في بريطانيا، حاليا، الرجال يستفيدون من راتب التقاعد في سن 65 سنة، و النساء في سن 60 سنة.
Sarah Margare، التي أصبحت إمرأة بالجراحة طالبت سنة 2002 الإستفادة من هذا الراتب، لأنها ستصبح تبلغ 60 سنة.و قوبل طلبها من طرف رب العمل بالرفض لأنها لم تكمل 65 سنة.
فاستأنفت ضد هذا القرار، فبريطانيا طرحت سؤال لمحكمة العدل على أساس قرار مسبق حول ما إذا كان التوجيه المتعلق بالمساواة في مادة الضمان الإجتماعي[47] يسمح برفض الإستفادة من راتب التقاعد لمغير لجنسه من جنس ذكوري إلى أنثوي قبل بلوغه سن 65 سنة، و أن لها الحق في مثل هذا الراتب في سن 60 سنة إذا إعتبرناها من جنس أنثوي ؟
المحامي العام Jacop، بتاريخ 15 ديسمبر 2005، أكد إنتهاك التوجيه لأن مقياس المقارنة الصحيح كان من الواجب أن يكون شخص من جنس أنثوي.
و محكمة العدل تبعت هذا الرأي، و صرحت بأن مثل هذا التطبيق هو مخالف للتوجيه بسبب أننا نجد أصلها هو تحولها الجنسي، و سجلت أيضا على نتائج قضية 30 أفريل 1996، أن هذه عدم مساواة في المعاملة يجب إعتبارها كتمييز محظور بالتوجيه.[48]
و من تم فإنه يستنتج من قرار محكمة العدل أنها أنصفت السيدة Sarah (أنثى بالجراحة) و صرحت أنه يجب الأخذ بعين الإعتبار جنسها الجديد بعد تغيير جنسها إلى أنثى، و ذلك بتمكينها من الحصول على إمتياز راتب التقاعد طبقا لمبدأ المساواة في المعاملة في مادة الضمان الإجتماعي المضمون بتوجيه CEE/7/79. و بهذا تكون محكمة العدل قد أقرت للمغير لجنسه إلى أنثى حقه في الحصول على راتب تقاعد بإعتباره من جنس أنثوي، و هذا ببلوغه سن 60 سنة.

و كخلاصة عامة فإن محكمة عدا الإتحاد الأوربي كان لها دور في الإعتراف بالعديد من الإنتهاكات كانت تمارس ضد المغيرين لجنسهم بالجراحة.و بفضلها تم الإعتراف لهم بعدم شرعية طرد مغير لجنسه بسبب نيته في التحول الجنسي و منحته حق في الحصول على راتب تقاعد حسب جنسه الجديد.و إعترفت أن وضعية المغير لجنسه المرتبط بعلاقة مستقرة بالزواج أو خارجه مع شخص من الجنس المقابل تختلف عن وضعيته عندما يعيش مع شخص من نفس جنسه.

[45] Voir, Jacques Raynard, Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible, RTD civ. 2004, p.373.
[46] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.55.
[47] Directive 79/7/CEE du conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matiére de sécurité sociale.
[48] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.55-56.

ثانيا :موقف النظام القانوني الفرنسي من مصير عقد عمل أو وظيفة المغير لجنسه

إن قيام أحد العمال أو الموظفين بإجراء عملية جراحية لتغيير جنسه لأسباب نفسية أثناء قيام علاقة عمله أو أثناء تأدية وظيفته، هل له تأثير و يعتبر مبرر كاف لإنهاء عقد العمل أو فصله من وظيفته في التشريع أوالقضاء الفرنسي؟
إذا رجعنا إلى قانون العمل الفرنسي، نجد أن المادة L.122-45 من قانون العمل (القديم) الصادر بموجب قانون 90-602 ل 02 جويلية 1990 تحدد المنع «أي طرد بسبب الآداب أو جنس العامل».و بالنتيجة فإن الطرد و أيضا المعاملة غير متساوية للعامل بسبب تحوله الجنسي، تمثل تمييز بالنظر إلى النظام حول العمل.[49]

كما نصت المادة L.1132-1 من قانون العمل الجديد المتعلق بمبدأ عدم التمييز (الذي تقابله المادة 45-L.122 القديمة) على أن " لا يعاقب أي عامل، بالطرد أو أن يكون موضوع أي تمييز مباشر أو غير مباشر (.....) بسبب جنسه (....) مظهره الجسدي ". و من تم حظـرت إنهاء عمل العامل بسبب جنسه أو مظهره الجسدي.

و من تم يتضح أن المغير لجنسه أو من يرغب في إجراء جراحة تغيير الجنس، يستطيع الإحتفاظ بحقه في العمل. لكن طالما تغيير الجنس لا يؤثر على جهة العمل أو الوظيفة، و هذا أيضا إستنادا إلى مبدأ المساواة في المعاملة بين الرجال و النساء في مجال العمل و التوظيف التي أكدت عليه مختلف التوجيهات (رقم 117/75. 207/76، 378/86 و 80/97) و كذا الإجتهاد القضائي لمحكمة العدل التي سبق و أن تعرضنا لها. و كذا التوجيه الحديث لمحكمة العدل رقم 54/2006 و البرلمان الأوربي و المجلس، في 05 جويلية 2006 المتعلق بالتمييز المبني على التوجه الجنسي[50].

لكن عمليا قد تثار إشكالات خاصة عندما يعد جنس الفرد شرطا أساسيا في مزاولة العمل أو يكون محل إعتبار في العقد، كما هو الحال في الوظائف و الأنشطة المهنية التي حددها المشرع الفرنسي في المادة 1-123- L من قانون العمل (القديم)،[51] فما هو الحل يا ترى ؟ إضافة إلى أن صاحب العمل قد يخالف قانون العمل و يقرر تسريح العامل من عمله لتغيير لجنسه أو أن يتحرش معنويا به بإستفزازه، و إفشاء سر تغييره لجنسه إلى بقية العمال للتقليل من شأنه و إحراجه.
فما الحماية التي يمكن أن توفر للمغير لجنسه في ظل هذه المؤثرات مع محيطه في العمل، و هل يمكن له اللجوء إلى القضاء ليطالب بحقوقه التي هضمت بسبب تحوله الجنسي ؟ و ما هي الهيئات التي وجدت لحماية المغيرين لجنسهم و مدى فعالية دورها و تأثير قراراتها ؟ كل هذه سنحاول أن نجيب عليها في نقطتين :

أ/ مدى وجود هيئات لحماية المغيرين لجنسهم من أي تمييز ضدهم ؟

نظرا للمشاكل التي تواجه المغيرين لجنسهم في الحصول على حقوق كأي أفراد المجتمع الآخرين، ظهرت ضرورة وجود هيئات تدافع عن حقوقهم و توصل صداهم إلى المعنيين بالأمر ليتم الإقرار قانونيا أو تنظيميا ببعض الأحكام التي تتماشى مع حالتهم الجنسية الجديدة في مسارهم للحصول على تعديل لحالتهم المدنية و الحصول على الوثائق الأخرى التي تتماشى مع هويتهم الجديدة، و قد أنشأت لهذا الغرض إبتداء هيئة تتمثل في السلطة العليا للقضاء على التمييزات و من أجل المساواة ، و بعدها إستبدلت بهيئة أخرى تتمثل في المدافع عن الحقوق Le défenseur des droits، و بهذا سنعرف كل هيئة و القانون الذي يحكمها و دورها بإختصار كالتالي :

[49] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.43.
[50] Voir, M.Richevaux, les grands principes du droit communautaire de travail, 2007, Dan Top, n° 6.
[51] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.581.n°1908.

1-السلطة العليا للقضاء على التمييزات و من أجل المساواة (HALDE)
La Haute autorité de lutte contre les disciminations et pour l'égalité

هذه الهيئة أنشأت تماشيا مع التوجيه الأوربي CE/72/2002 و CE/54/2006 و بتوصية 1117 للتجمع البرلماني للمجلس الأوربي.و بهذا قد صدر القانون رقم 200-1484 في 30 ديسمبر 2004 المتضمن إنشاء سلطة عليا للقضاء على التمييزات و من أجل المساواة، و تلاه مرسوم رقم 2005-215 ل 04 مارس 2005 المتعلق بهذه الهيئة.
و يتمثل دور هذه الهيئة في الدفاع عن القضاء على جميع أنواع التمييزات بكل أشكالها و ضمان المساواة بين كل أفراد المجتمع، و من تم تقدم لها شكاوى من كل الأفراد الذين يعانون من أي تمييز و عدم المساواة، و من ضمنهم المغيرين لجنسهم الذين يكونون ضحايا التمييز خلال فترة تأقلهم و تحولهم الجنسي، و بعد تلقيها هذه الشكاوى فإنه يمكن لها أن تتوسط للحصول على حقوقهم التي تهضم بسبب تغيير جنسهم و ترفع إنشغالاتهم إلى الجهات المعنية عن طريق التوصيات التي تخرج بها في مداولاتها بشأن إيجاد حلول للشكاوى التي ترفع لها من المغيرين لجنسهم.

و يمكن لها أن تتدخل إراديا أمام الجهات القضائية للدفاع عن حقوق المغير لجنسه الذي يدعي الإعتداء على حقوقه و معاناته من تمييز بسبب الجنس أو التوجه الجنسي أو عدم المساواة في المعاملة بين الرجال و النساء في مختلف المجالات. و قد تحصلنا على حالة **تطبيقية** عرضت على هذه الهيئة خلال مسارها للقضاء على كل التمييزات المتعلقة بالمغيرين لجنسهم، و هي تتعلق في مجال بحثنا في علاقة عمل المغير لجنسه، إذ أن الأمر يتعلق بسيدةX تقدمت إلى HALDE بتاريخ 31 ماي 2006 بإدعاء متعلق بتحرش معنوي تمييزي من طرف صاحب العمل الذي قادها إلى الاستقالة. إذ أن هذه السيدة عملت في شركة Y بصفتها عاملة في تصليح الأحذية بموجب عقد محددة المدة، ثم عقد غير محدد المدة إبتداء من 01 جوان 2004. تبعا لتوقف بسبب مرضها، صاحب العمل تلقى من صندوق التأمين على المرض وثيقة تحمل رقم تأمين إجتماعي يبدأ بـ 1، مما دعى بالعاملة أن تشرح لرب العمل وضعيتها **لإعلامه بتغيير جنسها**، بعد هذا التوضيح، رب العمل قال أمام العاملين الآخرين « أنا وظفت إمرأة لكن هي رجل يسمى G ».
السيدة X....، إستقالت من منصبها بعدما تعرضت لضغوطات و سخرية من رب عملها.
الشاكية نقلت للسلطة العليا HALDE شهادة من زميلتها في العمل تؤكد فيها أن صاحب العمل وجه للشاكية هذه الإهانة. و قد وجه صاحب العمل ل HALDE شهادة توقف عن العمل للشاكية بتاريخ 29 أوت 2005 محاولا أن يبرر تصرفه عن التمييز الموجه ضد الشاكية.
فالشاكية صرحت أن التأمين الإجتماعي أعاد قلب رقم تأمينها الإجتماعي، و لهذا فإنه نظرا للمظهر الجسدي للسيدة X و رقم تأمينها الإجتماعي، كانت مجبرة للكشف عن تغيير جنسها لرب العمل الذي جعلها تفقد عملها تبعا للتصرف التنكيدي له.
و بعد مراجعة السلطة العليا لظروف عمل الشاكية التي أدت بها إلى تقديم إستقالتها نتيجة الصعوبات التي واجهتها مع الإدارة تبعا لتغيير حالتها المدنية لاسيما أيضا مع هيئات التأمين الإجتماعي و التقاعد، توصلت إلى الإستنتاج من تحقيق HALDE أن الأشخاص المغيرين لجنسهم، غالبا هم ضحايا التمييز خلال مدة التكيف و التحول الجنسي.
و بهذا فإن السلطة العليا في مداولتها رقم 2008-28 و 2008-29 ل 18 فيفري 2008، إعتبرت أن أي تمييز مبني على تغيير الجنس لشخص يعادل تمييز مبني على الجنس.و ذكرت السلطة العليا صاحب العمل- شركة Y – بأحكام قانون العمل لاسيما المادة 1-1132 المتعلقة بعدم التمييز (التي تقابلها المادة L 122-45 القديمة)، و بهذا أوصت HALDE ب :
- أن شركة Y عليها أن تقترب من السيدة X لإقتراح إصلاح للضرر، و أن تعلم السلطة العليا في أجل 3 أشهر من تبليغها لهذه المداولة، كما وجهت توصيتها لكل من الوزير الأول و وزير العدل و الصندوق الوطني للتأمين على المرض.....إلخ[52]

[52] يمكن الرجوع لمداولة النهائية رقم 2008-190 في 15 سبتمبر 2008 على الأنترنيت

و بهذا يتضح من خلال ما سبق، أن هذه الهيئة لها دور كبير في القضاء على التمييزات بالأخص بالنسبة للمغيرين لجنسهم و ساهمت في إيجاد حلول لمشاكلهم و في إيصال صيتهم إلى الهيئات و الجهات المعنية. إلا أن هيئة HALDE إختلفت، و حلت محلها للقضاء على التمييزات ما يعرف بالمدافع عن الحقوق التي تأسست بموجب الدستور رقم 2008-724، ل 23 جويلية 2008، بموجب مادته 41. إلا أنها لمن تبدأ عملها إلا بعد صدور قانونها العضوي في 2011.

2-هيئة المدافع عن الحقوق Le défenseur des droit

هذه الهيئة جاءت لتحل محل السلطة العليا للقضاء على التمييزات لكن هذه الأخيرة بقيت لتمارس عملها إلى حين تشكيل هيئة المدافع عن الحقوق سنة 2011.و هذا بموجب صدور القانون العضوي رقم 2011-333 بتاريخ 29 مارس 2011 المتعلق بالمدافع عن الحقوق، و كذا بصدور مرسوم رقم 2011-904 ل 29 جويلية 2011 المتعلق بالإجراءات المطبقة أمام المدافع عن الحقوق.
المدافع عن الحقوق هي هيئة دستورية مسقلة حسب المادة 02 من القانون العضوي رقم 2011-33 السالف الذكر. و هذا التكييف يجعلنا نفترض أن هناك جهات دستورية غير مستقلة. لكن وظيفة هذه الهيئة تبين الإستقلالية لأنها تتواجد بين المحامي، المدافع عن المصالح موكله.و القاضي، الذي يعترف بحقوق الشاكين.وسيط رئيس الجمهورية، المدافع عن حقوق الأطفال.اللجنة الوطنية و الأخلاقية للأمن، و السلطة العليا للقضاء على التمييزات[53].

و قد عرضت على هذه الهيئة بعد تأسيسها، و بداية عملها حالة تطبيقية متعلقة بأحد الصعوبات التي واجهت المغيرين لجنسهم، في حصولهم على الوثائق الإدارية المطابقة لهويتهم الجنسية الجديدة، تبعا لتحولهم الجنسي. و لكن لن نتطرق لها لعدم تعلقها بالموضوع التي نبحث فيه الآن.

ب/ دور القضاء الفرنسي في القضاء على التمييز ضد العامل الذي غير جنسه أثناء قيام علاقة العمل أو الوظيفة.

ذهب بعض الإتجاه الفقهي الفرنسي إلى القول أن العامل الذي يغير نوعه أثناء قيام علاقة العمل يوجب على صاحب العمل منطقيا إعادة تكييف تابعه على حسب الجنس الذي أصبح ينتمي إليه ظاهريا، و ينبغي أن يتمتعوا بمزايا التشريع الخاص بالجنس المقابل.و يستفيدوا بكافة الحقوق و الميزات الخاصة به.[54]
و من تم سيكون من حق الذكر الذي أصبح أنثى التمتع بالميزات التي منحها القانون للنساء، أو العكس. أخذا بعين الإعتبار أن تغيير جنس الشخص تسري آثاره نحو المستقبل و ليس لها أثر رجعي.إلا أن هذا الأخير قد يؤثر على الحقوق المكتسبة سابقا على تغيير حالة الشخص و يطرح مشاكل متعلقة بهذا الخصوص، و سنرى كيف تعامل القضاء مع الحالات التي عرضت عليه في مجال تأثير تغيير جنس الشخص على علاقة عمله القائمة، و كذا المرحلة التي يمر بها المغير لجنسه قبل إجراء الجراحة و التي تتطلب تشبهه إجتماعيا بسلوك و لباس الجنس الذي سيصبح عليه بعد الجراحة و كيف سيتقبلها صاحب العمل أم سيرفضها و مصير العامل في هذه الحالة. و كذا من يحق له قبض معاش المتوفي المغير لجنسه هل زوجته التي كانت قبل إجراء الجراحة أم بعدها ؟ هذا ما سنحاول معرفته من موقف القضاء الفرنسي من هذه الحالات و المشاكل يواجهها المغير لجنسه من خلال القضايا التالية :

1-قضية محكمة إستئناف Montpellier بتاريخ 03 جوان 2009:

تتعلق بطرد العامل لتحول هويته، تتمثل وقائعها في : أن عامل وظف سنة 2005 بصفته مدير إداري و مالي و مدير التنمية مكلف بالتخطيط في شركة Kaliop العامل الذي أصبح يسمى Baptist أعلن في

[53] Voir, Josè Lefebre, discrimination sexuelle au plus niveau de l'état, la semaine juridique, n° 16-18 Avril 2011, p.729.
[54] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.581.n°1905.

سبتمبر 2006 لصاحب العمل و زملائه رغبته في تغيير جنسه، تم تقبل الأمر من زملائه، لكن رب العمل بعد أسابيع قام بطرده من أجل « تقصير مهني »، مما دفع العامل لتقديم شكواه أمام المحكمة العمال و أخطر في نفس الوقت HALDE مطالبا إلغاء تسريحه من شركة Kaliop الذي إتخذ في الواقع تبعا لإعلان العامل لتحول هويته (transidentité) و رغبته في تغيير مظهره الجسدي و نوعه و أنه يتعلق منذ ذلك بطرد مبني على سبب جد تمييزي، و يرغب العامل في أن يسدد له مختلف المبالغ إستدراكا للرواتب و توابعه.

و قد تدخلت إراديا في الدعوى المطروحة أمام المحكمة، السلطة العليا ضد التمييزات و المساواة (HALDE) لتدافع عن حقوقه العامل، و قد ذكرت شفاهة في الجلسة أن التلازم بين كشف العامل عن تغيير الجنس و الإجراء المتخذ من قبل صاحب العمل الصادر من التحقيق الجاري الذي يبين موقف المستخدم و إختياره طرد العامل لا يمكن أن يؤسس إلا على تغيير الجنس.
و قد تم الفصل في الإستئناف الذي تم ضد الحكم المؤرخ في 09 جوان 2008 ، و هذا الأخير قضى بأن **الطرد ملغى** تطبيقا للمواد 122-45 و 123-3 من **قانون العمل القديم** و بإدانة شركة Kaliop لتدفع للعامل تعويض عن الضرر و رفضت طلباته الأخرى.[55]
إلا أن محكمة الإستئناف، و بعد مناقشة مختلف دفوع الأطراف خلصت بعد الإشارة للعامل الذي إعتبر أن طرده من طرف صاحب العمل له آثار طرد ملغي و ليس تعسفي، إذ هو مبرر على أسباب تمييزية من طرف المستخدم الذي لا يريد أن يراه في مكان عمله و أنه عدل معامل التدرج بطريقة أحادية و لم يمكنه من تسوية مختلف رواتبه و توابعه و قضت بتاريخ 03 جوان 2009 بالقرار التالي : إلغاء الحكم و التصدي من جديد القضاء ب :
قبول التدخل الإداري ل HALDE، القول أن إنقطاع عقد العمل من طرف العامل يشكل آثاره لطرد ملغى (nul)، و إدانة شركة Kaliop، بأن تدفع ل Baptiste المعروف تحت إسم Clarisse Vermesالمبالغ التالية :..... منها 30 ألف أورو كتعويض لإصلاح ضرره.[56]
و بهذا يمكن القول أن هذا القرار القضائي يمكن إعتباره **الأول بفرنسا** و يشكل إجتهاد قضائي في صالح كل المغيرين لجنسهم الذين يعانون من الإبعاد المهني، التهميش الإجتماعي و عدم الثبات الملموس في ميدان العمل.
و هذا القرار من جهة أخرى يتماشى مع الإجتهاد القضائي الأوربي لمحكمة العدل التي أصدرت قرارها حول طرد مغير لجنسه بسبب تحوله الجنسي الصادر بتاريخ 30 أفريل 1996 و أقرت أنه يشكل تمييزا مبني على الجنس.

و بهذا يكون تأكيد من القضاء الفرنسي و إعتراف بحقوق المغيرين لجنسهم و أنه لا يمكن أن يتم إنقطاع علاقة عمل شخص لمجرد أنه أعلن عن نيته في تغيير جنسه و أنه مخالف لنصوص قانون العمل لاسيما المادة L. 1132-1 (و التي تقابلها المادة 122-45 القديمة) التي تمنع كل طرد للعامل بسبب **جنسه** و المادة L.1132-4 من نفس القانون التي تعتبر هذا الطرد لاغ. و من تم فهذا القرار القضائي يعتبر أن طرد العامل بسبب تغيير جنسه، هو بمثابة تمييز بسبب الجنس في مفهوم المادة 1-1132 من قانون العمل الفرنسي.

2-قضية محكمة النقض بتاريخ 11 جانفي 2012، رقم 10-28213:

في البداية و قبل الدخول في تفاصيل هذه القضية لابد من لفت الإنتباه أنها لا تتعلق بحالة مغير لجنسه بالمفهوم الذي نبحث فيه و إنما تتعلق بحالة شبيهة يمكن القياس عليها، كيف ذلك ؟

---

[55] و اعتبر هذا الحكم بمثابة اجتهاد قضائي أول بفرنسا، وأنه إذاكان الحكم ليس له ميل لحل جميع المشاكل التي يواجهها المغيرين لجنسهم بفرنسا, فإنه يوضح جهد وتحدي Clarisse و عائلته التي يجب علينا التعبير لها عن احترامنا, و كان هذا موقف مجموعة القضاء على Homophobie التي رافقت Clarisse في خلال هذه الدعوى. تعليق على الموقع http:www.Ftm_transsexuel.com/Forum/view topic.php?f=17&t=891

[56] Voir, C.A.Montpellier, Chambre sociale, 3 juin 2009, n° 08/06324.

المغير لجنسه يقوم بأعمال منحرفة خلال المراحل السابقة على إجراء الجراحة كالتلبسية أي لبس ملابس الجنس الآخر الذي سيتحول إليه، و محاولة تشبهه بالجنس المقابل أيضا، و ربما ممارسة أفعال المثلية، فهل من الممكن أن تؤثر هذه **المظاهر الجسدية** الخارجية و تصرفاته على مركزه الوظيفي و تحرمه منه أم لا ؟

فالقضية المعروضة لا تخص تغيير الجنس و إنما تعرض حالة شبيهة و يمكن أن يقاس عليها حالة المغير لجنسه في المرحلة التي يمر بها قبل إجراء العملية الجراحية. و سيتضح الأمر عند عرض وقائعها المتمثلة في :

عامل إشتغل بصفته رئيس فرقة من طرف شركة إستغلال مطعم ذواقي في سنة 2002 و في أفريل 2007 بدأ العامل يرغب في وضع أقراط الأذنين، محرضا بذلك السبات عند صاحب العمل الذي وجه له إعذارا لنزعها.

رفض الإمتثال للإعذار الذي وجهه له رب العمل للتوقف عن وضع أقراط الأذنين (Boucles d'oreilles) خلال مدة الخدمة؛ تم طرده تبعا لرفضه الإمتثال و هو القرار الذي طعن فيه و صدر قرار من محكمة الإستئناف بتاريخ 27 أكتوبر 2010 ل Montpellier التي صرحت أن التسريح ملغى و له أثر لاغ. و أدانت صاحب العمل بدفعه للعامل مبلغ كتعويض عن الضرر. و هذا القرار كان محل طعن بالنقض بموجب وجه وحيد و الذي تم فيه رفض هذا الطعن لعدم تأسيسه بتاريخ 11 جانفي 2012 تحت رقم 10-28213.[57]

التماثل بين هذه الحالة و حالة المغير لجنسه للتمكن من إجراء القياس تتمثل في أن سبب الطرد من العمل بسبب مؤسس مباشرة حول المظهر الجسدي و بطريقة غير مباشرة حول الجنس، فهو ليس مرتبط بإنتماء العامل إلى الجنس الذكوري، الجنس المعتبر كمسلمة بيولوجية منفصلة عن النوع الإنساني المقسم إلى رجل و إمرأة، و إنما هو مرتبط بالمظهر الجسدي للعامل بما أنه رجل بالنظر للدور و الإطار الإجتماعي، الثقافي المخصص لجنس الذكور. و يضيف في هذا الصدد المحامي العام لمحكمة النقض أنه زيادة على فكرة الجنس، سبب الطرد يشير إلى فكرة النوع (genre)، الذي يمكن أن يعرف كبناء إجتماعي للهوية بسبب الجنس، يهدف لتقديم الأدوار و التصرفات ليعتبره المجتمع كمناسب للذكور أو الإناث. و الحال أن ضوابط و قيم النوع تتطور مع الوقت و تكون قابلة للتغيير.[58]

و وجه التماثل بين الحالة المعروضة في القضية و حالة المغير لجنسه هي كون هذا الأخيرا قد يمر في المراحل السابقة على إجراء العملية الجراحية بفترة إختبار خلال سنتين على الأقل ليعيش إجتماعيا سلوك الجنس المقابل الذي يريد الإنتماء إليه، و من ذلك إرتدائه ملابس الجنس الآخر فمثلا إذا كنا أمام شخص كرجل يريد أن يغير جنسه إلى إمرأة، فإنه يتطلب منه التصرف كإمرأة و إرتداء ملابس أنثوية و وضع أقراط الأذنين.

المعروف أن غالبا النساء هن اللواتي يضعنهن و لكن لا يمنع من أن الذكور أيضا يضعوهم كنوع من المودة حاليا. فالحالة هذه تجعلنا نطرح تساؤل هل هذه الأعمال التشبهية و التصرفات كأفراد الجنس المقابل و الظهور جسديا بمظهر الجنس الآخر من الممكن أن تؤثر على عمل المغير لجنسه و يكون مبرر قانوني لإنهاء عقد عمله ؟

و للتمكن من الإجابة على هذا التساؤل أمام عدم وجود مثل هذه الحالة عرضت على القضاء يمكن **قياسها** على هذه القضية و الأخذ بالنتائج التي توصل إليها القضاء و تطبيقها على من يرغب في التحول الجنسي، و يريد أن يتشبه بالجنس الآخر، و ربما يضع أقراط الأذنين فإذا تم فصله من العمل لهذا السبب، فإن طرده يعتبر تعسفيا و يعد لاغ بمفهوم قانون العمل لاسيما المادة L. 1132-1 و كذا المادة L.1132-4 من هذا القانون.

و قد أسست محكمة النقض قرارها بالرفض على تذكير بالمادة L.1132-1 من قانون العمل؛ أنه لا يعاقب أي عامل بالطرد بسبب جنسه أو مظهره الجسدي، و أن محكمة الإستئناف بينت أن الطرد أعلن بسبب

[57] Voir, Avis de Bernard Aldigé, note Dominique Piau, Travail : sur l'homme que vous êtes …..les boucles d'oreilles de la discorde, Gaz.Pal, 01 mars 2012, n° 61, p.10. sur lextenso.fr le 22/09/2014.

[58] Avis de Bernard Aldigé Avocat général de la cour de cassation, Op.Cit, p10.

مذكور في رسالة الطرد الموجهة من صاحب العمل أن « **وضعك في خدمة الزبائن لا يسمح بتقبل وضع أقراط الأذنين على الرجل الذي أنت** »[59].
و هذا ما يستنتج أنه بسبب المظهر الجسدي للعامل المرتبط بجنسه، الذي يثبت أن صاحب العمل لا يبررقراره بفرض نزع أقراط الأذنين بعناصر موضوعية خارجة عن كل تمييز، الذي يمكن أن نستنتج منه أن الطرد يرتكز على سبب تمييزي.
و قد علق على ذلك المحامي Dominique أنه مجرد تبليغ قرار الطرد، صاحب العمل قد إرتكب خطأ بكتابته في رسالة الطرد العبارة السالفة الذكر، و الحال أن رسالة الطرد قد حددت العبارات و حدود النزاع فيما يتعلق بالإعتراضات الموجهة ضد العامل، و من تم يكون صاحب العمل قد وضع بنفسه النقاش حول التمييز بسبب الجنس و المظهر الجسدي و من تم فالمادة L.1132-1 من قانون العمل الفرنسي هي الميدان الذي يظهر **صعب** التبرير أن مجرد أن رجل وضع أقراط الأذنين هو في حد ذاته جدير بالعقاب.[60]
و بتطبيق هذا التحليل على المغير لجنسه قبل إجراء الجراحة إذا كان سيتحول إلى أنثى و وضع أقراط أو إرتدى ملابس نسائية فإن لا يوجد مبرر لطرده من عمله، و إلا إعتبر طرده تعسفي و مبني على تمييز بسبب الجنس و المظهر الجسدي تطبيقا للمواد L.1132-1و 4-1132. L من قانون العمل.

3-قضية المحكمة الإدارية ل Nancy بتاريخ 01 فيفري 2011.
الوقائع :
Delphine Ravisè-Giard، إشتغلت أكثر من 20 سنة في القوات الجوية، عند بلوغها سن 39 سنة تم ترقيتها إلى مساعد (Adjudant) في القطاع العسكري و عرف في وحدة عمله **كذكر**، و بعد مدة 18 شهرا بعد عودته من التوقف بسبب المرض، عاد إلى عمله بصفته إمرأة بعد خضوعه لعلاج هرموني نحو الأنوثة.

و قد تقبلت السلطات العسكرية وضعية العامل بطريقة عادية و تم إدماجها في عملها، بصفتها أنثى و قدمت لها بذلة أنثوية، و إستخرجت لها بطاقة جديدة للتعريف العسكرية التي أشير فيها إلى إسمها الجديد، و إعتبرت **كمساعد إمرأة.**
إلا أن الإشكال الحاصل لهذه المتحولة في النوع (transgenre) أن مظهرها الجسدي لا علاقة له بجنس ولادتها، و أن ثائقها الإدارية الأخرى (رخصة سياقة، جواز سفر..) غير مطابقة لحالتها الجديدة.
و لهذا إلتجأت إلى المحكمة الإبتدائية الكبرى ل Nancy للمطالبة بتغيير بيان جنسها و كذا إسمها على عقد ميلادها، فصدر حكم بتاريخ 10 أوت 2009 رفض طلبها لأنها لم تجري عملية جراحية تثبت تحولها الجسدي جنسيا من ذكر إلى أنثى الذي لارجعة فيه.[61]
طبقا لهذا الحكم قررت السلطات العسكرية سحب بطاقة تعريفه العسكرية الصادرة بتاريخ 03 أفريل 2009 التي تشير لجنس أنثوي و تحرير له في جميع وثائقه المتعلقة به، هويته المطابقة لعقد ميلاده (ذكر)، ساحبة بذلك قرار يخلق حقوقا. و أمر وزير الدفاع أيضا المعني بإرجاع هذه البطاقة، و هو القرار الذي جعل R.M-G (المتحول في النوع) يطلب إلغائه أمام المحكمة الإدارية ل Nancy بعدما قدم طعنا إداريا مسبقا لوزير الدفاع بتاريخ 11 ديسمبر 2009 و الذي أجابت عنه بالرفض بتاريخ 31 ماي 2010 و قدم عريضته المسجلة أمام المحكمة الإدارية بتاريخ 27 جويلية 2010.
و قد رفضت المحكمة الإدارية بتاريخ 01 فيفري 2011 طلبه معللة حكمها على ثلاث نقاط :
1-أن قرار وزارة الدفاع في 31 ماي 2010 كان مبررا.
2-العقد الذي بموجبه الإدارة العسكرية أصدرت بطاقة تعريف عسكرية هو عقد إعترافي (un acte récognitif) أصدر يوم 03 أفريل 2009 ل R.M-G بطاقة تعريف عسكرية يشار فيها إلى الجنس الظاهر و لإسم أنثوي، و أن الوزير لم يأخذ قرار يخلق حقوق في مواجهته ، و أن جنس و إسم المدعي

[59] «Votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de poucles d'oreilles sur l'hommes que vous êtes »
[60] Voir, note Dominique Piau, Gaz.Pal, 01 mars 2012, n° 61, Op.Cit, p.10
[61] Voir, Femme a l'armée, homme au civil, société 13/08/2009 à 6h 51.

هما الموجودين في ولادته المسجلة في عقد ميلاده. مادام أن طلب تغيير حالته المدنية رفض بموجب الحكم المؤرخ في 10 أوت 2009 السالف الذكر.

3-السلطات العسكرية لا يمكن لها أن تصدر ل R.M-G وثائق تعطيه هوية مختلفة عن تلك المسجلة في الحالة المدنية؛ و تبعا لذلك يجب عليها أن تسحب تلك الوثائق، و أن تطبيق المادة 08 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بلا فائدة.[62]

هذا القرار أثار نقاط مهمة و إن كان يتعلق بمتحول في النوع و ليس تغيير جنس بالجراحة، إذا المتحول في النوع له الجنس المقابل ظاهريا دون أن يغير أعضائه التناسلية بالجراحة.

-الملاحظ أن السلطات العسكرية بإعتبارها صاحبة العمل، تقبلت تحول نوع أحد عمالها من ذكر إلى أنثى و قررت إدماجه في منصب عمله بحسب جنسه الجديد الظاهر، بدون أن يغير عقد ميلاده في الحالة المدنية. و أصدرت له و ثائق إدارية حسب نوعه الجديد و إعتبرته كأنثى في محيطه العملي، و من تم سلمته بطاقة تعريف عسكرية تشير إلى جنس أنثوي و غيرت رقم ضمانه الإجتماعي و سلمته بطاقة النقل بحسب هويته الأنثوية.و هذا معناه أنها إعترفت بتغيير جنسه الظاهري حتى و إن كان لم يغير بيان جنسه في عقد ميلاده، و بهذا تكون قد خلقت له حقوق، فهل قرارها كان قانونيا ؟ الإجابة هنا تكون بلا. لأن بالرغم من تقبل العامل في عمله و إدماجه كان بدون أي إشكال إلا أن المفروض ما كان يجب أن تطالبه بتقديم شهادة ميلاد تشير إلى أنه من جنس أنثوي، و هو الأمر الذي لم تطالب به، فكان قرارها سابقا لأوانه و في غير محله.

-أن السلطات العسكرية عندما علمت برفض الإعتراف بتغيير جنس العامل إلى أنثى من طرف القضاء بموجب حكم مؤرخ في 10 أوت 2009 الذي كان بسبب عدم إثباته لتغيير لجنسه بالجراحة (و هو الأمر الذي يفرق لنا أن هناك فرق بين المغير لجنسه بالجراحة و المتحول في النوع) تراجعت عن قرارها و أرادت إرجاع الأمور إلى ما كانت عليه و سحبها لبطاقة تعريفه العسكرية، و كذا جميع الوثائق و إعادة تحريرها بما يتطابق مع هويته المدونة في عقد ميلاده، مؤكدة أنها لا يمكن لها أن تتخذ قرار يخلق له حقوقا.و بهذا تكون قد إستدركت الأمر و صححت موقفها تجاه العامل بعدم إعترافها بالجنس الجديد الظاهر، و تأكيدها على الإعتداد بالجنس القانوني المدون في عقد ميلاده، و هذا ما أكده الإجتهاد القضائي في هذا المجال.

-أن هذا القرار أثار مسألة مهمة ضمنيا أنه إذا حدث تغيير لجنس أحد العمال أثناء قيام علاقة العمل، فإنها تعتد بآثاره و تفيد إدماجه في منصبه وفقا للجنس الجديد معلقة ذلك على شروط هو حصول على حكم قضائي يعترف بهذا التغيير، و يغير بيان جنسه المدون في عقد ميلاده حسب الهوية الجنسية الجديدة التي إكتسبها.و من تم تعطية الحق في الحصول على الوثائق الإدارية الخاصة بعمله، بما يتماشى و حالته المدنية المكتسبة الجديدة، و إلا في غياب ذلك فإنه ليس من حق السلطات أن تصدر قرار إدرايا يخلق له حقوقا، لا تتطابق مع حالته المدنية. و هو الأمر الذي جعل طلبه يرفض أمام المحكمة الإدارية.

و بهذا يكون القرار قد أكد أن من حق العامل الذي غير جنسه بالجراحة (و ليس المتحول في النوع) أن يدمج في عمله و يتحصل على وثائقه الإدارية حسب الجنس الجديد الذي إكتسبه، إذا أثبت هذا التغيير بموجب حكم قضائي يعترف نحو المستقبل بتغيير بيان جنسه في سجلات الحالة المدنية.و إلا فإنه بدون حكم قضائي بالتغيير الحاصل سيفقد حق الحصول على وثائق إدارية جديدة.

[62] Voir, la decision d'octroi d'une carte d'identité militaire reconnaisant un changement de sexe n'est pas créatrice de droits, Tribunal administratif de Nancy, 1 février 2011, AJDA 2011, p.468.

4-قضية محكمة إستئناف Limoges بتاريخ 12 أكتوبر 2000[63]، تتعلق بمعاش الزوج الأرمل إذا غير أحد مستحقية جنسه.

الوقائع :
أرملة طالبت أمام المحكمة الإدارية ل Limoges أن كل معاش زوجها المتوفي سينقل لها بسبب أن **الزوجة** الأولى للمتوفي أصبحت **رجل**.خطأ إثبات تغيير الجنس، و لأن إلغاء حصة في المعاش الذي يخص الزوجة الأولى لا يدخل تغيير لتلك الثانية، القضاة لم يمنحوا كل المعاش إلى الطاعنة.
كل مرة، بتفسير مخالف للحكم في افتراض أن الطاعنة لم تتمكن من إثبات إدعاءاتها، كان من الممكن إعتبار أن الزوجة الأولى، لا يجب إطلاقا أن تستفيد من حصتها في المعاش.
تغيير الجنس، الذي ليس له أثر إلا في المستقبل، مما يسبب أيضا سقوط الحقوق المكتسبة سابقا (بالنسبة للمغير لجنسه).
و قد عبر الفقه الفرنسي عن هذا الحكم:" في حالة تغيير الجنس قضائيا، من غير المتقبل رفض للمغير لجنسه ممارسة حقوق مرتبطة بحالته الجديدة، بقدر ما سيكون غير منطقي مواصلة إنتاج لحالته السابقة آثار مخالفة لحالته الحالية.
المغير لجنسه لا يجب أن يلعب على اللوحتين: الحصول على حالة جديدة مواصلين تغليب السابقة.الهوية الماضية للمغير لجنسه لا يمكن لها مواصلة إنتاج آثار إلا طبقا لحالته الجديدة، تحت تحفظ وحيد طبعا الحقوق المكتسبة للغير.[64]
و من تم يستنتج من كل ما سبق أنه في القرار السابق لقضاء Limoges، الذي يعتبر سابقة في مجال معاش المتوفي و مدى إستحقاق الزوجة الأولى للمتوفي للمعاش رغم أنها تحولت جنسيا من إمرأة لرجل.

القرار إبتداء يشير إلى أن الطاعنة لم تتمكن من إثبات تغيير جنس الزوجة الأولى.و أقر **ضمنيا** أنه لو تمكنت من إثبات تغيير جنس الزوجة الأولى، فهذه الأخيرة لا تستفيد من حصتها في المعاش لأن تغيير جنسها يترتب عليه سقوط الحقوق المكتسبة سابقا للزوجة الأولى التي تغيرت من إمرأة إلى رجل.و هذه نقطة مهمة، أكدت مبدأ مهم أن المغير لجنسه من حقه الحصول على حقوق حسب هويته الجديدة دون أن يواصل الإستفادة من حقوق حسب حالته السابقة مع عدم الإضرار بحقوق الغير المكتسبة.

و الموقف المتبني في فرنسا تم تأكيده من طرف محكمة عدل الإتحاد الأوربي التي نصت أن الحالة الجديدة للشخص المغير لجنسه لا تسري إلا في المستقبل.الشخص الذي غيّر جنسه لا يستطيع أبدا أن يغلب حالته السابقة من أجل الحصول على حقوقه.[65]

ثـــالثـــا : موقف كل من مصر و الجزائر من مصير عقد عمل أو وظيفة من غيّر جنسه.

إذا قام العامل أو الموظف بإجراء عملية جراحية و غيّر جنسه لأسباب نفسية أثناء قيام عقد عمله أو ممارسته لوظيفته فكيف يتعامل القانون في كل من مصر و الجزائر مع هذه الوضعيات ؟ و هل يعتبر غياب العامل أو الموظف أثناء خضوعه للعملية الجراحية، مبرر بتواجده في عطلة مرضية مؤمن عليه إجتماعيا يؤدي إلى توقف علاقة العمل أم لا ؟

أ/ موقف النظام القانوني المصري من تغيير الجنس أثناء قيام علاقة العمل أو الوظيفة، و على التأمينات الإجتماعية و المعاشات.
إذا كانت الوظيفة أو منصب العمل الذي يشغله يعطي الإعتبار لنوع الشخص، و هذا الأخير أجرى عملية جراحية و غيّر جنسه، فإن المفروض في هذه الحالة حسب رأي البعض أن ينتهي عقد عمله أو يفصل الموظف من وظيفته، فور إجرائه الجراحة التي أدت لتغيير جنسه.

---

[63] Voir, T.A Limoges, 12 Octobre 2000, req.n° 97422 ; M^me^ R.c/ Min.éco.
[64] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.43-44 marge 67.
[65] Haute Autorité de Santé, Op.Cit, p.44.

أما في حالة المساواة في المنصب أي عدم الأخذ بعين الإعتبار جنس الشخص، فإن العامل الذي سيخضع للجراحة لتغيير جنسه سيضطر إلى التوقف عن العمل بسبب مرضه، و سيقدم شهادة طبية تثبت عجزه عن القيام بالعمل، طيلة مدة مرضه إلى غاية شفائه مما يؤدي إلى إشكال حاصل هل يمكن إعتبار تغيير الجنس مرض يستوجب توقيف علاقة العمل ؟

1-إذا كان تغيير الجنس لأسباب عضوية، فإن بعض الفقه المصري يعتقد أن عقد العمل يوقف إلى حين إستكمال العلاج، نظرا لتوافر مصلحة مشروعة توافرت ضوابطها و شروطها.و يصبح العامل تابعا لنوعه الجديد الذي كشفت عنه العملية الجراحية.[66]

2-إذا كان تغيير الجنس لأسباب نفسية، فإنه لابد من الرجوع إلى أنواع المرض التي يصاب بها و يتوقف عندها عقد العمل، و إذا كان تغيير الجنس النفسي يندرج ضمنها.

تنص المادة 51 من قانون العمل المصري على ما يلي: "إستثناء من حكم المادة السابقة، يمنح العامل المريض بالدرن أو الجذام أو بمرض عقلي أو بأحد الأمراض **المزمنة** إجازة مرضية، إلى أن يشفى أو تستقر حالته إستقرارا يمكنه من العودة إلى مباشرة عمله أو يتبين عجزه عجزا كاملا عن مزاولة أية مهنة أو عمل.و يصدر بتحديد هذه الأمراض قرار من وزير الدولة، للصحة بالإتفاق مع وزير الدولة للقوى العاملة و التدريب."

من المعلوم أن الأمراض العقلية تتمثل في الجنون والعته، و قد جاء قرار من وزير القوى العاملة رقم 72 سنة 1976 على أمراض يبينها جدول مرفق به. تضمنت الأمراض المزمنة التي يستحق العامل المريض بأحدها إجازة مرضية بأجر كامل، متى حالت دون آدائه للعمل و كانت قابلة للتحسن أو الشفاء.و لم ترد ضمنها أعراض تغيير الجنس لأسباب نفسية.و من تم فإن هذه الأخيرة لا تؤثر على القدرات العقلية لصاحب الشأن، و لا تدخل في إطار الأمراض المزمنة التي تقعده عن آداء العمل المسند إليه.لذا فإن بعض الفقه المصري، يعتقد أن المغير لجنسه لا يعامل كمريض عقلي و لا تؤدي جراحته إلى وقف عقد العمل، بل يتعين إتخاذ إجراءات أخرى بصدده إذا تغيب عن العمل، و لو وصل الأمر إلى فصله أو إنهاء عقد عمله.

هل يحق للعامل الذي يخضع لعلاج جراحي بهدف تغيير جنسه لأسباب نفسية أن يستفيد من التأمين الصحي أو الضمان الإجتماعي و إجراء العملية على نفقة جهة العمل ؟

أجاب على ذلك بعض الفقه المصري أنه لا يحق لهذا الشخص إجراء العملية الطبية على نفقة جهة العمل أو التأمين الصحي أو الضمان الإجتماعي، لعدم الإعتراف بمشروعية هذا النوع من الأعمال الطبية المشوهة.و أضاف أنه لا يحق له إستخراج شهادة نهاية الخدمة بالإسم و النوع الجديدين حتى لا يكون ذلك من قبيل الإعتراف الجزئي بآثار العملية الجراحية المحظورة أو من قبيل التزوير في الأوراق الرسمية.

و قد إعتبر أيضا أن العامل المخنث نفسيا إذا إرتكب أعمالا سلوكية تدعم توجهه النفسي بالإنتماء إلى الجنس المقابل داخل منشأة العمل، كالتشبه بالجنس المقابل مظهرا و سلوكا أو أتى أعمالا شاذة أو منحرفة تظهر سوء سلوكه، و تخل بالشرف و الحياء، و تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة، فهذه الأعمال تبرر فصله دون شك حفاظا على سمعة جهة العمل و الحيلولة دون الإضرار بها.[67]

و ما أثر تغيير الجنس على إستحقاق المعاش ؟

بالنسبة للمغير لجنسه لأسباب نفسية، و إنطلاقا من عدم مشروعية الجراحة، و عدم إعتراف الفقه المصري بحق هذا الشخص بإجراء الجراحة على نفقة جهة العمل، فإنه لا يمكن إعتبار أنه يحق أن يستحق أي معاش من غيّر جنسه لأسباب نفسية، لعدم تمكنه من إثبات هويته الجنسية الجديدة.

---

[66] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.474-475.

[67] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.475-476.

و على فرض إستمرار شهادة ميلاده حسب الجنس الأصلي، فإن المظهر الخارجي لا يتطابق مع وثائقه الإدارية.و من تم فإنه لا يمكن الإعتراف بآثار هذا التغيير غير المشروع.

أما إذا كان تغيير الجنس لأسباب عضوية، فإنه نظرا لمشروعية هذا التدخل الطبي فإنه يمكن الخوض في موضوع تغيير الخنثى لجنسه على مدى إستحقاقه للمعاش تطبيقا لما ورد في قانون التأمين الإجتماعي لاسيما المادة 104 من قانون التأمين الإجتماعي،[68] التي نصت على ما يلي: "إذا توفي المؤمن عليه أو صاحب المعاش كان للمستحقين عنه الحق في تقاضي معاش وفقا للأنصبة، و الأحكام المقررة بالجدول رقم 3 المرافق من أول الشهر الذي حدثت فيه الوفاة.
و يقصد بالمستحقين: الأرملة، المطلقة، الزوج، الأبناء، البنات، الوالدين، الإخوة و الأخوات الذين تتوافر فيهم في تاريخ وفاة المؤمن عليه أو صاحب المعاش شروط الإستحقاق المنصوص عليها في المواد التالية.".
و من خلال هذا النص فإذا ثبت أن أحد المستحقين للمعاش قد تغير جنسه لأسباب عضوية و تم تصحيحه على النوع الآخر لجنسه الظاهر.فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لإستحقاق المعاش هذا ما سنشير إليه حسب البحث الذي توصل إليه الدكتور الشهابي :

الأرملة : هي التي توفى زوجها، إذا توافرت فيها شروط الإستحقاق المحددة قانونا، و إستوفت المعاش ثم صححت جنسيا على الذكورة بعد وفاة الزوج الذي لم يكن يعلم بحقيقتها أو علم لكن توفي قبل الكشف عن بطلان الزواج.فما مصير ما استوفته الأرملة كأنثى ظاهريا من معاش ؟

حسب وجهة نظر البعض أن الأمر مرتبط بمدى صحة الزواج، فإذا تبين أن الزواج باطل، فبالطبع لا تستحق شيئا من ذلك، لأن هذا الزواج لم ينعقد من الأصل و يجب أن يقطع المعاش على الفور.
أما بالنسبة لما تم صرفه لها فيجب التفريق بين حالتين: إذا كانت حسنة النية لا تلتزم بالرد لعدم علمها بحقيقة حالتها المرضية و أن حقيقتها ذكر.أما إذا كانت سيئة النية، فإنه يجب عليها رد ما آل إليها من وقت عملها بذلك.

المطلقة : لا محل لبحث أثر تصحيح الجنس على إستحقاقها المعاش لأنه يشترط أن يستمر الزواج بين المؤمن عليه أو صاحب المعاش لمدة لا تقل عن 20 سنة و هذا غير متصور في هذه الحالة أن تستمر علاقة الزوجية طيلة هذه المدة و لا يتبين أمرها.
الزوج : ما قيل بشأن الأرملة يعاد بشأن الزوج إذا صحح على الأنوثة.
الأبناء و البنات : لإستحقاق الإبن المعاش وفقا للمادة 107 يشترط ألا يكون بلغ الحادية و العشرين و يستثنى من ذلك العاجز عن الكسب أو الطالب المتفرغ للدراسة..... بشرط عدم تجاوزه سن 26 سنة.....
أما معاش الإناث طبقا للمادة 108 بأنه يشترط ألا تكون متزوجة.و إلا قطع معاشها.[69]

و من تم فإذا صحح جنس الإبن على الأنوثة، يجب أن يعود إليه الحق في المعاش من الوقت الذي تم التأكد فيه بصورة نهائية حقيقته الأنثوية، و يجب أن يعاد توزيع المعاش بين مستحقيه على هذا الأساس، دون المساس بحقوقهم التي إكتسبوها في الفترة السابقة على ذلك.أما بالنسبة للأنثى التي صححت على عكس ظاهرها إلى ذكر، فإنه يجب قطع معاشها من الوقت الذي تأكد فيه حقيقتها الذكرية النهائية، و مادامت قد تجاوزت الواحد و العشرين.و يرد ما استوفته على باقي المستحقين إذا كانت سيئة النية و أخفت حقيقتها لتتفادى قطع المعاش.[70]

---

[68] قانون رقم 108 لسنة 1976، المتعلق بنظام التأمين الإجتماعي لأصحاب الأعمال و من في حكمهم.
[69] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.545-547.
[70] و قد نشر في جريدة الخليج عدد 8164 ل 25 سبتمبر 2001، ص.37.أن أنثى ظاهريا (ذكر في حقيقته الجنسية)حققت معها النيابة العامة في مصر، لأنه أخفى حقيقته الذكرية و حرص على عدم الكشف عنها حتى يستمر في صرف المعاش عقب وفاة والده باعتباره أنثى و ذلك حتى بلغ من العمر 53 سنة. مذكور في الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، 548 هامش3.

الإخوة و الأخوات : إذا صحح أحد مستحقي المعاش على عكس الظاهر ترتب عليه قطع المعاش، و تطبق نفس أحكام الأبناء و البنات، فلا داعي للتكرار.
الوالدان : لا يتصور تثبيتها على عكس الظاهر لأنه أصل.و إذا حدث ذلك فلا تعد إلا جراحة محظورة و لكن يمكن أن يصحح جنس المستحقين الآخرين على عكس ظاهره.و يترتب عليه زيادة نصيبهما أو نقصانه حسب دخول أحد المستحقين للمعاش أو خروجه منه بتصحيحه فيرد ما كان قد أخذه.[71]

ب/ موقف النظام القانوني الجزائري من تغيير جنس العامل أثناء قيام علاقة العمل أو الوظيفة و تأثيره على التأمينات الإجتماعية و المعاش.

إذا كان جنس العامل أو الموظف هو محل إعتبار، و أجرى جراحة تغير جنسه، فإن المفترض حسب رأينا أن ينتهي عقد عمله أو يتم تسريحه من وظيفته، إذا ثبت خضوعه لعملية جراحية غيرت جنسه، سواء لأسباب عضوية أو نفسية.
في حالة إستحقاق المنصب للذكر أو الأنثى أي أن جنس الشخص ليس له محل إعتبار، فإن العامل أو الموظف الذي سيخضع للجراحة من أجل تغيير جنسه سيتوقف عن العمل أو الوظيفة بسبب مرضه و سيقدم شهادة طبية تثبت عجزه الصحي عن القيام بالعمل طيلة فترة علاجه إلى غاية شفائه، فهل تعد أعراض تغيير الجنس مرض تعلق به علاقة العمل ؟
و هنا لابد أن نفرق بين حالتين :

1-إذا كان تغيير الجنس لأسباب عضوية، فإنه نظرا لإعتراف الطب بمشروعية التدخل الطبي لتوافر قصد العلاج فيها و توافر ضوابط و شروط مشروعيتها، فإن توقف العامل أو الموظف عن العمل خلال مدة العلاج و الجراحة يجعل علاقة عمله معلقة طبقا للمادة 2/64 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أفريل 1990 المعدل و المتمم بآخر تعديل بالأمر 97-03 المؤرخ في 11 جانفي 1997.. التي نصت على أنه :
"تعلق علاقة العمل قانونا للأسباب التالية:.....عطلة مرضية أو ما يماثلها كتلك التي ينص عليها التشريع و التنظيم المتعلقين بالضمان الإجتماعي....."
و عندما يتغير جنس العامل لأسباب عضوية و يصبح على عكس ظاهره حسبما كشفت عنه العملية الجراحية، فإنه طبقا للمادة 65 من نفس القانون، له الحق في أن يعاد إدراج العامل- الذي توقف في عطلة مرضية- في منصب عمله أو في منصب ذو أجر مماثل بعد إنقضاء فترة تعليق علاقة العمل.

2-إذا كان تغيير الجنس لأسباب نفسية، فمع التسليم بعدم مشروعية الجراحة، لكننا أمام وضعية و إشكال عملي لابد من إيجاد له حل يتماشى مع القانون.فهل يعتبر العامل الذي يرغب في تغيير جنسه لأسباب نفسية في عطلة مرضية تعلق فيها علاقة عمله أم لا ؟

بالرجوع إلى قانون التأمينات الإجتماعية الجزائري[72] نجده ينص في المادة 14 من قانون رقم 83-11 على مايلي : "للعامل الذي يمنعه عجزه بدني أو عقلي مثبت طبيا عن مواصلة عمله أو إستئنافه الحق في عطلة تعويضية يومية تقدر كما يلي:....."

فالعجز العقلي يتمثل في الجنون والعته.أما العجز البدني فقد حددته المادة 5 و 21 من مرسوم 84-27 [73]و التي تجعل العامل المريض يستفيد من إجازة مرضية بأجر كامل طبقا للمادة 4 من نفس المرسوم.و لم ترد ضمن هذه العلل أعراض تغيير الجنس لأسباب نفسية.

---

[71] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.549.
[72] قانون 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي 94-04 المؤرخ في 11 أفريل 1994 و بالأمر 96-17 المؤرخ في06 جويلية 1996.
[73] المرسوم التشريعي 84-27 المؤرخ في 11 فبراير 1984، الذي يحدد كيفيات تطبيق العنوان الثاني من قانون 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية المعدل و المتمم.

و من خلال ما سبق فإنه لا يمكن إعتبار المغير لجنسه لأسباب نفسية، مصاب بجنون أو عته و لا يدخل في إطار العلل التي توقف علاقة العمل، و من تم فإنه لابد من إيجاد حل آخر من طرف جهة العمل، و ذلك مثلا بإتخاذها تجاهه إجراءات التخلي عن العمل أو إهمال المنصب كإجراء مسبق على إنهاء علاقة عمله أو عزله طبقا للمادة 136 من مرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية.

و من تم فإن جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية زيادة على عدم مشروعيتها في الجزائر، و عدم إدراجها ضمن العلل التي تجعل العامل يستحق عطلة مرضية بأجر كامل، و لا تعطيه الحق في الإستفادة من التأمين الصحي أو الضمان الإجتماعي طبقا للمواد من 4 و ما يليها من مرسوم 84-27 السالف الذكر (فيما يتعلق بمصاريف العلاج)، و لا يمكنه من المكوث في المستشفى و إجراء العملية الجراحية على نفقة جهة العمل.

و أمام الفراغ التشريعي في قانون العمل الجزائري و النصوص المكملة له، فإنه لابد من إيجاد حل أمام هذه الوضعية؛ غياب من يرغب في تغيير جنسه لأسباب نفسية عن منصب عمله أو وظيفته؛ ثم إعلام جهة العمل بموجب شهادة طبية تبين أنه يخضع لجراحة يتغير بموجبها جنسه بدون توافر قصد العلاج، وصول الخبر إلى باقي العمال داخل جهة العمل.لا شك أن كل هذه الظروف و الحقائق تتطلب البحث عن حل يتماشى مع المنطق القانوني.و على حسب ظننا و في رأينا أن على جهة العمل القيام بإتباع الإجراءات التالية، قبل أن تقرر تسريحه و يعتبر تسريحها تعسفي، لأن العامل سيحتج بالشهادات الطبية المقدمة دون البحث في مضمونها.
إذا وصل إلى علم جهة العمل أن العامل قام بإجراء جراحة تحول بها جنسه لأسباب نفسية، فإنه يوجه إعذار إلى العامل أو الموظف بالإلتحاق إلى منصبه لأن الشهادات المقدمة له لا يمكن الإحتجاج بها كونه لا يستفيد حسب علته من أي عطلة مرضية و لأن جراحته لا يتوافر فيها قصد العلاج.و هنا نكون أمام إحتمالين :

أ/ إما ألا يلتحق العامل (هذا هو الغالب لكونه لا يشفى بسرعة بعد الجراحة) فإنه يقوم بإنهاء علاقة عمله لتخليه عن المنصب أو يعزله إذا كان موظف و تخلى على منصبه.

ب/ إما أن يلتحق العامل و نجد أمامنا شخص آخر له مظهر جسدي يختلف عن هويته الموجودة في ملف عمله.و من تم نكون أمام شخص مصطنع و متشبه بالجنس المقابل، و له سلوك منحرف و يعتبر هذا الفعل من الأفعال الشائنة التي تثير إضطراب ظاهر داخل جهة العمل و يكون هناك إستهزاء و سخرية من كافة زملائه في العمل.و يمكن لجهة العمل أن تقرر تسريحه بكل سهولة لعدم **تطابق** الشخص الذي تم توظيفه مع الشخص الذي يريد مواصلة عمله بالأخص إذا لم يستطيع أن يقدم وثائق للحالة المدنية بهذا التغيير الحاصل، و يعتبر تصرف العامل فيه إساءة إلى سمعة جهة العمل، و فيه مساس بالأخلاق و عبث بخلق الله و كل هذه مبررات تجعل تسريحه مبررا.

و ما أثر تغيير الجنس على **إستحقاق التأمين على الوفاة و المعاش و سن التقاعد ؟**

بالنسبة للمغير لجنسه لأسباب نفسية، نظر لعدم مشروعية العلاج و عدم توافر قصد العلاج فلا يمكن إعتبار أن هذا الشخص له الحق في أن يستحق لا التأمين على وفاة العامل أو صاحب المعاش أو المؤمن عليه و لا إستحقاق أي معاش، و لا إحالته على التقاعد حسب سن الجنس المقابل الذي تحول إليه، لعدم تمكنه من تقديم شهادة ميلاد تتطابق مع الجنس الجديد الذي إكتسبه، و إذا قدم شهادة ميلاده حسب جنسه الأصلي، فإنها لا تتطابق مع المظهر الجديد المصطنع الذي إكتسبه.
و لا يمكن له صرف أي مبلغ.و من تم لا يمكن الإعتراف بآثار مثل هذا التغيير المصطنع.

أما إذا كان تغيير الجنس لأسباب عضوية، فإنه بإعتبار أن الجراحة تهدف إلى تحقيق قصد العلاج و ترجيح الجنس الغالب طبيا فإنها مشروعة، و من تم يبقى لنا تحديد كيفية إستحقاقه للتأمين على الوفاة و كذا المعاش و سن التقاعد.
بالرجوع إلى قانون الضمان الإجتماعي فإننا نجد المواد التالية :

أولا : بالنسبة **للتأمين على الوفاة،** فقد نصت المادة 47 من قانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية فقد نصت على "يستهدف التأمين على الوفاة، إفادة ذوي حقوق المؤمن له المتوفي المعرفين في المادة 67 أدناه من منحة الوفاة."
و نصت المادة 67 التي أحالت إليها على أنه " يقصد بذوي الحقوق :
1-زوج المؤمن له.....
2-الأولاد المكفولون البالغين أقل من 18 سنة حسب مفهوم التنظيم المتعلق بالضمان الإجتماعي ....."
و من تم **فزوج** المؤمن له يفترض فيه أن يكون من زواج صحيح و يكون من الجنس المختلف فإذا ثبت أن المؤمن له المتوفي رجل، فإن زوجه يكون إمرأة لكن إذا غيرت جنسها و صححته على عكس ظاهرها و أصبحت رجلا بعد وفاته فإن المفروض أن زواجهما يكون باطل و لا تستحق زوجة المتوفي التي أصبحت رجلا أي منحة للوفاة.[74]

أما بالنسبة **للأولاد** المكفولون فقد فرق المشرع بين الذكور و الإناث، فالذكور ما بين 21 و 25 سنة و بشروط.أما الإناث مهما بلغ سنهن ما داموا بدون دخل.و عليه إذا صحح الولد على الأنوثة، و كان سنه يفوق 25 سنة فهو لا يستحق المنحة.لكن إذا أصبح أنثى فإنه يستحق المنحة إذا لم يكن دخل.أما البنت إذا صححت على الذكورة، فإنها إذا تجاوزت 25 سنة لا تستحق أي منحة للوفاة.

أما ثانيا: بالنسبة **لسن التقاعد** :

فالمادة 6 من قانون 83-12، المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتقاعد، فقد حددت إستفادة العامل من معاش التقاعد ببلوغ 60 سنة على الأقل بالنسبة للرجل، و 55 سنة للمرأة بناء على طلبها.
فإذا صحح رجل جنسه و أصبح إمرأة لأسباب عضوية، فإنه يسري عليه سن 55 سنة للتقاعد لأن حقيقته الجنسية هي لأنثى فيتمتع بحقوق الأنثى.و العكس إذا صححت الأنثى إلى ذكر.

ثالثا: فماذا عن إستحقاق **المعاش ؟**

بموجب المادة 30 من قانون 83-12 السالف الذكر تنص " إثر وفاة صاحب المعاش أو العامل يستفسد كل من ذوي حقوقه من معاش منقول وفقا للشروط المنصوص عليها هذا القانون " وتنص المادة 31 من نفس القانون "يعتبر ذوي حقوق كل من :
-الزوج
-الأولاد المكفولين،كما عرفتهم المادة 67 من قانون رقم 83-11 السالفة الذكر، و ما قيل عن استحقاق منحة الوفاة للزوج و الأولاد المكفولين، يقال هنا في إستحقاق المعاش إذا صحح مستحقها على عكس ظاهره.
أما بالنسبة لرد ما تم صرفه، فيكون حسب إذا كان من صحح جنسه حسن النية، فلا يلتزم بالرد لعدم علمه بحقيقة حالته المرضية، و إذا كان سيء النية يجب رد ما آل له من وقت العلم بذلك.

[74] هي تدفع دفعة واحدة فور وفاة المؤمن له.

المطـــــلب الثـــالـــث :

أثـــر تغييـــر الجنس على الحـق في الميراث.

عنيت الشرائع بنظم التوريث، و كذلك جاء الإسلام بنظام مفصل، محدد يبين الأشخاص الوارثين، و يحدد مقادير أنصبائهم و يمكن أن نرجع الميراث في الإسلام إلى الحب في توريثه لأبنائه و العشرة في توريث الزوجات، و النصرة في توريث بعض العصبة و العطف، و يظهر في توريث ذوي الأرحام و الأقارب، كالعمات.

فالميراث؛ هو حق قابل للتجزئة يثبت لمستحقه بعد موت من كان له.[75]و من شروط الميراث ثلاثة و هي : تحقق موت المورث، تحقق حياة الوارث و العلم بالدرجة التي إجتمعا فيها. و أن تنتفي موانع الميراث.
و قد جعل الله تعالى لكل وارث نصيبه المقدر له بالفرض؛ و هو ذلك النصيب المقدر شرعا للوارث، و الباقي من أصحاب الفروض هو الذي يأخذه بالتعصيب,و قد جعل الله تعالى نصيب الأنثى هو نصف نصيب الذكر، لأنه الكافل لأسرته و يقع عليه وحده عبء الإنفاق.

و من تم يجب أن يكون جنس الوارث معلوم، لأن نصيبه يختلف بإختلاف إذا كان ذكرا أم أنثى لحظة وفاة المورث، و تؤثر على تحديد الورثة، فهناك من يحجبهم و آخر لا يحجبهم سواء حجب حرمان أو حجب نقصان. و من تم تبين أن معرفة إنتماء الفرد إلى الذكورة أو الأنوثة قد يؤثر على توزيع التركة و تعيين المستحقين للإرث.

و لذلك يثار إشكال عندما يتعلق الأمر بأحد الأشخاص الذين يعانون من إزدواج جنسي عضوي أو إزدواج جنسي نفسي، فجنسهم غير محدد لا بذكر و لا بأنثى مما يصعب تحديد نصيبهم في الميراث. فبالنسبة لنصيب الخنثى العضوي فقد تحدثت عنه الشريعة الإسلامية و سنفصله تباعا.أما بالنسبة لنصيب المغير لجنسه **لأسباب نفسية**، فإن الأمر فيه محسوم في شريعتنا كون أن هذه الجراحة التي يتحول فيها الشخص و يغير جنسه، و يكتسب جنس مصطنع و غير وظيفي و يتعارض مع ماهو مدون في حالته المدنية، فيها تغيير لخلق الله و هي محرمة شرعا، و لا يمكن الإعتراف بالآثار المترتبة عليها لا شرعا و لا قانونا، و من تم لا تؤثر على أحكام الميراث بصفة مطلقة، و الجنس المعتد به هو الجنس الأصلي المدون في شهادة الميلاد، و هو الذي سيأخذ المغير لجنسه لأسباب نفسية نصيبه على أساسه. و لا يعتد بجنسه الذي تحول إليه بجراحة محظورة شرعا و قانونا.

و لذلك سيقتصر بحثنا هنا على دراسة على تأثير تغيير الجنس لأسباب عضوية، و أثره على الحق في الميراث في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، (الفرع الأول) ثم في القانون المصري (الفرع الثاني).

الفـــــــرع الأول

أثر تغيير الجنس لأسباب عضوية على الحق في الميراث في كلا من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

إرتأينا أن ندرس موقف الفقه الإسلامي قبل و بمعية القانون الجزائري لكون أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا في حالة عدم وجود نص إلى الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، و أن جميع أحكام الميراث الواردة في المواد 126 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

---

[75] أنظر، بدران أبو العينين بدران، المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985، ص.11.
محمد محده، التركات و المواريث، طبعة ثانية، شهاب، قسنطينة، سنة 1994، ص.11.

أن تحديد نوع الوارث من حيث الذكورة أو الأنوثة أهمية كبرى في نظام الميراث.و لذلك فإنه في حالة الإزدواج الجنسي العضوي أو ما يعرف بالخنثى المشكل، و تحديد الجنس الغالب أو المرجح لديه أمر مهم لتحديد نصيبه في الميراث و كذلك لتحديد نصيب كل وارث في التركة، و عنيت الشريعة الإسلامية ببحث هذه المسألة و وضع حلول لها في مختلف المذاهب الفقهية.

أولا : موقف **الفقه الإسلامي** من أثر تغيير جنس الخنثى العضوي على حقه في الميراث.

الخنثى يقسمه الفقهاء إلى قسمين: خنثى لا إشكال فيه و في أمره، و هو الذي إتضح حاله، فترجحت فيه الذكورة على الأنوثة بأن نبتت لحيته أو وصل إلى النساء أو بال كما يبول الرجال، فيكون ميراثه تابعا لمباله.و إذا ترجحت فيه الأنوثة:كأن بال كما تبول النساء أو ظهر له ثدي أو حاض أو حمل و يرث كأنثى.[76]

أما الخنثى المشكل، فهو من أشكل أمره و لم يتضح إذا كان ذكرا أو أنثى إما لإنعدام ما يرجح أمره من علامات الذكورة أو الأنوثة و إما لتداخلها ببعضها.و يمكن حل الإشكال في هذا العصر عن طريق التقدم الطبي في هذا المجال و بالتدخل الجراحي اللازم.

و قد إختلف الفقهاء في كيفية توريث الخنثى المشكل و يحدد نصيبه حسب كل مذهب كما يلي :

عند الشافعية : يذهب إلى ضرورة العمل باليقين في حقه و حق غيره، فيأخذ الخنثى أقل النصيبين، و يعطى الورثة أقل النصيبين، و يعطى الورثة أقل النصيبين حتى يكتشف أمره إن كان يرجى ذلك، فإن لم ينكشف أمره تصالحوا عليه.[77]و عند **الحنفية**، فيرث الخنثى الأسوء في نصيبه سواء على أساس الذكورة أو على أساس الأنوثة، و ذلك لأن هذا الأسوء هو أقل قدر متيقين سيرته، أما الورثة فيعاملون بأحسن النصيبين.أما عند **المالكية** و من وافقهم من الحنابلة، فهم يقولون، إن **لم يتضح** حاله فيرث على فرض الذكورة و على فرض الأنوثة.حيث يقدر تارة ذكرا و يعطي نصف ما يستحقه الذكر، و يقدر أنثى ثانية و يعطي نصف ما تستحقه الأنثى ثم يجمع.فالناتج من التقديرين هو نصيبه.
و عند الحنابلة : إن كان يرجى إنكشافه، (فمثل الشافعية) يعطى و من معه اليقين، **و يوقف** الباقي حتى يبلغ.[78]

و من تم فإن توزيع تركة المتوفي يختلف إذا وجد بين الورثة خنثى، و يكون نصيبه في الميراث حسب أحد المذاهب الفقهية المذكورة أعلاه.لكن قد يثور إشكال في حالة إذا تم توزيع التركة ثم تبين بعدها حال الخنثى على عكس ما ورث عليه، فهل يعاد توزيع التركة على حسب الجنس المرجح للخنثى ؟

و قد أجاب على ذلك أنه يجب إعادة توزيع التركة من جديد لتصل الحقوق إلى أصحابها على الوجه المشروع، و على الذي إستوفى زيادة عن حقه بمقتضى التوزيع السابق على تصحيح جنس الخنثى أن يرد تلك الزيادة إلى من يستحقها من الورثة.[79]

---

[76] أنظر، بدران أبو العينين بدران، المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية...، المرجع السابق، ص.102.

[77] أنظر، عزة عبد العزيز، أحكام التركات و قواعد الفرائض و المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2010، ص.187.
محمد محده، المرجع السابق، ص.287.

[78] أنظر، عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.542.
محمد محده، المرجع السابق، ص.288.

[79] أنظر بالتفصيل، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.482-489.

ثانيا : موقف القانون الجزائري من أثر تغيير الجنس لأسباب عضوية على حقه في الميراث.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجده أنه لم يتناول الخنثى المشكل بأي نص، مما يجعلنا نحتكم إلى الشريعة الإسلامية في حكم هذا الموضوع تبعا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. و أن نأخذ بالفقه المالكي المعمول به في الجزائر.
فعند المذهب المالكي: فإن الخنثى يورث في كلا الفرضين، فتحل المسألة على فرض الذكورة، و على فرض الأنوثة، و يعطي الخنثى نصف نصيبه كذكر، و نصف نصيبه كأنثى، و يجمع الناتج من التقديرين، و يكون ذلك هو نصيبه.[80]
إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة إذ أنه يصعب تطبيق هذه الأحكام على الخنثى لكون أن : القانون لا يعترف بتسجيل بيان خنثى في شهادة ميلاد المعني، بل على ضابط الحالة المدنية أن يسجل إما ذكر أو أنثى ، و من تم فإنه عمليا سيورث هذا الشخص (الخنثى) حسب ما هو مسجل في شهادة الميلاد.و لا يؤخذ بإدعائه الخنوثة العضوية أمام حجية وثائق الحالة المدنية.و لذلك فعلى من يدعي أن الورثة هو خنثى أن يلجأ إلى القضاء الإثبات ذلك، و من السهل حاليا إثبات الحقيقة الجنسية للخنثى أمام التقدم الطبي في هذا المجال و أن تقرر المحكمة تعيين خبير طبي لفحص الخنثى و تحديد إنتمائه الفعلي إلى أحد الجنسين للتمكن من تقسيم التركة على ضوء ما توصل إليه الطبيب في تقرير خبرته.

و من تم فإن الخنثى يرث وفقا للقانون الجزائري كالتالي:
1-إذا تبين أنه ذكر بعلامة أو إمارة إستحق ميراث الرجل.
2-إذا تبين أنه أنثى بإحدى العلامات عدت أنثى، و إستحقت ميراث الأنثى.
3-إذا لم يتضح حاله، فيرث حسب المالكية، على فرض الذكورة و على فرض الأنوثة و يعطى نصف نصيب الذكر، و نصف نصيب الأنثى.
و التقدم الطبي الحالي، يمكنه كما قلنا أن يحدد بسهولة نوع الخنثى، و خضوعه إلى العملية الجراحية لتصحيح جنسه، و قد تتم هذه العملية إما قبل اقتسام التركة أو بعدها و العبرة بصفة الوارث بعد وفاة المورث لا قبله.

الفـــرع الثـــــانـــي

أثر تغيير الجنس لأسباب عضوية على الحق في الميراث في القانون المصري

تنص المادة 875 من القانون المدني المصري على أن :" 1- تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الإرث، و إنتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الصادرة في شأنها ".

و قد إعتمد القانون المصري في مسألة ميراث الخنثى ما ذهب إليه الحنفية.و لذا نص المشرع في قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 في المادة 46 على أن " الخنثى المشكل و هو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى ؟ أقل النصيبين، و ما بقي من التركة يعطي لباقي الورثة ". و هو نفس ما أخذ به مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية بالمادة 290 حيث نصت على أن " للخنثى المشكل أقل النصيبين على تقدير ذكورته و أنوثته ".[81]

---

[80] فمثلا لو توفي شخص و ترك بنت و ولد (خنثى).لو فرضنا أن الولد ذكر فإنه سيصير الورثة هم ابن و بنت، ومن تم أصل المسألة هو 12 لأخذ الإبن (الخنثى) 8 و لهوأخذت البنت 4، لأن التركة بينهما تعصيبا. و في هذه الحالة سيأخذنصف نصيبه أي 4 إذا كان ذكرا.أما على فرض تقدير الولد أنثى فإنهما سيصيران بنتين و نصيبهما 3/2، ولو فرضنا أن المسألة كسابقتها سيأخذان 4 لكل واحدة، و نصف نصيب الخنثى هو 2، فالمجموع إذن للخنثى هو 4+2=6، أي ما يعادل نصف التركة.مأخوذ من محمد محده، المرجع السابق، ص.288.

[81] و قد جاء في المذكرة التفسيرية للمادة 875، أن المشرع المصري قد اكتفى بالنص على حكم الخنثى المشكل، لأنهإذا لم يكن مشكلا ألحق بجنسه في الذكورة أو الأنوثة.و هذا الحكم مأخوذ من مذهب الحنفية و هو إعطائه أقل النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى أو حرمانه إذا كان لا يستحق شيئا على أحد التقديرين، ثم إعطاء كل التركة أو باقيها للورثة.مذكور في الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.479-480.
محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.482.

و من تم فإن الخنثى المشكل يرث وفقا للقانون المصري كالتالي :
1-إذا تبين أنه ذكر بإحدى العلامات إستحق ميراث الذكر
2-إذا تبين أنه أنثى بإحدى العلامات إستحق ميراث الأنثى
3-إذا أشكل أمره، و لم يتبين حاله، فإنه لا يرث شيئا، لأن الملك لا يثبت بالإحتمال
4-إذا كان مشكلا يرث على كلا التقديرين، لكن نصيبه مختلف، فإنه يعطي أقل النصيبين و يوزع الباقي على من معه من الورثة، لأن ملكه للأقل محقق، و للزيادة محتمل.[82]

و لابد من التدخل الطبي بالجراحة لتصحيح جنس الخنثى لأن سيؤثر إيجابا أو سلبا على الورثة المحتملين من أفرادها عند وفاة المورث.و يختلف الأمر أيضا إذا تمت الجراحة قبل اقتسام التركة أو بعدها. إذ أن إجراء جراحة الخنثى قبل وفاة المورث لا أثر له على الحق في الميراث لأن صفة الوارث لا تتحقق إلا بعد وفاة المورث.
و من تم نكون أما إحتمالين إذا أجريت الجراحة بعد وفاة المورث إما قبل اقتسام التركة أو بعدها :

أولا : تغيير نوع الخنثى العضوي بعد وفاة المورث و قبل إقتسام التركة :

صفة الوارث تتحقق في الخنثى العضوي بتحقق حياته بعد وفاة مورثه حقيقة أو حكما.
فإذا كان الخنثى غير ظاهر و خفي قد لا يعلمه الورثة الآخرين، فيكون لهذا الخنثى جنس مدون في الحالة المدنية عند وفاة المورث، و آخر كشفت عنه الجراحة بعد وفاة مورثه، فيثار التساؤل أي نوع يأخذ بعين الإعتبار لإقتسام التركة؟

أجاب عن هذا الطرح "الدكتور محمد أنس إبراهيم"؛ أنه يعتقد أن هذه الجراحة تؤثر على أحكام الميراث، لأن الأعضاء التناسلية الخاصة بالنوع المقابل كانت موجودة، لكنها مطموسة و مطوية و مختفية داخل التجويف البطني للمعني بالأمر، و لم تظهر لعذر خلقي إلا بعد وفاة المورث، و من تم فهي محل إعتبار في تحديد نوعه.و من حقه أن يرث وفقا لنوعه الجديد الذي كشفت عنه الجراحة (و ليست جراحة تغيير الخلقة بدون ضرورة علاجية المحظورة)، و من تم ينبغي إعادة إجراءات إعلام الوراثة و توزيع التركة وفقا للجنس الذي صحح عليه.[83]

ثانيا : تغيير نوع الخنثى العضوي بعد وفاة المورث و بعد إقتسام التركة :

من المحتمل أنه بعد توزيع التركة و حصول كل وارث على نصيبه بما فيهم الخنثى العضوي الخفي، وفقا لنوعه الظاهر بعد وفاة المورث، أن يتصرف كل الورثة أو بعضهم في نصيبه كليا أو جزئيا، يثار إشكال آخر هو ما حكم لو أجرى الخنثى العضوي جراحة تكشف عن نوعه الحقيقي بعد إجراء القسمة للتركة ؟
و قد أجاب الدكتور محمد أنس إبراهيم على ذلك أنه يعتقد أن من الضروري إعادة توزيع التركة مرة أخرى تبعا للنوع الجديد الذي كشفت عنه الجراحة، قياسا على حالة المفقود الذي ظهر حيا بعد توزيع المال، إذ له أن يسترد ما له من ورثته أو ما تبقى بأيديهم منه.
إلا أن القضاء المصري في أحد القضايا التي عرضت على محكمة الأحوال الشخصية بالإسكندرية سنة 1997، في قضية مات فيها مليونير تاركا ولدين من الذكور إقتسما التركة فيما بينهما مناصفة، و بعد مدة تحول أحدهما إلى أنثى بالجراحة، فرفع أخاه الآخر دعوى للمطالبة بإعادة توزيع التركة لتكون وفق أحكام الشريعة، فدفعت الشقيقة ما يثبت أنها كانت **ذكرا لحظة وفاة** والدها، و أن الجراحة أجريت بعد الوفاة، فقضت المحكمة برفض دعوى الأخ.[84]

---

[82] أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.483

[83] أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.485 -486.

[84] أنظر بالتفصيل، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.486-487.
و بذلك يكون القضاء المصري قد اتخذ موقفا مخالفا لكن لا يمكننا نقده أو تأييده لأن القضية كانت مجرد خبر نشر بالجريدة و لا نعرف تفاصيلها فقد تكون الجراحة التي أجريت تتعلق بتغيير الجنس لأسباب نفسية ، فيكون بذلك حكمه فيه تطبيق سليم للقانون، أما لوكانت تتعلق بجراحة لأسباب عضوية فإن موقفها محل نظر.

المبحـــث الثـــــانـــــي

أثـــــر تغييـــر جنـــس الفـــرد على بعـــض الواجـــبـــات

هناك العديد من الواجبات التي تقع على عاتق الشخص بصفته ذكرا أكثر من صفته كأنثى.الأمر الذي يجعل الشخص الذي يغير جنسه إما لأسباب عضوية أو لأسباب نفسية ستتغير معه الإلتزامات المفروضة عليه و كذا الآثار المترتبة عليها.
الملاحظ أن القوانين عدة دول تفرض إلتزام آداء الخدمة الوطنية على الذكور بتوافر شروطه دون الإناث.
و لذا فإنه إذا غيرت الأنثى جنسها و أصبحت ذكرا فهل هي ملتزمة بآدائها الخدمة العسكرية ؟ و مدى تأثير هذا التغيير الجنسي حتى على إخوتها ؟ (المطلب الأول).
ضف إلى ذلك هناك الإلتزام بالنفقة الذي قد يقع أصلا على الذكور، و إستثناء على الإناث بشروط معينة سواء بالنسبة لنفقة الزوجية أو نفقة الأصول و الفروع (نفقة الأقارب)، و يترتب على ذلك أنه إذا تغير جنس الفرد فإنه قد يقع على عاتقه هذا إلتزام بصفة أصلية أو بصفة إستثنائية، و هذا ما سنحاول توضيح آثاره (المطلب الثاني).

كما يضاف إلى ذلك بعض المشاكل العملية، التي قد تطرح سواء عند بدء تنفيذ العقوبات السالبة للحرية أو أثناء تنفيذها، أي عندما يتعلق الأمر بالمسائل الجنائية، فهناك بعض الجرائم التي يكون فيها جنس الجاني أو المجني عليه محل إعتبار لإكتمال أركان الجريمة و تحريك الدعوى العمومية (مثل جريمة الزنا) فماذا لو غير أحد الجناة جنسه سواء لأسباب عضوية أو نفسية، فما مصير المتابعة الجزائية ؟ و كذلك هناك مؤسسات عقابية خاصة بالنساء و أخرى خاصة بالرجال، فلو تغير الشخص جنسيا بالجراحة و كان في أحد المؤسسات العقابية لتنفيذ عقوبة سالبة للحرية الخاصة بالرجال، لكنه بعد الجراحة أصبح أنثى فهل من الواجب تحويله إلى مؤسسة عقابية خاصة بالنساء أم لا ؟ كل هذه التساؤلات لابد من البحث عن آثارها إذا ما غير الشخص جنسه، و أصبح من الجنس المقابل (المطلب الثالث).

المطـــلب الأول

أثـــر تغييـــر جنس الفرد على واجب آداء الخدمة الوطنية.

بالرجوع إلى الدستور الجزائري في تعديله بموجب قانون 08-19،[85] جاء في المادة 62 منه ما يلي :
"على كل مواطن أن يؤدي بإخلاص واجباته تجاه المجموعة الوطنية.
إلتزام المواطن إزاء الوطن و إجبارية المشاركة في الدفاع عنه، واجبان مقدسات دائمان...."

فالإلتزام بالدفاع عن الوطن يقع على كل مواطن سواء ينتمي إلى الذكور أو الإناث، على السواء الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية، متى كان من أجل المشاركة في الدفاع على الوطن من أي إعتداء يمكن أن يقع عليه.و لا يؤثر تغيير الشخص لجنسه-إذا كان مشروعا و لأسباب عضوية و بهدف العلاج- على واجب الدفاع عن الوطن.و قد نص الشرع في المادة 1 من قانون 14-06،[86] على أن الخدمة الوطنية هي مشاركة المواطنين في الدفاع الوطني و تخصص الخدمة الوطنية لتلبية حاجات الجيش الوطني الشعبي.
إلا أن المشرع الجزائري قد جعل الخدمة الوطنية الإلزامية، آداؤها تقتصر على الذكور فقط دون الإناث، و هذا ما تضمنته المادة 3، [87]من القانون 14-06 " إن الخدمة الوطنية إجبارية لكل المواطنين الجزائريين

---

[85] قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية 63، صادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، ، ص 8، المتضمن تعديل الدستور الجزائري.

[86] قانون رقم 14-06 المؤرخ في 13 شوال 1435، الجريدة الرسمية، صادرة بتاريخ 10 أوت 2014، عدد 48، ص 4، المعدل للأمر رقم 74-103 المتعلق بالخدمة الوطنية بالجزائر.

[87] و تقابلها في مصر المادة الأولى من القانون رقم 127 الصادر بتاريخ 18 يوليو 1980، في الجريدة الرسمية عدد 28 الخاص بالخدمة العسكرية و الوطنية التي نصت على أنه:"تفرض الخدمة العسكرية على كل مصري من الذكور أتم 18 سنة و تفرض الخدمة الوطنية على من أتم الثامنة عشر من الذكو و الإناث، و ذلك كله وفقا للألحكام المقررة في هذا القانون". مذكور في محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.491.

البالغين من العمر تسعة عشر (19) سنة كاملة ".و المشرع تكلم عن المواطنين و ليس المواطنات، مما ينصرف مدلوله إلى أنه إقتصر على فئة الذكور في آداء الخدمة الوطنيةالإجبارية، و التي تؤدى بالشكل العسكري في هياكل الجيش الوطني الشعبي، و بصفة مستمرة خلال كل مدتها القانونية، و هذا ما نصت عليه المادة 4 من ذات القانون السالف الذكر.

و تغيير الشخص لجنسه خاصة لأسباب نفسية يسرى أثره **للمستقبل بفرنسا** و هو الأمر الذي يقودنا من جهة إلى إستبعاد من السجلات العسكرية كل مغير لجنسه من ذكر إلى أنثى لعدم صلاحيتها، و من جهة أخرى أن يستدعى للخدمة الوطنية المغيرين لجنسهم من إناث إلى ذكور.و هناك مقولة نرويجية تقول أن: **"الذكر في الحرب هو الذي يكون حقيقة رجل "**.و لهذا هناك تردد في قبول هذه الفئة من المغيرين لجنسهم لكونه تغيير الجنس لا يرافقه دائما تحول تشريحي كامل للشخص الذي بالرغم من تغيير حالته نحو الذكورة، إلا أنه في الحقيقة لازال يحمل تشكلية أنثوية ملحوظة.و هذا ما يجعل هناك تخوف لقبول هذه الفئة في مراقد الجنود.[88]

و من هنا يثار التساؤل عن، الأثر المترتب على تغيير جنس الذكر إلى أنثى أو العكس.هل يجعل المغير لجنسه ملزما أيضا بآداء الخدمة الوطنية أم لا ؟ و هل سيؤثر على بقية الإخوة الآخرين للمغير لجنسه ؟
و هذا ما سنتناوله في الفروع الآتية :
الفرع الأول : إجراء تغيير جنس الشخص قبل آدائه لإلتزام الخدمة الوطنية في كلا من مصر و الجزائر.
الفرع الثاني : إجراء تغيير جنس الشخص خلال تأدية الخدمة الوطنية أو بعد الإنتهاء منها في كلا من مصر و الجزائر .
الفرع الثالث : مدى تأثير تغيير جنس أحد الإخوة على الآخرين و مدى إلتزامهم بآداء الخدمة الوطنية في كل من مصر و الجزائر.

الفـــــرع الأول

إجراء تغيير الجنس قبل آدائه لإلتزام الخدمة الوطنية في كلا من مصر و الجزائر

الخدمة الوطنية الإلزامية هي المصطلح المستعمل في التشريع، و يقابله مصطلح الخدمة العسكرية الإلزامية بمصر.و التي تفرض بموجبها على كل من أتم سن معينة من الذكور أن يتم إستدعائه للتدريب العسكري، بغية تعلم كيفية الدفاع عن الوطن في حالة تعرضه إلى أي إحتلال أجنبي يهدد سلامة أمنه و يمس سيادته و يشكل خطر على المجتمع.فإذا حدث أي تغيير في جنس الشخص و أدى إلى تحوله إلى الجنس الآخر فإن ذلك سيؤثر على مدى إلتزامه بآداء الخدمة الوطنية، و يختلف الأمر إذا كان يغير الجنس لأسباب عضوية أو نفسية.

و قد نجد أن هذا التأثير يتقارب بين التشريعين الجزائري و المصري مع إختلاف في المصدر القانوني طبعا، و لذلك لتفادي التكرار في الأثر المترتب عليهما، فإننا سنتناول الأثر المترتب على تغيير الجنس في كلا من مصر و الجزائر في نفس الوقت.مع الإشارة عند كل حكم للنص في القانون الجزائري و النص في القانون المصري الذي يقابله، إذا وجد ذلك. نظرا لتقارب المبادىء القانونية العامة بين كلا من الجزائر و مصر.و سنفرق بين تغيير الجنس لأسباب عضوية و لأسباب نفسية.

أولا : في حالات تصحيح الجنس العضوي للشخص.
إذا تم إجراء جراحة تصحيحية لجنس الشخص بسبب عضوي، قبل حلول سن الإلتزام بآداء الخدمة العسكرية أو قبل آدائه للخدمة الوطنية بتأجيله لأي سبب كان، فإن هذا الأمر لا يثير أي إشكال، مادام لم يؤدي الخدمة الوطنية بالفعل. فإنه يترتب على ذلك، إما الإعفاء من آدائها إذا كان تصحيحه الجنسي تم

[88] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.583, n°1913.

على الأنوثة أو أن يصبح بعد توافر الشروط القانونية مطالبا بآدائها إذا صحح جنسيا على الذكورة، متى تقرر بعد توقيع الكشف الطبي عليه لياقته لآداء الخدمة الوطنية طبيا.و إلا فإنه يعفى من آدائها نهائيا لعدم لياقته الطبية.[89]

ثانيا : في حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية.

بالرغم من أن جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية لا يتوافر فيها قصد العلاج و هي جراحة غير مشروعة سواء في مصر أو الجزائر، إلا أن الإحتمال دائما يبقى قائما أن تجرى هذه الجراحة التي يتحول بها الشخص إلى الجنس المقابل، فهل يعتبر المغير لجنسه بالجراحة لأسباب نفسية مطالب بآداء إلتزام الخدمة الوطنية أو العسكرية ؟

بالرجوع إلى التشريع المصري نجد أن المشرع نص **في المادة 6** من قانون رقم 127 الصادر في 18 يوليو 1980 الخاص بالخدمة العسكرية و الوطنية السالف الذكر على حالات إستثنى فيها بعض الفئات من الخدمة العسكرية و الوطنية و من بينها :" .....رابعا : الفئات التي يصدر بقواعد و شروط إستثنائها قرار من وزير الدفاع، لمقتضيات المصلحة العامة أو أمن الدولة " و قد صدر بشأن هذه الفئات المستثناة من الخدمة العسكرية طبقا لهذه المادة قرار من وزير الدفاع رقم 115 لسنة 1981 يقضي بجواز إستثناء الفئات التالية من قانون الخدمة العسكرية و هم :

"....ج-الأفراد الذين يثبت في حقهم إفساد الأخلاق العامة، و حسن الآداب، من القوادين و الشواذ جنسيا ممن صدر ضدهم أحكام قضائية."[90]

و تقابل هذه الحالات في القانون الجزائري بعض النصوص التي توجب خضوع المستدعى لآداء الخدمة الوطنية لإختيار طبي، الذي يقوم على فحص المواطنين الذين تم إحصاؤهم و تحديد حالتهم الصحية و البت في أهليتهم (المادة 70 من أمر 74-103 السالف الذكر)، و تحال النتائج إلى مختلف مكاتب التجنيد التي تضع بصفة نظامية البطاقة المتعلقة بالأهلية.

و قد نصت المادة 73 من ذات الأمر:"أن التأهيل التام للشكل العسكري من الخدمة الوطنية ناتج عن الملاحظات السلبية المثبتة لعدم وجود إصابة أو تشويه أو إضطراب وظيفي أو نفساني، و ملاحظات إيجابية مثبتة لحالة بدنية و عقلية و كذا يسر الأجهزة الرئيسية الملائمة للحياة العسكرية."

كما نصت المادة 76 من ذات الأمر:"إن عدم الأهلية التام و النهائي ينجم عن جروح أو تشويه أو عجز أو مرض تطوري خطير أو إضطراب وظيفي أو بدني **لارجوعي** يمنع الإنتاج العادي من الناحية المهنية."

و بتطبيق هذه النصوص الجزائرية على حالة المغير لجنسه لأسباب نفسية، فإن الفحص الطبي الذي يجري لمن غير جنسه لإثبات مدى تأهيله للشكل العسكري من الخدمة الوطنية سينتج عنه وجود تشويه، بإعتبار أن الشكل الخارجي يبين أن له مورفولوجية أنثى و يدين ناعمتين لأنثى بالرغم من تشبهه بالذكر ظاهريا، له قدرة بدنية أنثوية بالرغم من تحوله إلى ذكر قد تجعله غير قادر على التدريبات العسكرية، بما تتطلبه من حمل سلاح و ممارسة رياضة صعبة تحتاج إلى قوة بدنية، التي لا يمكن لجسم إمرأة أن يتحملها. كما أن المغير لجنسه يعاني من إضطراب نفساني لإعتقاده الراسخ بالإنتماء إلى الجنس الآخر، و عدم معرفة الأسباب الحقيقية لرغبته في التحول إلى الجنس المقابل، و أنه رغم تحوله بالجراحة و إكتسابه

---

[89] و هذا ما حدث فعلا للشاب أحمد من مصر أحد الإخوة الثلاثة الذين أجرو جراحة التصحيح على الذكورة بعد الأنوثة الظاهرة فقد أخطأ الجراح عدة أخطاء طبية نتج عنها تشوه بالجلد بالمنطقة التناسلية ما بين الذكر و الفخد، و تشوه ظاهربظهر الساعد الأيمن الذي أخذ منه الجلد لإصلاح المنطقة التناسلية و عودةالخصيتين مرة أخرى إلى حيث كانا قبل الجراحة و قد أصيح هذا الشاب نتيجة لتلك الأخطاء غير لائق طبيا لآداء الخدمة العسكرية و صدرت له بطاقة الخدمة (رقم 77-142-2985) من منطقة تجنيد طنطا، شهادةإعفاء نهائي من الخدمة العسكرية و الوطنية، كونه غير لائق طبيا برقم مسلسل 6 رقم 018151 بتاريخ 1998/07/18. مذكور في الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.552.

[90] أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.494.

خصائص خارجية للذكر، إلا أن الأعضاء التناسلية المصطنعة كلها غير وظيفية.و قد يخلق له ذلك حدة مشكلته النفسية التي قد تدفعه إلى الإنتحار غالبا، و هي أمور تجعله غير مؤهل للإنتاج العادي من الناحية المهنية.

و كما تقول السيدة Rassat.L.M في معالجتها لهذه الوضعية الصعبة، بقولها:« أن الدفاع عن الإقليم ليس له شيء كبير ليكسبه بالدمج الإجباري، لعناصر لا يمكن أن تكون إلا دون المتوسط ».
و الحال أن هناك طريقة لإستبعاد العاجز بدنيا غير المؤهل لخدمة الوطن.و إعتبر المغير لجنسه بالرغم من تغييره الرسمي للجنس في المستقبل إلا أنه سيكون معفى.[91]
و هو نفس الأمر الذي سيطبق على الشخص الذي يغير جنسه و يتقدم لآداء الخدمة الوطنية في الجزائر، يمكن أن يتأكد من خلال الإختيار الطبي، عدم أهليتها التام و النهائي الناجم عن تشويه أو عجز لا رجوعي، إذ بتغييره لجنسه و إكتسابه خصائص الجنس الآخر، و عدم قدرته على الآداء الوظيفي بأعضائه المكتسبة التي تمنعه من القيام بالواجب الوطني على أكمل وجه.و لوجود إضطراب بدني لارجوعي، فجسمه ظاهريا لذكر إلا أنه ضعيف بدنيا، لأن بنيته الأصلية أنثوية.و من تم لا هو بذكر بأتم معنى الكلمة و لا بأنثى لأنه فقد الخصائص الأنثوية.و بهذا فهو يعاني من إضطراب بدني لارجعة فيه، يجعله غير مؤهل نهائيا للقيام بإلتزامات الخدمة الوطنية و **يعفيه** حسب المادة 2/78 من أمر 74-103 المعدل و المتمم من آداء الخدمة الوطنية.

كما يتضح من خلال ما سبق في مصر، أن الشخص الذي يجري جراحة بغية تغيير جنسه البيولوجي و التشريحي ليجعله يتماشى مع إعتقاده بإنتمائه النفسي إلى الجنس المقابل يعد من المفسدين للأخلاق العامة، و يعتبر من ذوي الشذوذ الجنسي، و من شأن تواجده في صفوف الخدمة الوطنية أن يؤدي إلى إفساد الأخلاق و القيم العليا و يخل بالنظام بين أقرانه من المجندين للخدمة الوطنية التي تعد من أنبل الواجبات و تتعارض مع وجود أشخاص ذكور لكنهم مخنثين في تصرفاتهم.إذ الهدف من الخدمة الوطنية هو إكتمال النضج العقلي و الجسدي للذكر، و تعويذه على الصمود في المحن.و هذه الصفات لا يمكن أن يكتسبها المغير لجنسه لأسباب نفسية لأنه يعتبر في هذه الحالة غير لائق صحيا و طبيا لآداء مثل هذا الواجب الوطني، الأمر الذي يجعله مستبعدا من آداء الخدمة العسكرية في مصر، و معفيا من آداء الخدمة الوطنية في الجزائر طبقا للمادة 2/78 من أمر 74-103 المعدل و المتمم، بإعتباره غير مؤهل نهائيا لآداء الخدمة الوطنية.
من جهة أخرى فقد يتعمد الشخص لتغيير جنسه ليتهرب من الخدمة الوطنية، فهل هناك جزاء يوقع على هذا الشخص ؟
للإجابة عل هذا التساؤل، نجد أن المشرع المصري قد تضمن نصوصا عقابية، لمن يريد التخلص من آداء الخدمة العسكرية مؤقتا أو نهائيا.

فجاءت المادة 2/175 الخاصة بجرائم التمارض و التشويه من القانون المتعلق بالخدمة العسكرية تنص على أن:" كل من جعل نفسه- قصدا-، غير صالح للخدمة مؤقتا أو نهائيا، ليتهرب من الواجبات العسكرية يعاقب بالحبس أو بجزاء أقل منه منصوص عليه في هذا القانون ".
و لما صدر قانون 127 لسنة 1980 شدد عقوبة هذه الجريمة لتصبح في المادة 50 منه كما يلي :" يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات و لا تزيد على سبع سنوات، كل فرد ملزم بآداء الخدمة الوطنية العسكرية للتخلص أو حاول التخلص من الخدمة بطريق الغش أو بتقديمه مستندات باطلة تخالف الحقيقة، و يترتب عليها إستثناؤه، أو إعفاؤه أو تأجيل تجنيده، أو تجنيبه الخدمة دون حق، و ذلك مع عدم الإخلال بوجوب تجنيد الفرد، إذا كان لائقا للخدمة العسكرية.

و يعاقب بنفس العقوبة كل من جنب أو حاول عمدا تجنيب فرد الخدمة العسكرية، أو إستثنائه، أو إعفائه، أو تأجيل تجنيده بغير حق، سواء بإغفال إدراج إسمه في الكشوف، و السجلات، و البطاقات، أو حذفه، أو

[91] Voir, Jean-Paul Branlard, Op.Cit, p.583, n°1914.

إضافته إليها دون وجه حق أو بالإدلاء ببيانات كاذبة أو بالتسمي أمام المكلفين بتنفيذ أحكام هذا القانون بإسم فرد آخر أو بغير ذلك من الطرق.[92]

و بتطبيق هذا النص على من يغير جنسه لأسباب نفسية، الذي يتحول بالجراحة و يستأصل أعضائه التناسلية الأصلية و يستبدلها بأعضاء مصطنعة للجنس المقابل و غير وظيفية، تجعله غير صالحا لآداء الخدمة العسكرية، لعدم توافر ضرورة علاجية.إلا أنه يشترط النص لإنزال العقاب التأكد من توافر قصد جنائي خاص، هو أن يجري هذا التغيير الجنسي النفسي، بهدف التخلص من الخدمة العسكرية، و بتوافر علاقة السببية لإمكان توقيع العقوبة.لكن إذا كان تغيير الفرد لجنسه لمجرد الإعتقاد الراسخ بالإنتماء إلى الجنس المقابل دون وجود القصد الجنائي الخاص المتمثل في التهرب من الخدمة العسكرية.فلا يمكن إنزال العقاب.
كما نصت المادة 51 من نفس القانون المصري السالف على أن:"يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات كل فرد أحدث بنفسه أو بواسطة غيره جرحا، أو إصابة، أو عاهة ترتب عليها عدم لياقته طبيا للخدمة العسكرية نهائيا."
و بالرجوع إلى التشريع **الجزائري** فنجد ذات النص في المادة 2/21 من قانون 14-06 المتعلق بالخدمة الوطنية
التي نصت على:" دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يحرم المواطنون الذين يقومون، بهدف التهرب من التجنيد بالتصريح الكاذب عن **قصد** من المزايا المقررة بموجب القانون في مجال الإعفاء و إرجاءالتجنيد"

و من تم فإنه يستخلص من هذه المادة أنها تعاقب كل من قام بأي فعل مادي متمثل في التصريح الكاذب بالمعلومات المتعلقة شروط الإلتحاق بالخدمة بهدف التملص من الخدمة الوطنية سواء كان فاعلا أو شريكا.

و قد ورد النص على هذه العقوبة في المادة 273 في القسم الرابع بعنوان التشويه المتعمد، من الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 22 أفريل 1971[93] المتضمن قانون القضاء العسكري المعدل و المتمم التي جاء فيها أن:" كل عسكري جعل نفسه **قصدا** غير صالح للخدمة مؤقتا أو مؤبدا، ليتهرب من واجباته العسكرية يعاقب على الشكل التالي :

1-في زمن السلم: بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات، و بمنعه من ممارسة الحقوق المنصوص عليها في المادة 8 من قانون العقوبات، لمدة تتراوح بين خمس سنوات إلى عشر سنوات، و إذا كان المجرم ضابطا يحكم عليه بعقوبة العزل.
2-في زمن الحرب بالسجن المؤقت مع الأشغال من خمس سنوات، إلى عشر سنوات.
3-بنفس العقوبة إذا وجد في أرض بحالة الحكم العرفي أو بحالة الطوارىء أو أمام عصابة مسلحة.
و يعاقب بالإعدام إذا كان أمام العدو.
و يعاقب عن المحاولة كما يعاقب عن الجرم نفسه."

و هذا النص يعاقب كل عسكري تعمد أن يجعل نفسه غير صالح للخدمة مؤقتا أو مؤبدا ليتهرب من واجباته العسكرية سواء في زمن السلم أو في زمن الحرب.

و قياسا على هذه الحالة، فإن المغير لجنسه لأسباب نفسية يكون كامل جنسيا و جسديا على الذكورة، و يتعمد إستبدال أعضائه التناسلية الأصلية، و استبدالها بأخرى غير وظيفية ليصبح أنثى إلى جعله غير صالح صحيا بإرادته لآداء الخدمة الوطنية، دون ضرورة علاجية، ينبغي توقيع العقاب المحدد بشأنه. شريطة التأكد من أن التشويه الحاصل يكون عن قصد أي متعمد للتهرب من الخدمة الوطنية.

---

[92] محمد أنس ابراهيم بشار بشار، المرجع السابق، ص.494-495.
[93] أمر رقم 71-28 المؤرخ في 22 أفريل 1971 ، الجريدة الرسمية صادرة بتاريخ 11 ماي 1971، رقم 38، المتضمن قانون القضاء العسكري بالجزائر

كما نص المشرع الجزائري على تشديد العقوبة، و جعلها مضاعفة إذا كان توافرت صفة خاصة في الشركاء في الجريمة التشويه المتعمد.إذا كانوا أطباء أو صيادلة أو صفة خاصة في الفاعلين إذا كانوا غير عسكريين أو غير مماثلين للعسكرين.و جاء ذلك في المادة 274 من قانون القضاء العسكري، التي نصت على أن:" إذا كان الشركاء في الجريمة أطباء أو صيادلة، فيمكن أن تضاعف عقوبة الحبس أو السجن المؤقت مع الأشغال، فضلا عن الغرامة البالغة من 5000 دج إلى 20.000 دج بالنسبة للفاعلين العسكريين أو غير المماثلين للعسكريين."

الفـــــرع الثـــــاني

إجراء تغيير الجنس خلال تأدية الخدمة أو بعد الإنتهاء منها في كلا من مصر و الجزائر

إذا إلتحق أحد الذكور بصفوف الخدمة الوطنية بعدما توافرت فيه الشروط القانونية، فإن تجنيده سيدوم **سنة**، في القانون الجزائري حسب المادة 5 من قانون رقم 14-06 " تحدد المدة القانونية للخدمة الوطنية بإثنى عشر (12) شهرا".و قد تعقبها مدة الإحتياط إذا توافرت فيه الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 3 من أمر 76-111.[94]

في حين أن القانون المصري يجعلها بالتدرج من سنة إلى 3 سنوات حسب مستواه التعليمي تعقبها مدة الخدمة في الإحتياط لمدة تسع سنوات حسب المادة 23 من قانون رقم 127 لسنة 1980.[95]

أولا : إذا تبين أثناء تأدية الخدمة الوطنية أن هذا الذكر قد حصل له تغيير لجنسه سواء لأسباب عضوية أو نفسية فهل يؤثر ذلك على خدمة الوطنية ؟

1/ فبالنسبة للمصحح لجنسه لأسباب عضوية، لم تظهر عند الفحص الطبي السابق على الإلتحاق بالخدمة العسكرية لكنها ظهرت أثناء تأديتها أدت إلى خضوعه لعملية جراحية للكشف عن أعضائه الأنثوية و جعلت جنسه الأنثوي الحقيقي يظهر و يرجح، فإن آداء الخدمة الوطنية الإلزامية يجب أن ينتهي و يعفى المصحح لجنسه على الأنوثة من هذه الخدمة على الفور، لكون شرط الذكورة أصبح غير موجودا حسب ما يتطلبه القانون الجزائري و المصري.
أما إذا حدث أثناء العملية الجراحية للخنثى أي خطأ طبي أدى إلى تشوه جسيم له، بالرغم من أن تصحيحه **تأكد** على جنسه الظاهر **كذكر** إلا أنه يعتبر معفى من آداء الخدمة الوطنية لعدم صلاحيته.

2/ أما المغير لجنسه لأسباب نفسية إذا خضع لجراحة تغير بها جسمه و جنسه تغييرا مصطنعا، إنتقص من آدائه الوظيفي لأعضائه التناسلية و أصبح بذلك ينتمي إلى الأنوثة فإنه يعتبر تغيير غير مشروع و بدون دواع طبية، قد يظهر منه ضمنيا أنه أجراها للتهرب من إكمال واجب الخدمة الوطنية مما قد يعرضه للمسؤولية الجزائية كما سبق تبيانها.

كما أن مرحلة إجراء الجراحة للمغير لجنسه تسبقها مراحل يتناول فيها من يرغب في تغيير جنسه مواد هرمونية، و يرتدي ملابس للتشبه بالجنس الآخر و يتصرف إجتماعيا كأنه شخص من الجنس المقابل و قد

---

[94] أمر رقم 76-111 مؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 الموافق 9 ديسمبر 1976، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 ربيع الثاني 1397، العدد 445، المتضمن مهام الإحتياط و تنظيمه،
المادة 03 منه نصت على أنه:" يدرج في الاحتياط، الأفرادالمذكورين بعده: -.....
- الأفراد الذينقاموا بواجبات الخدمة الوطنية."
و تنص المادتان 1 و 2 من نفس الأمر على أن الاحتياط يتكون من المواطنين الخاضعين للواجبات العسكرية القانونية على اثر انتهاء الخدمة الفعلية. و أن المهمة الأساسية للإحتياط تنصرف إلى تدعيم الجيش العامل، وقت الحرب، و في حالة الإعتداء و التهديد بالاعتداء أو الكوارث بقصد تنفيذ مهام الدفاع الوطني و المشاركة في الحياة الإقتصادية للبلاد.

[95] أنظر، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.554.
محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.491.

يقدم على إرتكاب أفعال جنسية شاذة كل هذه التصرفات ستكون أثناء تأديته لواجب الخدمة الوطنية فيكون بذلك مرتكبا لفعل علني مخل بالحياء العام.قد يعرضه أيضا لعقوبات جزائية، و قد يترتب عليها عقوبات خاصة بالقانون العسكري الخاص بكل بلد.

ثانيا : إذا فرضنا أن أحد الذكور أدى خدمته الوطنية حسب المدة المحددة له قانونا دون أن يكشف أن لديه إزدواج جنسي عضوي أو نفسي.إلا أن بعد الإنتهاء من الخدمة خضع لعملية جراحية كشفت عن أنوثته. فما أثر هذا التغيير على الخدمة الوطنية ؟

1/ المفروض هنا أن إكتشاف أنوثته لأسباب عضوية كان **لاحقا** على الخدمة الوطنية، فهو لا يؤثر على الخدمة التي أداها سابقا و لا سبيل لإصلاح ما تم بشأنها على سبيل الخطأ.[96]إلا أن الإشكال قد يطرح في **مصر** لوجود إلى جانب مدة الخدمة العسكرية الإلزامية، مدة أخرى لخدمة الإحتياط (المادة 23 من قانون المتعلق بالخدمة العسكرية و الوطنية) تكون لمدة تسع سنوات تبدأ من تاريخ الإنتهاء من الخدمة العسكرية، و يجوز تخفيضها حسب الحالات و الشروط التي يصدر بها قرار من وزير الدفاع (المادة 25 من نفس القانون السالف)، فالمصحح لجنسه لأسباب عضوية يشطب من سجلات الإحتياط و لا يستدعي لأنه أنثى، و ذلك بعد تقديمه لشهادة طبية إلى الجهات المختصة تفيد إجرائه مثل هذه الجراحة التصحيحية.

كما أن مدة تجنيده من حقه ضم مدة الخدمة العسكرية إلى مدته الوظيفية لتشملها حماية التأمين الإجتماعي إذ توافرت شروطها القانونية، لأن المهم هو شديد الإشتراكات المطلوبة عن تلك المدة و ليست على أساس نوع الفرد المؤمن عليه إذا كان ذكر أو أنثى.[97]

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المادة الأولى من أمر 76-111 المؤرخ في 1976/12/9 المتضمن مهام الإحتياط و تنظيمه نصت أنه؛ بعد الإنتهاء من الخدمة الوطنية الفعلية، تضاف مهمة الإحتياط حسب المواد 3 و ما بعدها من نفس الأمر.فالمصحح لجنسه لأسباب عضوية إذا تغير جنسه و أصبح أنثى يكون غير أهل لممارسة مهام الإحتياط المفروضة عليه في زمن الحرب طبقا للمادة 4 من نفس الأمر.و يجب عليه أن يقدم الشهادات الطبية و الوثائق الإدارية لإثبات تغير وضعيته من ذكر إلى أنثى لدى فرقة الدرك الوطني لمكان السكن.و بهذا يحال أمام لجنة الإعفاء من الخدمة للبث في عدم أهليته طبقا للمادة 26 من أمر 76-111[98]. و من تم فإنه يعفى المصحح لجنسه لسبب عضوي الذي أصبح أنثى بعد آداء الخدمة الوطنية من إستدعائه لمهام الإحتياط.

أما بالنسبة لمدة الخدمة العسكرية التي أداها فعلا فإنها طبقا للمادة 70 من قانون 14-06 المؤرخ في 9 أوت 2014 المتعلق بالخدمة الوطنية فإنه نص على:" تدخل مدة الخدمة الوطنية الفعلية في حساب أقدمية الخدمة المطلوبة للترقية و التقاعد طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما.و تعتبر هذه المدة كفترة خبرة مهنية من أجل التوظيف "، و من تم فإنه لا دخل لتغيير جنس الشخص لضم مدة الخدمة الفعلية لأنه طبقا للمادة 70 السالفة فإنه يعتبر حق مكتسب للشخص لا يتأثر بتغير جنسه بالأخص لأسباب عضوية لكون جراحته مشروعة.

2/ إذا كان المغير لجنسه لأسباب نفسية أدت إلى إجرائه الجراحة لتغيير جنسه ليصبح أنثى فإن هذه الجراحة غير مشروعة في الجزائر و مصر.و من تم فإن إجرائها بعد الإنتهاء من الخدمة الوطنية الإلزامية (الخدمة العسكرية الإلزامية في مصر).فإنه في هذه الحالة لا يمكن أن يتم إستدعائه لتأدية خدمة لصالح الوطن لعدم لياقته الطبية و عدم صلاحيته.[99]

---

[96] أنظر، الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.554.

[97] أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.497-498.
الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.554.

[98] المادة 26 من أمر 76-111، تنص على ما يلي:" كل مواطن تابع للإستيداع أو الاحتياط، يصبح غير أهل للميدان، ينبغي احالته أمام لجنة الاعفاء من الخدمة التي تبث في الأهلية."

[99] أنظر، محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.498.

الفـــــرع الثـالـــث

مدى تأثير تغيير جنس على أحد الإخوة على الآخرين و مدى إلتزامهم بآداء الخدمة الوطنية في كلا من مصر و الجزائر

بالرجوع إلى نص المادة 7 من قانون الخدمة العسكرية و الوطنية المصري رقم 127 سنة 1980 التي نصت على أنه :" أولا : يعفى من الخدمة العسكرية و الوطنية **نهائيا** : أ.... ، ب- الإبن الوحيد للأب المتوفي أو غير القادر نهائيا على الكسب. ج-.....، د-..... ثانيا : يعفى من الخدمة العسكرية و الوطنية مؤقتا : الإبن الوحيد لأبيه الحي، ب- العائل الوحيد لأبيه غير القادر على الكسب و كذلك عائل أخيه أو إخوته غير القادرين على الكسب. ج- العائل الوحيد لأمه إذا كانت أرملة أو إذا كانت مطلقة طلاقا بائنا أو كان زوجها غير قادر على الكسب. د- العائل الوحيد لأخته أو أخواته غير المتزوجات. ه-..... ، و في جميع حالات الإعفاء المؤقت يزول الإعفاء بزوال سببه، و يجب على كل من زال عنه سبب الإعفاء أن يقدم نفسه إلى منطقة التجنيد و التعبئة المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ زوال السبب لمعاملته تجنيديا بما يستحق.[100]

و يقابله نص المادة 93 من أمر 74-103 المتعلق بالخدمة الوطنية الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 14-06 التي جاء فيها :" يمكن للجان الجهوية أن تمنح الإعفاء من الخدمة في حالة السلم لكل مواطن تابع للفوج يقدم طلبا و يأتي بدليل على أنه :

1/ السند الوحيد لأصل،
2/ أو السند الوحيد لأحد الحواشي صغير السن أو عاجز،
3/....."

و يتضح من خلال المقاربة بين النصين المصري و الجزائري، أنهما يتفقان على حالات الإعفاء من الخدمة إذا توافرت صفة معينة في هذا الأبن هي كونه وحيدا.

و التساؤل ماذا لو تغير جنس أحد إخوته البنات و أصبحت ذكرا أو تغيير جنس أحد إخوته الذكور و أصبح أنثى، فهل يؤثر هذا التغيير على إعفائه من الخدمة حسب ما يتوافر في حقه من شروط تعفيه؟
و للإجابة على هذا التساؤل سنضع إحتمالين :

<u>الإحتمال الأول</u> : إذا تغير أحد إخوته الذكور إلى الأنوثة.

هنا إذا كان تغير جنس أحد الإخوة لأنثى، فإن الأخ الثاني ستتوافر فيه صفة الإبن أو السند الوحيد، فإنه يتوجب إعفاء كلا منهما من الخدمة إذا لم يلتحقا بعد بالخدمة.فأحدهما أصبح السند الوحيد، و الثاني مغير لجنسه لأنثى غير ملزم بآداء الخدمة.
أما إذا تم تأديتها، فيقتصر الأثر على فترة الاحتياط، التي تجعله غير أهل للميدان، بعدما يحال على لجنة الإعفاء من الخدمة التي ثبت في الأهلية حسب ما نصت عليه المادة 26 من أمر 74-103 المتعلق بالخدمة الوطنية بالجزائر.

<u>الإحتمال الثاني</u> : إذا تغير إحدى الأخوات إلى ذكر.

هنا يفترض أن الأسرة كان فيها إبن وحيد أو سند وحيد للأصل أو الحواشي حسب القانون الجزائري و تغيرت أحد أخواته البنات إلى ذكر، فأصبح في الأسرة أكثر من ذكر، مما أدى إلى زوال صفته كإبن وحيد.

---

[100] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.498.
الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.554-555.

أما الأخت إذا أصبحت ذكرا لتوافر سبب عضوي (و ليس التغيير لأسباب نفسية لا تتوافر فيه الضرورة العلاجية الذي لا يعترف الفقه في مصر و الجزائر بآثاره)، و كانت لديها لياقة طبية كذكر تصلح لآداء الخدمة الوطنية (أو العسكرية في مصر).

فإذا كان الأخ الذي زالت صفة السند الوحيد عليه، لا يزال في سن التجنيد و لم يعفى نهائيا، فإنه يجب عليه إلتزام آداء الخدمة الوطنية.أما إذا كان تجاوز سن الخدمة، فهناك من يرى أنه إكتسب مركزا قانونيا صحيحا، و لا يجب عليه آداء الخدمة الوطنية (العسكرية في مصر).[101]

المطـــلب الثـــانـــي

أثـــر تغييـــر جنس الشخص على واجب النفقـــة

إن نظام النفقة،[102] في الإسلام مثله مثل نظام الميراث و نظام الزكاة، يعتبر من مظاهر التعاون و التكافل الإجتماعي بين الأقرباء، و بينهم و بين غيرهم من المسلمين.و إذا كان الفقهاء المسلمون متفقون جميعا على مبدأ وجود نفقة القريب المعسر على الموسر منهما، وفقا للأوصاف و الشروط في الكتب الفقهية.[103]

يحصر الفقهاء أسباب النفقات الواجبة لشخص عل غيره في ثلاث هي؛ الزوجية و القرابة، و الملكية.
فالزوجية توجب على الزوج أن ينفق على زوجته.
و **القرابة** توجب على القريب أن ينفق على قريبه بسبب الرحم المحرمية الواصلة بينهما.
و **الملك** بسبب في وجوب النفقة على المالك المملوك. و ستقتصر دراستنا على نفقة الزوجية و الأقارب بما يخدم موضوع بحثنا.[104]

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أربعة أنواع للنفقة المرتبطة بالزواج و هي:

نفقة الزوج (الذكر) على الزوجة (الأنثى)، و نفقة الوالد (الأب) على الولد، و نفقة الولد على الوالد، و نفقة الأم (الأنثى) على الأولاد.
الأمر الذي يجعل النفقة هي إلتزام يقع أصلا على عاتق الذكر بشروط قانونية، و إلتزام إستثنائي على عاتق الأنثى بتوافر شروط قانونية. و من تم فإن واجب الإنفاق سيتأثر إذا غير أحد الأفراد الملتزمين به جنسه، سواء لأسباب عضوية أولأسباب نفسية.و لذلك فإن البحث في هذا الإلتزام و علاقته بتغيير الشخص لجنسه، على نفقة الزوجية (الفرع الأول) و كذا على نفقة الأقارب (الفرع الثاني) أمر يفيد موضوعنا في هذا المجال.

---

[101] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.555-556.

[102] النفقة لغة: الصرف، و الأصل مادة النفقة إما من النفوق بمعنى الهلاك، يقال الدابة تفوقا إذا هلكت، و إما من النفاق بمعنى الرواج، يقال نفقت السلعة و السوق نفاقا إذا راجت.و عند الطلاق كلمة النفقة يراد بها ما ينفقه و يصرفه الإنسان على غيره من نقود و نحوها.
أما اصطلاحا، فالنفقة فقها: اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته، و عياله و أقاربه و مماليكه، من طعام و كسوة و مسكن و خدمة.
بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، المرجع السابق، ص.232.

[103] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.222.

[104] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، المرجع السابق، ص.232.

الفـــرع الأول

أثـر تغيير الشخص لجنسه على واجبه بنفقة الزوجية في كلا من مصر و الجزائر

نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فهي حق من حقوق عقد الزواج الصحيح، فتجب بمقتضى العقد، غنية كانت الزوجة أو فقيرة، مسلمة أو غير مسلمة.
و دل على وجوب نفقة الزوجية، كتاب الله، و سنة رسوله، و الإجماع و القياس.[105]
و يشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها شرعا ما يلي:

-أن يكون هناك عقد زواج صحيح شرعا و قائم، فإذا كان فاسدا فلا يوجب أي نفقة، و كذا العقد الباطل لا تستحق بموجبه الزوجة نفقة على زوجها، و من الواجب الإفتراق و تحريم المعاشرة بينهما و بهذا يفقد الإحتباس الموجب النفقة.
-أن تكون الزوجة صالحة للإستمتاع بها و تحقيق أغراض الزوجية و واجباتها، لأن ذلك يؤدي إلى الإحتباس المشروع.[106]

أما من الناحية القانونية :
فبالرجوع إلى القانون المصري، نص في مادته 1 من قانون رقم 25 لسنة 1920، المعدلة بالمادة 2 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي :" تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه و لو حكما، حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين".[107]
أما بالرجوع إلى قانون الجزائري في المادة 74 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جويلية 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 نوفمبر 2005، المتضمن قانون الأسرة، على ما يلي:
" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوته إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون."
و بناء على ما سبق فإن الأمر يتطلب تبيان أثر تغيير جنس الفرد على الإلتزام بالنفقة، و إذا كانت مصاريف العلاج و الجراحة لتغيير الجنس تدخل في مكونات النفقة ؟

و للإجابة على ذلك يتوجب التمييز بين حالتين في كلا من مصر و الجزائر.

الحالة الأولى : إذا تغير جنس أحد الزوجين لسبب عضوي.

إذا كانت النفقة تتطلب وجود عقد زواج صحيح.فقد ذهب جمهور الفقهاء أصلا إلى بطلان نكاح من كان خنثى لأسباب عضوية. و لا ينعقد نكاح الخنثى المشكل.
و لكن لو إفترضنا أنه تم زواج الخنثى بناء على علامة ظنية أو بإعتبار ميله، ثم قامت بعدها علامات قاطعة طبيا، ترجح جنسا غير الجنس الذي تزوج عليه و أجريت له جراحة تصحيحية لأعضائه التناسلية

---

[105] فمن الكتاب لقوله تعالى " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف." الآية 333 سورة البقرة .و المراد بهن الزوجات من الأمهات.
و من السنة: قوله صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع " و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف "كما روى أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال: ما حق المرأة على زوجها ؟ فقال صلى الله عليه و سلم : " يطعمها إذا طعم، و يكسوها إذا كسى ".
أما الإجماع : فقد إتفق المجتهدون في عصر الرسول عليه السلام إلى الآن على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، و أنه إذا إمتنع الزوج عن الإتفاق على زوجته بدون حق شرعي كان ظالما، و فرض القاضي نفقتها عليه إذا طلبت ذلك.
أما القياس: فالقواعد الفقهية تقرر أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة على ذلك الغير.
فإذا كانت الزوجة حبست نفسها للقيام و رعاية شؤونه، و فرّغت نفسها لمنفعة زوجها، فتكون واجبة عليه.
بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، المرجع السابق، ص.233-234.

[106] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، المرجع السابق، ص.335.

[107] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.503.

و جعلته من نفس جنس زوجه الآخر. فإن الشروط الجوهرية في عقد الزواج قد تخلفت مما يترتب عليها بطلان عقد الزواج.
و المعلوم أنه لا يترتب على عقد الزواج الباطل بعد الدخول أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا نسب للولد الذي يولد من هذا الدخول، و لا تجب على المرأة عدة بعد التفريق، و لا تجب به نفقة، و لا أي حق من حقوق الزوجية و واجباتها إلا المهر و حرمة المصاهرة.[108]
و بذلك نكون أمام إحتمالين في هذه الحالة :
1-إذا تبين أن الزوجة خنثى عضويا و صححت بعد زواجها على الذكورة، فإنها أصبحت من نفس جنس زوجها مما يجعل زواجهما باطل بتغيير جنس الزوجة، التي تصبح غير صالحة للإستمتاع بها.
و يسقط الحق في إحتباسها لصالح الزوج، و من تم لا تستحق النفقة من تاريخ بطلان الزواج.
أما بالنسبة لما إستوفته من نفقة قبل الحكم ببطلان زواجها فإن هناك من الفقه المصري، من يرى أن إلتزامها بالرد يتوقف على إذا كانت سيئة النية تلتزم برد ما إستوفته كاملا أما إذا كانت حسنة النية فلا ترد إلا ما بقي بين يديها.[109]
و إتجاه آخر من الفقه المصري يرى أنها لا تلتزم برد ما إستوفته من نفقة قبل الحكم ببطلان الزواج لإتحاد نوع طرفيه.[110]
أما حسب رأينا أن الشريعة الإسلامية قد رتبت سقوط حق نفقة الزوجة على بطلان الزواج، و هذا يعني أن العقد قبل الحكم ببطلانه صحيح و ما إلتزم به الزوج تجاه زوجته من نفقة كانت واجبة عليه لإحتباسها لمصلحته و إستمتاعه بها.و من تم كانت النفقة حق من حقوق الزوجة حتى و لو كانت أنوثتها غير مؤكدة لوجود إلتباس في جنسها غير الظاهر و هو أمر خارج إرادتها.و من الصعوبة معرفة مدى علمها بحقيقتها الجنسية. و من تم فما أخذته من نفقة إستحقته بالدخول بها بزواج صحيح، و ما طرأ عليها أدى لتصحيح جنسها لاحقا على الزواج الذي كان صحيحا و أصبح باطلا، و سقوط النفقة هو أثر من آثار بطلان الزواج، و لم يقل أحد برجعية هذه الآثار، لذلك فالمفروض لا تلتزم الزوجة الخنثى التي أصبحت ذكرا بإرجاع ما إستحقته من نفقة و هي أنثى ظاهريا قبل تغيير جنسها إلى ذكر، و بطلان زواجها إنما تتوقف نفقتها و تسقط بعد الحكم ببطلانه.

2-إذا كان تبين أن الزوج خنثى عضويا و صحح بعد زواجه على الأنوثة؛ فإن ما أنفقه على زوجته قبل تصحيح جنسه إلى الأنوثة، هو حق مكتسب لها و لا ترد منه شيء، إذا كانت سلمت نفسها إليه مما يحقق الإحتباس الموجب للنفقة تجاه الزوجة.أما إذا لم تسلم نفسها لزوجها الخنثى و تم التفريق بينهما لبطلان زواجهما بعدما تغير جنس الزوج، و أصبح من نفس نوع زوجته بعد إجرائه الجراحة التصحيحية لجنسه، فإنه لم يعد ملزما بالإنفاق عليها لسقوط هذا الإلتزام بتخلف الإحتباس لمصلحة الزوج الذي فقد هذه الصفة لصيرورته من جنس أنثى بالجراحة.

الحالة الثانية : إذا تغير جنس أحد الزوجين لسبب نفسي.

من شروط عقد الزواج هو أن تكون الزوجة أنثى محققة الأنوثة، و أن يكون الرجل محقق الرجولة.و من تم وجبت نفقة الزوجة على زوجها متى توافرت الشروط الأخرى لإستحقاق النفقة.

1/ فإذا تزوج الرجل بإمرأة تريد تغيير جنسها لإحساسها النفسي العميق بالميل إلى جنس الذكور و أصرت على تناول الهرمونات الذكرية و أجرت جراحة لتغير جنسها إلى ذكر رغم أن أنوثتها ظاهرة و محققة و طبيعية. فإنه يترتب على ذلك اللجوء إلى القضاء من أجل، حل الرابطة الزوجية بينهما مما يوجب توقف إلتزام الزوج بالنفقة تجاه هذه المغيرة لجنسها.لعجز الزوج عن الحصول على المقصود من الزواج.

---

[108] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، المرجع السابق، ص.178.
[109] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.494-495.
[110] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.505.

و هناك من يرى من الفقه المصري أن للزوج في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ناشيء عن قيام الزوجة بتغيير جنسها دون ضرورة علاجية.[111]
2/ إذا تزوجت المرأة بزوج غير جنسه لإحساسه النفسي العميق بالميل إلى جنس الإناث، و تناول هرمونات أنثوية و خضع للجراحة التي غيرت جنسه إلى الأنوثة رغم ذكورته الواضحة و الطبيعية.فإنه يترتب على ذلك الفرقة بينهما، للعيب الحاصل للزوج الذي تخلف معه تحقق الهدف من الزواج و هو الحق في المعاشرة.و من تم سقطت النفقة الواجبة على الزوج، لكنه يبقى ملتزما بنفقة عدتها و صداقها المؤخر.
و سقوط الإلتزام بالنفقة يكون بصدور حكم بالتفريق بين الزوجين، و مع بقاء حق الزوجة في المطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر ناشيء عن تغيير جنس زوجها بدون مبرر طبي و بدون إعلامها قبل تغييره، و يرجع تقدير التعويض و مدى إستحقاقه لقاضي الموضوع بالإستعانة بالخبرة الطبية التي تؤكد عدم وجود داع علاجي لتغيير جنس الزوج المكتمل الذكورة.[112]

و يبقى التساؤل قائما حول مدى وجود مصاريف العلاج و العمليات الجراحية في مكونات الإلتزام بالنفقة تجاه الزوجة التي ترغب في تغيير جنسها لأسباب عضوية أو نفسية ؟

للإجابة على ذلك فإن فهناك من عرف النفقة بقوله:" النفقة هي السكن و اللباس و الطعام ".[113]
إلا أنه بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد نص في المادة 78 من قانون الأسرة على:" تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة." فالملاحظ أن المشرع الجزائري قد أضاف العلاج إلى النفقة فصار حقا للزوجة على زوجها، و ليس مجرد تفضل منه لها.و قد إتبع في ترتيبها أهميتها في حياة الفرد، فقدم العلاج على السكن أو أجرته.

و المشرع الجزائري ساير في ذلك متطلبات العصر الحالي، و إزدياد الحاجة إلى العلاج و اتساع مدلوله، فلم يعد يقتصر على معنى محاربة المرض الحال بالشخص، و إنما يمتد إلى الرعاية الطبية لمكافحة المرض الذي قد تصاب به المرأة. و إذا عالجت الزوجة نفسها بمالها فإنه سيدخل في النفقة التي تبقى دينا للزوجة في ذمة زوجها.و هذا على خلاف رأي المذهب الحنفي و الشافعي و الحنبلي و بعض المالكيين، الذين قالوا بسقوط حق الزوجية في نفقة العلاج متى اشتد بها المرض إلى درجة إعدام صلاحيتها للحياة الزوجية و حسن الآداء.[114]

أما المشرع المصري فإنه بدوره أوجب نفقة الزوجة، فجعلها تشمل الطعام و الكسوة و السكن و التطبيب بالقدر المعروف. مخالفا أيضا رأي جمهور الفقهاء.فإذا تقاعس الزوج في علاج زوجته كان لها أن تعالج نفسها، و يصير ثمن العلاج دينا عليه في ذمته (المادة 66 من قانون الأحوال الشخصية).[115]

و من تم كلا من المشرعين الجزائري و المصري يعتبران أن مصاريف العلاج هي من مكونات النفقة. فيكفي تقديم شهادات طبية تثبت تعرض الزوجة لمرض معين و خضوعها للعلاج منه، و إنفاقها مصاريف للعلاج للحكم لها قضائيا بنفقة تكون بمبلغ يحدده القاضي بسلطته التقديرية كمصاريف للعلاج.

و من تم فإنه بقياس هذا الحكم العام على الزوجة التي تخضع بغية تغيير جنسها لأسباب عضوية أو نفسية، فإنه من المتصور منطقيا أن يتحمل الزوج مصاريف العلاج و العمليات الجراحية التي تخضع لها الزوجة التي تصحح جنسها لأسباب عضوية، نظرا لمشروعية الجراحة و توافر قصد العلاج فيها. أما مصاريف العلاج و الجراحة التي تكون بغية إجراء جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية، فإنه حسب رأينا الزوج غير

---

[111] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.507.
[112] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.507.
[113] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزئر، سنة 1986، ص.177.
[114] فضيل سعد، المرجع السابق، ص.177.
[115] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.503.

ملزم بتحملها لكونها غير مشروعة و لا يتوافر فيها قصد العلاج، و حتى مصلحة الضمان الإجتماعي لا تؤمن عليها كما رأيناه سابقا.

الفـــرع الثـــانـــي

أثـر تغييـر الشخص لجنسه على واجبه بنفقـة الأقارب في كلا من مصر و الجزائر

نفقة الأقارب أوجبها القانون على الأصول نحو الفروع و على الفروع نحو أصولهم من عمود النسب حسب المقدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث.[116]
و الدليل على وجوب نفقة الأقارب من الكتاب هو قوله تعالى:".... **و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف...**"،[117] و قوله تعالى:"..**و قضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحسانا....**"[118]

و لذلك سنتناول مدى تأثير تغيير جنس الملتزم بالنفقة سواء الأصول أو الفروع في نقطتين كالتالي:

أولا : أثر تغيير جنس الشخص على إلتزام الأصول بالإنفاق على الفروع.
الأصول هم الأب و الجد و إن علو و الأم و الجدة و إن علو، و هم ملزمون بالإنفاق على فروعهم من الذكور و الإناث و إن نزلوا متى توافرت شروطها.

و بالرجوع إلى التشريع المصري في المادة 18 مكرر ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 نصت على ما يلي:"إذا لم يكن للصغير مال، فنفقته على أبيه.و تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت، أو تكسب ما يكفي نفقتها، و إلى أن يتم الإبن الخامسة عشر من عمره، قادرا على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله و لإستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب، إستمرت نفقته على أبيه. و يلتزم الأب بنفقة أولاده، و توفير المسكن لهم بقدر يساره، و بما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم.و تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق عليهم ".[119]

و من خلال هذا النص يتضح أن شروط وجوب نفقة الفرع على الأصل ما لم يكن عاجزا عن النفقة و الكسب لآفة بدنية أو عقلية ما يلي :
1-أن يكون الفرع صغير لم يصل لسن الكسب، و الأنثى غير متزوجة أو صاحبة كسب، و المريض بمرض مزمن و طالب العلم.
2-أن يكون عاجزا عن الكسب و إلا فإن نفقته من كسبه.
3-أن يكون الأصل قادرا على الإنفاق. فلا تسقط نفقة فرعه إلا بعجزه عن الكسب، فتكون نفقته على غيره من الأصول أو الفروع. فإن كان قادرا على الكسب أنفق عليهم، فإن لم يكفهم أنفقت الأم أو إعتبر دينا عليه يطالب به عند يسر حاله.[120]
أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 75 من قانون الأسرة المعدل سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على ما يلي:" تجب النفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال.
فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، و الإناث إلى الدخول، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب ".
و ما ورد في هذه المادة يفيد أن نفقة الولد ذكرا كان أو أنثى تجب على والده مالم يكن له مال و تستمر بالنسبة للفرع الذكر إلى سن الرشد (19 سنة) أي بسبب قصره و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب، بمعنى

---

[116] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.224.
[117] أنظر، سورة البقرة، الآية 333.
[118] أنظر، سورة الإسراء، الآية 23.
[119] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.497.
[120] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.511.

إذا كان الولد ممارسا لعمل يدر عليه مالا يكفيه لمعيشته ذكرا كان أو أنثى.و تستمر النفقة في حالة العجزعن الكسب، لما يجاوز سن الرشد إذا كان الولد ذكرا أو أنثى مصابا بآفة عقلية أو بدنية تمنعه من الكسب أو مزاولا للدراسة، و كذا بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج و يتم الدخول بها.أما إذا إستغنت عن النفقة بالكسب فإن نفقتها تسقط.مع الإشارة أن الولد ذكر أو أنثى و لو كان قاصرا إذا كان له مال يكفيه لمعيشته فإنه لا نفقة للأب عليه.[121]

إلا أن إلتزام النفقة الذي على عاتق الأب نحو أبنائه يمكن أن ينتقل إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك، فنصت المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "

و هذا معناه أن الأب إذا كان فقيرا و عاجزا عن الكسب و توفير المال اللازم للإنفاق على نفسه و على زوجته و أولاده.فإن واجب الإنفاق على الولد الصغير ذكرا أو أنثى لذي ليس له مال، ينتقل من كاهل الأب إلى كاهل الأم لتصبح ملزمة بالإنفاق على أولادها بصفة مؤقتة أو مستمرة شرط أن يكون لها دخل و ذات مال.[122]

و من هنا نتساءل حول ما إذا غير أحد الفروع جنسه و تطلب الأمر نفقات كمصاريف للعلاج النفسي و الهرموني و حتى الجراحي، فهل تعتبر هذه المصاريف ضمن مكونات النفقة التي يلتزم المدين بها ؟ لاشك أن الأمر فيه إختلاف بين إذا كان تغيير الجنس الخاص بالفروع لأسباب نفسية أو عضوية و لذلك سنجيب وفق إحتمالين :

1-إذا قام أحد الفروع بتغيير جنسه لوجود سبب عضوي: لا شك أن إزالة الغموض الجنسي الذي يعاني منه الفرع لسبب راجع إلى أنه خنثى عضويا هو مرض يجب الشفاء منه ليتحدد الجنس المرجح طبيا للفرع سواء كان ذكرا أو أنثى. و من تم مادامت مصاريف العلاج هي من مكونات النفقة كما رأيناه سابقا في التشريع المصري و الجزائري، فإن نفقة العلاج هنا تقع على عاتق الأصل و لا يمكنه التنصل منها لإحتياج الفرع لها، لمعرفة جنسه الحقيقي.لكون العلاج هنا يحقق مصلحة مشروعة توافرت فيها شروط طبية العمل الطبي المشروع.و إن إمتناع الأصل عن دفع هذه النفقة ليس له ما يبرره و هذا الحكم تبناه الفقه المصري،[123] و ينطبق على القانون الجزائري الذي أجاز رفع دعوى لمطالبة الأصل بدفعه مصاريف علاج البنت التي قدمت شهادات طبية تثبت تعرضها لأمراض مختلفة و حكم لها قضاة الموضوع بإلزام الأب بدفع مصاريف العلاج للبنت،[124] دون تحديده لمرض معين المهم مشروعيته.

إذ أن فترة العلاج لحالة الخنثى بالجراحة تجعله غير قادر على الكسب مما يجعل نفقة الفرع مستحقة تطبيقا للقانون يجعل الأصل ملزما بآدائها مادامت لديه القدرة المالية.[125]

2-إذا قام أحد الفروع بتغيير جنسه لوجود سبب نفسي: الثابت طبيا أن العمل الطبي يجب أن تتوافر فيه شروط و ضوابط قانونية للقول بمشروعيته. إلا أن العلاج الهرموني و الجراحي الذي يهدف إلى المساس بجنس الشخص المكتمل الذكورة أو الأنوثة جنسيا لا تتوافر فيه ضوابط المشروعية و لا يهدف إلى قصد العلاج.و إنما إلى تشويه جسم الشخص و الإنتقاص من تكامله و تغيير لخلق الله تعالى الذي جعله محرما، و بذلك إعتبر البعض أن هذا النوع من العلاج هو من قبيل العون على معصية الله تعالى و نحن بدورنا نتفق مع هذا الرأي لإستقامته و عقلانيته لقوله تعالى :" **و تعاونوا على البر و التقوى، و لا تعاونوا على الإثم و العدوان**...."[126].

و طالما أن العلاج في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية لا تتوافر فيها شروط الإباحة المطلوبة في العمل الطبي فهي تعتبر غير مشروعة، و من قبيل العدوان المنهى عنه، و يقاس على ذلك إنفاق الأصل على الفرع على النفقة في المعصية التي حظرتها الشريعة الإسلامية التي لا تجيز الإعانة عليها، و بهذا فنحن

---

[121] أنظر، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومه، الجزائر، سنة 2014، ص.269-270.

[122] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.225.

[123] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.511-512.

[124] أنظر، قرار المحكمة العليا بالجزائر، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، بتاريخ 15 نوفمبر 2006، ملف رقم 372292 ، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2007، ص.496. مشار إليه في لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.282

[125] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.498.

[126] أنظر، سورة المائدة، الآية 2.

نتماشى مع الرأي القائل بعدم أحقية الفرع المطالبة قضائيا بنفقات علاج و جراحة أدت إلى المساس بتكامله الجسدي و تشويهه جنسيا بدلا من علاجه.[127]

ثانيا : أثر تغيير جنس الشخص على إلتزام الفروع بالإنفاق على الأصول.

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه و أن ولده من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم بالمعروف ".إن شروط استحقاق النفقة للأصول هو: العجز و الفقر.[128]

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 77 على ما يلي :" يجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج، و درجة القرابة في الإرث ".
و يرى البعض أن هذا النص فيه تطرف، عندما جعل النفقة حسب درجة القرابة في الإرث، و أخذ هنا بالمذهب الحنبلي المتطرف.و أن مقدار النفقة يحدد حسب قدرة الملتزم بالنفقة و حسب موارده المالية و مراعاة لإحتياج مستحق النفقة.[129]

فسبب وجود النفقة هنا هي صلة القرابة، و تجب نفقة الأصل على الفرع الأقرب إليه سواء كان ذكرا أو أنثى في حالة تعدد الفروع، و إن اتحدت درجة قرابة الفروع وجبت عليهم النفقة بالتساوي دون تفريق بين الفرع الذكر أو الأنثى.[130] و هذا معناه أن الولد الراشد ذكرا أو أنثى مجبر شرعا و قانونا على الإنفاق على والديه و أصوله متى كانوا معسرين و هو موسر.[131]

و من هذا المنطق لو فرضنا أن أحد الأصول أصيب بأعراض مرض تغيير الجنس لأسباب نفسية، و سيطرت عليه فكرة راسخة بالإعتقاد النفسي بإنتمائه للجنس المقابل للجنس الذي هو عليه، و أعلن عن رغبته الجامحة لتحويل جنسه بالخضوع إلى مراحل العلاج من هذه العلة، التي تتطلب إنفاق أموال باهضة و لمدة طويلة، و يكون الأصل غير ميسورا لإجرائها من أمواله.فهل يحق للأصل مطالبة الفرع بتحمل نفقات العلاج من أعراض مرض اللاارتياح في النوع ؟

المقرر شرعا و قانونا أن نفقة الفروع على الأصول هي إلتزام على عاتق الفروع.إلا أن هذا الواجب يقدر حسب حاجة الأصل و قدرة الأبناء على الإنفاق.فالإنفاق على علاج الأصول إذا كان بهدف العلاج لإصلاح عطل معين في جسم الأصول و تحققت مشروعيته فإنه يدخل في مفهوم النفقة.أما العلاج الذي يكون بقصد إحداث عاهة في جسم شخص سوي البنية، تهدف إلى تعطيل دور الأعضاء التناسلية و جعلها بدون وظيفة، فإنه لا تتوافر فيه شروط مشروعية العمل الطبي و من تم كان الإتفاق على أن هذا النوع من العلاج فيه تشجيع على معصية الله، لأن فيه مساعدة على تغيير خلق الله.و بهذا لا يحق للأصل المطالبة بالإنفاق على هذا العلاج المحظور.و لا يتحمل الفروع نفقات العلاج و الجراحة لمرض تغيير الجنس لسبب نفسي.

أما بالنسبة لإمكانية أن يكون أحد الأصول مصابا بخنوثة عضوية فهو أمر لا يمكن تصوره لأن الخنثى المشكل لا يكون أبا و لا يكون أبا أو أما و لا جدا و لا جدة، لأنه لا تصح أصلا مناكحته.[132]

---

[127] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.512.
[128] فضيل سعد، المرجع السابق، ص.385.
[129] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.277.
[130] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.509.
[131] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.226..
[132] أنظر، عزة عبد العزيز، أحكام التركات و قواعد الفرائض و المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2010،ص.186.

و بعد أن حاولنا الإجابة على بعض الإشكالات التي تدور حول مدى تأثر إلتزام النفقة بتغير جنس الشخص. فإننا سنعرج على إلتزام ربما هو على عاتق الدولة بالدرجة الأولى تجاه الأشخاص الذين ينفذون عقوبات سالبة للحرية في المؤسسات العقابية التي تفصل بين الذكر و الأنثى عند تنفيذ العقوبة.فالمشكلة تنبثق من تصور إحتمالي أن رجلا دخل السجن لتنفيذ عقوبة في مؤسسات عقابية خاصة بالرجال ثم تبين أنه صحح جنسيا على الأنوثة أو أجرى جراحة تغيير جنس لأسباب نفسية فهل سيواصل تنفيذ عقوبته مع الرجال أو يحول إلى أماكن أخرى للنساء ؟ من جهة أخرى المشرع ألزم أن تحرك الدعوى العمومية في بعض الحالات بشكوى من المجني عليه إما الذكر أو أنثى. فماذا لو تغير جنسه فهل تقبل شكواه أم لا ؟ و كذا متابعة بعض الجرائم التي تتطلب صفة معينة في الجاني أو المجني عليه ذكر أو أنثى لتحقق أركانها فهل يؤثر فيها تغيير جنس الشخص ؟ هذا ما سنحاول التطرق له في المطلب الموالي.

المطـــلـــب الثـــالـــث

أثـــر تغييـــر الجنـــس على المســـائـــل الجنـــائيـــة

و إن كان ما سنتطرق له في هذا المطلب لا يتعلق بواجبات تقع على عاتق شخص معين و إنما الأمر يتعلق ربما بإلتزام يقع على عاتق الدولة بالدرجة الأولى بإعتبارها هي تسهر على حماية المجتمع و الحفاظ على النظام العام، و هي التي تحدد بواسطة السلطة التشريعية كيفية تنفيذ العقوبات السالبة للحرية التي تتطلب الفصل بين فئة المحكوم عليهم الذكور و المحكوم عليهم الإناث و تخصص لكل نوع من الأفراد سجون خاصة بكل فئة.و من تم إذا تغير جنس أحد المحكوم عليهم أثناء تنفيذه للعقوبة، فيقع على عاتق الدولة ممثلة في أحد و كلاء الجمهورية أو النواب العامين الذين يمثلون المجتمع حسب الاختصاص، إلتزام الحرص على إتمام تنفيذ العقوبة، وفقا لما نص عليه القانون فكيف ستضمن تحقق هذا الغرض ؟ (الفرع الأول)
المشرع جعل بعض الجرائم تستلزم شكوى لتحريكها من شخص تتوافر فيه صفة معينة أو أن تتوافر صفة معينة في الشخص ذكرأو أنثى لإمكان إكتمال أركان الجريمة خاصة في جرائم الآداب.فالتساؤل ماذا لو تغيرت الصفة المطلوبة في هذا الشخص و تغير جنسه إلى النوع الآخر، فهل تتم المتابعة الجزائية أم أنه لا تتحقق أركان الجريمة و لا يمكن توقيع العقاب ؟ (الفرع الثاني).

الفـــرع الأول

أثـــر تغيير جنس الشخص على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية.

نصت المادة 47 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2008 على أنه :" لا يتابع أحد و لا يوقف أو يحتجز، إلا في الحالات المحددة بالقانون، و طبقا للأشكال التي نص عليها."

و بهذا نصت المادة 25 من قانون رقم 05-04[133] المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين على أن :" المؤسسة العقابية هي مكان للحبس تنفذ فيه وفقا للقانون العقوبات السالبة للحرية، و الأوامر الصادرة عن الجهات القضائية و الإكراه البدني عند الإقتضاء.
و تأخذ المؤسسات العقابية شكل البيئة المغلقة أو شكل البيئة المفتوحة....."

و تحدد المادة 28 من نفس القانون أصناف مؤسسات البيئة المغلقة إلى مؤسسات و مراكز متخصصة :

[133] قانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005، جريدة رسمية 12 ل 12 فبراير 2005، المتضمن تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

فالمؤسسات عموما هي ثلاث أنواع في الجزائر : مؤسسة الوقاية و مؤسسة إعادة التربية و مؤسسة إعادة التأهي.و هي تنشأ بقرار من وزير العدل حافظ الأختام (طبقا للمادة 31 من هذا القانون) و هذه المؤسسات مخصصة لإستقبال المحبوسين (الذكور) مؤقتا و المحكوم عليهم نهائيا بعقوبة سالبة للحرية تختلف بإختلاف مدة العقوبة (التي تصل إلى حد الإعدام و المؤبد في مؤسسة إعادة التأهيل).

و يمكن أن تخصص بمؤسسات الوقاية و مؤسسات إعادة التربية عند اللزوم، أجنحة منفصلة، لإستقبال المحبوسين مؤقتا من الأحداث و **النساء** و المحكوم عليهم نهائيا بعقوبة سالبة للحرية مهما تكن مدتها (المادة 29 من هذا القانون).
و إلى جانب المؤسسات السالفة الذكر يوجد مراكز متخصصة منها مركز متخصص **للنساء** مخصص لإستقبال النساء المحبوسات مؤقتا و المحكوم عليهن نهائيا بعقوبة سالبة للحرية مهما تكن مدتها.
و المحبوسات لإكراه بدني (المادة 5/28 من هذا القانون)
فلا تدخل النساء في مؤسسات إعادة التأهيل و إنما في المراكز الخاصة بالنساء أو في أجنحة منفصلة عند اللزوم في مؤسسات الوقاية و إعادة التربية و يكون هناك فصل بين الرجال و النساء.

أما المشرع المصري فقد عرف أربع أنواع من السجون :

الليمانات : مخصصة لتنفيذ الأحكام الصادرة على الرجال بعقوبة الأشغال الشاقة، السجون العمومية تنفذ فيها الأحكام الصادرة ضد المحكوم عليهم بعقوبة السجن، و الأحكام الصادرة ضد **النساء** المحكوم عليهن بعقوبة الأشغال الشاقة.
السجون المركزية، و سجون خاصة، تنشأ بقرار من رئيس الجمهورية تعين فيه فئات المسجونين الذين يودعون بها و كيفية معاملتهم و شروط الإفراج عليهم (المادة 1 من قانون تنظيم السجون المصري). و يقرر القانون عزل المحبوسين إحتياطيا عن غيرهم من المسجونين و عزل النساء عن الرجال (المادة 14 من قانون تنظيم السجون).[134] إذا النساء تنفذ عقوبتهن في السجون العمومية و تعفى من تنفيذها في الليمانات. و قد أنشأ سجن خاص للنساء في القناطر لتنفيذ عقوبة السجن أو الأشغال الشاقة لسنة 1958.أما المحكوم عليهن بغير هذه العقوبات، فيودعن في السجون العمومية و المركزية في أقسام منفصلة عن الأقسام التي يودع فيها الرجال.[135]
و هنا يمكن أن نتصور أن يطرح تساؤل حول ما إذا حكم على ذكر بعقوبة السجن المؤبد (الأشغال الشاقة في مصر) فتم إيداعه في الجزائر في مؤسسة إعادة التأهيل لتنفيذ عقوبته تم تغير جنسه إما لأسباب عضوية أو نفسية و أصبح أنثى، فهل سيواصل تنفيذها في سجن الرجال أم أنه سينقل إلى سجن النساء ؟ و هل المغير لجنسه ينفذ العقوبة السالبة للحرية في سجن الرجال أو النساء ؟ و هذا يتطلب منا الإجابة في إحتمالين :

الحالة الأولى : إذا كان تغير جنس الشخص لأسباب عضوية.

إذا كان الشخص خنثى لسبب عضوي و لم تتبين حقيقته الجنسية خاصة لو كان خنثى حقيقي يخضع للتربية النفسية أو لا على نوع بعينه قبل أن يعتمد قوله لتحديد هويته الجنسية، فكيف ستنفذ العقوبة في هذه الفترة ؟
و قد وضع الفقهاء قديما الحل في مثل هذه الحالة بأن قرروا أن الخنثى يسجن لوحده لا مع الرجال و لا مع النساء. و لذلك يجب وضعه في سجن إنفرادي لا مع الرجال و لا مع النساء حتى يتم التأكد من حقيقته الجنسية، سياسة الفصل بين الرجال و النساء، هي لمنع الإختلاط بينهما و عدم قيام وجود علاقات غير شرعية بين المحكوم عليهم و هو الذي سيحدث لو ترك الخنثى المحكوم عليه مع الرجال تم صحح على الأنوثة أو العكس.[136]

---

[134] محمود نجيب حسني، القسم العام...، المرجع السابق، ص.732- 733.
[135] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.577.
[136] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.577.

أما في حالة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على خنثى رجل حسب ظاهره محكوم عليه بعقوبة السجن المؤبد فيتطلب الأمر إيداعه في سجن الرجال (الليمانات في مصر مثلا و مؤسسة إعادة التأهيل بالجزائر) ثم تم تصحيح جنسه، ليصبح على عكس ظاهره على الأنوثة أو أن إمرأة تقضي عقوبتها في السجن النساء تم صححت جنسيا على الذكورة، فإنه مادامت الجراحة التي أجريت لهما كانت بهدف إزالة الغموض الجنسي الذي شابه المحكوم عليه (و المحكوم عليها) و توافرت شروط مشروعية العمل الطبي فإن قصد العلاج متوفر و ستتحصل على وثائق للحالة المدنية للمحكوم عليه تثبت تصحيح الحالة المدنية للمحكوم عليه.
و من تم يتوجب **نقل** المصححة لجنسها على الأنوثة، إلى المراكز الخاصة بالنساء و المصحح لجنسه على الذكورة إلى الؤسسات العقابية الخاصة بالرجال.و يكون ذلك من الجهة المختصة بنقل المحكوم عليهم من مؤسسة عقابية لأخرى.[137]

الحالة الثانية: إذا كان تغيير جنس الشخص لأسباب نفسية.

إذا كان الشخص يعاني من إضطراب نفسي نتيجة فكرة نفسية عميقة راسخة بإنتمائه إلى الجنس المقابل، و بدأ في مراحل العلاج من أعراض تغيير الجنس لأسباب نفسية من علاج نفسي و علاج هرموني لتغيير مورفولوجيته الخارجية و إكتسابه مظاهر جسدية للجنس الآخر الذي يرغب في التحول إليه. تجعله يصبح ذكرا ظاهريا بعدما كان أنثى أو العكس دون أن يصل الأمر إبتداء إلى تغيير حالته المدنية، فإن الصعوبة هنا تكمن في أننا أمام شخص مثلا، له مظاهر خارجية أنثوية، لكنه يحتفظ بالأعضاء التناسلية الذكورية.
و هوالأمر الذي جعل بعض القضاة الفرنسيون يفكرون أن هذه الحقيقة ستجعله مواجه بعنف في الحبس المخصص للإناث أو في الحبس المخصص للذكور، لأن حبسه في مؤسسة عقابية يتضمن فعلا تشوش جسدي لا يسمح للمغير لجنسه ليخفي الطابع المرفولوجي الأقل مطابقة لهويته الجديدة. و من تم لا يتمكن للمغير لجنسه من الإندماج الإجتماعي في الجنس المقابل.[138]
و قد إعتبرت أن الحالة المدنية للشخص هي التي تحدد المؤسسة العقابية التي يكون فيها كذكر أو أنثى، و أين سنجد أن أشخاص يرغبون في تغيير جنسهم النفسي لأنثى مثلا إذا كان مسجل في الوثائق أنه رجل سيحبس ضمن مؤسسات عقابية للرجال حتى و لو كان له ثديين و مظاهر خارجية أنثوية (فإجراءات تغيير الحالة المدنية هي طويلة).
إلا أن الواقع العملي في العديد من الدول بين الأشخاص الراغبون في تغيير جنسهم هم بمثابة ضحايا للتعسف الجنسي في السجون أثناء تنفيذ عقوبتهم السالبة للحرية. ففي سنة 1999، 3 حراس للمؤسسات العقابية تمت إدانتهم من محكمة Evry لإغتصابهم المتكرر على مغيرات لجنسهم في الحبس، و القرار يبقى "تحكيمي" لمدير المؤسسة العقابية.إذ أنه بعد هذه المشاكل التي إعترضت المحبوسين المغيرين لجنسهم، بعض مدراء المؤسسات تمكنوا بمساعدة المدراء الجهويين لإرسال المغيرات لجنسهم في سجون خاصة بالنساء في فرنسا و إن كانت الحالات نادرة، عندما تتم جراحة تغيير الجنس لكن الهوية الجديدة للحالة المدنية لم يتحصل عليها.و هذا الإجراء يبقى تحكيمي في غياب تدخل من طرف المشرع الذي يجب أن يتم بنصوص قانونية في فرنسا.
بالمقابل نجد أن في بريطانيا Royaume-Uni ، المحكمة العليا، أجازت سنة 2009 تحويل مغيرة لجنسها لسبب نفسي إلى سجن خاص بالنساء في حين أن الجراحة لم يتم إنجازها تأسيسا على الحق في الحياة الخاصة.[139]
و بالمقابل هناك من الدول تبنت حلا وسطا، و هي **إيطاليا** التي أعلنت عن فتح أول سجن مخصص إستقبال المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية، و كان هذا في شهر مارس **2010** الذي كان في إستقبال ثلاثينيات من المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية و كذا المتحولين في النوع (transgenre)، و هذا الحل

[137] في الجزائر، يؤول الاختصاص بتحويل المحكوم بصفة نهائية، و إن كان الحكم نهائي يؤولالاختصاص لقاضي تطبيق العقوبات المختص اقليميا.
[138] Voir, Marine Friant-Perrot, une modification des conditions du changement de sexe ?, D.1999, p.508.
[139] Voir, Les transsexuels sont-ils emprisonnés dans la prison pour femmes ou pour hommes ?, sur site/ http:// rue 89. Nouvelobs com. /2013/02/19/ les-travestistranssexuels-sont-emprisonnes-dans-la-prison-pour-femmes-ou-en-France.

الذي إعتبره الملاحظ الدولي للسجون (OIP) أنه تمييزي، و لا يتمنى أن يطبق في فرنسا. لأنه يرى أن فصل الأشخاص ليس هو الذي يساعد على الإندماج.[140]

أما بالنسبة للجزائر أو مصر فإنه لا يمكن لهما أن يعترفان بتغير جنس الشخص لأسباب نفسية لعدم مشروعية هذه الجراحة.و من تم لا يعتد بالحالة الجنسية الجديدة التي يكتسبونها خاصة أمام إستحالة تغييرهم لحالتهم المدنية لجعلها متماشية مع الجنس الجديد المصطنع.و بهذا فإن الحل الذي يتماشى مع المنطق القانوني في كلا من الجزائر و مصر أن تصنيف المحكوم عليهم و تنفيذهم للعقوبة سيكون وفقا للحالة المدنية للمحكوم عليه التي ستحدد أي مؤسسة عقابية سيكون فيها حتى و لو كان هذا الشخص حالته المدنية لا تتطابق مع مظهره الجسدي الخارجي الذي سيكون للجنس المقابل، و لهذا نقترح أن يتم وضعهم في سجون إنفرادية لا مع الرجال و لا مع النساء، لتفادي أن يؤدي إختلاطهم مع الأشخاص العاديين إلى إنتشار الفاحشة و الممارسات الجنسية الشاذة بين المساجين، و كذا لتفادي أن يتم تقليد هذه الظاهرة المنحرفة التي لا ترضى بها شريعتنا الغراء.و فيها سخط و مسخ قد يؤدي إلى هاوية الإجرام بدلا من سياسة التأهيل و الإصلاح التي تمثل الهدف المرجو من توقيع العقوبة السالبة للحرية في المؤسسات العقابية بالجزائر أو مصر.

الفـــرع الثـــانـــي

أثـــر تغيير جنس الشخص على المتابعة الجزائية ببعض الجرائم المخلة بالآداب

رغم تعدد الجرائم المخلة بالآداب و تنوعها إلا أن المهم في دراستنا لها ليس لحصرها و إنما لكون جنس المجني عليه أو الجاني أو كليهما من حيث الذكورة أو الأنوثة هو محل إعتبار فيما يخص توافر أركان الجريمة لأنها تتطلب وجود صفة معينة لإكتمال الركن الخاص في هذه الجرائم.

فهناك فئة من الجرائم المخلة بالآداب التي لا يؤثر فيها تغير جنس الجاني أو المجني عليه سواء أصبح ذكرا بعدما كان أنثى أو العكس منها :
1- جريمة الفعل المخل بالحياء بغير عنف التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 334 من قانون العقوبات الجزائري.[141]
و نص عليها المشرع المصري في المادة 268 قانون عقوبات مصري.
و هي جرائم لا يكون فيها لجنس الجاني أو المجني عليه أي إعتبار سواء كان ذكر أو أنثى أو من نفس الجنس، و من تم لا يؤثر فيها تغيير جنس الجاني أو المجني عليه لقيام المسؤولية الجزائية.

2 – جريمة الفعل العلني المخل بالحياء العام التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 333 من قانون العقوبات، و تقابلها المادة 278 من قانون عقوبات مصري، و لا اعتبار في هذه الجريمة لنوع الجاني أو المجني عليه لأنها من الممكن أن تقع من الذكر و من الأنثى.و من تم لا يؤثر تغيير جنس الشخص على قيامها.
و هناك فئة من الجرائم المخلة بالآداب التي يؤثر فيها تغيير جنس الجاني أو المجني عليه، و نذكر من بينها البعض على سبيل المثال الذي يمكن القياس عليها في باقي الجرائم :

1 – جريمة هتك العرض (أو ما يعرف في مصر بالإغتصاب)
نصت عليها المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري :" كل من إرتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

---

[140] Transsexuels en prison, la double peine, sur site publié le 10/02/2010.

[141] أنظر، أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جوان 1966، الجريدة الرسمية العدد 1966/49،المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

و إذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشر تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى 20 سنة "
و تقابلها المادة 267 من قانون العقوبات المصري :" من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب ب...."

و الركن المادي في هذه الجريمة هو الوط الطبيعي بإيلاج الجاني عضو التذكير في فرج الأنثى.و من تم فإن هتك العرض لا يقع إلا من رجل على إمرأة.[142]أي أن المجني عليها هي أنثى، فإذا ثبت أن هذه الأنثى تحولت إلى ذكر إما لسبب عضوي أو نفسي (و إن كانت الحالة الأخيرة لا يعتد بآثارها)، فإنه في هذه الحالة لا أثر لقيام الجريمة و المسؤولية الجزائية لأنه تخلفت الصفة المطلوبة في المجني عليها التي أصبحت رجلا. و لكن مع ذلك يمكن مساءلة الجاني بجريمة أخرى إذا توافرت شروطها.
و في حالة إذا كان الجاني الذكر هو الذي تغير جنسه و أصبح أنثى بالجراحة، فإنه أيضا لا تقوم الجريمة لأن المشرع الجزائري إشترط أن يكون هتك العرض هو المواقعة من رجل على مرأة أي أن جنس الجاني هنا هو محل إعتبار، و تغير جنس الجاني و جعله ذكرا يجعل الجريمة غير قائمة لتخلف أركانها و لا يسأل الجاني في مثل هذه الحالة.

2 – جريمة الزنا
نصت المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري :" يقضي بالحبس..... على كل إمرأة متزوجة ثبت إرتكابها الزنا..... و يعاقب الزوج الدي يرتكب جريمة الزنا.....و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، و إن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة ".
يشترط المشرع لإكتمال أركانها أن تتوافر صفة الزوج في أحد طرفي الجريمة لتتحقق، و أن تقدم الشكوى من الزوج أو الزوجة.

فإذا تغير جنس الزوج أو الزوجة، و صحح جنسيا على عكس ظاهره.فإنه سيترتب على ذلك بطلان الزواج بطلانا مطلقا كما سبق و أن رأيناه.و من تم تنتفي صفة الزوجية و لا يمكن تقديم الشكوى لأن قيام العلاقة الزوجية وقت تقديم الشكوى شرط لقبولها.[143] مما يوجب إبطال الإجراءات المترتبة عليها سواء كانت الزوجة هي المتهمة بالزنا و صحح زوجها جنسه على الأنوثة أو كان الزوج هو المتهم بالزنا و زوجته هي التي صححت جنسيا على الذكورة.و مع الإشارة أن ذلك لا يحول دون معاقبة الزوج الزاني على جريمة أخرى إذا توافرت شروطها القانونية.[144]

بإعتبار تغيير الجنس لأسباب عضوية يتم بعلاج طبي مشروع، و من تم يجعل صاحبه يتمتع بالحقوق و الواجبات التي يتمتع بها أي شخص عادي، من حق الإلتحاق بالتعليم، و أخذ نصيبه في الميراث و حصوله على منصب عمل يتناسب مع جنسه الذي صحح عليه.و بالمقابل لديه إلتزامات منها آدائه للخدمة الوطنية إذا توافرت شروطها.و كذا إلتزامه بالنفقة تجاه مستحقيها، و كذا أن يوضع في الحبس الخاص الذي صحح عليه عند تنفيذه لعقوبة سالبة للحرية التي يمكن أن توقع عليه، و هذا تماشيا مع الجنس الذي دون تصحيحه في سجلات الحالة المدنية و كذا الإسم الجديد الذي يناسب مظهره.
إلا أن المغير لجنسه لأسباب نفسية فقد إختلفت الآراء الفقهية و القضائية حوله بين مؤيد و معارض لمدى إمكانية التسليم له ليتمتع بهذه الحقوق و الواجبات في ظل الجنس الجديد الذي إكتسبه كون أن العمل الطبي الذي يخضع له لا تتوافر فيه شروط المشروعية للمساس بأعضائه التناسلية، التي قد ينجم عنها تشويه لجسده يؤدي إلى قيام المسؤولية عن هذه الأعمال الطبية.و هذا ما سنفصل فيه في الفصل الموالي.

[142] أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط 15، دار هومة، الجزائر، سنة 2012-2013، ص.104.
[143] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.150.
[144] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.582.

الفصـــــــــــل الثـــــالـــــث

المســـــؤولية الطبية المترتبـــــة على تغـييـــــر الجـنـــس

موضوع المسؤولية في المجال الطبي عامة، لازال يعرف تطورا كبيرا في معالجته نظرا للخصوصية التي تمتاز بها المهنة الطبية و العلم الطبي، و ما يعرفانه من فنيات و تقنيات، و صعوبات في التعامل مع جسم الإنسان، و للاكتشافات الطبية المستمرة.و هذا الموضوع له أهمية بالغة جعلته محل اهتمام من رجال القانون، لأنه ينظم علاقة الطبيب برضاه، و محله جسم الإنسان الذي لا يجوز المساس بتكامله الجسده و إلا ثارت مسؤولية قانونية للطبيب التي تتنوع بين جنائية و تأديبية و مدنية.و لعل هذه الأخيرة هي التي شكلت النوع الأكثر تطورا في الوسط القانوني و التي انبثقت من القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

و لقد ثار إختلاف في الوسط القانوني حول قيام المسؤولية الطبية مرده محاولة للتوفيق بين مصلحتين متعارضتين؛ الأطباء الذين يطالبون بتوفير الأمان الكافي لمباشرة أعمالهم العلاجية، بجعلهم بنأى عن المساءلة، لأنهم بشر معرضون للخطأ و لا يملكون قدرات ساحرة لشفاء جميع الأمراض.و بالمقابل المرضى يطالبون بضمان سلامتهم الجسدية و حمايتهم من أي ضرر يلحق بهم نتيجة أخطاء ترتكب عليه بمناسبة العلاج و ذلك بإقامة مسؤولية المدنية على الأطباء ككل أفراد المجتمع، للحصول على تعويضات تجبر ضررهم.

و لاشك أن التدخل العلاجي الجراحي، هو أهم مظاهر المساس بجسم الإنسان عند علاجه، لما يتطلبه من تخصص فني المجال الطبي.و إذا كانت هذه الجراحة تخص جزءا مهما من جسم الإنسان و هو أعضائه التناسلية و مظهر الجسدي الخارجي، فإن الأمر يزداد صعوبة لإمكان التوفيق بين المصلحتين الطبيب أو الفريق الطبي المتخصص الذي سيجرى جراحة بهدف تغيير جنس الشخص والشخص الذي ستجرى له هذه الجراحة، سواء لأنه يعاني من اضطراب أو غموض جنسي عضوي أو من اضطراب في هويته الجنسية نتيجة خلل نفسي يعاني منه.و لذلك كان من الضروري تركيز موضوع بحثنا على كل ما يتعلق بالمسؤولية الطبية المترتبة على العلاج حالات تغيير الجنس بنوعيها، التي قد تتم من طرف فريق طبي متعدد الاختصاصات مما يصعب تحديد المسؤول عن الضرر الذي قد يصيب المغير لجنسه.

لا يوجد نصوص قانونية خاصة تنظم المسؤولية الطبية و إنما يتطلب الأمر تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، مراعين في ذلك خصوصية علاج حالات تغيير الجنس بنوعيها، و أن تتعلق بالمساس بجسم الإنسان في أهم جانب لديه و هو عضو التناسل و الإنجاب، الذي قد تنتج عن طريق الخطأ في المساس به عدة آثار لا يمكن إصلاحها.محاولين بذلك الوقوف على بعض القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي باعتباره من التشريعات المقارنة التي ركزنا دراستنا عليه باعتباره، عرف تطور ملحوظا في هذا المجال، و تعرض لبعض أنواع الأخطاء التي يمكن أن تقع من الأطباء في هذا المجال على مختلف مراحل العمل الطبي.

و من تم فإن من الضروري الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية لتحديد أنواع المسؤولية الطبية في حالات تغيير الجنس، و طبيعة هذه المسؤولية لإمكان تحديد الجهة القضائية المختصة في نظر هذه الدعاوى (المبحث الأول)، و كذا التطرق لموضوع أركان المسؤولية المدنية لتطبيقها على المسؤولية الطبية و ما يعرض من حالات تطبيقية في هذا المجال، و الأثر المترتب على انعقاد المسؤولية الطبية المدنية (المبحث الثاني).

المبحـــث الأول

أنـــواع المســؤولية الطبيــة في حـالات تغييــر الجنس و طـبيعتها القـانونيــة

موضوع المسؤولية القانونية للطبيب يثير اهتمام العديد من الأشخاص، أطباء كانوا أو مرضى أو رجال القانون، نظرا للمكانة التي تتمتع بها مهنة الطب، و لكثرة تركيز و سائل الإعلام على هذا الموضوع.لذلك كان اهتمامنا الرئيسي ينصب على إيصال المعلومة المبسطة لكل من يهمه البحث في هذا المجال و تجعله يتفهم من أساس المسؤولية، على أي نوع يمكن إقامة المسؤولية التي تتلاءم مع الضرر الذي قد يصيب المريض عموما، و المغير لجنسه بصفة خاصة.محاولين أخذ الأحكام من القوانين التي عرفت تطورا ملحوظا في مجال المسؤولية الطبية.

و مهما اختلفت نصوص قوانين المسؤولية الطبية من دولة لأخرى، فإن ما تهدف إليه هذه القوانين هو ضمان تطبيق ممارسة إنسانية للمهنة، و ما تطلبه من الأطباء لا يتعدى إلتزام بقواعد السلامة لمنح مرضاهم جميع الفرص لشفائهم دون تعريضهم لأي خطر بالإمكان تفاديه.فوجدت القوانين لفرض العدالة في المجتمع، و لذلك يتصدى القانون الطبي لمن لا يحترم قواعد المهنة و لا يحترم الأصول الطبية العلمية المستقرة.فالطبيب المخطىء يجد نفسه عرضة لعدة أنواع من المسؤولية تختلف باختلاف الزوايا التي ينظر منها.

فالمسؤولية القانونية بوجه عام هي؛ التزام الفرد بواجباته أمام المجتمع، و الفعل فيها إما مشروع اجتماعي، لا جزاء فيه أو غير مشروع.و قد اعتبر البعض أن المسؤولية نوعان مسؤولية مدنية، و جنائية.[1] و يضيف البعض المسؤولية التأديبية، بحسب إذا كان الشخص يعمل لدى جهة إدارية أو لدى الخواص، و هذه الأحكام العامة هي التي تطبق على مجال المسؤولية الطبية حتى على الأعمال الطبية الهادفة إلى تغيير جنس الشخص، و هذا ما سنفصله في المطلب الأول.

إن الدراسة في هذا المجال تنبغي منا التعرض، لتبيان طبيعة المسؤولية القانونية الناجمة على هذا العمل الطبي.أهي تعاقدية أم تقصيرية، و رسم حدود كل منهما، لتحديد الجزاء المترتب على القيام أي منهما، و هذا ما ستتناوله في المطلب الثاني.

المطلـــب الأول

أنواع المسؤولية الطبية الناجمة عن تغيير الشخص لجنسه

قد ينجم عن الطبيب أو الفريق الطبي المتخصص خطأ أثناء مراحل تنفيذه للعلاج الطبي مما يترتب عنه إقامة المسؤولية القانونية الطبية، التي تتعدد بين مسؤولية جنائية و مسؤولية تأديبية، و مسؤولية مدنية.
و بالرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية، فإنها تعرف المسؤولية المدنية؛ أنها التزام بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر و هي نوعان مسؤولية عقدية تقوم على إلتزام عقدي و أخرى مسؤولية تقصيرية تؤسس على خطأ ثابث أو مفترض.

أما المسؤولية الجنائية، فيقصد بها؛ صلاحية الشخص ليتحمل الجزاء الجنائي عما يرتكبه من جرائم، فارتكاب الشخص لفعل يحظره القانون الجنائي يثير فكرة المسؤولية الجنائية و يوجب توقيع الجزاء الجنائي على هذا الشخص بمقتضى حكم قضائي.[2]
أما المسؤولية التأديبية فنعرفها؛ أنها سلطة الجهة التي لها صلاحية التعيين أو السلطة التي يحددها القانون لتأديب الشخص الخاضع لها.نتيجة ارتكابه خطأ يعاقب عليه القانون الذي ينظم علاقته بالسلطة الخاضع لها

[1] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.64.
[2] صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص.64-65.

و من تم بتطبيق هذه المفاهيم على مجال المسؤولية الطبية، لاسيما في حالات تغيير الجنس نجد أن المسؤولية القانونية الطبية في هذا تتنوع أيضا من جنائية، لمدنية، لتأديبية.و لهذا رأينا أن نتعرض لمختلف أنواع المسؤولية بنوع من الإيجاز بما يخدم موضوع بحثنا حول تغيير الجنس مع تركيزنا على المسؤولية الطبية المدنية التي تحتل مكانة كبيرة في مجال مسؤولية الطبيب محاولين تحديد الجهات القضائية المختصة في كل نوع من المسؤولية حتى نلم بالموضوع، و حتى يعرف كل من الطبيب و المغير لجنسه في أي جهة قضائية ستباشر دعواه ، و هذا من خلال فرعين كالتالي:
الفرع الأول:المسؤولية الجنائية عن التدخل الطبي لتغيير جنس الشخص.
الفرع الثاني:المسؤولية التأديبية الناجمة عن الأعمال الطبية لحالات تغيير الجنس، مع إرجائنا الحديث عن المسؤولية المدنية للطبيب بأركانها و حالاتها في تغيير الجنس في المبحث الموالي لاحتلالها القدر الأكبر في موضوع بحثنا.

الفــرع الأول

المسؤولية الجنائية عن التدخل الطبي لتغيير جنس الشخص

من الصعوبة تحديد نطاق المسؤولية الطبية عند إجراء عمليات التحول الجنسي، في ظل غياب نصوص تشريعية خاصة بها.بل حتى في ظل التشريعات التي سمحت بإجرائها لعدم التمييز بين تغيير الجنس الذي تنتفي فيه الحالة المرضية، و بين تصحيح الجنس لوجود مرض عضوي جنسي.فالأمر يرتبط بوجود خطأ من عدمه وفق ما تقتضيه القواعد القانونية في المجال الطبي للقول بقيام المسؤولية .

إذا كان فعل الطبيب العمدي أو الناتج عن خطأ جنائي متمثل في صوره الخمسة المعروفة و هي: الإهمال و الرعونة، عدم الإنتباه، عدم الإحتياط، عدم مراعاة الأنظمة و القوانين.فإنه سيجعله عرضة للمسؤولية الجنائية.إما بتقديم شكوى ضده أو بمباشرة النيابة العامة للدعوى العمومية ضده لتوقيع العقاب على الجريمة التي ارتكبها.

و ليس من السهل تخيل الهوس و الخوف الذي يصيب الطبيب عندما يعلم أنه محل متابعة جزائية، و ما قد يترتب عليها من آثار سلبية.لذا فهناك من ذكر أن القوانين الحديثة لبعض الدول كبريطانيا و السويد و أمريكا و أستراليا و فرنسا و دول أخرى، نصت على مبدأ التفاهم الودي ما بين المشتكي و المشتكى منه، و إعطاء مهلة خمسة عشر (15) يوما لمحاولة التفاوض و التفاهم، ما بين المريض أو أهله و الطبيب لتفادي الوصول إلى المحاكمة الجزئية، من خلال منح تعويض مادي مباشر.[3]

و مجال المسؤولية الجنائية عن حالات تغيير الجنس قد عرف إختلافا كبيرا من حيث المشروعية من عدمها.الذي إنعكس على مدى المسؤولية الجنائية في مثل هذه الحالات في كل من فرنسا، و مصر، و الجزائر و هذا ما سنوضحه في النقاط التالية:

أولا:موقف الفقه و القضاء الفرنسيين من مدى قيام المسؤولية الجنائية في حالات تغيير الجنس

حسب التفسيرات التقليدية لدعوى الحالة التي رفعها المغيرين لجنسهم، و التي تم رفضها من طرف القضاة بسبب أنها نتيجة تدخل غير مشروع.هذه التسبيبات التي ارتكزت على الأحكام القانونية التي تعاقب بعض الأفعال المساس بالتكامل الجسدي و التي تجعلنا نرفض الأخذ بعين الاعتبار هذه التغييرات.مما يفسر بمفهوم المخالفة أن شرعية التدخل مؤكدا ضمنيا بالقرارات التي قبلت تغيير بيان الجنس في الحالة المدنية و من تم العقاب و عدم العقاب على جراحة التحول الجنسي، و مدى ترتيبها لآثار قانونية أم لا هما أمرين مختلفين، و جانبين لمسألة حيرت الأطباء و رجال الفقه القانوني.

[3] سهيل يوسف صويص، المرجع السابق، ص.123.

1/مدى إمكانية إقامة المسؤولية الجنائية للطبيب على أساس جريمة البتر أو العاهة المستديمة (الخصاء سابقا المادة 316 من قانون العقوبات قديم).[4]

أخطر أنواع البتر هو الخصاء كما عرف سابقا.و هو يعرف قانونا أنه؛ يمثل استئصال أو بتر الكلي أو الجزئي للأجهزة التناسلية سواء لدى الذكر(إتلاف القضيب و/ أو الخصيتين) سواء لدى الأنثى (باستئصال المبيض) مع نية حرمان الضحية من وسيلة الإنجاب.[5]
و قد رفضت محكمة استئناف Aix بتاريخ 11 ديسمبر 1989، إقامة المسؤولية على أساس الخصاء لأن هذا الأخير يفرض قصد حرمان الضحية من وسيلة الإنجاب، و أنه في دعوى الحال الهدف المقصود هو علاجي.[6]
و قد كانت المادة 16-3 من القانون المدني القديم قبل تعديلها، أن الضرورة كانت فقط علاجية «thérapeutique» لأنها كانت تنص أنه يمكن أن يكون هناك مساس بالتكامل الجسدي للإنسان إذا كانت ضرورة علاجية للشخص.و من تم كان تفسيير النص ضيقا و الذي أخذ به القضاة يقودنا إلى منع كل الأفعال المجردة من كل نهاية علاجية.[7]
و قد رأى بعض الفقه الفرنسي أن موقف القضاء الفرنسي قد كان مخطئا عندما استبعد تكييف الخصاء فهل من الممكن أن نأخذ بوصف الضرب و الجرح؟[8]
و مما سبق يستنتج أن هناك إمكانية لتطبيق جريمة البتر أو العاهة المستديمة ضد الطبيب الجراح لإقامة مسؤوليته الجنائية إذا توافرت شروطها، إلا أنه في القرار السابق لم يتوافر القصد الجنائى الخاص للجراح مما استبعد مساءلته جزائيا.

2/إقامة المسؤولية الجزائية على أساس الجرح العمدى المفضي إلى عجز يتجاوز 8 أيام:

- و قد عرضت قضية على القضاء الفرنسي و فصلت فيها محكمة استئناف Aix-en-Provence بتاريخ 1990/04/23،[9] بعد حكم محكمة الجنح ل Nice المؤرخ في 1989/05/25 التي تتمثل وقائعها في:
أن فريق طبي أجرى عملية جراحية على لجنسه تمثلت في استئصال الجهاز التناسلي الذكوري مع تشكيل فرج مصطنع.خيبة نتائج الجراحة جعلت المريض ينتحر، بعد مدة **سنة** من إجراء الجراحة.فرفعت عائلته دعوى جزائية للمطالبة بإدانة الأطباء، فتمت متابعتهم قضائيا على أساس المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي بتهمة الضرب و الجرح العمدي مع سبق الإصرار، الذي أدى إلى عجز للضحية عن العمل لأكثر من ثمان أيام.
و قد برر قضاة الموضوع حكم الإدانة هذا على الأسباب التالية:

-أن القانون يرخص للجراح المساس بالتكامل الجسدي للمريض، عندما يكون هناك مبرر علاجي.إلا أنه عندما يجري الجراح عملية يعلم أنها ممنوعة قانونا، يكون من الواضح أنه غير محمي قانونا بالفعل المبرر الذي يتمثل في ترخيص قانونا.
- اعتبر القضاة أنه حاليا لا يوجد أي علاج طبي كاف لشفاء أو التخفيف من الهذيان الناتج أناتج أحيانا عن حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية، الذي يمكن أن يقود الفرد لاستئصال أعضائه أو أيضا إلى الانتحار.
و اعتبروا أن إجراء الجراحة في هذه الحالة يؤدي إلى آثار خطيرة مسببة للبتر و بدون رجعه، و هي مبدئيا ممنوعة بسبب آثارها الفاجعة للمريض أكثر من المرض الذي كان يعاني منه.

---

[4] تقابلها حاليا المادة 222-9 من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على ما يلي:
« Violences ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente »
[5] J-Branlard, Op.cit, p.431, n° 1248.
[6] J-Branlard, Op.cit, p.431, n° 1249.
[7] Haute Autorité de Santé, Op.cit, p.64.
[8] J-Branlard, Op.cit, p.431, n° 1251.
[9] Voir, Arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7em ch, D.1991, p.360.

و بهذا يكون القضاة الجزائريون في سنة 1990، اعترفوا بعدم شرعية جراحة التحول الجنسي لعدم توافر مبرر علاجي، لأن القانون لم يرخص لهم صراحة بإجرائها هذا من جهة و أن العلاج بالجراحة يمكن أن يؤدي إلى حدوث خلل للمريض أكثر مما كان يعاني منه، قد يؤدي إلى انتحاره.

كما أن قضاة الموضوع اعتبروا أن الجراحة التي أجريت للمريض هي التي أدت إلى انتحاره، و من تم خلقوا علاقة سببية بين الجراحة و انتحار المريض لتحميل الطبيب المسؤولية الجنائية ليس لحدوث الوفاة و إنما لأنه سبب له عجزا مؤقتا يتجاوز 8 أيام تعاقب عليه، المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي.[10] و اعتبرت الفعل عمديا مكون لجنحة الضرب المفضي إلى عجز عن العمل، و لم تطبق نص المادة 310 من القانون العقوبات التي تجعل الفعل جناية معاقب عليها من خمس سنوات إلى 10 سنوات التي تجرم الضرب العمدي المفضي إلى عاهة مستديمة.

و قد علق M.J.P-Doucet، على هذا الحكم الجزائي، و اعتبر أن التكييف المتخذ من قبل القضاة غير متأقلم، إذا كانت الوقائع المنسوبة أدت بالنهاية إلى الانتحار، و اعتبر أن الحكم كان متشددا و مبني على عدم الشرعية.[11]

و بالتالي فإن Jean Penneau، رأى أن القرار الجزائي، لمحكمة استئناف Aix-en-Provence يسمح بالتأكيد حول ضرورة فرض ملاحظة متعدد الاختصاصات لمدة طويلة من أجل تدعيم بكل تأكيد تشخيص مرض تغيير الجنس لأسباب نفسية، مسبقا على أي تدخل طبي جراحي، الذي يمكن أن يكون مبررا للاستئصالات التي تنجز في التدخلات المجراة في حالة تغيير الجنس.

و من تم فإنه اعتبر أن أي تصرف من طرف الجراحين خطير و بعدم الاحتياط في نظر القواعد المعتادة الموصى بها، فإنه من غير المدهش، أن تقوم المسؤولية الجزائية على أساس جنحة الجروح العمدية.[12]
- و قد تم صدور قرار محكمة النقص الفرنسية (ضد قرار محكمة استئناف Aix-en-Provence، المؤرخ في 23 أفريل 1990).عن الغرفة الجنائية بتاريخ 30 ماي 1991 تحت رقم 90-84-420، الذي أيد تقدير الوقائع، مرتكزا على تعريف "العلاج" متبنيا أنه يحتوي على مجموع المساهمات و التطبيقات الهادفة إلى الشفاء، و اعتبر أن الجراحين في هذه الحالة تمت إدانتهم لأنه حسب المظهر، جراحة إعادة التحديد الجنسي لم يكن مرخص بها قانونيا.[13]

و قد إستبعد القضاة في هذه الحالة، تطبيق أحكام جريمة البتر أو العاهة المستديمة (الخصاء سابقا على التعديل) التي تضرع بها البعض في فترة ما[14].
إلا أنه منذ سنة 1999 و منذ صدور القانون رقم 99-641،[15] فإن العمل الطبي الذي يشكل مساسا بالتكامل الجسدي للشخص يعتبر شرعيا إذا كان مبررا بضرورة طبية، مما أدى إلى اتساع المفاهيم (بعدما كانت الضرورة علاجية فقط)، و التساؤل الذي يطرح هنا ما هي الوضعية القانونية للطبيب الجراح الذي يجرى عملية إعادة التحديد الجنسي؟

إذا كان التدخل الجراحي هو ضمن العلاجات المعروفة حاليا ضمن حالة اللاارتياح في النوع، الهدف العلاجي المتبع يخرج الجراح من دائرة التجريم من جريمة الخصاء، و المساس العمدي بالتكامل الجسدي، و هذه الحصانة لا تطبق إلا إذا كان تأكد الهدف العلاجي.بمعنى إذا كان بصدد حالة تغيير جنس حقيقي لا

[10] عدلت هذه المادة بموجب قانون العقوبات الجديد و أصبحت حاليا المادة 11-222 و 12-222.
[11] Voir, J-Branlard, Op.cit, p.432, n° 1254.
[12] Voir, Jean Penneau, Condamnation pour coups et blessures volontaires de chirurgiens ayant effectué une ablation de l'appareil génital d'un transsexual, Recueil Dalloz.1991 p. 360.
[13] Voir, Haute Autorité de Santé, Op.cit, p.64.marge 121.
[14] Voir, Jean Penneau, Condamnation pour coups et blessures.., D.1991, Op.cit, p.64
[15] Loi n° 99-964 du 24 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universel, JO 28 Juillet 1999.

نقاش فيه.و مع ذلك الجراح يجب أن يحترم شروط الاعتراف بحالة اللاارتياح في النوع المذكورة من طرف السلطات المكلفة بهذا الملف، تحت طائلة العقاب عن قيام مسؤوليته.

3/مدى إقامة المسؤولية الطبية الجنائية على أساس جريمة **تعريض الغير للخطر** طبقا للمادة1-223 من القانون العقوبات الفرنسي؟

إن ضمان إحترام الطبيب لوصف الدواء الذي يدخل في رخصة الطرح في السوق (AMM)، يوفر له حماية القانونية ، و في حالة مخالفة هذا الالتزام، بأن وصف دواء خارج الإطار القانوني لرخصة التداول في السوق للأدوية، يجب عليه أن يتحمل اختياره و تقوم بذلك مسؤولية.
و الحال أنه في مشكلة أعراض مرض اللاارتياح في النوع، كل الأدوية الموصوفة هي خارج الرخصة الخاصة بالتداول في السوق.فالطبيب في مواجهة الشخص الذي يحمل أعراض هذا المرض ستقوم آليا مسؤوليته.
و هناك تقنية قانونية من أجل تفادي هذه المسؤولية الطبية، و هي تتمثل في إلتزامه بواجب إعلام مريضه و كذا تلقيه رضا المريض الحر و المستنير.و من تم إذا أخل بأحد هذين الالتزامين سترتب مسؤولية الطبيب.
فإذا كان الإلتزام بإعلام المريض يقع على عاتق الطبيب و هذا ما كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي لمحكمة النقض بتاريخ 14 أكتوبر 1997 الذي سبق و أن فصلنا فيه، و قد تم التأكيد عليها في القانون 4 مارس 2002 تحت رقم 2002-303، المتعلق بحقوق المرضى بفرنسا و قد نصت أيضا المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب بفرنسا على ما يلي:
« le médecin doit à la personne qu'il examine , qu'il soigne ou qu'il conseille,une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose.Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension….. »

و من خلال ذلك فإن القانون بين للطبيب محتوى هذا الإعلام، الذي يجب أن يتم خصوصا حول العلاج المقترح، فعاليته، نتائجه، المخاطر المتوقعة أو الخطيرة عادة المتوقعة التي يمكن تقع.زيادة على ذلك المخاطر الجديدة المعروفة إلا إذا تعذر عليه إيجاده.

فالطبيب الذي يكون أمامه أعراض مرض اللاارتياح في النوع يجب إذا إعلام مريضه بالمخاطر المحتملة عند تناوله لأدوية خارج رخصة التداول في السوق.و في حالة غياب هذا الإعلام حول مخاطر الوصفة خارج رخصة التداول في السوق، يمكن أن يجد نفسه تحت طائلة جريمة تعريض الغير للخطر المعاقب عليها بموجب المادة 1-223 من قانون العقوبات الفرنسي.[16]

4/ قيام مسؤولية الطبيب بوصفه لدواء خارج رخصة الطرح للتداول بدون أن يعلم التأمين عن المرض:

إن الأدوية التي توصف للأشخاص الحاملين لأعراض مرض اللاارتياح في النوع في إطار الهرمون البديل، لا يجب أن يتم تسديدها من طرف التأمين عن المرض.و إذا كانت خارج رخصة التداول في السوق، و عليه أن يذكر بجانب هذا الدواء عبارة "غير قابلة للتسديد".و لذلك إذا قام الطبيب بوصفها بدون أن يعلم بذلك التأمين عن المرض، سيعرض لعقوبات من طرف هذه الصناديق و تطبق عليه المادة 315.3 من قانون الضمان الإجتماعي بفرنسا.[17]

[16] Haute Autorité de Santé, Op.cit, p.67-68.
[17] Haute Autorité de Santé, Op.cit, p.68-69.

ثانيا:موقف الفقه و القضاء المصريين من مدى قيام المسؤولية الجنائية في حالات تغيير الجنس

من المبادىء المستقرة في القانون المصري، أن جسد الإنسان يقع خارج دائرة التعامل، و لا يوجد للفرد حق على جسده، إعمالا لمبدأ عدم المساس بالتكامل الجسدي للإنسان.[18]
و إن كان هذا المبدأ ليس مطلقا، و وردت عليه استثناءات خاصة بمصلحة الشخص و المصلحة الاجتماعية، ما دام لا يترتب على المساس بالتكامل الجسدي للفرد انتقاص جسيم يؤدي إلى خلل بالوظائف الأساسية للجسم لا يمكن تعويضها و يؤثر في آدائه لوظائفه الإجتماعية التي يفرضها عليه المجتمع .[19]

و بذلك ذهب بعض الفقه المصري إلى أن استئصال الأعضاء التناسلية في عمليات تغيير الجنس يعد جريمة معاقبا عليها طبقا لقانون العقوبات المصري، و لو تمت برضاء صاحب الشأن لتعارضها مع الأصول و المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانوني، و تعارضها مع النظام العام، لعدم توافر قصد العلاج فيها، و مساسها بعصمة الجسم و سلامته، و الانتقاص الدائم من قدراته الطبيعية بإلغاء وظيفة جوهرية و خروجها على مبدأ حظر التصرف أو المساس بعناصر الحالة المدنية للفرد.[20]
و من تم فإنه يمكن مساءلة الطبيب الذي أجرى جراحة تغيير الجنس بدون دواع علاجية عن جرح عمدي أدى إلى عاهة مستديمة يستحيل برؤها، و لا تزول مع انتقاصها من التكامل الجسدي بإلغاء وظيفة الإنجاب و التناسل بصفة مستديمة، أو بصفة نسبية، المنصوص عليها في المادة 240 من قانون العقوبات المصري.[21]
كما ذهب جانب آخر إلى أن القصد الجنائي غير متوافر لدى الطبيب لإمكان مساءلته عما لحق المغير لجنسه من أضرار أثناء مزاولة العمل الطبي.فهو لا يقصد من تدخله سوى شفاء المريض، و لا تتوافر لديه نية إلحاق الأذى بالمجني عليه و الإضرار بصحته.[22]

و بناء على ذلك، أمرت النيابة العامة بحفظ التحقيق في دعوى سالي، مستبعدة الشبهة الجنائية للفريق الطبي الذي قام بإجراء العملية لصاحب الشأن، و اعتدت بتقرير الطب الشرعي بوزارة العدل، الذي أكد أن إجرائها كان بقصد الشفاء من معاناة المريض من حالة الاضطراب الشديد في هويته الجنسية، و الذي اتضح أن العلاج النفسي لم يجد نفعا، و أن التدخل الجراحي ضروري لشفائه.[23]

و يرى الدكتور محمد أنس إبراهيم في قضية سالي أن النيابة العامة قد تجاهلت التقارير الطبية التي تبناها الاتجاه المخالف رغم رجحانها التي أكدت عدم توافر قصد العلاج في هذه الأعمال الطبية التشويهية و التخريبية للقدرات الطبيعية التي أدت إلى إلغاء وظيفة جوهرية، و لم تحقق سوى رغبة منحرفة لصاحبها دون توافر ضوابط قانونية لإباحتها.[24]

و بهذا الصدد أيضا أقر الفقه المصري أنه قد تترتب على فعل الطبيب ضرر بالمنجي عليه كعاهة مستديمة أو موت أو غير ذلك، طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه لا يحق للطبيب أن يعطي شخصا **دواء ضارا** أو يجرى عملا جراحيا لغير العلاج.

و من تم فإن الطبيب الذي يجرى على إنسان إصابة بقصد إعفائه من الخدمة العسكرية فإنه لا يوجد ما يمنع من أن تطبق عليه النصوص العامة لقانون العقوبات و كذا نصوص قانون الخدمة العسكرية.[25]

---

[18] اسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.338.
[19] محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم..، المرجع السابق، ص.94 و ما بعدها.
[20] منذر الفضل، المرجع السابق، ص.51.
[21] العاهة المستديمة في مفهوم المادة 240 من قانون العقوبات المصري هي فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعته أو تقليلها بصفة مستديمة. أنظر، عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.763-770.
جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص.292.
[22] اسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.111.
[23] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.557.
[24] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.529.
[25] محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص.301.

كما أن الطبيب الذي يعطي حقن بالهرمونات الخاصة بالنوع الآخر لمن يغيرون جنسهم في حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية يمكن أن يتابع على أساس جريمة إعطاء مواد ضارة بالجسم أدت إلى تغيير مظهر الخارجي مما أحدث له عاهة أو عجز أو مرض أو وفاة وتطبيق عليه المواد 240 و 242 من قانون العقوبات المصري.

من المتفق عليه فقها وقضاء في مصر، أن رضاء المجني عليه لا يعد سببا للمشروعية و لا يحمي الجريمة و لا ينفى العقاب، لأنه من حق المجتمع لا من حق الفرد.[26] و من تم فإن إجراء الطبيب لعملية جراحية لاستئصال مبيض التناسل بناء على طلب المرأة لا تستلزمها حالتها الصحية أو استئصال قضيب الرجل أو خصيتيه دون دواع طبية إنما استجابة إلى رغبة تلك المرأة أو ذلك الرجل، لوجود ميول منحرفة لديها و اعتقاد راسخ قهري لا تعرف أسبابه لحد اليوم يجعله لا هو برجل و لا هي بامرأة بأتم معنى الكلمة.مع علم الطبيب أن هذا النوع من الجراحة لم يعترف بعد بمشروعيتها، يجعله عرضة للمسؤولية عن جريمة عمدية، لا يمكن دفعها بحصوله على رضا الراغب في تغيير جنسه والتمسك بتطبيق سبب الإباحة.

و من تم فإنه على الطبيب القيام بالتزامات المدنية و الأخلاقية، المفروضة إزاء مريضه بمراعاة قصد الشفاء و الالتزام بالأصول العلمية و الفنية المعارف عليها طبيا.و عدم الاعتداد برضا المريض إلا بالقدر و بالعلاج المبرر و المشروع قانونا و إلا اعتبر مرتكبا لفعل عمدي أو لخطأ موجب لمسؤوليته الجنائية طبقا للقواعد العامة للمسؤولية.
أما بالنسبة لحالة الخنثى لأسباب عضوية، فإن القضاء المصري اتخذ موقفا مجيزا لجراحة التصحيح الجنسي للمصاب بها، متى انتهى الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة أو علامات الذكورة المغمورة.و باعتبارها هذه الجراحة مظهرة للأعضاء المطمورة أو المغمورة تداويا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة.[27]و الواضح أن هذه الجراحة تكون لهدف علاجي يبرر المساس بالجسد، و يجعل عمل الجراح مشروع.

و من تم فإنه تزول الصفة غير الشرعية عن سلوكه، باعتبار أن تدخله الطبي كان بهدف علاج التناقض بين الحالة الظاهرة الكاذبة و الحالة الداخلية الحقيقية.و أن حالة المريض الراغب في تغيير جنسه تعود لسبب عضوى، إذا كان لديه تغيير داخلي غير ظاهر للجنس.و يشترط في ذلك أن تحاط هذه العملية بشروط دقيقة يضمن فيها الجراح حقيقية ما يحدث من متغيرات حيوية و ضرورية للعلاج.و هكذا فإن الجراح يلتزم بنتيجة محددة، ألا يصيب الشخص ضرر أو على الأقل ألا تسوء حالته عن ذي قبل، بسبب هذا التدخل الجراحي، بحيث وقوع مثل هذا الضرر قرينة على الخطأ الموجب للمسؤولية الذي يقع عليه عبء اثبات عكسه للتخلص من المسؤولية[28].

ثالثا:موقف النظام الجزائري من مدى قيام المسؤولية الجنائية في حالات تغيير الجنس

إذا رجعنا إلى التشريع الجزائري، فإننا نسجل غياب أي نص قانوني يتكلم بخصوص تغيير الجنس و المسائل التي يثيرها من مدى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب أم لا في حالة المساس بجنس الإنسان.و من تم فإنه علينا الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية و إلى المبادىء العامة المنصوص عليها في القانون الطبي.
و بالرجوع إلى نص المادة 34 من مدونة أخلاقية الطب جاء فيها:" لا يجوز إجراء عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة ما لم تكن ثمة حالة إستحالة إلا بعد ابلاغ المعني أو وصيه الشرعي، و موافقته".

---

[26] أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.105.
[27] أنظر، حكم محكمة القضاء الإداري في قضية سالي، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.76 و ما بعدها.
[28] أنظر، محسن عبد البيه ، نظرة حديث إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة 1993، ص.334.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أضفى حماية على أعضاء جسم الإنسان و منها تغيير الشخص لجنسه، و بهذا قرر مسؤولية الطبيب عن كل عملية جراحية يجريها على أعضاء الجسم، دونما ضرورة طبية ، و تكون مسؤولية الجنائية عمدية وفقا للقواعد القانونية العامة.على حسب ما يترتب على فعل الطبيب من نتائج ماسة بسلامة جسم الإنسان.و يمكن أن نطبق عليه بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري.

و بهذا نرى أنه بالإمكان أن نطبق عليه نص المادة 3/264 من قانون العقوبات التي جاء فيها "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإعتداء ....و إذا ترتب عن أعمال العنف الموضحة أعلاه ، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد ابصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.....".

و بهذا يمكن اعتبار الطبيب مسؤولا لارتكابه عمدا جناية الضرب و الجرح العمدي المؤدي إلى عاهة مستديمة متمثلة في بتر أحد الأعضاء لتغيير منظر الخارجي و من ذلك استئصاله لأعضائه التناسلية الذكرية و استبدالها بأعضاء تناسلية أنثوية أو العكس.

و الطبيب القائم بهذه العملية لا يمكنه أن يدفع بالمادة 39 من قانون العقوبات حتى يعفى من المسؤولية الجنائية، لأن هذا الفعل لا يأمر أو يأذن به القانون، لأن هذا الأخيرة لايسمح للمريض باستئصال أعضائه التناسلية و فقدان وظيفة ضرورية في المجتمع و في الإنجاب و لا يسمح له بالانتقاص من تكامله الجسدي بدون ضرورة علاجية حتى و لو كان هذا برضاء المريض و رغبته و رجائه مراعاة لحالته النفسية الخطيرة.

باعتبار أن الثابث فقها، أن رضاء المريض ليس له أثر على عدم شرعية هذه العملية لكون جسم الإنسان يخرج عن التصرف الحر للشخص.

كما نرى جهتنا أيضا إمكان تطبيق المادة 275 من قانون العقوبات و ذلك بجريمة إعطاء عمدا مواد ضارة بالصحة للغير دون قصد إحداث الوفاة، و هذا بأن أعطى الطبيب للراغب في تغيير جنسه، هرمونات تغيره إلى النوع الذي يريد التحول إليه، و تناولها بجرعات كبيرة بهدف الحصول على المظاهر الخارجية للجنس الآخر بدون دواع علاجية.

كما يمكننا تصور أن تطبق جريمة الخصاء المنصوص عليها في المادة 274 من قانون العقوبات التي توضح أن الطبيب عندما يقوم باستئصال الأعضاء التناسلية و استبدالها بأخرى مصطنعة، فهو يعلم فإن فعله هذا واقع على عنصر من عناصر جسم الإنسان، و الاستئصال في حد ذاته ، فيه إعدام لوظيفة حيوية و ضرورية للتناسل، و يمكن أن تقع على المرأة أو على الرجل.بالرغم من أن بعض الفقه الفرنسي كما سبق و أن رأيناه يرى أن القصد الخاص في هذه الجريمة و هو قصد الخصاء غير متوفر مما جعلهم يستبعدون هذه الجريمة.

إلا أنه وحسب وجهة نظرنا، نرى أنه حقيقة هدف الجراح هو شفاء المريض.إلا أن الطب و ما توصل إليه العلم في مجال تغيير الجنس أن أسبابه غير معروفة لحد الآن، و الغاية العلاجية لم يقرها الطب في هذا المجال و حظرتها شريعتنا الإسلامية.

فالطبيب الذي يقوم ببتر الأعضاء الجنسية للراغب في تحويل جنسه، فهو يعلم أن المريض سيفقد وظيفته الإنجاب و التناسل، و أنه عند استبدالها بأعضاء تناسلية أخرى للجنس المقابل الذي سيتحول إليه فهو يعلم أن هذه الاعضاء مصطنعة و غير وظيفية و سيصبح غير قادر على الإنجاب.و مع ذلك يقدم على هذا الفعل دون ضرورة طبية و إنما استجابة لرغبة مريض غير أهل للتعبير عن إرادته، لأنه يعاني من خلل نفسي و اضطراب في هويته الجنسية يتطلب علاج نفسي و ليس تشويه بالجراحة، فلا هو برجل و لا بامرأة.و بهذا لا يمكن في غياب تدخل التشريعي في هذا المجال، أن يعطي الطبيب من المسؤولية الجنائية عن المساس بأهم عضو حيوي طبيعي من أعضاء جسم الإنسان هو العضو التناسلي الضروري للإنجاب،هذا بالنسبة لتغيير الجنس لأسباب نفسية.

و هنا قد يتبادر إلى أذهاننا أنه مادام ان مشرعنا لا يعترف، و لم ينظم جراحة تغيير الجنس لا بالحظر و لا بالمشروعية، و إلتزم السكوت، فماذا لو تقدم شخص لإجراء جراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية بالجزائر، و رفض الطبيب أن يجري هذه الجراحة.
-اعتماد على أن شريعتنا الإسلامية تحظر هذه الجراحة و تعتبرها غير مشروعة، ألا يعتبر الطبيب هنا مسؤولا جنائيا عن جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقا للمادة 2/182 من قانون العقوبات الجزائري.[29]
المتفق عليه طبيا أن الشخص الراغب في تغيير جنسه لشخص آخر، يعاني من حالة نفسية مضطربة و تسيطر عليه فكرة جامحة بالإنتماء إلى الجنس المقابل، و يرغب في استئصال أعضائه التناسلية و استبدالها بأخرى مصطنعة للجنس الآخر.و قد يؤدي به الأمر إلى عدم تحمل هذه الوضعية حتى يقدم على البتر بنفسه لأعضائه التناسلية أو الانتحار، الأمر الذي يؤدي بنا لافتراض حالة يمكن أن تطرح عمليا و هي إذا تقدم هذا الشخص للعلاج لدى الطبيب أو فريق طبي و كان العلاج النفسي لم يجد نفعا، و قد تناول الشخص هرمونات حولته ظاهريا إلى الجنس المقابل، و لجأ إلى الطبيب لإجرائه للجراحة. و رفض هذا الأخير طلبه، ألا يعتبر رفض علاجه و إجراء الجراحة، بمثابة امتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر خاصة، إذا أقدم هذا المريض على الانتحار مثلا نتيجة هذا الرفض؟

بالرجوع إلى المادة 182 السالفة الذكر، فإنه يستفاد منها أن القانون يشترط لتوافر هذه الجريمة، التأكد من وجود العناصر التالية:
1-وجود شخص في حالة خطر.
2-الإمتناع عن تقديم مساعدة إليه بعمل مباشر أو بطلب الإغاثة له دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.
3-أن يكون هناك قصدا جنائيا، بمعنى أن الامتناع هو عمدي.و من تم اعتبرت المحكمة العليا أن السؤال الذي لا يتضمن كافة العناصر لا يصلح أساسا للإدانة.[30]
و لكن لا يوجد أي إثبات طبي لأسباب مرض تغيير الجنس لأسباب نفسية، و حتى الدول التي أجازته لم تقل بأن المريض في حالة خطر، و إنما يعاني من حالة نفسية يصعب شفاؤها، و أنه لابد من خضوع المريض لفترة تجربة لا تقل عن السنتين لاختيار العيش اجتماعيا وفقا للنوع الآخر الذي يرغب التحول إليه.و من تم لا يمكن القول بتوافر حالة الخطر، لأن هذا الأخير يجب أن يكون حقيقيا، موضوعيا، و يقتضى تدخلا فوريا و ليس محتملا أو مفترض.و من تم لا يوجد أي تأكيد طبي أن الراغب في تحويل جنسه لأسباب نفسية أنه يحتاج إلى تدخل فوري وأن حالته مستعجلة، و هذا ما أثارته الشكوى التي قدمها المريض Eric O، الذي أجريت له جراحة بتاريخ 26 مارس 1980، في حين أن الزيارة الأولى له لأطبائه الثلاثة كانت 26 جانفي 1980، أي ما يقارب فارق شهرين بين الفحص و إجراء الجراحة، مما جعله ينسب للأطباء أنهم تعجلوا في اجراء الجراحة، و لم يتركوا له اجلا للتفكير.[31]و هذا ما يؤكد عدم توافر أي عنصر للاستعجال الذي يؤدي بنا للقول أن هذا الشخص ليس في حالة خطر.

و من تم عدم توافر هذا الشرط يبعد عن الطبيب تعرضه للمسؤولية، إذا تمسك بخضوع المريض للعلاج النفسي لفترة طويلة للتأكد من حالته النفسية، و تهذيبه دينيا قبل الإقدام على مثل هذا التغيير.
و في نظر القضاء الفرنسي من خلال هذه القضية الخاصة ب Eric O التي فصل فيها بتاريخ 24 أفريل 1990 مصرحا أن:

---

[29] المادة 2/182 من قانون العقوبات الجزائري نصت على أنه:"يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين....كل من امتنع عمد عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له و ذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على غيره."
[30] أنظر، غرفة جزائية، 20-12-1988 ملف رقم 61380، المجلة القضائية، 4/1993، ص.229.
[31] Voir, J-Branlard, Op.cit, p.447, n° 1322.

« il n’existe actuellement aucun traitement medicamentaux satisfaisant pour guérir ou atténuer le délire resultant par fois du transsexmlisme et pouvant conduire le sujet à l’automutilation ,et même au suicide;….. »

من خلال حيثياته يفرض أنه يجب أن يؤكد أن الشخص سيقدم حتما على الانتحار إن لم تجر له العملية للقول بوجود حالة الضرورة التي تصلح أساسا لإجراء العملية.و هذا ما لا يمكن التأكد منه إلا بعد اللجوء إلى العلاج النفسي، و ثبوت عدم فعاليته تماما لتصبح العملية هي الخيار الوحيد المتاح و إلا سيقدم الشخص على الانتحار.[32]و من تم لا يمكن التأكيد أن عناصر جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر متوافرة بالأخص أن الطبيب يمكن أن يبرر امتناعه أن هذه الجراحات لا يتوافر فيها قصد العلاج و تعتبر لذلك غير مشروعة مما يبعد مسؤوليته الجنائية عن هذا الفعل المجرم.

أما بالنسبة لجراحة التصحيح الجنسي العضوي بالنسبة للخنثى و التي أقرت الشريعة مشروعيتها، لوجود مبرر علاجي متمثل في إزالة اللبس الجنسي الذي يعاني منه المصاب بازدواج جنسي عضوي.و ما على الطبيب المقبل على مثل هذه الجراحة إلا أن يتأكد أن الأمر يتعلق بتصحيح جنسي لشخص لديه أعضاء مزدوجة ذكرية و أنثوية ظاهرة أو مطمورة.

و قد يتصور أن الطبيب بالرغم من احترامه لجميع شروط العمل الطبي، و اتباعه الأصول العلمية المستقرة أن يصدر منه خطأ أثناء إجراء الجراحة أو فشل الجراحة أو إصابته بتشوه جنسي أو عاهة ما مستديمة، فهنا يمكن أن تقوم مسؤولية غير عمدية بحسب الأحوال طبقا للقواعد العامة لقانون العقوبات و قد توقع عليه المادتين 288 و 289 المتعلقتين بالجروح الخطأ أو القتل الخطأ إذا أدت إلى وفاته نتيجة هذا الخطأ الطبي المتمثل في إحدى الصور الخمسة للخطأ التي يعرفها المشرع الجزائري؛ و هي الرعونة، أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاته الأنظمة.

إلا أننا في الأخير احتراما لمبدأ الشرعية، و لعدم جواز التوسع في تفسيرا النصوص التشريعية، فإن الأمر يتطلب ضرورة التدخل التشريعي لوضوح قواعد محكمة، في مجال تغيير الجنس بنوعية النفسي و العضوي و تحديد مجال المسؤولية الجنائية التي يمكن أن تقع على الطبيب.

الفــرع الثــاني

المسؤولية التأديبية الناجمة عن الأعمال الطبية لحالات تغيير الجنس

قد يسأل الطبيب تأديبيا بحسب ما إذا كان يعمل لدى جهة حكومية أو إدارية أو صاحب عيادة، فيخضع لمجلس تأديب نقابة الأطباء.

و يمكن أن يسأل مسؤولية تأديبية إدارية، تبعا لقانون الجهة العامل بها سواء ما ارتكبه بمناسبة عمله أو خارج نطاقه إذا كان له تأثير على العمل.كما يمكن أن يسأل مسؤولية تأديبية نقابية، إذ يحق لنقابة الأطباء أن توقع عليه الجزاء طبقا لقانون نقابة الأطباء.[33]و بهذا سنتطرق لهذا النوع من المسؤولية في كل من فرنسا، مصر ،الجزائر للوقوف على القوانين التي تنظم هذا النوع من المسؤولية:

[32] جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص.288

[33] أنظر، عبد الوهاب عرفه، الوسيط في المسؤولية الجنائية و المدنية للطبيب و الصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ،2003،

أولا:المسؤولية التأديبية للطبيب في فرنسا عن عمليات تغيير الجنس

أطباء القطاع العام عند ارتكابهم لأخطاء لا يمكن أن يتم تقديمهم أمام الجهات التأديبية إلا من طرف أربعة أشخاص :الوزير المكلف بالصحة العامة ممثل الدولة في المحافظة، وكيل الجمهورية، أو مدير الوكالة الجهوية للاستشفاء عندما الأفعال المرتكبة تتم في المستشفى العام.و هذا ما جاء في المادة L.412-2 من قانون الصحة العامة (المادة L.124- 2 قديما).
بالنسبة للأطباء العاملين في القطاع الخاص، و الذين يشاركون في تنفيذ عمل طبي في مصلحة عامة، هل يمكن أيضا أن تطبق عليهم الأحكام السالفة الذكر؟

الإجابة هنا أن الظرف الوحيد هو أن المؤسسة تقبل أن يشارك في المصلحة العامة للإستشفاء و تسمح بالنظر للطبيب إذا، أنه أجير طبقا للقانون الخاص لهذه المؤسسة و من تم يدخل في مجال تطبيق المادة L .4124-2
عندما يرتكب هؤلاء الأطباء في علاجهم للمرضى مخالفة للقانون من الصعب تبريرها و منتقدة بالإجماع، فيما يتعلق بتسليم الجهات الترتيبي؛ فعلا عندما تسلم للمجالس الجهوية لنقابة الأطباء التي تقسم إلى العديد من الأجهزة أو الأشخاص.بالأخص المجلس الجهوي للمحافظة التي سجل في جدولها الطبيب، هذا الأخير يجب أن ينقل الشكاوى المقدمة له من المرضى، لنقابة الأطباء لدائرة إختصاص المجلس الجهوي و كل طبيب مسجل في جدول المنظمة،[34] حسب المادة 07 من المرسوم رقم 48- 1671 ل 26 أكتوبر 1948.[35]

و بهذا فإنه في مجال تغيير الجنس إذا أصيب المريض الراغب في تغيير الجنس بضرر ما جراء الجراحة أو أثناء علاجه، فإن المريض من حقه بعد إقامة المسؤولية الجنائية للطبيب أو المدنية أن يقيم مسؤوليته التأديبية تجاه نقابة الأطباء المختصة.
و لهذه الأخيرة أن توقع عليه إحدى العقوبات التأديبية المنصوص عليها قانونا و لم أعثر على قرارات تأديبية في فرنسا-على حد علمي-تتعلق بتوقيع مسؤولية تأديبية على طبيب أو جراح أجرى جراحة تغيير الجنس، لأن مثل هذه القرارات لها طابع إداري قد تتعلق بنوع من السرية، و لا يتم نشرها من طرف نقابة الأطباء.

ثانيا:المسؤولية التأديبية للطبيب في مصر عن عمليات تغيير الجنس

يتعرض الطبيب الذي يعمل بالحكومة أو الجهات الإدارية أو الهيئات التابعة "وزارةالصحة العامة..." للمساءلة التأديبية، متى أدخل بأحكام لائحة آداب المهنة و تقاليدها الصادر بها قرار وزير الصحة رقم 234 لسنة 1974، و الخاص بإصدار لائحة و ميثاق شرف مهنة الطب البشري، أو أدخل بأحكام قانون نقابة الأطباء الخاص بنظام تأديب الأطباء أو امتنع عن تنفيذ قرارات الجمعية العمومية أو مجلس النقابة أو قرارات الجمعية العمومية للنقابات الفرعية أو قرارات مجلس النقابات الفرعية أو ارتكب أمورا مخلة بشرف المهنة أو تحط من قدرها، أو أهمل في عمل يتصل بمهنته.
و بهذا يتضح أن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العاملين، النظر في تأديب الأطباء الخاضعين لهذه القوانين إذا ارتكبوا أثناء أو بمناسبة عملهم أو خارج نطاقه متى كان لها تأثير على العمل، و توقع عليه جزاءات منصوص عليها في نظمهم الوظيفية التي تتسق مع مراكزهم القانونية الوظيفية.[36]
كما أنه من جهة ثانية هناك أيضا مسؤولية تأديبية نقابية، إذا يحق لنقابة الأطباء، النظر فيما يتعلق بأخطاء أعضائها، و توقيع العقوبات التأديبية الملائمة لصفتهم النقابية.

---

[34] Voir, Jean Penneau, Droit medical: panorama 2004, D.2005, n° 06, p.408.
[35] جريدة رسمية 28 نوفمبر 1948.
[36] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.520.

و تجدر الإشارة أن المسؤولية التأديبية مستقلة عن المسؤولية الجنائية حتى و لو وجد إرتباط بينهما، و أن الحكم الجنائي النهائي البات له جحية أمام الجهات التأديبية و حتى الإدارية.بمعنى أن وجوده يغنيها عن إعادة البحث من جديد في إدانة الطبيب، فإذا تمت تبرأة ساحة الطبيب لعدم ثبوت الجريمة ضده، التزمت به جهة الإدارة.و لكن نظرا للاستقلالية، فإن الأسباب التي حالت دون قيام المسؤولية الجنائية لا تحول دون إنزال عقوبة تأديبية لخروجه على مقتضيات الواجب الوظيفي أو إذا كانت براءته مؤسسة على عدم كفاية الأدلة أو البطلان في الإجراءات...كما يجوز الفصل في الدعوى التأديبية دون انتظار العقوبة الجزائية.

و من تم يجوز الجمع بين المسؤولية التأديبية و الجنائية دون أن يعد ذلك ازدواجا،[37] و طبقا للبند التاسع عشر من قانون تأديب الأطباء تعد الدعوى التأديبية المرفوعة ضد عضو النقابة بمجرد صدور قرار جهة الاختصاص المنصوص عليها قانونا بإحالة العضو إلى المحاكمة التأديبية.و الجهات المختصة بإحالة أعضاء النقابة إلى المحاكم التأديبية هي :مجلس النقابة ،مجلس النقابة الفرعية التي يتبعها العضو، و النيابة العامة.
تتمثل العقوبات التأديبية في هذا القانون في:1-التنبيه، 2-الإنذار، 3-اللوم، 4-الغرامة بحد أقصى مائتي جنيه تدفع لخزينة النقابة 5-الوقف مدة لا تتجاوز سنة 6-إسقاط عضوية من النقابة.و يترتب على ذلك شطب الإسم من سجلات وزارة الصحة، و لا يكون للعضو الحق في مزاولة المهنة إلا بعد إعادة قيد اسمه في جداول النقابة.و ينفذ قرار الهيئة التأديبية فور صدوره بالعقوبات الأربع الأولى، بينما لا ينفذ القرار الصادرة بالعقوبات الأخرى إلا بعد أن يكون القرار نهائيا.[38]
و قد عرضت حالة تطبيقية للمسؤولية التأديبية بصدد موضوع تغيير الجنس بمصر، من المناسب حتى يكون إثراء عمليا أن نتطرق للمسؤولية التأديبية التي تعرض لها الأطباء المسؤولين عن الجراحة، و حتى الشخص الذي غير جنسه بالجراحة، تمت إحالته على مجلس تأديب كلية طب بنين لجامعة الأزهر، و ذلك كالتالي:

1/<u>فيما يخص المسؤولية التأديبية للطبيب</u> :

بمناسبة قضية سالي المشهورة في مصر، فقد تمت إحالة كلا من الطبيبيـــن:
1- الدكتور عزت ع ... استشاري في جراحة التجميل، 2- الدكتور رمزي...أخصائي في التخدير من طرف مجلس نقابة أطباء الجيزة إلى هيئة التأديب الإبتدائية بالنقابة العامة للأطباء، بعدما توبع الأول بأنه أجرى يوم 1988/01/29 عملية جراحية للمدعو "السيد..."، دون وجود مقتض طبي لها، رغم علمه بعدم جديتها أو إلحاجة لإجرائها، مما أدى الى إلحاق أضرار صحية و معنوية جسيمة.كما عمد إلى إجراء الجراحة، بخروجه على الأصول الطبية المستقرة و على النظام العام بقصد تحقيق نفع مادي له.
و توبع الطبيب الثاني بأنه في نفس التاريخ خالف آداب المهنة و قام بتخدير المريض دون التأكيد من نوع العملية التي ستجرى من قبل الجراح.
و بعد التحقيق الذي أجراه مجلس نقابة أطباء الجيزة بمقر بالقاهرة، و سماع الطبيبين المتهمين، و إجرائها لخبرة طبية لتوضيح الأمور، فإنها عمدت أيضا إلى استشارة دار الإفتاء بوزارة العدل لتقف على رأي الدين في مثل هذا النوع من الأعمال الطبية الجراحية، و بناء على كل ما سبق قرار النقابة الأطباء ما يلي:

بالنسبة للطبيب الأخصائي في الجراحة، قررت الهيئة المنعقدة بتاريخ 8 نوفمبر 1988 معاقبته بشطبه وإسقاط عضوية من النقابة و منعه من مزاولة المهنة في أي صورة.أما الطبيب الأخصائي في التحذير قرر معاقبته بالغرامة.
كما قرر مجلس نقابة الأطباء في خطابه الموجه إلى رئيس جامعة الأزهر المؤرخ في 08 نوفمبر 1988 منع إجراء عمليات الجنس في مصر سواء بواسطة أطباء القيام بإجراء هذه العمليات سواء كان أم خارجها، حفاظا على قيم المجتمع المصري و مثله.[39]

---

[37] عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، 80-81.
[38] أنظر، عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، سنة 2000، ص.406.
[39] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.84 إلى 93.

إلا أن الاعتزاز بالموقف المتخذ من قبل مجلس نقابة الأطباء لم يدم إلا مؤقتا، و تغيرات المسؤولية التأديبية للطبيب بمجرد صدور موقف النائب العام الذي قرر حفظ الملف مستبعدا الشبهة الجنائية للفريق الطبي الذي أجرى جراحة تغيير الجنس لسالي التي أصبحت أنثى بعدما كانت ذكرا.و قد اعتمدت النيابة على التقرير الطبي الذي أكدت أن المريض كان يعاني من حالة اضطراب شديد في هويته الجنسية، لا يجدى معها العلاج النفسي، و لابد من التدخل الجراحي.و قد سارت المحكمة الإدارية على نفس النهج و أقرت ضمنيا مشروعية الجراحة و سلمت بآثاره.و من تم ألغي قرار مجلس النقابة بحكم صادر عن مجلس تأديب الأطباء البشريين، بمحكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ 07 ديسمبر 1989، في الاستئنافين تحت رقم 3 و 4.[40]

2/فيما المسؤولية التأديبية لمن أجرت له جراحة تغيير الجنس:

في الحقيقة أننا عندما نتصادف بمسؤولية تأديبية للطالب الذي غير شكله الخارجي ليصبح أنثى.نفتخر بهذا الإجتهاد و هذا الموقف الذي اتخذته الكلية و التي تعتبر كلية بنين (ذكور).لكن نحبذ أن يقاس عليه الأمر حتى و لو كانت كلية أخرى التي تكون مختلطة أي تجمع بين الذكور و الإناث.عليها ألا تسمح بتسرب مثل هذه الحالات المنحرفة التي تحتاج إلى علاج نفسي إلى الهيئات التعليمية.خوفا من تقليد هذه الظاهرة و جعلها مودة العصر، فشبابنا اليوم لا يفرق بين الصالح و الطالح و قد ينجر و رائها لمجرد التجربة و بعدها تستفحل الظاهرة، و يسقط المجتمع بأكمله في هاوية الانحطاط الأخلاقي.

إلى جانب مسؤولية الطبيب، سبق و أن قامت جامعة الأزهر بعقد مجلس تأديب بالكلية التي كان ينتمي اليها الطالب الذي أجرى جراحة تغيير الجنس، بعد أن شكل عميد الكلية لجنة طبية من الأطباء بالكلية لفحص حالة الطالب و إعداد تقرير بشأنها تخلص مضمونه فيما يلي:
- و أنه تبين من الفحص الظاهري للطالب أن الأعضاء التناسلية الذكرية كاملة من حيث الحجم و التكوين
- عدم وجود أي اشتباه بالاختلاط بالجنس الآخر.
- بينت الأشعة بالموجات فوق الصوتية وجود غدة البروستاتا كاملة الحجم و التكوين و عدم وجود رحم و مبيض.
- أن تضخم ثديي الطالب يرجع إلى تناوله هرمونات الأنثوية .
و إذا ما تقدم ثبت لمجلس التأديب أن الطبيب الذي أجرى العملية الجراحية للطالب المذكور دون موجب طبي لها، و أنها تخالف أصول المهنة و تعاليم الدين الإسلامي و أن الطالب كان كامل الذكورة و ليس هناك أدنى شك لاختلاطه بالجنس الآخر، و قد أجرى العملية التي أفقدته رجولته و لم يبق ذكر و لا أصبح أنثى.و عليه قرر مجلس التأديب المنعقد بتاريخ 1988/06/07 و بعد مداولته و بإجماع الآراء، فصل الطالب نهائيا من كلية الأزهر.[41]

ثـــالثا : المسؤولية التأديبية للطبيب في الجزائر عن عمليات تغيير الجنس.

لم يعرف المشرع الجزائري المسؤولية التأديبية، و إنما اكتفى بتحديد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر، لا يمكن الخروج عليها إلا بنصوص خاصة في قوانين تأسيسية لبعض الأسلاك.
و تأديب الطبيب يهدف إلى تقويم سلوكه المخالف للقانون ليكون عبرة للغير و تحقيقا للمصلحة العامة. و يتعرض الطبيب الذي يعمل في مؤسسة استشفائية تابعة للقطاع العام و الخاص للمساءلة التأديبية النقابية،

[40] أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.557.
[41] إلا أنه بعد طعن الطالب أمام القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري، ضد رئيس الجامعة مطالبا وقف تنفيذ القرار و إلغاء القرار الصادر من رئيس جامعة الأزهر بفصله من كلية طب جامعة الأزهر و بعد اجراءات طويلة تحصل الطالب في آخر المطاف على حكم بإلغاء القرار الصادر من الجامعة القاضي بفصله من الجامعة و قضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1991/07/02 بحكم تحت رقم 42/432 ق "بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الأزهر بنين بفصل الطالب لوقوعه على غير محل، و رفض ما عدا ذلك من طلبات و ألزمت المدعية و جامعة الأزهر المصروفات من صفة بينهما" و قد كان هذا الحكم بمثابة خيبة أمل لإلغائه قرار لجامعة الأزهر الذي كان محلا فخر للمجتمع المصري و الإسلامي بأكمله.و قد برر القضاء الإداري حكمه هذا على أن الشهادات الرسمية المقدمة من طرف الأزهر الخاصة بحالته المدنية الجديدة لها حجيتها مستدلا بالمادة 11 من القانون رقم 260 لسنة 1960 متعلقة بالأحوال المدنية. أنظر بالتفصيل أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.103 إلى 108.

متى أخل الطبيب بقواعد أخلاقيات الطب حسب المرسوم التنفيذي رقم 92-276 و التنظيمات المتعلقة بمهنة الطب منها قانون 85-05 المتضمن حماية الصحة و ترقيتها، أو إمتنع عن تنفيذ القرارات الصادرة عن المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة الطبية أو المجلس الجهوي، كما يمكن أن تكون المسؤولية التأديبية إدارية للطبيب التابع لمؤسسة إستشفائية عامة، وفقا لقانون الوظيف العمومي و هذا حسب ما نصت عليه المادة 19 من أمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

و من بين الهيئات التي لها سلطة التأديب تجاه الطبيب تلك المنصوص عليها في قواعد الآداب الطبية و أحكام قانون الصحة، نجد ثلاث سلطات بالتدرج من أعلاها:

1-المجلس الوطني لأخلاقيات الطب المتواجد في مدينة الجزائر و له عدة أجهزة، و يتولى رئاسته بالتناوب و لمدة متساوية رؤساء الفروع النظامية الوطنية الثلاث[42] يضطلع هذا المجلس بالسلطة التأديبية، و يبت في المخالفات المتعلقة بقواعد الآداب الطبية و أحكام قانون الصحة.
2-المجلس الجهوي، و هناك حوالي 12 مجلسا على التراب الوطني حسب المادة 168 من مدونة أخلاقيات الطب بالجزائر.
و هو يمارس السلطة التأديبية من خلال فروعه النظامية الجهوية التي يشكل منها (المادة 2/169 من المدونة).
3-الفروع النظامية الجهوية، التي يتم إنتخاب أعضائها لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد بنسبة النصف كل سنتين يمارس الفرع النظامي الجهوي في حدود ناحيته، الصلاحيات المنصوص عليها في المادة 171 من هذا المرسوم و كذا المادة 177 منه، و في المجال التأديبي يمارس الفرع السلطات التأديبية في الدرجة الأولى.

و من بين العقوبات التي تطبق على الطبيب إذا ثبت في حقه وقوع خطأ طبي مخالف لقواعد مهنة المنصوص عليها في مدونة أخلاقيات الطب، التي يستطيع المجلس اتخاذها هي: الإنذار، التوبيخ كما سمح لها حق إقتراح على السلطات الإدارية المختصة بمنع المخالف من ممارسة المهنة مؤقتا أو بصفة دائمة أو غلق المؤسسة و الجهة الإدارية المختصة بذلك هي وزارة الصحة طبقا لقاعدة توازي الأشكال بإعتبارها هي التي تمنح الترخيص بمزاولة النشاط و من حقها سحبه.

و يترتب على الإنذار و التوبيخ، الحرمان من حق الانتخاب لمدة 3 سنوات.
أما المنع المؤقت يترتب عنه فقدان الحق في الانتخاب لمدة 5 سنوات.
إلى جانب سلطة التأديبية في مجال الطب للمجلس الوطني و المجالس الجهوية و الفروع التنظيمية لأخلاقيات الطب، يمكن أيضا أن تمارس الهيئة المستخدمة سلطتها التأديبية وفقا لقانون عمل المؤسسة التابع لها عامة أو خاصة بموجب عقد عمله. فإذا كان الطبيب يعمل لدى مؤسسة إستشفائية عامة، يخضع للمساءلة التأديبية وفقا لقانون الوظيف العمومي، و هذا ما جاء في المادة 221 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 التي نصت على أنه " لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائقا بالنسبة :

-للدعاوى القضائية المدنية أو الجنائية.
-للعمل التأديبي الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي قد ينتمي إليها المتهم ".
و من تم فإن إرتكاب الطبيب لمجرد تقصير في آداء واجباته القانونية أو مخالفتها و قد نصت المادة 177 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية أن الأخطاء المهنية هي على أربعة درجات، و خصت المادة 163 من نفس القانون كل درجة بعقوبات خاصة.[43]

---

[42] المواد 163 إلى 166 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

[43] فالعقوبة الخاصة بالدرجة الأولى هي : - التنبيه، - الإنذار كتابي، - التوبيخ.
أما العقوبة الخاصة بالدرجة الثانية هي : التوقيف عن العمل من يوم إلى ثلاثة أيام، - الشطب من قائمة التأهيل.
أما العقوبة الخاصة بالدرجة الثالثة هي : التوقيف عن العمل من 4 أيام إلى 8 أيام، - التنزيل من درجة إلى درجتين النقل الإجباري، أما الدرجة الرابعة فهي، التنزيل إلى الرتبة السفلى مباشرة، - التسريح.

و قد منح المشرع الجزائري للطبيب الصادر في حقه عقوبة تأديبية بعد ثبوت مسؤوليته، إمكانية التظلم الإداري بنوعية الولائي[1] و أمام لجنة الطعن[2]، بالإضافة للجوئه للقضاء الإداري و ممارسة الطعن القضائي.

1- نص المشرع الجزائري بموجب المادة 1/830 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية على مايلي :" يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار " و هذا يطبق بالنسبة للعقوبات من الدرجة **الأولى** و **الثانية** فقط.
2- نصت المادة 175 من أمر 06- 03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية " يمكن الموظف الذي كان محل عقوبة تأديبية من الدرجة **الثالثة** أو **الرابعة** أن يقدم تظلما أمام لجنة الطعن المختصة في أجل أقصاه شهر واحد إبتداء من تاريخ تبليغ القرار ". و قد نصت المادة 62 هذا الأمر على إنشاء لجان طعن و قد حددت المادة 65 من هذا القانون تشكيلها و كيفية عملها.

و في هذا المجال لم نجد لأحكام قضائية متعلقة بمسؤولية الطبيب التأديبية في حالات تغيير الجنس لعدم ورود شكاوى ضد الأطباء بهذا الصدد و لكون هذه الجراحة غير معترف بمشروعتها و لا يتوافر فيها قصد العلاج.

و لكن لا يمنع أنه في حالات العلاجية الأخرى فإن المجلس الوطني لأخلاقيات الطب الذي أنشأ سنة 1992 و يضم 60 ألف مسجل من مختلف الإختصاصات التابعة للقطاعين العمومي و الخاص،قد تلقى العديد من الشكاوى ضد الأطباء، و حسب ما نشر في الأخبار اليومية أن الوزارة تستقبل من 3 إلى 4 شكاوى أسبوعيا من قبل المواطنين، و أنه تم إحالة 35 قضية على العدالة من طرف وزارة الصحةالجزائرية نتيجة المخالفات لأخلاقيات الطب بالقطاعين بالإضافة إلى الشكاوى التي يتلقاها مجلس أخلاقيات المهنة و المؤسسات الصحية، و أن قانون الصحة الجديد سيدعم إنشاء مجلس لأخلاقيات المهنة لكل سلك طبي، و هذا في إطار تحسين خدمات قطاع الصحة.[44]

المطـــلب الثـــاني

الطبيعـــة القانـــونيـــة للمسؤولية الطبيـــة عن تغييـــر الجنـــس

للمسؤولية المدنية للطبيب جناحين، أحدهما عقدي و الثاني تقصيري.و القاعدة العامة أن المسؤولية المدنية تكون عقدية، إذا كان هناك عقد صحيح بين المسؤولين و المضرور.و أن يكون الضرر ناشئا عن الإخلال بهذا العقد، و تكون تقصيرية اذا انعدم مثل هذا العقد بين المسؤولين عن الضرر و المضرور.

أما بالنسبة لمكانة المسؤولية الطبية المدنية، فإن القضاء الفرنسي استقر في حكمه الشهير في 20 ماي 1936 على اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب عقدية،[45] بعدما كان يعتبرها سابقا تقصيرية .

أما القضاء المصري فقد استقر على اعتبار مسؤولية الطبيب المدنية ذات طبيعة تقصيرية من حيث المبدأ، و هي تعد تعاقدية في بعض الحالات الاستثنائية، و قد نهجت نفس الطريق الذي عرفه القضاء الفرنسي من اعتباره سابقا أن المسؤولية الطبيب تقصيرية، تم حديثا أقرت محكمة النقض المصرية أن الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه، هي مسؤولية عقدية و هذا بحكم تاريخ صادر 26 جوان 1969.[46]
و يظل الاختلال حول طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، متأرجحا بين الفقه و القضاء في مختلف الدول و لذلك سنحاول أن نحدد طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية عن الأعمال الطبية المتمثلة في تغيير الجنس.

---

[44] Voir, http :// www.eldjazairoline.net/home/index.php?option=com.
[45] patrice jourdain , juris-classeur 1999, p.07.
[46] أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.145.

الفـــــرع الأول

المسؤولية العقـدية عن الأعمال الطبية لتغيير الجنس

أقر القضاء الفرنسي من خلال قرار 1936 أن وجود عقد بين الطبيب و المريض يقيم المسؤولية العقدية للطبيب إذا سبب ضرر للمريض، و هذا النوع من المسؤولية يجد أصله لأول مرة في قرار محكمة النقض بتاريخ 18 جوان 1835.[47]
و من تم فإن شروط اعتبار مسؤولية الطبيب الجراح مسؤولية عقدية تنحصر فيما يلي :
1-أن يكون هناك عقد مبرم بين الطبيب الجراح المعالج و مريضه.
2-أن يكون ذلك العقد مبرم صحيحا، فالعقد الباطل لا يرتب التزاما و تنقلب المسؤولية فيه إلى مسؤولية تقصيرية.
3-أن يكون المتضرر من العلاج الجراحي هو المريض المتعاقد مع الطبيب الجراح.
4-أن يكون الخطأ المنسوب الى الطبيب الجراح ناتجا عن إخلاله بالتزامه التعاقدي .

و بتطبيق ذلك على المرضى الذين يرغبون في تغيير الجنس في علاقتهم، مع الفريق الطبي المتخصص في إجراء هذه العمليات، التي قد المستشفى العام أو الخاص، و إن كانت في المستشفيات الخاصة تكلفتها جد مرتفعة ، إلا أن المريض يفضلها للحصول على نتائج أفضل لحالة جنسية الجديدة، بما يحقق له الراحة النفسية التي يبحث عنها، و من جانب الأطباء قد يندفعون وراء اجراء مثل هذه الجراحات دون مراعاتهم للضوابط القانونية المطلوبة في مثل هذه التدخلات الطبية الدقيقة .

الفـــــرع الثـــــانـــي

المســـؤولية التقصيرية عن الأعمال الطبية لتغيير الجنس.

يعتبر غياب أي عقد الطبيب و المريض، مبرر لقيام المسؤولية التقصيرية؛ التي تفرض عدم إمكانية إعطاء رضا بالأعمال الطبية، و في حالات الإستعجال و/ أو عدم الوعي أو أيضا عندما العقد الطبي يتم إلغائه.و يمكن إضافة حالة إذا تم إعطاء هذا العلاج طواعية لكن هناك غالبا عقد بدون أجر.[48]
ففي غياب العقد بين الطبيب المعالج الجراح و المريض ، فإن المسؤولية لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية تخضع في أحكامها، إلى نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 163 من القانون المدني المصري، و المادة 1382 قانون مدني فرنسي.[49]
و من المهم الإشارة أنه إذا تمت مباشرة دعوى أمام القضاء الجزائي فإن الضحية ليس فقط مسموح له، لكن ملزم بالتضرع بقواعد المسؤولية التقصيرية.[50]

و قد اعتمد القضاء الفرنسي الى غاية سنة 1936 على الخطأ التقصيري لتأسيس مسؤولية الأطباء، و بعد هذه السنة غير اتجاهه إلى مسؤولية عقدية .
أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المحكمة العليا في قرارها جاء فيه: " حيث أن الضحية كانت تحت مسؤولية المستشفى....فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة، و أن الخطأ المرتكب من طرف الطبيب يتمثل في

---

[47] patrice jourdain , juris-classeur 1999, p.04.
[48] أنظر، بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص.105.
patrice jourdain , juris-classeur 1999, p.04-05.
[49] أنظر، حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص.103.
[50] patrice jourdain , juris-classeur 1999, p. 05.

إخلاله بواجب القيام بالتزامه الرعاية و الحماية، و هذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم...."[51]
و نظرا للنظام العمومي للقطاعات الصحية بالجزائر، يمكننا القول أن الأساس السائد هو التقصير و استثناء يكون عقديا في حالة مساءلة أطباء القطاع الخاص.[52]

أما بالنسبة للقضاء في المغرب و إلى غاية صدور قرار محكمة الاستئناف بالرباط 29 جانفي 1946، كان يعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية تطبيقا للفصلين 77 و 78 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.[53]
و رغم ذلك قد نجد أن الأحكام و القرارات تتضارب بين تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، و أحيانا تخلط بينهما.[54]

الفـــــرع الثـــالـــث

النتـــائج المتـرتبة على التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية للطبيب

رغم الصعوبة التي تصادفنا أحيانا للتميز بين طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية إذا كانت تعاقدية أو تقصيرية، إلا أن هناك اتجاه من الفقه المصري من بينهم الدكتور الشهابي إبراهيم الشرقاني، الذي يرى من الأمثل اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية موحدة لها خصوصيتها ، تنشأ عن إخلال الطبيب بالتزاماته التي يفرضها عليه القانون.

و لكنه مع ذلك فهو لا ينكر تماما وجود المسؤوليتين العقدية و التقصيرية، و إنما الهدف حسبه أن تتلاشى الفروق بين المسؤوليتين في نطاق مسؤولية الطبيب، بما يحقق أفضل وضع للمريض ليحصل على التعويض العادل عما أصابه من ضرر نتيجة خطأ الطبيب المعالج، و يحقق في الوقت ذاته أفضل حماية للأطباء دون تمييز غير مبرر بينهم في هذا الخصوص.[55]
إلا أنه لا يزال الجدل قائما حول طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، و أهمية تحديدها يتوقف عليه معرفة مدى التعويض عن الضرر، و كذا التضامن بين المسؤولية عن تعويض الضرر إذا تعددوا، و مدة تقادم دعوى التعويض كما يلي:

1-في مجال **التعويض:** في المسؤولية العقدية، نصت المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:"....غير أنه اذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما، إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".فالتعويض في المسؤولية العقدية يشمل التعويض عن الضرر المتوقع.

و بمفهوم المخالفة أن المسؤولية التقصيرية، يكون التعويض فيها عن الضرر المتوقع أو غير متوقع و يشمل تقويم التعويض عما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب.
و تقابل هذا المادة 122 من القانون المدني المصري و تطبق نفس الأحكام مع المشرع الجزائري.

---

[51] أنظر، قرار المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 03 جوان 2003، ملف رقم 06788، قضية مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ضد ورثة المرحوم...، مجلة قضائية عدد03، سنة 2008، ص.391.
[52] حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.110.
[53] أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، المرجع السابق، ص.100.
[54] أنظر، أحمد أدريوش، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، سنة 1995- 1996، ص.77 و ما بعدها.
[55] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.307 إلى 310.

2-فيما يخص **التقادم**:

نصت المادة 133 من القانون المدني الجزائري،[56]على أن دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشرع تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة (15) من يوم وقوع الفعل الضار.و هذا في جميع الحالات. و تقابلها بنفس الحكم المادة 1/172 من القانون المصري.
أما المسؤولية العقدية فإنها حسب المادة 308 من القانون المدني، فإنها تتقادم بمرور خمسة عشرة سنة، كقاعدة عامة.و لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل مدد التقادم المنصوص عليها قانونا طبقا للمادة 322 من القانون المدني جزائري.غير أنها يمكن أن تصل إلى سنة واحدة حسب المادة 312 من نفس القانون.

3-فيما يخص **التضامن** :في المسؤولية العقدية طبقا للمادة 217 من القانون المدني الجزائري لا يفترض، إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.و تقابلها المادة 279 من القانون المدني المصري.
بينما المسؤولية التقصيرية يعد التضامن في مفهوم القانون مفترض، و يكون بالتساوي بين المسؤولين.

4-فيما يخص مدى الجمع بين المسؤوليتين
استقر القضاء المصري على **رفض** الجمع و الخيرة بين المسؤولتين العقدية و التقصيرية.
مبدئيا لأن الضرر الذي يلحق أحد طرفي العقد نتيجة إخلال الآخر بالتزام ناشى ء عن العقد ينبغي تطبيق بصدد أحكام العقد دون سواها، حتى لا تهدر قوة العقد الملزمة.
و إذا كانت المسؤولية ناتجة عن إخلال بالتزام يشكل جريمة فإن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق.[57]
و هناك حالات تتوازى فيها المسؤولية المدنية بصورتيها أو جناحيها.و من تم فإن هناك من يقول أنه لا مبرر لتمييز المتسبب في الضرر المتعاقد مع المتضرر، عن المسؤول غير المتعاقد؛ بمعنى أنه لا مبرر للتمييز بين الطبيب الجراح المعالج و المتسبب بخطئه في إلحاق الضرر بمريضه المتعاقد معه، و بين نظيره غير المتعاقد مع مريضه المتضرر.
إلا أن هذا الرأي تم انتقاده لأنه يعتبر كلا أساسي المسؤولية المدنية مستقل عن الآخر، و من تم يعدم هذه التفرقة و يجعلها بدون جدوى.[58]
إلا القانون الفرنسي و من خلال النتيجة الرئيسية للطابع التعاقدي لمسؤولية الطبيب هو استبعاد المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي ، التي تعبر عن القاعدة التي تقول :
« du non-cumul des responsabilité délictuelle et contractuelle »

أي عدم الجمع بين المسؤوليتين التقصيرية و العقدية، أي أنه يرفض الجمع بين المسؤوليتين.هذا المنع هو مبرر لأن تطبيق هذا النص سيكون دائما في غير محله، بسبب رفض الإجتهاد القضائي التفرقة بين فعل الأشخاص و فعل الأشياء الذي يمكن أن يقلب معطيات المسؤولية الطبية.[59]
أما بالنسبة للقانون الجزائري فإن هناك من رجال القانون من يرى الأرجح الأخذ بعدم الجمع و الخيرة بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.باعتبار أن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية هو تطبيقها على طرفيها المتسبب و المتضرر غير المتعاقدين.
أما إذا كانت علاقة تعاقدية، فإن سلطات الإدارة مؤكدة في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، و يمكن أن يحدد مسبقا مقدار التعويض في العقد.و باعتبار أن المسؤولية التقصيرية هي من النظام العام، و لا يجوز الإتفاق على استبعادها.[60]

---

[56] المعدلة بموجب القانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 جويلية 2005.
[57] نقض مدني في 1965/02/25، س 16، رقم 35، ص.220. مشار إليه في محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.539.
[58] حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.111-112.
[59] patrice jourdain , juris-classeur 1999, p.04.
[60] حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.114.

أما فيما يخص اتجاه القضاء الجزائري حول هذه المسألة، فإنه يمكن القول أن أغلب الدعاوى القضائية في مجال المسؤولية الطبية هي شكاوى تطرح أمام الجهات الجزائرية المختصة و تقام الدعوى فيها على الأطباء المسؤولين على أساس المسؤولية التقصيرية.كذلك أن المستشفيات أغلبها تابعة للقطاع العمومي و من تم تقام دعوى المسؤولية المدنية أمام القضاء الإداري لضمان تعويض المضرر، و من تم لا تظهر مسألة الخيرة في المسؤوليتين بشكل بارز و لا يثار النقاش قضائيا بشأنها.

و مما سبق نصل إلى أن إخلال الطبيب أو الفريق الطبي المتخصص في جراحة تغيير الجنس بالتزاماته التي فرضها عليه القانون يترتب عليها قيام مسؤوليته، إذا ثبت أنه ارتكب خطئا فنيا أثناء مراحل العلاج التي يمر بها المغير لجنسه ابتداء من العلاج النفسي، للهرموني وصولا إلى إجراء الجراحة، و إذا أصيب المغير لجنسه بضرر ما يمس بسلامته الجسدية في أحد مكوناتها و تثبت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر الحاصل.و يترتب عليها توقيع جزاء عن المسؤول عنها و هي الأمور التي سنحللها في المبحث الموالي.

المبحـــث الثـــانـــي

أركان المسؤولية المدنية للطبيب عن تغيير الجنس و الجزاء المترتب عليها.

الحديث عن أركان المسؤولية المدنية للطبيب، يتم معالجته من خلال القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية التي تتطلب توافر ثلاثة أركان تتمثل في الخطأ الجراحي عبر مختلف مراحل العلاج التي يخضع لها الشخص الراغب في تغيير جنسه لإحساسه بعدم الارتياح في النوع الذي هو عليه، و معالجة كيفية تحديد المسؤولية في حالة إذا كان الخطأ الحاصل هو من الأطباء المكونين للفريق الطبي المتخصص في هذا النوع من الأعمال الطبية، و أي نوع من الضرر الذي يوجب قيام مسؤوليتهم و كيفية إثبات الرابطة السببية بينهما و هذا من خلال مختلف الافتراضات القائمة عمليا في علاج الراغب في تحويل جنسه (المطلب الأول)، و كذا الجزاء المترتب على قيام المسؤولية الطبية المدنية لجبر الضرر الذي قد يصيب المريض الذي له أعراض تغيير الجنس (المطلب الثاني).

المطـــــلب الأول

الحالات التطبيقية لأركان مسؤولية الطبيب في تغيير الجنس

تحرص كافة قواعد الأخلاقيات الطبية على إبراز الجانب الإنساني في الممارسة الطبية.و قد نص المشرع الجزائري في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب على أن "يلتزم الطبيب...بمجرد موافقته على أي طلب معالجته بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و الاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين".

و يمكن أن يصدر الطبيب خطأ أثناء علاجه لمرضاه يترتب عليه إصابة المريض بضرر ما يكون سببا في قيام مسؤولية الطبية المدنية.إلا أنه يجب عمليا إثبات وقوع هذا الخطأ في جانب الطبيب.و أنه ترتب عليه ضرر لصحة المريض و أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ و الضرر.و هذه هي الأركان العامة الواجب توافرها لقيام مسؤولية الطبيب المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، و قد نجد في مجال الأعمال الطبية لتغيير الجنس عدة أنواع للخطأ الذي يمكن أن يقع فيها الطبيب أو الجراح أو الفريق الطبي المتخصص في هذه الجراحة.و هو الأمر الذي يتطلب منا محاولة افتراض الحالات التطبيقية للخطأ المتوقع حدوثه أو غير المتوقع الذي ستنجر عنه قيام مسؤولية الطبيب مدنيا.

الفـــــــرع الأول

الخطـــــأ الطبي و تطبيقـــــاته في تغيير الجنس.

يعتبر الخطأ ركن ضروري لقيام المسؤولية المدنية عموما ومسؤولية الطبيب بصفة خاصة و بهذا يعرف الخطأ الطبي هو:"إخلال بالتزام وارد بالعقد في المسؤولية العقدية، و بواجب قانوني في المسؤولية التقصيرية.و يجب في الخطأ أن يكون غير مشرع، و معيار الخطأ مسلك الرجل العادي في الذكاء و التبصر و العناية".[61]
و اعتبره البعض أنه تقصير في مسلك الطبيب، عند اخلاله بالتزام ببذل العناية اللازمة المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة.[62]

و حسب تصورنا للخطأ في مجال عمليات تغيير الجنس بحالتيها، أنه يكون عند مخالفة الطبيب أو الجراح أو الفريق الطبي المتعدد الاختصاص للضوابط المقررة لإجراء عمليات تغيير الجنس و عدم اتباع التطور الطبي و الأصول العلمية المتعارف عليها في مختلف مراحل علاج حالات تغيير الجنس الذي يتماشى مع العناصر المكونة بيولوجيا للجنس.و يتسبب في جعله لا ينتمي إلى جنس محدد و لا تؤدي أعضائه التناسلية و ظائفها بصورة طبيعية.

و يعد تقدير معيار الخطأ في جانب الطبيب، معيار موضوعيا يقاس على شخص متوسط من نفس مستواه المهني، و تخصصه إذا وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب، فإذا انحرفت عن سلوك الرجل العادي فإن ذلك يعد خطأ في جانب الطبيب يلزم مسؤوليته.[63] و هذا هو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 172 من القانون المدني:"في الالتزام بعمل....يكون قد وفى الالتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، و لو يتحقق الغرض المقصود..." بمعنى أن نقيس سلوك الطبيب مع سلوك الطبيب آخر من نفس مستواه.
و يمكن أن نتصور عدة حالات تطبيقية للخطأ في مجال عمليات تغيير الجنس على جميع المراحل التي يتطلبها علاج أعراض مرض تغيير الجنس لأسباب عضوية أو نفسية و هذا في النقاط التالية:

أولا: خطأ الطبيب في مرحلة ما قبل التعاقد.

إن دعوة الطبيب للعلاج هي أولى مراحل العلاقة بينه و بين المريض، و هو غير ملزم بتلبية دعوى المريض ، و إنما له مطلق الحرية في ممارسة مهنته، و أن امتناعه عن العلاج لا يشكل سببا للمسؤولية لانعدام رابطة السببية بين الضرر و الخطأ.[64]
و بهذا إذا لجأ المصاب بعيب عضوي في أعضائه التناسلية إلى الطبيب ليزيل له هذا الغموض الجنسي، فله أن يقبل أو يرفض علاج هذا المريض، إذا لم تكن حالته مستعجلة و لا تحتمل التأخير.إلا أن هذه الحرية قد تقيد بضوابط اذا كان الطبيب تابع لمستشفى عمومي و حالة المريض تدخل في نطاق اختصاصه، و قد يؤدى رفضه بدون سبب شرعي إلى قيام مسؤوليته التقصيرية إذا توافرت شروطها.[65]

و من جانب أعراض مرض تغيير الجنس لأسباب نفسية، فإن الأمر مختلف عن الحالة الأولى إذ أنه في البلدان التي تجير مثل هذه الجراحة سواء صراحة أو ضمنيا فإنه لا يترتب على رفض الطبيب علاج المريض الراغب في تغيير جنسه مسؤولية إذا كانت حالته الصحية لا تستدعي مثل هذه الجراحة بالأخص اذا لم تتوافر ضوابط مشروعيتها، اللهم إذا كانت حالته مستعجلة.و حتى في هذا الفرض فقد تأكد طبيا أن

---

[61] أنظر، عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص.86.
[62] أنظر، حسين منصور، المرجع السابق، ص.13.
[63] أنظر، حسين منصور، المرجع السابق، ص.22.
[64] أنظر، بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص.132.
[65] أنظر، حسين منصور، المرجع السابق، ص.27.

مرض تغيير الجنس النفسي، لا يتوافر فيها عنصر الاستعجال، بل بالعكس تتطلب خضوع المريض لفترة علاجي نفسي طويل و لفترة تجربة في العيش اجتماعيا كأنه أحد أفراد الجنس المقابل.و قد يكون في رفض علاجه مصلحة للمريض الذي يتأثر باضطراب الذي يصيب هويته الجنسية و يحدث له خلل نفسي يجعله غير قادر على اتخاذ القرار الصائب لحالته الجنسية.

و قد ذكر أنه انتحر شاب يدعى فوزي لعدم موافقة الطبيب الجراح إجراء له عملية تحول جنسي، مما أدى إلى قيامه ببتر أعضائه التناسلية و نزف حتى توفي.[66]و هنا لا يمكن القول بمسؤولية الطبيب لأن الضرر الحاصل المتمثل في الوفاة لا تتوافر فيه علاقة السببية مع امتناع الطبيب عن العلاج.إذ لو أنه قام باستئصال عضوه التناسلي، بإرادته و لوحده لما حصلت وفاته، مما يبعد الطبيب هنا عن أية مسؤولية طبية.
إلا أن المشكلة قد ينظر إليها من زاوية أخرى عندما نكون في بلد لا يقر مشروعية مثل هذه العمليات الجراحية لأنها غير مشروعة، و لا تتوافر فيه دواع علاجه.فهنا الثابث أن رفض الطبيب اجراء مثل هذه العملية يتماشى مع قواعد أخلاقيات مهنة الطب التي ترفض أن يكون العمل الطبي هنا هو ليس لعلاج المريض، و إنما لإحداث له تعطيل في أعضائه التناسلية بدلا من علاجه و مساس بالتكامل الجسدي لأنها ستؤدي إلى إصابة المريض بعطل في وظائفه التناسلية و تجعله غير قادر على ممارسة حياته الجنسية بصورة طبيعية حسب ما يفرضه الشارع.
و من تم لا يمكن مساءلة الطبيب خاصة في البلدان التي لا تجيز هذه الجراحة إذا امتنع عن الاستجابة لرغبات مريض شاذ يريد إفساد خلقته الطبيعية، و إلا كانت بالعكس، استجابة الطبيب لهذا النوع من العلاج هي التي تقيم مسؤولية الطبيب لعدم توافر ضرورة علاجية.

ثانيا: خطأ الطبيب في المرحلة التحضيرية للعلاج

و هناك نتصور أن العلاج لم يبدأ بعد، و إنما هناك استشارات طبية للمريض لإعلامه بمرضه.و إذا رضى المريض بالعلاج ، فعلى الطبيب أن يصل إلى تشخيص لحالته المرضية، و خلال هذا المسار قد تطرأ أخطاء يمكن افتراضها كتالي :

1- الإخلال بالإلتزام بإعلام المريض:

الطبيب ملزم بإعلام الطبيب بحالته المرضية ليكون على بينه من أمره.و يستطيع موازنة التناسب بين العلاج و مخاطره و اتخاذ قراره بقبول العلاج أم رفضه.
و يرى بعض الفقه الفرنسي أن الإعلام الأحسن للمريض سيجعله يختار أن تجرى الجراحة بعد فترة يكون فيها تحقق المخاطر المتوقعة أقل نتيجة.[67]

و هذا معناه أن واجب الإعلام المستنير و الشامل هو الذي سيضمن الحصول على الرضا المريض بالخضوع للازم لحالته المرضية، فالمريض الراغب في تغيير جنسه سواء لأسباب نفسية أو عضوية، فإن العمل الطبي حتى و لو كان طبقا لقواعد الفن الطبي، يتضمن مخاطر معروفة للوفاة أو للعجز فإن المريض يجب إعلامه في ظروف تسمح بتلقي رضائه الواضح، و إذا لم يتم إعلامه بسبب وجود حالة مستعجلة، يستحيل أو رفض المريض فيها الإعلام فإن هذا السبب الوحيد الذي يعفي الطبيب من التزامه و إلا فإن عدم إعلام المريض يمكن أن يفتح الحق في الإصلاح، حتى و لو كان على خطر تحقق في النهاية و أدخل تفاقم مؤقت يمكن إصلاحه بتدخلات أخرى، وهذا ما أنده القضاء الإداري بفرنسا عندما عرضت عليه القضية التالية:

[66] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.13.
[67] Jean Penneau, Droit medical: panorama 2004, D.2005, n° 06, p.406.

1- قضية رفعت ضد المركز الاستشفائي الجامعي بتولوز تحت رقم 10BX00419 في الغرفة الثانية و صدر بشأنها قرار بتاريخ 21 ديسمبر 2010.

و تتمثل القضية في أن السيدة ...X، رفعت دعوى ضد المستشفى للمطالبة بإصلاح الضرر الذي أصابها نتيجة التدخل الجراحي الذي تم في 7 مارس 2001 من طرف الفريق الطبي Toulouse لإجراء جراحة تغيير الجنس مدعية أنه لم يتم إعلامها بكل التبعات الممكنة لهذه الجراحة والتي على أساسها استجابت المحكمة الإدارية لطلبها، و ألزمت المستشفى بدفعها تعويض عن الخطأ المتمثل في عدم الإعلام الطبي .
إلا أن محكمة الإستئناف الإدارية، و من خلال حيثيات قرارها التي جاء فيها ما يلي:
-أنه تبت من خلال الشهادة المحرر بتاريخ 4 جانفي 2001 المحرر من الفريق الطبي المتابع للمريضه قبل إجراء الجراحة أن السيدة X تم إعلامها بما يلي :

بالنتيجة المترتبة على العملية الجراحية و امكانياتها و أيضا سلبياتها وحدودها، و بالأخص الفقدان النهائي للقدرة على الإنجاب، و عدم تأكيد الوظيفة الجنسية و أن هذه العناصر و كذا مدة المتابعة الطبية من الفريق الطبي للمدعية قبل التدخل الذي هو من خاصة في جراحة إعادة التحديد الجنسي.الأمر الذي يدل أنه تم إعلامها بصفة صحيحة و كافية عن المخاطر، لا سيما النقص الجنسي للأعضاء المعاد بنائها المرتبطة بالتدخل الذي أجري لها، و أنه يستنتج من ذلك أن الوسيلة المحتج بها عدم الإعلام تم استبعادها من طرف القضاء لإقامة المسؤولية المدنية.و تم إلغاء حكم المحكمة الإدارية لتولوز المؤرخ في 08 ديسمبر 2009 الذي أقام المسؤولية المدنية للمستشفى التي أجريت فيها الجراحة الهادفة لتغيير الجنس لأسباب نفسية.[68]

و من خلال هذه القضية يستنتج ضمنيا أنه يترتب على الإخلال بواجب إعلام المريض و تبصيره بعواقب و مخاطر التدخل الطبي، أن تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالات تغيير الجنس التي تتطلب إعلام خاص بمخاطر و نتائج تغيير الشخص لجنسه خاصة فيما يتعلق بالوظيفة الجنسية و مدى قدرته على الإنجاب مستقبلا.

و لا يمكن التصور هنا دفع مسؤولية الطبيب بتوافر حالة الإستعجال.و الاستحالة للإعلام في حالات تغيير الجنس، لكونها تتطلب الوقت الكافي و لمدة طويلة لتنفيذ العلاج الجراحي لما له من آثار خطيرة لا تتطلب العجلة و تحتاج أن يتم توعية المريض و محاولة علاجه نفسيا من حالته قبل الإقدام في الجراحة.

2- إخلال الطبيب بواجبه في الحصول على رضا المريض:

يلتزم الفريق الطبي بالحصول على رضا الراغب في تغيير جنسه بعد تبصيره بكل ما يحيط بهذا العلاج من مخاطر تتصل بتغيير أعضائه التناسلية أو تصحيحها إذا كان لديه غموض جنسي عضوي، و ما يترتب عليها من المساس بوظيفته التناسل حيث يتوخى الفريق الطبي بالحصول على موافقة المريض خلال كل مرحلة من مراحل بداية العلاج حتى إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي، سواء كان ذلك صادرا من المريض نفسه إذا كان بالغا أو من وليه إذا كان قاصرا- في حالة الخنوثة العضوية -.

و بذلك قضت محكمة الجنح ل Bruxelles بتاريخ 27 سبتمبر 1969 بإدانة ثلاثة أطباء أجروا عملية التحول على مغير لجنسه عن ذكر إلى أنثى توفى على إثرها، و تم اتهامهما على أساس أن العملية تمت من أجل تهدئة المريض ليس لشفائه. و من جهة أخرى غياب رضا المريض.[69]

[68] Voir, Arrêt de la cour administrative 21 December 2010, n° 10BX00419, 2eme ch, inédit au recueil lebon, sur lextenso.fr.
[69] Jean Branlard, p.447, n° 1319.

3-الخطأ في التشخيص:

تعتبر مرحلة التشخيص من المراحل المهمة في حلقة العلاج، و التي يتوقف عليها كل التدخلات و الإجراءات الطبية اللاحقة.و لذلك يجب أن يكون تشخيص الطبيب لحالة المريض الراغب في تحويل جنسه صحيحا و دقيقا بقدر المستطاع حسب التقنيات العلمية المتوفرة طبيا في وقت التشخيص.

و يقع على عاتق الطبيب من أجل التدقيق و الفحص الكامل للحالة المرضية المعروضة عليه، بمعرفة السوابق المرضية، و النواحي الوراثية، بداية الأعراض، مضاعفاته و غير ذلك مما يتطلبه التشخيص الصحيح.و لذلك يتعين عليه أن يبدل العناية اللازمة للحصول على المعلومات التي تساعده في الكشف عن المرضى و الفحوصات اللازمة في مثل هذا العمل الطبي الهادف لإجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي.

و قد تتعدد أخطاء التشخيص التي تقوم معها مسؤولية الطبيب، فقد يؤدي جهل الطبيب و إهماله الواضح بالمبادئ الأولية المتفق عليها طبيا، بشكل يدل على جهل جسيم بقواعد وأصول الطب.و لكن لا يشكل خطئا، الغلط في التشخيص نتيجة تشابه الأعراض الخاصة ببعض الأمراض.[70]

و يعتبر من قبيل الخطأ في تشخيص حالات التصحيح الجنسي لأسباب عضوية، ما نشر على غلام عمره 15 سنة ، لجأ إلى الطبيب لإحساسه بآلام تعاوده كل شهر تقريبا، و تبين عند فحصه أنه أنثى و ليس ذكر لأن آلامه خاصة بالدورة الشهرية ، و قرر أنه بمجرد جراحة بسيطة يمكن أن يحول الى جنسه الصحيح لكن الطبيب تفاجأ أنه سبق و أن تم استئصال ثدييه في مستشفى ريفي من قبل طبيب ظنا منه أن الثدي هو من قبيل الورم باعتباره كان ذكرا.[71]ففي هذه الحالة ينسب إلى الطبيب الخاص بالمستشفى الريفي أنه أخطأ خطأ جسيما في تشخيصه لجهله و اهماله الواضح اجراء الفحوصات اللازمة لإزالة ما يشتبه به من حالات.و إلا فإنه تقوم مسؤولية الطبيب في هذا المثال عن خطأ في التشخيص الذي أدى إلى جعل تصحيحه الجنسي مست حيل إذ أنه تم استئصال ثدييه مما يجعله من المستحيل ان يصبح أنثى كاملة الأنوثة. حتى و لو أن غموضه الجنسي كان لأسباب عضوية.إذ الواضح أن الطبيب لم يقم بالفحص بالأشعة لمعرفة الأعضاء التناسلية الداخلية للمريض.
و من بين الحالات التي عرضت على القضاء الفرنسي في حالات أعراض تغيير الجنس النفسي نذكر قضية عرضت على محكمة الإستئناف الإدارية[72] بتاريخ 28 جوان 2007 تحت رقم 03NT00641 تتمثل وقائعها في:
أن المعني بالأمر مصاب حاليا، مثل وقت الوقائع بهذيان طفولي تطور إلى مرض برافرينيا، و كان يرغب في تغيير جنسه.أمام غياب اضطرابات هوية النوع، فإن خضوعه للعلاج الهرموني الجراحي محذر منه حسب معطيات العلم آنذاك.و كان من المفروض على الطبيب أن يجري له فترة ملاحظة و فحص شامل بغرض تأكيد أو نفي أي أعراض لمرض تغيير الجنس.و حتى الفريق الطبي سار على نفس الطريق رغم عدم جهله بمثل هذه الأمور مما نسب إليهم جميعا (الطبيب النفسي و الفريق الطبي للمستشفى) مسؤولية طبية مدنية في مواجهة المريض ضحية الخطأ في التشخيص.[73]

---

[70] أنظر، بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل القواعد المسؤولية المدنية دراسة تأصيلية مقارنة، دار الحامد، عمان، سنة 2015، ص.449-451.

[71] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق،ص.449-451.

[72] لابد من الإشارة هنا أن هذه الدعاوى تتناول موضوع المسؤولية المدنية للطبيب رغم أنها رفعت أمام القضاء الإداري.باعتبار أن الأمر هنا يتعلق بالاختصاص القضائي النوعي و ليس بأنواع المسؤولية الطبية.إن الاختصاص القضائي النوعي في مجال دعوى المسؤولية المدنية التي يباشرها المريض المتضرر على من يراه مسؤولا عن الضرر الحاصل له بمناسبة التدخل العلاجي و الجراحي يتحدد بحسب الطرف المدعى عليه ، فإذا أقيمت الدعوى على الطبيب الجراح أو أحد أعضاء الفريق الطبي الجراحي و كان هؤلاء تابعين للقطاع العام، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري.و الهدف من هذا هو حمل الإدارة على تغطية الأخطار الصادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمال المرفق، فالمضرور ضمانا لحصوله على حقه ينبغي عليه اختصام المتبوع أمام القضاء الإداري.أما إذا كانوا تابعين للقطاع الخاص، فإن الدعوى تؤول لاختصاص القضاء المدني.و إذا تعلقت بدعوى مدنية تابعة لدعوى عمومية جزائية باشرتها النيابة العامة فإن الاختصاص ينعقد لجهة القضاء الجزائي.
حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.201.

[73] Voir, Sans auteur, Hopitaux, Responsabilité pour faute, Gazette du Palais, 29 mai 2008, n°150, p.23.sur lextenso.fr

4-الخطأ في الإخلال بالإلتزام بمتابعة الحالة المرضية:

تحتاج عمليات إعادة التحديد الجنسي أو تصحيح الجنسي إلى التشاور بين أعضاء الفريق الطبي المتعدد الإختصاصات لمتابعة المريض من النواحي النفسية، البيولوجية، التشريحية و الغددية و التناسلية، للتوصل إلى تشخيص حالته المرضية و الوقوف على مدى فعاليتها.و بالأخص إذا كانت الجراحة لأسباب نفسية، التي تتطلب متابعة مستمرة من المتخصصين للمغير لجنسه، و ملاحظته على مدار سنتين على الأقل ليتمكن الفريق الطبي من إعطاء تشخيص دقيق لحالته.قد تطول دراسة حالته و اتخاذ القرار بإجراء الجراحة من عدمه.[74]
كما أن هناك متابعة و فحص أسبوعي أو شهري لحالته الجنسية و مدى استجابة جسده للهرمونات التي تناولها و إذا جعلته يكتسب الخصائص الثانوية للجنس المقابل الذي يريد أن يعيش عليه اجتماعيا.

ثـــالثا : خطأ الطبيب في مرحلة العلاج النفسي.

يعد الطبيب النفسي صاحب الدور المهم في العلاج النفسي، و يتوقف أحيانا على رأيه القرار بمواصلة باقي مراحل العلاج و الخضوع للجراحة.
و يتمثل دور الطبيب النفسي في حالات تغيير الجنس، بتقديم العناية اللازمة من أجل إعادة التوازن النفسي لمن يعاني من إعتقاد راسخ و شعور قهري بالإنتماء إلى الجنس المقابل بدون دواع عضوية، و محاولة تهدئة نفسيته و جعلها تتماشى مع جنسه الطبيعي و الوراثي و البيولوجي، و الحرص على إطالة مدة العلاج النفسي على ألا تقل عن السنتين المعترف بها طبيا، و أن أي تعجل في إتخاذ القرار بفشل العلاج يبين إهمال و تقصير من جانب الطبيب النفسي قد يستوجب معه قيام مسؤوليته.

و من شروط العمل الطبي في جراحة إعادة التحديد الجنسي، أن يتم تأكيد حقيقة أعراض مرض اللاارتياح في النوع و تمييزها عن غيرها من الحالات المشابهة مثل العصاب النفسي و الذهان و الإنحراف أو أي تشوه للهوية الجنسية، و الذهان.[75]و أي خلط تترتب عليه مسؤولية الطبيب النفسي، لأن ذلك يعتبر فيه مخالفة للمعطيات المكتسبة علميا. فإذا نجح العلاج النفسي في التقليل من ألم المريض بأن يكون شخص آخر بالجراحة، فهذا يعني أن الطبيب النفسي قد أخطأ في التشخيص، و أن المريض يعاني من شذوذ جنسي أو بالتشبه بالجنس الآخر، و لا يعتبر أن لديه تغيير للجنس بالمعنى الحقيقي. و هو الأمر الذي يمنع أي اقتراب منه أو بالعلاج الهرموني أو العلاج الغددي أو الجراحي الذي سيكون بدون جدوى.[76]

و نعرض من ذلك القضية التي صدرت عن محكمة الاستئناف الإدارية بتاريخ 28 جوان 2007، و التي نسبت للطبيب النفسي خطئه في إختيار علاج المريض، الذي كان يعاني من ذهان طفولي، تطور الذهان البرافرينيا. و أمام غياب إضطراب في هوية النوع، فإنه يمنع طبيا أي تحول هرموني جراحي، و أن إستجابة الطبيب النفسي التابع لمركز العلاج النفسي، بطلب المريض و بموافقة منه و وصف له علاج هرموني أنثوي يكون قد ارتكب خطأ تقوم معه مسؤولية الطبيب النفسي التابع لمركز العلاج النفسي.[77]
و لم يعد الطبيب النفسي دوره يقتصر على العلاج النفسي فقط، و إنما أصبح له دور المرافق النفسي في كل مراحل العلاج اللاحقة حتى بعد إجراء الجراحة، لمساعدة المغير لجنسه في التأقلم مع هويته الجديدة. و أن التعاون المتبادل بين الفريق الطبي و الطبيب النفسي أمر جد ضروري.[78]

و هناك من يرى أن قرار التدخل بالجراحة لا يجب أن يبقى بيد الطبيب النفسي لوحده و إنما لابد من استشارته للفريق الطبي و أخذ رأي نقابة الأطباء و رجال الدين.و إلا اعتبر مرتكب لخطأ جسيم يعرضه

---

[74] Jean Branlard, p.440, n° 1291.
[75] Agarra Jean-pierre, Op.cit, p.48.
[76] Voir, Henry frignet, le transsexualisme, Desclée de Brouwer, paris, 2000, p.33.
[77] Gazette de Palais, 29 mai 2008, n°150, Op.cit, p.23.
[78] Haute Autorité de Santé, Op.cit, p.157.

للمسؤولية، و هذا ما كان يجب أن يحدث للطبيبة النفسية (س) في قضية سالي المشهورة في مصر التي إتخذت قرار غير صائب بالجراحة[79].متجاوزة الأصول العلمية للطب و المثل العليا للأخلاق.

رابعا : خطأ الطبيب بتسليم المعني شهادة طبية غير مطابقة للواقع.

إن تسليم الطبيب للمريض شهادة طبية تثبت أنه ينتمي إلى جنس غير الجنس المدون في الحالة المدنية، دون تأكده جيدا من حقيقته الجنسية بإجرائه للفحوصات الطبية اللازمة للتأكد من أن الجنس الذي ينتمي إليه يوم زيادة المريض له، لم يتم تغييره بجراحة غير مشروعة ربما في بلد أجنبي يجيز مثل هذه العمليات. و اكتفائه بالكشف الظاهري عليه، و وجود هذه الأعضاء التناسلية يعتبر في وجهة نظرنا مسألة في جد الخطورة لما سيترتب عليها من آثار خطيرة و أحيانا تمس بحقوق الغير.

و إفتراضنا لهذه الحالة جاء بعدما تأكدنا أنه بالنسبة للقانون الجزائري، أن أي شخص له أن يدعي و رود خطأ في بيان جنسه في الحالة المدنية، له أن يقدم طلبا لوكيل الجمهورية مرفوقا بشهادة طبية بالصورة تشهد أن الطبيب فحص المريض و تأكد إنتمائه إلى الجنس الذي يرغب في تصحيح حالته المدنية حسبه.

وهنا قد يتهاون الطبيب و يعتمد على معيار المظهر الخارجي للجسم، و للأعضاء التناسلية دون التأكد من أنها طبيعية أو مصطنعة بعمليات جراحية تغييرية للجنس لأسباب نفسية، و هنا يقع المحظور و تبرره و تخفيه شهادة طبية مدون عليها بيانات غير مطابقة للحقيقة الجنسية الطبيعية للمريض.

و من تم فإن تقديم مثل هذه الشهادة الطبية الذي يفيد تأكيد الطبيب لانتماء المريض لجنس معين، رغم أنه ليس جنسه الحقيقي الذي تكون وراثيا و بيولوجيا عليه. و إنما يتعلق بتغيير جنس تحظره شريعتنا يعتبر في حد ذاته خطأ جسيما لا يمكن التهاون معه و يحمل الطبيب المسؤولية بجميع أنواعها إذا ثبت أنه خالف الأصول العلمية الثابتة في الطب.و يكون قد قدم شهادة مخالفة تبيح ما هو محظور و يتمكن بموجبها المنحرفين جنسيا من الاعتراف لهم بشذوذهم تحت ستار الخطأ في بيانات الحالة المدنية و لذلك يرجى من أطبائنا توخي الحذر في مثل هذه الحالات التي قد لا يولونها اهتماما و إنما لها نتائج خطيرة على المجتمع و مساس بالنظام العام.

خامسا: **خطأ الطبيب في مرحلة العلاج الهرموني**

يحتاج الراغب في إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي إلى تناوله هرمونات الجنس المقابل من أجل إعادة بناء مظاهر جسدية للجنس الآخر الذي يرغب التحول إليه، و قد يلجأ أحيانا إلى تناول هذه الهرمونات لوحده بدون حتى أن يخضع لعلاج نفسي كمرحلة سابقة في العلاج و قبل تأكده من أنه يحمل أعراض مرض اللاارتياح في النوع، مما قد يحدث له آثار جانبية تؤدي إلى إصابته ببعض الأمراض.

و قد ثبت أن تناول الأستروجين (هرمون أنثوي) بجرعات كبيرة قد يدخل لدى بعض الأشخاص خطر الإصابة بمرض في شرايين القلب (cardio-vasculaire)، أو الإثارة العصبية و القلق مستمر الذي يتطلب لمقاومته تناول المهدئات.[80]

فإذا وقع خطأ طبي يتعلق بتناول هرمونات غير مؤكدة فعاليتها طبيا لحالته، أو أن لها آثار جانبية غير مرغوب فيها تؤثر على حالته الصحية، و تؤدي إلى تدهورها فإن ذلك من شأنه أن يقيم مسؤولية الطبيب المدنية و يستوجب عليه إصلاح الضرر الحاصل للمريض.

---

[79] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.558-557.

[80] Jean Branlard, p.423, n° 1221.

و قد طرحت قضية، رفعت ضد طبيب بمستشفى عام لأنه وصف للمريض هرمونات في الفترة مابين 20 جوان 1994 و 11 مارس 1996، تجمع الأستروجين بمضاد الأندروجين، من أجل نمو الثديين و إنقاص الشعر في نفس الوقت الذي كان يتابع علاج نفسي مما يسبب له خطر النقص العظمي déperdition osseuse و إنعكاس نفسي مستمر (Répercussions psychologiques persistantes).و هو الأمر الذي جعل قضاة الإستئناف في الإداري يعتبرون أن وصف علاج هرموني أنثوي يمثل خطأ موجب لمسؤولية طبيب مستشفى ل Brest في مواجهة المريض X.M .و كذا خطأ في التشخيص للطبيب النفسي لمركز العلاج النفسي ل Morlaïx. و قضى بإلزام مستشفى Brest بدفعها للمريض مبلغ 10.000 أورو عن الضرر المعنوي المتمثل في المعاناة النفسية و الاضطراب في ظروف تواجده[81].

سادسا : خطأ الطبيب في مرحلة العلاج الجراحي.

قد لا يكون العلاج مجديا أحيانا، مما يتطلب التدخل بالجراحة لاستئصال الداء. غير أن هذه الأخيرة قد تنطوي على مخاطر قد تمس بسلامة جسم الإنسان. و قد يتصور أيضا وقوع خطأ من الطبيب و هو بصدد إجراء عملية جراحية أو تجميلية للمصاب بخلل في أعضائه التناسلية مما يؤدي إلى إصابته بأضرار تجعله يقدم أحيانا على الانتحار.
إن إجراء أي عملية جراحية تتطلب من الطبيب الجراح أن يلتزم بالدقة و العناية و توخي الحيطة و الحذر في تدخله الجراحي و القيام بكافة الإجراءات الطبية المطلوبة، من فحوصات و تشخيص و استعانة بالمتخصصين في المجالات الأخرى عند الإلتباس في حالته المرضية[82].

كما يتطلب الأمر قبل أي جراحة لإعادة التحديد الجنسي، أن يخضع المريض لفحص الحالة العيادية، و آثار العلاج الهرموني على الكبد و أجهزة عضوية أخرى. و من أجل ذلك يستند الجراح على رأي أخصائي في الغدد الذي سيكون عضوا في الفريق الطبي للأعضاء التناسلية. و رغم أنه لا يوجد إجماع حول ضرورة إجراء فحص الكشف عن مرض فيروس فقدان المناعة (HIV).إلا أنه في مثل هذه الجراحة فإن الجراحين يفرضون إجراء الفحص السلبي لهذا الفيروس، لأنه من الخطأ أن نخفف خوف العدوى من هذا المرض، و أن المريض المقبل على جراحة تغيير الجنس المصاب بالسيدا، لا يمكنه أن يجري هذه الجراحة. لأن القلق الجراحي يمكن أن يفاقم مرضهم و يسرع تطوره.[83]

و من تم من الخطأ أن يقبل الجراح على إجراء الجراحة دون إجراء هذا الفحص السلبي للسيدا أو أن يجري الجراحة بالرغم من إصابة المريض بفيروس فقدان المناعة الذي يشكل خطر على حياته و يؤدي إلى الإضرار به أكثر. و يمكن مساءلة الجراح مدنيا عن هذا الخطأ.
و قد أكد القضاء الفرنسي بتاريخ 26 أكتوبر 1998، أن الإصابة بداء فقدان المناعة يشكل **عائقا** لإجراء جراحة التحول الجنسي، بالرغم من أن الشخص يحمل المظاهر الخارجية للجنس الآخر[84].

أما بالنسبة للتشريعات التي تمنع إجراء مثل هذه الجراحة التي تمثل تغيير لخلق الله تعالى، فإن الطبيب الذي يقدم على إجرائها يجب أن تتم مساءلته قانونا، لمخالفتها النظام العام، و عدم توافر قصد العلاج، و لأن من المستحيل تمكن الطب من منحه تغييرا حقيقيا و إنما مجرد مظاهر زائفة، و إفساد و تشويه لطبيعة الخلق.

---

[81] Lecture du 03 juillet 2007, cour Administratif d'appel de Nantes, 3eme ch, n° 03nt00641, inédit au lebon, sur lextenso.fr

[82] محمد بصغير مراد، المرجع السابق، ص.485.

[83] Voir, J.Joris Hage,XIII colloque 1993, Op.cit, p.110.

[84] Voir, Marine Friant-Perrot, une modification des condition du changement de sexe, D.1999, p.508.

أما بالنسبة للأخطاء الجراحية المتوقع حدوثها في حالة تغيير الجنس لأسباب عضوية، قد تكون جد خطيرة و تشويهية أي بدلا من أن تزيل الغموض و الالتباس الجنسي، فإنها تزيد من حدة حالته المرضية و قد ورد ذكر حالات تطبيقية من طرف الدكتور الشهابي في هذا الصدد كالتالي :

أن أحد الإخوة الثلاثة الذين تبتوا على الذكورة بعد أنوثة ظاهرة أخطأ في حقه الجراح عدة أخطاء تخالف الأصول العلمية في مجال الطب.و تمثلت أنه عند إجراء له تصحيح لقضيبه و تقويمية تسبب له في تشوه و انكماش واضح في الجلد، مما يعيقه في الحركة و سبب له ضرر عضوي و نفسي.

و عادت الخصيتين إلى كيس الصفن بعد إنزالهما مما يدل على خطأ جسيم من طرف الجراح لا يمكن أن يقع فيها طبيب من نفس مستواه المهني تؤدي إلى انعقاد مسؤوليته بكل أنواعها.إلا أن قلة الإمكانيات المادية و عدم الوعي الثقافي لعامة الناس حال دون مساءلة هذا الجراح غير كفء.[85]

أما عبء إثبات خطأ الطبيب، فإن إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة ما يدعيه، يقع على عاتق المريض الذي يدعي الإعتداء على سلامته الجسدية و ما على الطبيب إلا إثبات عكس ذلك و نفي مسؤوليته.و يستطيع القاضي أن يستخلص الخطأ لوحده إذا كان عاديا.أما إذا كان الخطأ له طبيعة فنية، فله أن يقدر الخطأ بمعيار الرجل العادي؛ أي طبيب في نفس مستواه و تخصصه أو أن يستعين بأهل الخبرة المختصين من الأطباء.[86]
و الخطأ ليس مفترضا بل هو واجب الإثبات، ففي حالة تغيير الجنس على المريض إثبات أن الضرر الحاصل هو نتيجة خطأ صادر من الطبيب مخالفا بذلك الأصول العلمية إذا لم يراع المراحل التي يجب أن يمر بها للوصول إلى جراحة تغيير الجنس.و ما على الطبيب إلا إثبات أن المريض أفرط في جرعات الهرمونات و لم يتبع الوصفة الطبية أو أن العلاج النفسي لم يجد نفعا إلى غير ذلك من الأمور التي تنفي مسؤوليته، و لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية، بالأخذ بالدليل المقنع و الذي يجيزه القانون طبقا للقواعد العامة.و هي تخضع لرقابة المحمكة العليا إذا تعلق الأمر بمسائل قانونية تتعلق بتكييف الفعل إذا كان يشكل خطئا يوجب المسؤولية أم لا.

الفـــرع الثـــانـــي

الضـــرر المترتب على تغييـر الجنس

يعتبر الضرر هو الدعامة الثانية بعد الخطأ الطبي لقيام المسؤولية المدنية بنوعيها التقصيرية و العقدية. إذ لا يتصور قيام المسؤولية دون تحقق الضرر.
و يعرف الضرر بأنه : الأذى الذي يلحق الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، و قد يكون ماديا بأن يصيب المريض في سلامة جسمه أو بأية مصلحة مالية أو اقتصادية .و إما أن يكون معنوي و هو ما يلحق المريض من آلام داخلية و هواجس و اضطرابات نفسية تصيب حياته الخاصة بمناسبة العلاج.[87]

و لابد الإشارة إلى أنه لا يكفي مجرد حدوث ضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب أو المستشفى، لأن التزامه هو بذل عناية بصفة أصلية ، و إنما لابد من وقوع خطأ من جانب الطبيب سبب هذا الضرر للغير.[88]
و لذلك يقال أنه لا مسؤولية و لا تعويض إذا انتفى الضرر، و هذا تماشيا مع قاعدة لا دعوى بغير مصلحة. و لهذا فقد توسع الفقه في مفهوم الضرر أنه: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق

[85] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.424-425.
[86] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق،ص. 23-142-216.
[87] حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.165.
[88] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.107.

من حقوقه أو بمصلحته مشروعة له سواء تعلق هذا المساس بسلامة جسمه أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.[89]

و من خلال هذه التعاريف تبين أن للضرر أنواع التي يتوجب قيام المسؤولية بها.و لابد من إثبات وقوع الضرر فعلا بصفة محققة و أكيدة و أن يكون حالا و مباشرا و ليس مجرد احتمال وقوعه و بهذا فإنه يجب اثبات هذا الضرر و هذا ما سنوضحه تباعا.

أولا: أنـــــــواع الضرر

فالضرر إما أن يكون ماديا أو معنويا:

1-الضرر المادي :هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية او تفويت مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية.

و يرى الفقه الفرنسي أن الضرر المادي يكون كلما كان الضرر قابلا للتقدير النقدي، و يشمل ما لحق المضرور من خسارة كتكاليف العلاج، و ما فاته من كسب (فقد الأجر في وقت العلاج و فوات فرص الكسب وقت اصابته).[90]

و حتى يصح تعويض الضرر المادي يشترط إذا توافر شرطين:

أ- أن يكون الإخلال بمصلحة المضرور المشروعية و ذات قيمة مالية

ب-أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا لا احتماليا.

و بذلك كل مساس بصحة الإنسان و سلامة جسمه إذا ترتب عليه خسارة مادية كالإصابة التي تجعل الشخص عاجزا عن الكسب عجزا كليا أو جزئيا و تتطلب علاجا يكلف مصاريف و نفقات.

و بتطبيق ذلك على الشخص الذي خضع لجراحة غيرت جنسه لأسباب نفسية ، فإذا لحقه من جراء عمل الطبيب، تشويه لأعضائه التناسلية، و بقاء الخصائص الجنسية الأصلية رغم اكتسابه خصائص الجنس المقابل و حرمانه من آداء دوره بصفة عادية، أو انكماش في جلد و جهه عندما تحول إلى أنثى و أجرى جراحة تجميلية، فإن ذلك يعتبر ضرر يستوجب جبره، لأنه سيكلف مصاريف أخرى لأجراء علاجات لإصلاح هذه الأضرار.

2-الضرر المعنوي : يعرف بأنه الآلام الجسدية و النفسية التي عاناها المضرور من جراء الإصابة، و هو لا يتضمن إلا خسارة بعض القيم غير المالية كالسعادة و التخلص من الآلام، و الجمال، و متع الحياة.[91]

و آخر عرفه أنه: الضرر الذي يلحق بما يسمى الجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس و الأحزان، و لهذا ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية ، كالعقيدة الدينية.[92]

و عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 182 مكرر من القانون المدني المعدل بقانون رقم 05-10 كما يلي:" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

و بتطبيق هذه المفاهيم على موضوع بحثنا، فإنه يمكن تصور أن أحد الوالدين عندما يغير جسمه، فإنه يصبح غير مؤهل للقيام بتحمل مسؤولياته تجاه أبنائه، مما جعل المشرع الفرنسي قيده في حقه في زيارة أبنائه.[93]و يترتب على ذلك حرمان الأولاد من ولايتهم من طرف والدهم و من ماله، مما يلحق بالأبناء من

---

[89] أنظر، مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1992، ص.35.

[90] أنظر، أحمد السعيد شرف الدين، إنتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، سنة 1986، ص.24.

[91] أحمد السعيد شرف الدين، إنتقال الحق في التعويض عن الضرر، المرجع السابق، ص.25.

[92] مقدم السعيد، المرجع السابق،ص.44.

[93] Arrêt cour d'appel d'aix- en-provence, Op.Cit, 12 mars 2002, D.2003, p.1528.

ضرر مادي و ضرر أدبي ناجم عن سخرية المحيطين بهم.و لا يستطيعون العيش في حياة خاصة و عائلية لأنه سيتم حل الرابطة الزوجية أو تحويلها إلى علاقة من نفس الجنس، في البلدان التي تجيز ذلك كفرنسا و سيدوم الأبناء من العيش حياة مستقرة.
كما أن جراحة أحد الزوجين و تحوله إلى الجنس الآخر سيصيب الزوج الآخر، بضرر مادي هو حرمانه من النفقة بالتفريق بينهما، أو يجعله زواج من نفس الجنس إذا رضي الطرفين بذلك.و يصاب أيضا زوج المغير لجنسه بضرر معنوي لمساسه بسمعته، و ذلك بسخرية محيطه منه.و قد يتهم بأنه يقيم علاقات غير شرعية مع زوجه كممارسة أفعال حنسية شاذة، خاصة في الدول التي لا تتقبل و لا تجيز هذه الجراحة.

و قد يضاف ضرر آخر، و هو ما يعرف بالضرر الجنسي الذي يعرف بأنه:"عجز المضرور بصفة كلية أو جزئية عن الاتصال الجنسي أو عن الإنجاب أو التناسل بطريقة طبيعية، و ذلك بسبب الإصابة التي تعرض لها".[94]
و هذا النوع من الضرر يكون نتيجة عملية جراحية، و قد اعتبر البعض أن من حق أحد الزوجين الذي يصاب زوجه بضرر جنسي يؤدي إلى حرمانه من المتع الجسدية التي من حقه في العلاقة الزوجية في المطالبة بالتعويض على أساس الضرر الشخص المرتد.[95]

ثـــانيا: إثبات الضـــرر.

و نظرا لأن الضرر واقعة مادية، فلابد أن يثبت المضرور أن ضررا أصابه حتى يحصل على التعويض، و ذلك بكافة طرف الإثبات.[96]

و لكن ما جرى عليه القضاء في مثل هذه الحالات هو اللجوء إلى طرق التحقيق المخولة للقاضي المدني و التي تكون الخبرة الطبية في حالات تغيير الجنس هي الطريقة الأكثر شيوعا باعتبار أن الأمور الطبية هي مسائل تقنية يجهلها القاضي و تحتاج الى خبرة فنية.[97]

و سنعرض حالة تطبيقية لقضية عرضت على القضاء الفرنسي تتمثل وقائعها في:
رجل يعاني من أعراض التحول الجنسي اتجه لقسم المسالك البولية في المستشفى العام لغرض تغيير جنسه ، بدأ العلاج. و الجراح قام باستئصال أعضائه الذكرية.و كان من المفروض أن تواصل العملية و العلاج بهدف إعادة بناء الجسد الأنوثة.و لكن إدارة المستشفى العام دعت الجراح لوقف النشاط و نصحت الفريق الذي خلفه بعدم مواصلة العمليات لأسباب تتعلق بشرط الضمير « clause de conscience »، الذي اتخذ بالاستعجال.و وجد المريض نفسه في حيرة أمام رفض المستشفى العام اتمام الجراحة.و عدم امكانياته المادية للاستعانة بمستشفى خاص، لأن صندوق التأمين الصحي يرفض دعم هذه العمليات إذا لم تتم في القطاع العام.فيجد المريض نفسه في معاناة فلم يعد رجل و لن يكون أبدا امرأة[98].

فلجأ إلى المحكمة الابتدائية الكبرى لـ Lille أمام القاضي الاستعجالي ليأمر بتعيين خبير كوسيلة للتحقيق، لإثبات الإصابة التي يعاني منها المريض نتيجة العملية الجراحية و إثبات مدى الضرر الجسدي الذي تعرض له المريض المدعي تطبيقا للمادة 145 من الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي،[99] و هذا معناه أن

---

[94] أنظر، أسامة أبو الحسن مجاهد، التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص.19.

[95] الضرر المرتد هو "الضرر الذي أصاب طالب التعويض نتيجة لضرر أصابه بدوره بضرر شخصي له، فالضرر الذي أصاب الأول يسمى بالضرر الأصلي، انعكس و ارتد على شخص آخر و أصابه بالضرر و من تم يسمى بالضرر المرتد، و يكون ماديا أو أدبيا.فالأول يكون إذا تسبب العمل غير المشروع مثلا في وفاة الوالد الذي يعول أولاده فيفقدهم النفقة.أما الثاني(المرتد الأدبي)، فيتمثل في الحزن و اللوعة نتيجة فراق المصاب بعمل غير مشروع.

[96] أنظر، مقدم السعيد، المرجع السابق،ص.36.

[97] Voir, Gérard Memeteau, le juge ignorant la medecine ?, Gazette du palais, fev 2014, , n°38-39, p.12 et suite.

[98] Voir, Pascal Labbée, Le sexe des anges, Recueil Dalloz 2001, p.1913.

[99] Voir, Préjudice subi par un transsexuel à la suite d'une castration dans un hôpital public : voie de fait pour atteinte illicite au corps humain, Ordonance Tribunal de grande instance de Lille 16 janvier 2001, D. 2001. 1913, 28 juin 2001.

الخبرة الفنية يمكن أن تكون دليل اثبات لوقوع الضرر الحاصل بجسم المريض.و لكن لا يكفي وقوع الضرر للقول بمسؤولية الطبيب، و إنما لابد علاقة السببية بينهما و هذا ما سنوضحه.

الفـــــرع الثـــــالـث

عـلاقــة السببية بين الخطأ و الضــرر

علاقة السببية تعني قيام علاقة مباشرة بين الخطأ و الضرر أي بين خطأ المسؤول و الضرر الذي لحق المضرور، فهي ركن مستقل عن الخطأ.
فقد يوجد ضرر بفعل لا يعتبر خطأ، فالسببية متى انفصلت عن الخطأ فإنها تتصل بالضرر، فهما أمران متلازمان.و حيث تنعدم ينعدم في الوقت ذاته الضرر.و أن قيام السبب الأجنبي يعدم علاقة السببية و الضرر معا،[100] و هذا ما أكدته المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

البحث عن مدى توافر الرابطة السببية أمر صعب في مجال ا الطبيب، إذ تضع على عاتق الطبيب عبئا ثقيلا جدا في استخلاصها من ملابسات و ظروف كل حالة و ملابساتها، و لهذا فهو يستعين بالخبرة الفنية لاستقصاء هذه الرابطة حتى لا يتسرع، و يقع في افتراض قرائن لا تتفق و الحقائق العلمية المستقر عليها طبيا.
و قد تتداخل عوامل و أسباب عديدة في إحداث الضرر بمناسبة العلاج الطبي و يكون الخطأ فيها من الغير أو من المريض نفسه أو بحادث فجائي؛ فالأول و الثالث (الغير و الحادث الفجائي)، تنتفي معهما علاقة السببية، و تنعدم المسؤلية عن الطبيب.أما خطأ المريض نفسه، إذا كان لوحده تنتفي علاقة السببية، أما اذا اشترك خطأه مع المسؤول فإنهما يشتركان في المسؤولية، و يؤدي ذلك إلى انتقاض التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض.[101]
و قد أخذ القضاء الفرنسي بالمسؤولية المشتركة بين الطبيب و خطأ المريض نفسه للقضاء بالمسؤولية المدنية التعاقدية للطبيب عندما عرض نفسه المريض، للخطر نتيجة مغادرته بدون إكمال علاجه.[102]

أما عن إثبات علاقة السببية، فإنه طبقا للقواعد العامة يقع على مدعي التعويض، الذي عليه أن يثبت كل أركان المسؤولية الطبية.و على الطبيب أن ينفي المسؤولية عنه، بإقامة الدليل أن الضرر حصل نتيجة لسبب آخر أجنبي عنه.[103]و استخلاص علاقة السببية بين الخطأ و الضرر من مسائل الواقع من اختصاص قاضي الموضوع، و لا رقابة للمحكمة العليا عليها في الجزائر.و في فرنسا لا رقابة عليها من محكمة النقص.
إلا أن المحكمة النقص كان لها موقف لتراقب مدى تطبيق القاضي للقانون ضد قرار محكمة الإستئناف Saint-Denis، بذكرها في حيثياتها، أنه من الواضح أن استئصال البظر (clitoris).إذا كان لا يحدث اضطراب لوظيفة الإنجاب فله علاقة عضوية جنسية، و بدون أن يشهد الطبيب على ذلك، بمجرد أنه لا يمكن مباشر الاستمتاع الذي يعتبر من صور الضرر الجنسي، و تكون البرودة التي تسبب فيها الغير ضرر قانوني قابل للإصلاح، حتى و لو كان يصعب اثباته و تقويمه.و يمكن لزوجها أو عشيرها أن يطالب اصلاح ضرر الذي أصابه من جراء زوجته من باب العفة التي تستوجب التعويض.[104]

و قد عرضت قضية على القضاء الإداري بفرنسا، ادعت فيها سيدة أنها فقدت بصفة نهائية قدرتها على الإنجاب، و عدم تأكدها من قدرتها الجنسية، بعد أن أجريت لها جراحة بهدف تغيير جنسها من ذكر إلى

---

[100] مقدم السعيد، المرجع السابق، ص.45-46.
[101] أنظر،عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.346 إلى 348.
محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.116.
[102] Voir, Alexandre dumey, responsabilité médicale, faute du patient et aggravation du dommage, D.2008, n°18, p.1256.
[103] مقدم السعيد، المرجع السابق، ص.54.
[104] Voir, Cass Crim, 14 juin 1990 cité par Bruno Py, Op.Cit, p.16-17.

أنثى بتاريخ 7 مارس 2001 بالمستشفى الجامعي بتولوز و طالبت بتمكينها من تعويض عن هذا الضرر الذي أصابها فاستجابت لها المحكمة الإدارية بتاريخ 8 ديسمبر 2009 و مكنتها من تعويض قدره 10500 أورو عن الضرر الحاصل جراء التدخل الجراحي يتحمله المستشفى.

إلا أن بعد استئناف هذا الحكم فإنه ألغي الحكم الإبتدائى الذي أدان المستشفى لتثبته من أنه لم يصدر من الطبيب التابع للمستشفى أي خطأ، و أن هذه مخاطر العملية التي تم اعلام المريضة بها مسبقا من طرف الفريق الطبي المتخصص، الذي كان متابعا لحالتها المرضية.[105] و عليه إثبات عدم وجود خطأ من طرف المستشفى ينفي علاقة السببية، و يبعد المسؤولية الطبية.

و متى توافرت أركان المسؤولية الطبية انعقدت مسؤولية الطبية المدنية، ويسأل عما لحق المريض من ضرر أو ذويه و بالتضامن في حالة تعدد المسؤولية و يلتزم بالتعويض عن الأضرار حسب طبيعة المسؤولية الملقاة على عاتقه تحضيرية أو عقدية و هذا ما سنحاول التعرض له في المبحث الموالي.

المطـــلب الثـــاني

أثـــر انعقـــاد مسؤولية الطبيب المدنية في حالات تغيير الجنس

إذا ثبت توافر أركان المسؤولية المدنية للطبيب من خطأ و ضرر و علاقة السببية، انعقدت مسؤولية الطبيب، و وجب عليه التعويض عن الضرر الحاصل.
و نظرا لعدم وجود نصوص خاصة بتغيير الجنس، فإن الأمر يتطلب الاحتكام للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، طبقا لأحكام المادة 124 من القانون الجزائري المعدلة سنة 2005 التي على ما يلي:"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم متى كان سببا في حدوثه بالتعويض".فالأصل في التعويض عن الضرر أن يكون على قدر الضرر الحاصل بقصد إعادة التوازن الذي اختل، نتيجة لذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول الضرر، و لا يتحقق ذلك إلا بإلزام المسؤول عن حدوث الضرر بخطئه بدفع تعويض للمضرور، يكون كافيا لإصلاح الضرر الحاصل.[106]

أما المشرع المصري فقد نظم أحكام التعويض عن العمل غير المشرع بنصوص المواد 170، 221، 222 من القانون المدني المصري.[107]
و لهذا سنتطرق لأهم ما يتعلق بالجزاء المترتب على قيام مسؤولية الطبيب المدنية من الوقت الذي يأخذ بعين الاعتبار لتقدير التعويض، و طرق تعويض الضرر الجسدي في تغيير الجنس (الفرع الأول)، و كذا أطراف التعويض عن الضرر (صاحب الحق و الملتزم بالتعويض) (الفرع الثاني)

الفـــــــــرع الأول

تقـــديـــــر التعـــويـــض

من الصعب تقدير التعويض في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، بالأخص في حالات تغيير الجنس نظرا لخصوصية الضرر الحاصل للمريض و تغيير وقت رفع الدعوى و وقت الحكم فيها.

و المبدأ العام في تقدير المسؤولية التقصيرية تكون عن الضرر المادي أو المعنوي سواء كان متوقعا أم غير متوقع ما دام كان محققا. أما في المسؤولية العقدية يقتصر التعويض عن الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد و هذا ما أكدته المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري.

---

[105] Voir, Arrêt 21 Décembre 2010, n°10BX00419, inédit au recueil Lebon, Op.Cit, sur lextenso.fr
[106] حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.209-210.
[107] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.568.

و تنص المادة 183 من ذات القانون أن التعويض إذا لم يكن مقدار في العقد أو في اتفاق لاحق فإن للقاضي سلطة جوازية لتقدير التعويض.
و من العناصر التي يتكون منها تقدير التعويض ما نصت عليه المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري، و هي أن يشمل التعويض ما لحق من خسارة، و ما فاته من كسب.و يرجع تقدير التعويض للقاضي مراعيا في ذلك، الظروف الملابسة الخاصة بالمريض طبقا للمادة 131 من القانون المدني الجزائري، و تقابلها المادة 170 من القانون المدني المصري.
إن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، مهما كان الخطأ جسيما، إذ لا يجب أن يزيد عن الضرر المباشر.(و هذا ما يميز التعويض المدني عن العقوبة الجزائية).[108]
إلا أن الملاحظ عمليا، أن القاضي عادة ما يأخذ في الاعتبار جسامة الخطأ، عند تقدير التعويض منجرا وراء نفسيته أو يتأثر بظروف المسؤول رغم أن هذا مخالف للقانون، فيتساهل أو يتشدد في المسؤولية، دون أن يراعي جسامة الضرر الذي أصاب المريض.و الأصل أن يتم تقدير الضرر، وفقا لمعيار شخصي ينظر فيه إلى ما ترتب على الاعتداء من أضرار أصابت المضرور نفسه، حسب ظروفه الشخصية و بالذات طبيعة عمله.و الأصل أن ينظر إلى الآثار المالية للمساس الجسدي، و هي تختلف من إنسان لآخر وفقا لظروفه الشخصية.[109]
فالتعويض الجابر للضرر جبرا عادلا، ينبغي أن يراعي في تقديره الأضرار الناتجة عن فقد القدرة على العمل أو الحد منها، و كذا تكاليف العلاج و خسارة الأجر و الفرص المالية، التي كانت متاحة للمضرور لو لم يحصل له الضرر الجسدي، و كذا الآلام النفسية التي أصابته .
و تقدير القاضي للتعويض، تخضع لسلطته التقديرية التي لا رقابة عليها من المحكمة العليا.و لكن عليه أن يحدد عناصر التي اعتمد عليها التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، باعتبارها أنها من قبيل التكييف القانوني للواقع .[110]

أولا : وقت تقدير التعويض

باعتبارها أن الضرر قد يتغير بالزيارة أو النقصان، و أن المسؤولية عن الضرر لا يسأل إلا الضرر الذي أحدثه بخطئه.
و ينشأ الحق في التعويض في المسؤولية العقدية، من الوقت الذي فيه إخلال المدين بإلتزامه، و بعد إعذاره قانونا عن تأخره في تنفيذ التزامه، و يقدر التعويض عما لحق الدائن من ضرر وقت ثبوت عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو من وقت تنفيذه جزئيا.و العبرة في تقديره يوم صدوره الحكم.

أما في المسؤولية التقصيرية، فإن حق التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر، و أن العبرة في تقديره تكون يوم صدور الحكم.[111]
و إذا لم يستطع القاضي وقت الحكم تحديد مقدار التعويض بصفة نهائية، جاز له أن يحفظ حق المضرور للمطالبة بحقه خلال مدة يحددها الحكم لتقدير التعويض.إذا قد يتصور إستعانة القاضي بخبير طبي لإثبات وقوع ضرر بخطأ من الطبيب الذي أجرى جراحة تغيير الجنس، كما حدث لأحد الراغبين في جنسهم لأنثى الذي اتجه لقسم المسالك البولية في المستشفى العام، لغرض تغيير الجنس، و باشر الطبيب الجراحة و قام باستئصال أعضائه الذكورية تم توقف عن العلاج بناء على أمر من المستشفى لأنه قام بالجراحة بصفة مستعجلة و لم يكمل إعادة بناء الجسد الأنثوي، مما سبب للمريض ضرر جسدي فقد فيه أعضائه الذكورية و لم يعاد بناء الأعضاء الأنثوية.مما جعله يصاب بخصاء من جانبين (castration bilatérale)، لا هو بذكر و لا بأنثى.فإن تقدير التعويض يتوقف على اثبات الخطأ الذي ينسب إلى

[108] مقدم السعيد، المرجع السابق، ص.197.
[109] أحمد السعيد شرف الدين، إنتقال الحق..، المرجع السابق، ص.29.
[110] أحمد السعيد شرف الدين، إنتقال الحق...، المرجع السابق، ص.34.
حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص.213.
[111] مقدم السعيد، المرجع السابق، ص.203.

الطبيب و كذا إلى تحديد مقدار الضرر الذي أصاب المريض و كذا علاقة السببية. و هذا ما جعل المغير لجنسه عند رفعه لدعوى التعويض، فإن القاضي الإستعجالي عين خبيرا فنيا، و أسند له مهام لإثبات أركان المسؤولية.و من تم فإن حق المضرور، سيبقى محفوظا إلى حين إيداع الخبير خبرته.[112] بمعنى أن القاضي له أن يقضي بتعويض مسبق مؤقت، و لكن الفصل فيه بصفة نهائية سيكون في الوقت المحدد في الحكم.و هذا ما هو جارى عليه العمل قضائيا طبقا للمبادئ العامة في القانون.
و يظل حق المضرور في التعويض جبرا لما أصابه من ضرر ناتج عن خطأ المسؤول إلى حين صدور حكم نهائي بالتعويض، و يأخذ بعين الاعتبار ما طرأ على عناصر الضرر من تغيير.[113]

إذا كان عن الناحية النظرية يتعين أن يشمل التعويض كل عناصر الضرر وقت صدور الحكم، إلا أنه يجب ألا يعوض الضرر مرتين من الناحية العلمية، حين ينظر للميزة الجسدية في ذاتها و إلى نتائجها.
إذا كان الأصل النظر إلى حالة المضرور عند تقدير الضرر، ليس من الناحية المهنية و لكن أيضا إلى مظاهر حياته الشخصية و العائلية، و العاطفية و الاجتماعية، و الثقافية، فإنه يستحسن عند تقدير التعويض على أساس وحدة شخص الإنسان و الترابط بين مختلف أنشطته.لأن الفصل بين عناصر الضرر و منح المضرور تعويضا عن كل عنصر يؤدي إلى تعويض الضرر مرتين.
و لتفادي ذلك يمكن الحكم بتعويض جملة واحدة يشمل التعويض في كل عناصره، بعد ما يناقش كل عنصر على حدة في مدى أحقيته أم لا.[114]
و هذا ما أخذ به فعل القضاء الفرنسي، عندما عرضت عليه الدعوى المرفوعة من قبل شخص، كان يعاني من اضطرابات نفسية إلى أن طالب بتغيير جنسه في غياب اضطراب لهوية النوع و خضع لعلاج نفسي لمدة قصيرة تم علاج هرموني جراحي.و بخطأ في التشخيص من الطبيب النفسي الذي اتبعه فيه الطبيب الجراح و وصف علاج هرموني للمريض، و بعد خبرة طبية أمر بها القاضي اتضح له أن المريض لم يصب حاليا (وقت صدور الحكم) بأي تشوه جسدي أو مرفولوجي، و إنما فقط زيادة وزنه ناتج من الأدوية التي تناولها، و أن العلاج الذي تناوله في بداية لتحوله الجسدي بدون دواع سبب للمريض ضرر معنوي ناتج من معاناة نفسية و اضطرابات في ظروف التواجد سيتم إصلاحها (أي أن تقدير التعويض سيكون من يوم صدور هذا الحكم) بمبلغ إجمالي يقدر ب 1000 أورو.[115]

و هذا ما يبين أن العبرة في وقت تحديد التعويض، من طرف القضاء الفرنسي في مجال الأخطاء الناتجة عن مرض تغيير الجنس أيضا يؤخذ بها وقت صدور الحكم.و أنه لا يعوض مرتين و إنما حدد عناصر التعويض و قضى بمبلغ اجمالي لتفادي التعويض مرتين عن الضرر.

ثـــانيـــا: طـــرق تعـــويض الضـــرر

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 132 من القانون المدني على ما يلي:"يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين، إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.
و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف، و بناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم، و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشرع". و ذات النص تقابله المادة 171 مدني مصري .
و بناء على ذلك أن المشرع خول للقاضي سلطة تعيين التعويض الذي يراه ملائما لجبر الضرر حسب الظروف.و التعويض (réparation) إما أن يكون نقديا، أو عينيا.

---

[112] Voir, T.G.I Lille, 16-01-2001, Op.Cit, D.2001, p.1913.
[113] أنظر، مقدم السعيد، المرجع السابق، ص.209-211.
[114] أنظر، أحمد السعيد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر..، المرجع السابق، ص.33.
[115] Voir, Cour d'appel Administratif 03-07-2007, inédit au recueil Lebon, Op.Cit, sur lextenso.fr

فالتعويض النقدي: يكون في المسؤولية التقصيرية، و التعاقدية و هو أن يكون التعويض بمقابل أي مبلغا من النقود يكون في صورة مبلغ إجمالي يعطى دفعة واحدة أو على أقساط محددة أو بإيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة يمنح للمتضرر وفقا لما تقضى به المحكمة جبرا للضرر المادي و الضرر المعنوي.[116]

أما التعويض العيني؛ فهو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، متى كان ذلك ممكنا.و لكن في هذا الصدد **نحن نتفق** مع الرأي القائل بأنه **من المستحيل** في حالة الخطأ الطبي في عمليات تغيير الجنس، الحكم بتعويض عيني، أي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه،[117] لأنه إذا فقد المغير لجنسه الخصائص التناسلية لأعضائه الأصلية و أصابه تشوه.و تم استئصال الأعضاء الخاصة بالإنجاب، فإنه لا يمكن بأي حال أن تعود الأمور إلى ما كانت عليه.لأنه يكون المريض قد فقد قدرته على الإنجاب الطبيعي، و قدرته على الزواج و ممارسة علاقات جنسية مع زوجته، و هذه الأمور و إن كانت محتملة إذا قد لا يتزوج المرء أصلا أو لا يكون بطبيعته قادر على الإنجاب.و لكن مع ذلك فإن الضرر محقق الوجود مستقبلا.و يجوز التعويض عن هذه الأمور نقدا لا عينا.

الفـــــــــرع الثـــــانـــــي

أطـــراف التعـــويض عـــن الضـــرر

يقصد بأطراف التعويض عن الضرر، أصحاب الحق في التعويض عن الضرر و كذا المسؤولين عن الضرر إن تعددوا.

1/المسؤولين عن الضرر:نصت المادة 126 من القانون المدني الجزائري على أنه:"إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولين فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض". و هي ذات المادة 169 المنصوص عليها في القانون المدني مصري.

و من هذا النص يتضح أن تعدد المسؤولين عن التعويض، يعني أن الالتزام بالتعويض ينسب إلى أشخاص متعددين، و لو لم يثبت الخطأ إلا على أحدهم، كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

و يعد المسؤولين متضامنين فيما بينهم في مواجهة من له الحق في التعويض، أيا كان أساس مسؤوليتهم، و يستطيع المضرور أن يرجع على أي منهم بكامل مبلغ التعويض.و إذا استوفى حقه من أحدهم برئت ذمة الآخرين في مواجهته طبقا للمادة 222 من القانون المدني الجزائري.

و يجد تطبيق هذه النصوص له مكانة مهمة في مجال جراحة تغيير الجنس لأسباب عضوية أو نفسية، لأن هذه الجراحات و المتابعة في مراحل العلاج، تتم بمرافقة من الطبيب النفسي و فريق طبي متعدد الإختصاصات.و تتم مشاورات مستمرة و متابعة للمريض خلال فترة اختبار العيش اجتماعيا التي لا تقل عن السنتين، و لا ينفرد الطبيب النفسي باتخاذ قرار إجراء الجراحة لوحده، و إنما حتى لو اتخذ هذا القرار فإن الأطباء الجراحين لا يجب أن ينجروا وراء رأيه و إنما من حقهم أن يطلبوا فحصا شاملا، للتأكد من وجود أعراض مرض اللاارتياح في النوع، و عدم اختلاطه مع أمراض نفسية مشابهة، لا علاقة لها باضطراب الهوية الجنسية.مثلما حدث في القضية التي سبق و أن عرضنا تفاصيلها و صدر فيها قرار بتاريخ 03 جويلية 2007.[118]

خطأ الطبيب النفسي في التشخيص ترتب علية خطأ من الفريق الطبي في اختيار العلاج المناسب و تناول المريض جرعات من الهرمونات بدون دواع أصابته بضرر معنوي.و حملت المحكمة المستشفى المسؤولية (مسؤولية التابع عن اعمال المتبوع و هو الفريق الطبي) و كذلك الطبيب النفسي الذي كان تابعا لمركز العلاج النفسي، و ألزمت المستشفى بدفعها لمبلغ تعويض نقدا.

---

[116] مقدم السعيد، المرجع السابق، ص.184.
السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات..، المرجع السابق، ص.442.

[117] محمد أنس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص.571.

[118] Voir, Cour d'appel Administratif 03-07-2007, inédit au recueil Lebon, Op.Cit, sur lextenso.fr

2/ أصحاب الحق في التعويض عن الضرر .
أما بالنسبة لأصحاب الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن العلاج مرض تغيير الجنس.فإنه بالرجوع الى القواعد العامة أن التعويض عن الضرر هو حق ثابث للمضرور نفسه و يجوز أن ينتقل الحق في التعويض عن الأضرار الجسدية إلى أشخاص آخرين عن المضرور، سواء تعلق التعويض بضرر مادي أو معنوي.
و الأصل أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي في مظهره المادي إلى و رثة المضرور، سواء نتج هذا الضرر عن مجرد الإصابة الجسدية أو عن الموت.و في الحالة الأخيرة "موت المضرور" فإن دعوى التعويض تعتبر عنصرا من عناصر تركه المضرور التي تنتقل بوفاته إلى ورثته، شرط أن يكون المضرور أظهر ارادته في المطالبة بالتعويض قبل وفاته.أما اذا توفي قبل رفع دعوى التعويض بنوعيها فلا يمكن لورثته أن يطالب بأي حق متعلق بهذا التعويض، لأنه حق شخصي متوقف على مطالبة صاحبه به.[119]
أما عن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي.إذا اعتبرناه أنه حق شخصي فلا يجوز انتقاله للورثة إلا اذا طالب به المضرور قبل وفاته، و إذا نظرنا إليه بطابعه المالي (و هو حرمان الورثة من النفقة) كان على الوارث أن يحصل عليه و يطالب المسؤول.[120] فالمشرع المصري يعتبره طبقا للمادة 1/222 مدني ذو طابع شخصي.
أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد سكت عن الأمر، و من تم يمكن اختيار أحد الأمرين إما اعتبار التعويض عن الضرر المعنوي حق شخصي أو حق مالي و نطبق النتائج السابقة الذكر.
و بتطبيق ما سبق فيمكن القول أنه بإمكان الزوجة و أولاد المغير لجنسه النفسي المطالبة بتعويضهم عما لحقهم من ضرر، جراء موت الزوج طالما استحقا النفقة و توافرت الشروط القانونية.
بالنسبة لزوجة المصحح لجنسه الذي أصبح غير قادر على ممارسة علاقاته الجنسية بصورة طبيعية و حرم من التمتع بمباهج الحياة، و أصاب زوجته هذا الضرر أيضا و من حقها مطالبة الطبيب المسؤول عن ذلك بتعويضها عما لحقها من ضرر جنسي.[121]
أما بالنسبة للتشريعات التي اعترفت بتغيير الجنس لأسباب نفسية و أجازت الزواج من نفس الجنس مثل فرنسا منذ (2013) فإنه إذا كان أحد الزوجين مغيرا لجنسه، و أصيب بضرر جراء عمليات تغيير الجنس بخطأ من الطبيب و تثبت مسؤولية عنه، تكون أمام أمرين :
1-إما أن تكون الزوجة عالمة بتغيير جنس زوجها، و رضيت بذلك فلا يحق لها المطالبة بالتعويض عن أي ضرر طبقا لقاعدة ليس لمن رضي بأمر مختار أن يتضرر منه.
2-إما أن تكون الزوجة غير عاملة بتغيير جنس زوجها، لأنه أخفى الأمر عنها، فإما أن ترفع دعوى تفريق لوقوعها في غلط في الصفة جوهرية في العقد .
و هنا لا ينتقل لها الحق في التعويض عن الخطأ الطبي، و إنما تطالب زوجها بتعويضها بخطأ منه لإخفاء حقيقته الجنسية عنها.أو أن ترضى بزواجها و يتحول الى زواج من نفس النوع البيولوجي، في الدول التي تجيز هذا الزواج، و هنا أيضا لها الحق في طلب تعويضها عن الضرر المادي الذي يصيبها جزاء حرمانها من حق النفقة باعتباره كان المعيل لها، و إصابته نتيجة الخطأ الطبي انقصت من قدراته على العمل.
كل هذه الأمور قد تكون مبنية على افتراضات و احتمالات لمشاكل عملية قد تطرح نتيجة الأخطاء الطبية في حالات تغيير الجنس، و لا يمكننا أن نتصور جميع الإشكالات التي يمكن أن تطرح خاصة، و أن هذه الحالات لم تطرح على الساحة القانونية في بلدنا.و لذلك نتمنى أن نكون لم نتجاوز الخطوط الحمراء بهذا النقاش الفضفاض و الذي أجبنا فيه على افتراضات، إلا و طرحت احتمالات فرعية أخرى نظرا لتشعبه، و حاولنا أن تكون حلولنا بناء على ما وصل إليه القضاء الفرنسي السابق، في هذا المجال مع إيجاد ضوابط تحكمها شريعتنا.

و نطلب من الله التوفيق.

---

[119] أحمد السعيد شرف الدين، انتقال الحق..، المرجع السابق، ص.73-74.
[120] أحمد السعيد شرف الدين، انتقال الحق..، المرجع السابق، ص.118.
[121] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.163.

خـــــــــــاتـمـــــــــــــة:

من خلال الخوض في جمع الأحكام القانونية المتعلقة بتغيير الجنس، فقد توصلنا إلى جملة من النتائج التي وقفنا عليها عند تحليل النقاط و المواضيع التي تضمنها الموضوع محل الدراسة، و التي تتطلب منا ذكرها حسب الترتيب المنهجي الذي اتبعناه في كتابة هذه الأطروحة، و ذلك تباعا :

إن الله تعالى خلق الجنس البشري من نوعين الذكر و الأنثى، و خص كلا منهما بصفات و قدرات تميزه عن الآخر، و جعلهما يكملان بعضهما البعض من أجل وقوع التناسل و إنجاب أبناء يعمرون هذه الأرض.كما جعل جسم الإنسان معصوم لا يمكن العبث به، و لا يجوز للشخص التصرف فيه بإرادته الحرة، و بدون دواع لذلك بدون إلتزام الحدود التي رسمها المولى عز وجل.إلا أنه يمكن ولادة بعض الأشخاص و هم مصابين بغموض جنسي أو تشوه في الأعضاء التناسلية، و لم يتضح إنتماؤهم نحو الذكورة أو الأنوثة، مما يتطلب تدخل الأطباء ذوي الإختصاص لإجراء الفحوصات اللازمة و تقرير الجنس الراجح طبيا حسب المعايير المعتمدة لتحديد الجنس.

إلا أنه بالمقابل فإن هذه المعايير المحددة للجنس قد لا تتطابق فيما بينها للتمكن من الإعتراف القانوني بجنس الفرد. إذ قد نجد أن هناك فئة من الأشخاص لديهم جنس ظاهري محدد بيولوجيا و وراثيا، إلا أن جنسهم النفسي أو النفسي الاجتماعي مختلف عنه.و ما توصلنا إليه أن هناك بحوث علمية في طور الإكتشاف أشارت عن وجود جنس في المخ الذي يشير لوجود إختلافات جنسية بين المخ و الأعضاء التناسلية للشخص مما يجعله يحس بإضطراب في هويته، و يتولد لديه رغبة في تغيير جنسه لأسباب نفسية، يصل لحد إستئصاله لأعضائه التناسلية بنفسه أو بواسطة الجراحة، و يطلب من القانون الإعتراف بجنسه الجديد قانونيا، بحصوله على وثائق للحالة المدنية مطابقة لحالته الجنسية الجديدة.و لو ثبتت علميا و بطريقة مؤكدة، وجود جنس في المخ لأدت لتغيير المفاهيم العلمية و القانونية للجنس، و لأدت إلى التعامل مع أعراض تغيير الجنس بطريقة مختلفة.

و قد حاولنا البحث عن تفسير علمي و طبي لأسباب مرض تغيير الجنس الذي ظهرت أعراضه منذ القدم إلا أنه لم يكشف عنه في الساحة القانونية إلا مؤخرا عندما أصبح الحاملين لأعراض هذا المرض يطالبون بالإعتراف بهم و بالحقوق المتعلقة بالجنس الذي يرغبون الإنتماء إليه، بالسماح لهم بتغيير بياني النوع و الإسم في سجلات الحالة المدنية، و إصطدموا بمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص.و تبين لنا أن هناك عدة عوامل نفسية، تربوية، إجتماعية و حتى المحيط الأسري و التربية الدينية، لهم أثر في تكوين شخصية الفرد.و من تم في تكوين هويته الجنسية بما يتماشى مع طبيعة خلق الله. و أن أفضل علاج لهذا المرض، هوالعلاج النفسي و التربية الدينية على مبادىء ثابتة، و راسخة تقوم على القيم و الأخلاق الفاضلة و الإبتعاد عن الأمور المنبوذة شرعا.

و قد تبين لنا من خلال البحث في هذا الموضوع أنه قد يختلط مع حالات مرضية أخرى كالتشبه بالجنس الآخر، و المثلية، المرض العقلي إلا أننا توصلنا هناك إختلاف جوهري عنهم يكمن بالأخص في أن هذه الحالات المشابهة له المصابين بها لا يرغبون في إستئصال أعضائهم التناسلية بالجراحة. و بالمقابل هناك بعض الأعمال الطبية تحدث في الوسط الطبي و تتطلب إستئصال الأعضاء التناسلية و فقد وظيفة الإنجاب و التناسل مثل التعقيم، الخصاء، عمليات زرع الأعضاء و غيرها. إلا أنها تختلف عن حقيقة مرض تغيير الجنس.إذ وقع النقاش و الجدل حول مشروعية هذا العمل الطبي.فبينما وقع الإتفاق على مشروعية تلك الأعمال الطبية الهادفة لتصحيح جنس الشخص الذي شابه غموض جنسي، على أساس توافر قصد العلاج لإزالة الالتباس و تحديد جنس الشخص، لتتحدد حقوقه و واجباته في المجتمع، و ذلك بإجراء جراحة تصليحية للعيوب الخلقية التي يعاني منها المصاب بإزدواج جنسي عضوي. و عليه فهي لا تهدف إلى تغيير جنس الفرد و إنما إلى تحديده بعدما كان غامضا.
أما إذا تعلق الأمر بتغيير الجنس لوجود إزدواج جنسي نفسي، فإن الأمر اختلف حسب مفهوم قصد العلاج اللازم لإباحة العمل الطبي في هذه الحالة، فبينما أعطى البعض له مفهوما موسعا ليشمل علاج الآلام

البدنية و النفسية التي يصاب بها الفرد.و من تم إعتبر أن الأعمال الطبية الهادفة لتغيير الجنس يتوافر فيها قصد العلاج و تدخل في دائرة الإباحة طالما كانت تهدف للمحافظة على السلامة الجسدية.
و إستند رأي آخر أن تغيير الشخص لجنسه لا تتوافر فيه ضرورة علاجية لأن التغيير يتطلب إذن المجتمع و رغم ذلك فقد توصلنا إلى إستنتاج أن مفهوم قصد العلاج قد توسع ليشمل الراحة النفسية للمريض أو مصلحة المريض يمكن أن تكون نفسي و كذلك جسديا، معنويا و جسمانيا. و بهذا فلا يجب الوقوف في هذا الجدل الفقهي القانوني بصفة منعزلة عن المعطيات، و التقدم الطبي و إنما المفروض هو إعطاء الكلمة للطب لتوضيح طبيعة المرض و فتح باب النقاش بين أهل الطب و القانون معا. إذ لا يمكن الوصول إلى حلول في دائرة مفرغة لا يجتمع فيها أهل الإختصاص من جميع المجالات.
و لهذا فلا يمكننا القول أن جراحات تغيير الجنس لأسباب نفسية إذا كانت علاجية أم لا مادام أن الأمر يتعلق بمرض لم تعرف أسبابه بالتحديد لحد اليوم، و مادام هؤلاء المغيرين لجنسهم يتملكهم هذا الشعور الراسخ بأنهم ولدوا في الجنس الخطأ، و لا يمكن غلق باب النقاش برأي حازم لأننا لا يمكن أن نحس بما يشعر به هؤلاء، و إنما المفروض أن تتظافر جهود الأطباء و رجال القانون و علماء النفس لإيجاد حلول معتدلة لعلاج هؤلاء دون أن نضع الحواجز التي لا تجد نفعا، لأنهم سيضطرون إلى الرحيل إلى بلد يجيز مثل هذه الجراحة و سيقع المحظور. و لهذا فالحظر لوحده لا يكفي و إنما لابد من إيجاد حلول طبية لعلاج هذه الحالات المرضية.

و لهذا إتجه القانون الطبي بفرنسا مؤخرا إلى تعديل عبارة الهدف العلاجي و إستبدالها بالهدف الطبي و لاشك أن المدلولين و إن إقتربا في العمل الطبي إلا أن الإختلاف موجود بينهما. و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن الأطباء يبحثون عن علاج للعلل تحقيقا لمصلحة الفرد و المجتمع معا.

و المطلوب في العمل الطبي أن يتم من طرف طبيب مرخص له قانونا بذلك و إلا إعتبر مرتكب لجريمة الممارسة غير الشرعية للمهنة. و هو نفس الأمر المطلوب في الفريق الطبي المتعدد الإختصاصات الذي سيجري الجراحة في حالتي تغيير الجنس، و إستنتجنا من خلال هذا البحث أن الهدف من الفريق الطبي هو التشاور الطبي حول مدى توافر أعراض تغيير الجنس و إتخاذ قرار جماعي لإجراء الجراحة أم لا إذا توافرت بشروطها لإزالة الغموض الجنسي أو إزالة الآلام النفسية القهرية التي يعاني منها المريض و ذلك بإتباعهما الأصول العلمية المستقرة طبيا، و بعد الحصول على موافقة المريض على طريقة علاجه. و توصلنا أن حساسية هذه الحالات المرضية تطلبت نوع من الخصوصية في التدخل الطبي الذي لا يقبل التعجل في إتخاذ قرار الجراحة و لا يمكن تصور معه توافر حالة الإستعجال و إنما يتطلب متابعة المريض لفترة طويلة للتأكد من رغبته في العيش على أنه شخص من الجنس المقابل و إعطائه فترة سنتين لتجربة التصرف إجتماعيا على أنه من أفراد الجنس الذي يريد التحول إليه.

و لا يمكن جعل قرار العلاج بيد طبيب واحد في إختصاص معين إنما لابد من أخذ رأي أكثر من طبيب في أكثر من إختصاص له علاقة بالمرض الجنسي النفسي و هذا لمحاولة إيجاد نوع من التقارب بين البناء العضوي و النفسي لجسم الإنسان لإرتباطهما بهدف شفاء المريض.

فإذا كان العمل الطبي في حالات تغيير الجنس توافرت شروطه و ضوابطه، فإن الأمر يتطلب تأطير قانوني لمثل هذه التدخلات الطبية لمساسها بعضو حساس في جسم الإنسان و تعطيل وظيفة أساسية للأعضاء التناسلية، و هي وظيفة الإنجاب و التناسل.و لذلك بحثنا في المجال التشريعي لمختلف الدول فمنها من حظرت هذه الجراحات، و منها من إجازتها سواء نصوص صريحة أو ضمنية أو بالقياس. و منها من لم تبين تشريعيا موقفها من هذه الأعمال الطبية، فنجد أن الدول التي أصدرت تشريعات قديما نذكر كل من السويد سنة 1972 و عدلته 1980، ألمانيا سنة 1980، إيطاليا 1982، كذلك دول الأراضي المنخفضة منها هولندا سنة 1985، تركيا سنة 1988.و قد إعترفت هذه الدول بعمليات تغيير الجنس إلا أنها سجلت إختلافا و تباينا في شروط و ضوابط هذه العمليات، و هذا ما يعكس بعض التخوف من آثار هذه الجراحة.

بالمقابل هناك بعض الدول لم تصدر تشريعا منذ البداية و إنما إكتفت بإلغاء الوصف التجريمي على هذه الأعمال الطبية و لم تتدخل بنصوص صريحة إلا مؤخرا بنصوص حديثة منها؛ بريطانيا بقانون سنة 2004 دخل حيز التنفيذ سنة 2005، و إسبانيا أصدرت تشريع سنة 2006 دخل حيز التنفيذ سنة 2007، و بلجيكا سنة 2007، أما ليتوانيا فهي في طور تبني تشريع سنة 2007.
في حين هناك من الدول من رفضت التدخل تشريعيا في هذا المجال و إكتفت لترك المجال أمام الإجتهاد القضائي نذكر منها البرتغال، إكسمبورغ، سويسرا، و فرنسا.و توصلنا أن عدم التدخل تشريعيا في حالات تغيير الجنس، يدل على أن هذه الدول تبدي تخوفا من الموافقة على هذه الأعمال الطبية صراحة، لتأكدها بأن التسليم بهذه العمليات سيترتب عليه آثار جد خطيرة و لا يمكن تحديدها إبتداء، و لم تستطع توقع كل الاحتمالات التي تتصل بهذه الحالات المرضية، و لهذا تركت القاضي يجتهد في كل حالة تعرض عليه، فيكون بذلك قاضيا و مشرعا في نفس الوقت، و هو ثقل على عاتقه. و هذا ما إنعكس على الواقع القضائي، فكانت مواقف القضاء الأجنبي و بالأخص فرنسا، تختلف من جهة قضائية إلى أخرى و من مرحلة زمنية إلى أخرى.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فلم نعثر على أي تشريع يتناول الموضوع لا بالحظر لا بالإجازة.و هذا ما إضطرنا للبحث في القواعد العامة للقانون المتعلقة بالمساس بجسم الإنسان، و القياس عليها أحيانا للوصول إلى حكم يتفق مع الغاية من هذه الأعمال الطبية بالحظر أو الإباحة.

و من خلال التعرض لموقف الفقهاء سواء القانونيين أو تبعا لأحكام الشريعة الإسلامية إتضح لنا أنهما إنقسما إلى إتجاهين :
أحدهما؛ أجاز هذه الأعمال الطبية لتحقيق التكامل الجسدي، و هذا بإعتمادهم على الجنس النفسي و النفسي الإجتماعي، و قاموا بالإعتماد عليه لتحقيق التوافق بين ما يشعر به الشخص و ما هو عليه، و محاولة إزالة التعارض بينهما لتحقيق الشفاء من العلل التي يهدف لها التدخل الجراحي في مثل هذه الجراحات.
و الآخر؛ رفض الإعتراف بمشروعيتها لعدم توافر قصد العلاج، بإعتبارها تجعل الفرد لا يعتبر ذكر كامل الذكورة و لا أنثى كاملة الأنوثة لأن التغيير الحاصل مجرد تغيير شكلي بمظاهر كاذبة، ترتب عليها فقد الشخص أعضائه التناسلية دون أن يكتشب الخصائص الطبيعية للجنس الآخر و من تم قرروا عدم التسليم بالجراحة و لا بما يترتب عليها من آثار.

أما الفقه القانوني العربي، فقد تم الإتفاق على مبدأ حظر هذه الأعمال الطبية و عدم الإعتراف بالآثار المترتبة عليها. إعتمادا على ما جاء في الشريعة الإسلامية بإعتبارها الأصل العام و التي إعتبرتها تغييرا لخلق الله تعالى، و لا يتوافر فيها قصد العلاج و لا يمكن الإعتداء برضا المريض لتبرير المساس بأعضائه التناسلية، لأنه لا يمكن تغيير الجنس الوراثي و البيولوجي للفرد، و أن هذه الجراحات بدلا من أنها تعالج المريض فإنها قد تؤدي به إلى الإنتحار بعد الجراحة في كثير من الحالات.

في حين أن القضاء الفرنسي كان متذبذبا في أحكامه و عرف تطورا تدريجيا في مواقفه نتيجة عدم وجود تشريع في الموضوع حول المسألة. و كان في الفترة التي سبقت 11 ديسمبر 1992، قد سجل تعارضا بين قضاة الدرجة الأولى و الثانية و حتى على مستوى محكمة النقض فهو لم يؤكد مشروعية أو عدم مشروعية الجراحة في حد ذاتها. و إنما كانت مواقفه بطريقة غير مباشرة، عندما عرضت عليه طلبات تغيير الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم فأبدى إنقساما واضحا بين؛ اتجاه **رافض** لهذه الدعاوى تأسيسا على عدم توافر قصد العلاج فيها عندما يكون التغيير يعود لأسباب نفسية، و لأن الجراحة و إن فقد فيها خصائص جنسه الأصلي فإنه لم يكتسب خصائص الجنس الذي تحول إليه.و اتجاه آخر **قبل** هذه الدعاوى لتوافر قصد العلاج، و إحتراما لمبدأ الحياة الخاصة.

و لكن سرعان ما تغير موقف القضاء الفرنسي بعد ديسمبر 1992، بعدما تعرضت فرنسا للإدانة من قبل قضاة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.و أصبحت تقبل دعاوى تعديل الإسم و النوع في سجلات الحالة

المدنية و وضعت شروطا قضائية تتسم بالصرامة في البداية؛ من بينها إشتراطها الإستعانة بخبرة طبية لإثبات أعراض تغيير الجنس و عدم رجعية التحول الجنسي.و هو الأمر الذي عارضه المغيرين لجنسهم لأنه يتطلب وقتا طويلا و يكلفهم مصاريف قضائية إضافية هم بغنى عنها.
و بهذا فإنه بعد أخذ رأي السلطة العليا للصحة سنة 2009، قامت وزارة الصحة بإخراج مرض تغيير الجنس من قائمة الأمراض النفسية طويلة الأمد (ALD)، و كان هذا بموجب مرسوم رقم 2010-125 بتاريخ 8 فيفري 2010، المتضمن تعديل ملحق المادةD.322-1 . و كان صدى على الوسط الطبي بحيث إعتبرت فرنسا أول بلد لا يعتبر تغيير الجنس مرض عقلي. و لاشك أن مثل هذا التكييف سيؤثر لاحقا على الوسط القانوني لأنه قد يسمح لزوجة المغير لجنسه أن تطلب الطلاق بخطأ من المغير لجنسه.

أما على المستوى القانوني فقد أصدر وزير العدل و الحريات بفرنسا منشور بتاريخ 14 ماي 2010، الذي أراد بموجبه أن يخفف من الشروط القضائية التي كانت تطلب من المغيرين لجنسهم إلزامية إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي لإثبات عدم رجعية سيرورة التحول الجنسي، و ذلك بإستئصالهم لأعضائهم التناسلية. في حين جهات قضائية أخرى لم تكن تشترط ذلك، الأمر الذي أدى إلى تذبذب مواقف القضاء حول إشتراط خبرة طبية لإثبات حقيقة مرض تغيير الجنس و عدم رجعية التحول.و أخرى تكتفي بمجرد شهادات طبية من أطباء مختصين في المجال.و أن هذا الاختلاف القضائي يحمل نوع من التمييز.
و لهذا بموجب هذا المنشور، تم دعوة أعضاء النيابة العامة لإعطاء رأي موافق لطلبات تغيير الحالة المدنية، بمجرد خضوع المريض لعلاجات هرمونية تؤدي للتحول الجسدي و النفسي بصفة نهائية، يمكن أن تكون مصحوبة عند الإقتضاء بعمليات جراحية تقويمية، و من شأن ذلك إدخال تغيير للجنس بصفة نهائية بدون إشتراط إستئصال الأجهزة التناسلية.و أضافت أنه لا يمكن اللجوء إلى الخبرة القضائية إلا عندما يكون هناك حالة شك جدي حول واقع أعراض تغيير الجنس لدى المدعي.

و في الحقيقة ما إستنتجناه أن تغير الموقف القضاء الفرنسي تجاه هذه الجراحات، كان تحت تأثير الإدانة التي تعرضت لها من المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، و رغم ذلك لازال هناك تذبذب في قضائها حتى بعد ذلك و يعود هذا حسب وجهة نظرنا، إلى أن أسباب هذا المرض لازالت مجهولة لحد اليوم, و أن القضاة غير مقتنعين بالفائدة من تحول الشخص جنسيا. و أن محاولتهم التخفيف من شدة الشروط المفروضة لقبول دعاوى تغيير الجنس ماهو إلا تخوف من تعرضهم لإدانة أخرى من قبل المحكمة الأوربية. و أكثر دليل على ذلك هو عدم التدخل التشريعي في هذا المجال و ترك الأمور للإجتهاد القضائي هو أمر غير مبرر، و دليل على أن هذا التغيير الحاصل في جنس الشخص هو مجرد وهم و تزييف.و لا يمكن بالتسليم القانوني بمثل هذه العمليات التي تعبث بجسم الإنسان و تفقده أهم وظيفة وجدت لأجلها الإنسانية و هي الإنجاب حتى و لو أننا نعلم أن هناك أشخاص ولدوا عقيمين لحكمة إلاهية إلا أنه لا يمكن السماح للفرد أن يكون سببا بإرادته في ذلك، لأن ذلك سيؤدي قريبا إلى فناء هذه البشرية بانقطاع النسل.و هذا ما لا ترضاه أي فطرة بشرية و علينا أن نواجه هذا الخطر بالردع لا بالإجازة تحت ستار الحريات الفردية و مبادئ خيالية تهدم المجتمعات.

أما بالنسبة للقضاء العربي، و أمام الصمت التشريعي فقد سجلنا تباينا بين مواقفه لبعض الدول العربية التي عرضت عليها قضايا بهذا الشأن و التي كان من المنتظر منها أن ترفض الإعتراف بهذه الجراحات تبعا لموقف الفقه القانوني الرافض. إلا أن قضاء بعض الدول، انقسم إلى إتجاهين :
الأول : نجد القضاء المصري إعترف بهذه العمليات التغييرية للجنس لأسباب نفسية في قضية سالي و رتب عليها جميع الآثار الخاصة بالجنس الذي تحول إليه.
نجد أيضا بالمقابل أن القضاء المغربي عرضت عليه قضية تحول جنس و أجازها بحجة أن الأمر يتعلق بخنثى عضوي و لكننا نشك في ذلك إذ أن الواضح أن القضية لم تأخذ نصيبها من النقاش من قبل الفقه القانوني المغربي بما فيه الكفاية.إذ أن الملاحظ أن التقارير الطبية المذكورة في الحكم لا تبين أن الأمر يتعلق بحالة عضوية و إنما يتعلق الأمر بتغيير لأسباب نفسية كما حدث في مصر عندما حاول بعض الأطباء الإدعاء أنه خنثى.و يتطلب الأمر الإطلاع أكثر على تفاصيل القضية للتأكد من ذلك.

الثاني: نذكر فيه القضاء اللبناني و التونسي و الكويتي الذين رفضوا تعديل الحالة المدنية للمغيرين لجنسهم، لعدم توافر الدواعي الخلقية و الجسدية التي تبرر هذه الأعمال الطبية و تعتبر تغييرا لخلق الله، تتم بإرادة ذوي الشأن.

أما بالنسبة لموقف الإسلامي فإنه أخذ موقفا مختلفا، بين حالة الخنثى العضوي و الخنثى النفسي إذ أنه في الحالة الأولى : إعتبر وجود دواعي خلقية و جسدية تجعل الأعمال الطبية سببا مشروعا لإزاله الغموض الجنسي تحقيقا لمصلحة مشروعة تتوافر فيها الضوابط الشرعية المتفقة مع سند الإباحة. و قد صدرت عدة فتاوى إسلامية معاصرة تجيز الجراحة و كذا الإعتراف بالآثار المرتبة عليها.
أما الحالة الثانية : فتمثلت في رفض إجراء جراحات تغيير للجنس لدواع نفسية لعدم توافر الدواعي الخلقية في جسم هذا الشخص التي يسعى فيها إلى إحداث توافق بين ما يحسه نفسيا و بين مظهره الجسدي بتحقيق رغبته في التحول إلى الجنس المقابل لجنسه الأصلي.و في ذلك تمادي على خلق الله و إفساد لبنية الإنسان الذي كرمه الله. و لا يعد ذلك من باب المداواة و إنما مخالفة لأحكام الشريعة و للقواعد العامة فيها منها الضرر يزال مع ضرورة ألا يزال بضرر أشد منه.إذ الثابت أن هذه الجراحات تحدث تغييرات زائفة قد تكون من قبيل التشوه الإداري، و قد تدفع صاحبها إلى الإنتحار لعدم رضائه بوضعيته الجنسية بعد الجراحة عندما يجد نفسه لا يستطيع ممارسة حقه الطبيعي في الإستمتاع الجنسي، و غير قادر أن يكون أبا أو مستقبلا.خاصة إذا لم يسبق له أن تزوج و أنجب أولاد.و لذلك ترى عدم جواز الإعتراف بآثار هذه العمليات و عدم تعديل حالتهم المدنية.

إن إشتراط حصول رضا المريض أو ذويه قبل خضوعه لجراحة تغيير الجنس بحالتيها لا يعني أن المساس بجسمه حق خالص له، فرضائه و إن كان شرطا أساسيا لمشروعية العمل الطبي، و إباحة لعمل الطبيب لعدم مساءلته، إنما
لا يعد أنه حر بدون قيد، و إنما اعتبر أنه في حالات الجراحة لأسباب عضوية، أنه واجب عليه الرضا بالعمل الطبي، لكون العلاج ضروري له لإزالة الإلتباس الجنسي الذي يعاني منه.
و لكن بالمقابل فإنه إذا كانت الجراحات غير مشروعة كما هو الحال في تغيير الجنس لأسباب نفسية، فإنه لا يعتد برضا المريض لإباحة التدخل الطبي في مثل هذه الحالات، الذي يؤدي إلى الإنتقاص من التكامل الجسدي و تعطيل إحدى وظائفه، و بهذا لا يجوز السماح له التلاعب بسلامته الجسدية بناء على رغبته، لأن فيها إخلال بمصلحة المجتمع الذي من حقه الحفاظ على أفراده أصحاء.
و بهذا توصلنا أن رضا المريض في حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية يمس بالنظام العام و الآداب العامة في المجتمع، و هي فكرة تختلف من دولة لأخرى حسب نظامها القانوني.

لابد أن لجوء المريض إلى الطبيب لخضوعه لمختلف مراحل العلاج من أعراض تغيير الجنس سيكون في مستشفى عام أو خاص و من تم يؤدي لنشوء عقد علاج طبي يترتب عليه العديد من الإلتزامات على عاتق الطرفين، التي يترتب على الإخلال بها نشوء مسؤولية الطبيب في كل مرحلة من مراحل العلاج.
و توصلنا إلى أنه رغم التقدم الطبي في عدة مجالات و الذي إستطاع أن يحدث تغييرات ظاهرية لجنس الشخص تجعله يشبه الجنس المقابل، إلا أنه لا يمكن القول بأن التغيير حقيقي و كامل.إذ الثابت طبيا أن الأعضاء المزروعة لا تؤدي وظائفها الجوهرية و لا تجعله قادر على ممارسة علاقاته الجنسية بصفة طبيعية.و ما يمكن قوله أننا استنتجنا أن جراحات تغيير الجنس لأسباب نفسية، لا يمكن التسليم بنجاحها بغض النظر عن مشروعيتها أم لا.و أن الأعضاء التي زود بها المتحول جنسيا ليست طبيعية، و أن إلتزام الفريق الطبي هنا عموما هو مازال إلتزام ببذل عناية و يستحيل على الأطباء تحقيق نتيجة، لأن ذلك فيه تطاول على خلق الله، و تدخل في إرادة الخالق.الأمر الذي لا تجيزه أحكام شريعتنا.
إن الأمر لم يتفق عند حد السماح بإجراء العمليات الجراحية لتغيير الجنس و تعديل بيان الجنس في الحالة المدنية لذوي الشأن، و إنما كان لابد لهم من إسم يتطابق مع المظهر الجديد الذي إكتسبوه و ثار جدل فقهي في فرنسا حول مدى إعتبار تغيير الشخص لجنسه، فيه مصلحة مشروعة لقبول تغيير إسم الشخص.و إنقسمت الآراء إلى إتجاهين:

اتجاه رافض لهذه الجراحات، و من تم رفض إعتبار تغيير الشخص لجنسه كمصلحة مبررة لتغييره لإسمه، و من تم رفضت طلبات تغيير الإسم.
و إتجاه آخر علق قبول طلبات تغيير الإسم على إجراء جراحة إعادة التحديد الجنسي و حصول الطالب على تغيير بيان الجنس في حالته المدنية.
بينما إتجه الفقه القانوني العربي إلى رفض ترتيب آثار على جراحات غير مشروعة لتغيير الجنس، لأن فيه مساس بحالة الأشخاص التي تتصف بالثبات. و بالمقابل فإنه عمليات التصحيح الجنسي لأسباب عضوية تعتبر مبرر كافيا و تفرض علينا أن نعترف للمصحح لجنسه بحقه في الحصول على إسم يطابق حالته الجنسية الحقيقية للإعتراف له بجميع الحقوق و تحميله الواجبات المترتبة على جنسه الأصلي.

أما من جانب القضاء فإنه قد سجل بذلك إنشطارا كعادته حول الإعتراف بالآثار المترتبة على حالات تغيير الجنس نذكر منها القضاء الأوربي و الفرنسي اللذان كان لهما نصيب من الدعاوى المرفوعة بشأن تعديل الإسم و بيان النوع في الحالة المدنية.

فمن خلال جملة من القضايا التي رفعها المغيرين لجنسهم للإعتراف لهم بالحق في تغيير عقود الحالة المدنية تأسيسا على المادة 8 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، المتعلقة بإحترام الحياة الخاصة نذكر منها: قضايا مشهورة قضية Rees و Cossey و Botella و Horsham و Sheffield إبتداءا من 1986 إلى 1998 و قضية Goodwin و I ، سنة 2002، و التي من خلالها المحكمة الأوربية قررت أن تعود إلى مجال التقدير، تاركة فكرة تعادل التوازن المرتبط بالإتفاقية، الذي أصبح يشكل قرارا بترجيح الكفة لصالح الشخص المغير لجنسه. و بهذا فإن الدول الموقعة على الإتفاقية هم منذ سنة 2002 ملتزمين بالإعتراف قانونيا بالهوية الجديدة للشخص المغير لجنسه، و البدء في تصحيح بيان النوع في الحالة المدنية للمعني بالأمر.و يبقى دائما للدولة تحديد الشروط التي بموجبها تعتبر أن التحول الجنسي قد حصل.

بدوره برلمان المجلس الأوربي من خلال التوصية المتعلقة بشرط المغيرين لجنسهم سنة 1989 عهد إلى اللجنة تحضير تقرير حول التمييز المؤسس حول هوية النوع و الصعوبات التي تواجه المغيرين لجنسهم، و كذا عن جراحات التحول الجنسي و التكفل بمصاريف العلاج و تغيير الإسم و الجنس و الوثائق الرسمية و إثبات الهوية، و توصل محافظ حقوق الإنسان إلى إستخلاص مجموعة من التوصيات وجهت للدول الأطراف منها ما يتضمن تطوير الإجراءات الإدارية لتغيير اللقب و الجنس من أجل الشفافية و السرعة، عدم إشتراط التعقيم أو علاجات طبية أخرى للإعتراف بهوية النوع و غير ذلك من الأمور الأخرى .و قد سجل إجماع على القرار رقم 1728 حسب الرأي المؤرخ في 07 أفريل 2010 المتعلق بالتمييز على أساس التوجه الجنسي و هوية النوع المتبناة من طرف الجمعية البرلمانية للمجلس الأوربي بتاريخ 29 أفريل 2010. و الذي أيدته لجنة الوزراء للمجلس و تبنت توصية بتاريخ 31 مارس 2010 حول التدابير الموجهة للقضاء على التمييز المبني على التوجه الجنسي أو هوية النوع. و بهذا فيكون المجلس الأوربي قد إشترط إثبات تغيير الجنس الذي لا رجعة فيه، للتمكن من الحصول على الحق في تغيير بيان النوع و الإسم في الحالة المدنية.
أما عن القضاء الفرنسي حول تعديل بيانات الحالة المدنية، فبعدما رفض دعاوى تغيير بيان الجنس و الإسم في الحالة المدنية قبل سنة 1992، نجده بعد الإدانة التي تعرض لها من القضاء الأوربي في مارس 1992 فإنه غير إتجاهه و أصبح يقبل هذه الدعاوى و يأمر بتسجيل بياني الجنس و الإسم الجديدين بالحالة المدنية، بأثر نحو المستقبل. و هذا بموجب دعوى الحالة التي تعتبر منشأة لنوع جديد و يأمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل بيان هامشي في عقد ميلاد المعني بالتغيير الحاصل في بيان النوع و الإسم. أما التأشير على عقد زواجه فقد تم رفضه من طرف القضاء الفرنسي و إعتبر أن تسجيل التغيير في عقد زواج المغير لجنسه بدون جدوى، و هو الأمر الذي دعانا إلى إستغراب القرار الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 2012 عن محكمة Rennes، و الذي نرى أنه يحتاج إلى أن يتم نقضه لأنه خلق نوع من التشوش و البلبلة القانونية.لأن هذا الحل يفترض أن القضاء يميل إلى بقاء زواج المغير لجنسه قائما رغم أنه سيصبح زواج من نفس الجنس و هو ما كان محظور أنذاك، و لم يعترف بزواج الأشخاص من نفس النوع إلا بتاريخ 17 ماي 2013.و قد لاحظنا أن القاضي الفرنسي، هو في حيرة من أمره لا استطاع تقبل تغيير

الشخص لجنسه و لا استطاع أن يرتب جميع آثاره في كل الأحوال.و هو ما دعانا للمطالبة بضرورة التدخل التشريعي في هذا المجال لتقديم على الأقل أدنى توضيح عندما يتعلق الأمر بالمساس بحالة الأشخاص التي تترتب عليها آثار خطيرة لا يمكن تركها بدون قيود.
أما بالنسبة لحالات الخنوثة العضوية فإن تصحيح سجلات الحالة المدنية يتم أمام القضاء الفرنسي، من طرف النيابة العامة بموجب دعوى تصحيح الخطأ المادي. و يختلف إختصاصها إقليميا حسب مكان تسجيل عقد الميلاد.

أما من جهة القضاء العربي فقد ارتأينا لتفادي التكرار القضايا المتعلقة بمصر و الكويت و لبنان أن نتعرض للقضاء في دولة المغرب الذي كان له الفرصة لإعطاء حكم في هذا المجال و هو بصدد نظر دعوى تصحيح خطأ مادي لخنثى و قبلت الدعوى بحجة أن الأمر يتعلق بخنثى مشكل، و إستنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية و الخبرة الطبية المنجزة التي أكدت أن المعني أصبح بالجراحة من جنس أنثى تم تصحيح حالته المدنية بذلك. إلا أننا توصلنا من خلال قراءة حيثيات هذه القضية أن الأمر لا يتعلق بخنثى، و إنما بجراحة تغيير الجنس لأسباب نفسية لأن الخبرة الطبية جاءت معيبة كونها لم توضح إذا كان الطالب له أجهزة تناسلية ذكرية و أنثوية معا قبل الجراحة و إنما إكتفت بالقول أن المدعى أصبح إمرأة بالجراحة و هذه عبارة واسعة لها عدة تأويلات، و يبقى هذا رأينا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم يتعرض إلا للإجراءات الخاصة بتصحيح الأخطاء المادية في بيانات الحالة المدنية، و لم يرد حكم خاص بحالة الخنثى، و إنما يتطلب الأمر تطبيق القواعد العامة للحالة المدنية المنصوص عليها في الأمر 70-20 لاسيما المادة 51 منه بمجرد طلب يقدم إلى النيابة العامة لتقوم بإجراء التصحيح الإداري بموجب أمر توجهه إلى ضابط الحالة المدنية بالتأشير على هامش عقد ميلاد المعني بالتصحيح الحاصل و قد إستنتجنا من خلال بساطة هذه الإجراءات و سهولتها، أنه بإمكان المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية أن يستعملون هذه الثغرة و يدعون أن هناك خطأ في عقد ميلادهم يجب تصحيحه، في حين أن الأمر يتعلق بتغيير بالجراحة.و لن يتفطن رجل القانون لهذا الأمور، لعدم التفكير في مثل هذا الإحتمال.و أن الواقع يطرح إشكالات في غاية الخطورة تتطلب التدخل التشريعي في هذا المجال سدا للذريعة أمام هؤلاء الأشخاص المصابين بمرض تغيير الجنس مادامت لم تعرف أسبابه بعـــد.

أما بالنسبة لطلبات تغيير الإسم فإن القضاء الفرنسي كما سبق الذكر عرف إختلافا حول مدى قبولها إعتبار تغيير الجنس مصلحة مشروعة لتغيير الإسم و هذا إلى غاية سنة 2011، عندما عدلت المادة 60 من القانون المدني بموجب قانون 17 ماي 2011 رقم 2011-525 الذي أدى إلى تبسيط و إصلاح القانون الفرنسي المتعلق بالترخيص بقلب الأسماء، و أصبح قبول تغيير الأسماء في الحالة المدنية، عندما المصلحة المشروعة يتم تبيانها ليس فقط بالنظر للمظاهر لكن من وجهة نظر علاجية.إذا من المجد أن الملفات تحتوي على موضوع عدم الرجعية للتغيير الحاصل في الجنس.و توصلنا إلى أن هناك تصور آخر ظهر، و هو ما سمي " الحق في إسم جديد " Droit à un nouveau prénom.
أما عن الدول الأخرى، كأمريكا فإن تغيير الإسم يتم بكل بساطة، بموجب نموذج يملأ فيه بعض البيانات لعرض أسباب تغيير الإسم المطلوب على موقع الأنترنيت.القاضي يفحص الطلب و يرد عليه في مدة قصيرة و له أن يستجيب لتغيير الإسم بسهولة.و في حالة رفض الطلب يجب عليه أن يعطي أسباب جدية لرفض التغيير.

أما الإجراءات المتبعة في الدول العربية فإن تصحيح الإسم في حالة الخنوثة العضوية هو أمر واجب و يتم إتباع فيه الإجراءات العادية طبقا للقواعد العامة لتصحيح الأسماء في كل من مصر و الجزائر، و من تم لا يوجد نصوص خاصة.أما بالنسبة لتغيير الجنس لأسباب نفسية فتوصلنا أنه مادام أن الجراحة غير مشروعة و أمام الفراغ التشريعي في هذا الصدد، فإنه لا يوجد مبرر لتغيير إسم الطالب، لإنعدام المصلحة المشروعة و يمكن رفض طلبه قضائيا.
أما في مصر فيما يتعلق بتغيير الجنس لأسباب نفسية فإنه وقع في إختلاف بين موقف الفقه القانوني الذي إعتبر أن الإسم يتميز بالثبات و عدم قابلية التصرف فيه و لا يجوز تغييره إلا بالطرق المحدة قانونا.في

حين أن القضاء المصري فقد قبل عن طريق اللجنة المختصة بتصحيح الأسماء بتصحيح إسم المغير لجنسه " سالي " رغم عدم وجود أعضاء تناسلية أنثوية، و صدر بيان لتصحيح إسمه و إبطال القيد من مكتب السجل المدني سنة 1989 و تحصل على وثائق رسمية تبعا لذلك.و هذا التعارض بين الفقه و القضاء المصري يجب وضع حد له عن طريق إصدار نصوص تشريعية في هذا الخصوص.

أما على صعيد الحالة الإجتماعية و الحقوق و الواجبات المترتبة على حالات تغيير الجنس فإنه إذا كان تصحيح الشخص لجنسه لأسباب عضوية، يجعل آثار هذا التصحيح تسري بأثر رجعي، تأسيسا على أن النوع الذي صحح عليه المريض ينبىء عن حقيقته الجنسية منذ الولادة و من تم تثبت له كافة الحقوق و الواجبات المرتبطة بالجنس الذي رجح إنتمائه إليه، و لا إشكال في ذلك.إلا أن الأمر بالنسبة لتغيير الجنس لأسباب نفسية لا يمكن أن يكون له أي أثر معترف به قانونا و شرعا، و لكن مع التسليم في نفس الوقت أن التغيير الحاصل لا رجعة فيه، أي لا يمكن إرجاع المغير لجنسه كما كان من قبل الجراحة.الأمر الذي فرض علينا أن نرتب الآثار التي تحكم علاقاته مع الغير سواء من عائلته أو مع أفراد المجتمع، نذكر أهم ما توصلنا إليه من نتائج مختصرة بهذا الصدد.

1- ضرورة أن يكون تغيير جنس أحد الزوجين سببا لإنهاء الرابطة الزوجية بينه و بين زوجه لإستحالة إستمرار الحياة بينهما، كون أن الزوجين أصبحا من نفس الجنس و هذا مخالف لشروط الزواج الذي يتطلب الإختلاف الجنسي في الزواج، و يعتبر تغيير الجنس بمثابة حادث طارىء على العقد غيّر من جوهره و جعله مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.
و قد توصلنا أنه لا يمكن القول ببطلان العقد لأن ذلك يسري بأثر رجعي، و يهدم آثار الزواج التي كانت صحيحة قبل تغيير الجنس و هذا ما لا يتماشى مع القانون.
فالطلاق إذن هو وسيلة لرفع الضرر عن زوج المغير لجنسه، و لتفادي الوقوع في حرمة الشذوذ الجنسي.

2- زواج شخص غير جنسه حتى و لو أعلم زوجته عن حالته الجنسية الحقيقية يجعل الزواج باطلا، لعدم توافر شرط إختلاف طرفي العقد من الناحية البيولوجية و الوراثية التي تعتبر من أهم شروط الزواج الصحيح و يعتبر بذلك هذا الزواج مخالفا للآداب العامة و النظام العام.أما إذا لم يعلمها و أخفى عنها حقيقته الجنسية، فيتعلق الأمر بغلط في الحالة الجنسية الأصلية للزوج نتيجة غش، مما يعطي للزوج الآخر الحق في طلب إبطال الزواج حفاظا على مصالح الأفراد و المجتمع في آن واحد.

3- و ضرورة تأكيد ضابط الحالة المدنية بالجزائر من مطابقة الجنس القانوني للجنس المظهري.و في حالةالاشتباه أن الأمر يتعلق بتغيير الجنس أحد الزوجين لأسباب نفسية، إخطار النيابة العامة لاخطار القضاء لممارسة سلطة المراقبة بشأن المشروعية التي هي من صلاحيات القضاة لمعارضة مثل هذا الزواج المخالف للنظام العام والآداب العامة.

4- أما ما يتصل بالنسب، فتغيير الجنس له أثر بالنسبة للغير نحو المستقبل.و من تم فإنه لا يحول للمساس مطلقا بقواعد النسب طالما كانوا ثمرة زواج صحيح قانونا و شرعا، و يظل نسب الأبناء إليه ثابتا لا يمس حفاظ على مصلحة الأبناء و يثبت التوارث بينهم.و بالمقابل لا يمكن أن يلحق له أي نسب بعد إجرائه للجراحة لاستحالة قدرته على الإنجاب و التناسل، و ليس لهم حق الولاية على أبنائهم و لا حضانتهم لعدم أهليتهم لذلك خوفا من تأثير سلوكهم على الأبناء.

5- ضرورة منع المغير لجنسه لأسباب نفسية، من مواصلة تعليمه وفقا للجنس الجديد المصطنع بإعتبار سلوكه يعد إخلال بحسن السيرة و السلوك المطلوبين في أي طالب يلتحق بسلك التعليم و يمكن أن تتم إحالته على المجلس التأديبي على ذلك لإتخاذ قرار بفصله من الكلية.

6- بالنسبة لحقه في العمل فهو يختلف حسب الدول التي تجيز أم لا الجراحة، و لكن الإتجاه الغالب في الدول العربية أن تغيير الشخص لجنسه قد يكون مبرر كاف لفصله من العمل أو الوظيفة خاصة إذا لم يستطع الحصول على وثائق للحالة المدنية تعترف بجنسه الجديد.لأن وجوده في

أماكن العمل يمكن أن يؤثر على سمعة جهة العمل و يؤثر على سلوك باقي العمال الذين قد يتحرشون جنسيا به، و تقع المحظورات التي تأباها شريعتنا.
أما القضاء الفرنسي فإنه إعترف بحق المغير لجنسه في مواصلة عمله و عدم تمييزه عن باقي العمال و أن من حقه أن يتمتع بجميع حقوق الجنس الذي أصبح عليه، و إلا إعتبر تمييزا محظورا و إعتبر أن طرد العامل بسبب تغيير جنسه تعسفي و فيه تمييز على أساس الجنس.

7- توصلنا أنه بالنسبة للخنثى العضوي في الجزائر و حسب المذهب المالكي فإنه يورث على أساس أحد الجنسين فيورث على كلا الفرضين و تحل المسألة على فرض الذكورة، و على فرض الأنوثة و يعطي الخنثى نصف نصيبه كذكر و نصف نصيبه كأنثى.
أما بالنسبة للمغير لجنسه لأسباب نفسية فإن التغيير الحاصل لا يكون له تأثير على أحكام الميراث مطلقا سواء قبل توزيع التركة أو بعدها لأنه من قبيل التغيير في خلق الله تعالى.

8- يترتب إعفاء المغير لجنسه من إلتزام الخدمة الوطنية لإعتباره غير لائق طبيا لذلك، مع عدم الإخلال بإمكانية عقابه إذا ثبت أن تغييره لجنسه، كان بقصد التهرب من الخدمة الوطنية طبقا للمادة 273 من قانون القضاء العسكري الجزائري.

9- بالنسبة لحق نفقة الأبناء على الأصول و العكس فتبقى واجبة على كليهما مع إستبعاد مصاريف علاج جراحة إعادة التحديد الجنسي لأسباب نفسية.
أما نفقة الزوجية هي مقترنة بالنسبة للمرأة بحق الاحتباس.لكن إذا غيرت جنسها فإن حق معاشرة زوجها لها و الإستمتاع بها، سيزول و من تم يسقط حقها في النفقة و وجب التفريق بينهما، و لا يحق لها مطالبته بمصاريف العلاج الطبي لإجراء جراحة التحول الجنسي المحظورة.
في حين إذا كان الزوج هو المغير لجنسه، فإنه يظل ملتزما بنفقة زوجته إلى غاية أن يتم التفريق بينهما.لأنه هو من حرمها من حق المعاشرة، و لذلك يبقى ملتزما في حالة الفرقة حتى بنفقة العدة و التعويض عن الضرر، و مؤخر صداقها إن وجد.

10- أما بالنسبة لتنفيذ العقوبة الجنائية على المغير لجنسه، إذا كان تعلق الأمر بتصحيح عضوي فإن المصحح لجنسه الذي أصبح على عكس ظاهره على الأنوثة، فإنه يتوجب نقلها إلى مراكز الخاصة بالنساء، أما إذا كان العكس تم تصحيح المرأة الخنثى على عكس ظاهرها على الذكورة، فإنه ينقل إلى المؤسسات العقابية الخاصة بالذكور و هذا ما يجب أن تتكفل به الجهة المختصة بذلك (كما هو الحال عندنا الأمر يوكل للنيابة العامة إذا لم يكن الحكم الواجب التنفيذ نهائي ، و إلى قاضي تطبيق العقوبات إذا كان الحكم النهائي).

أما إذا تعلق الأمر بتغيير الجنس لأسباب نفسية، و مادام أن الجراحة غير مشروعة و لا يعترف بآثارها و لا يستطيع المغير لجنسه تقديم وثائق الحالة المدنية متماشية مع الجنس الجديد.فإن المقترح أن يتم عزلهم في أجنحة خاصة إنفرادية بالمؤسسات العقابية المحددة قانونا، لتفادي أن يؤدي الإختلاط لإنتشار الفاحشة و الممارسات الجنسية الشاذة بين المساجين و تماشيا مع سياسة الإصلاح و التأهيل في مجتمعنا.
أما عن تأثير تغيير الجنس على المتابعة الجزائية لبعض الجرائم الخاصة التي تتطلب صفة معينة في الجاني أو المجني كذكر أو أنثى كركن من أركان الجريمة، فإن ذلك يترتب عليه عدم قيام الجريمة و المسؤولية الجزائية بالجريمة المتابع بها كجريمة هتك عرض أو زنا.و لكن لا يحول ذلك دون متابعة الجاني بجريمة أخرى إذا توافرت أركانها.

11- في ما يتعلق بمسؤولية الطبيب عن حالات تغيير الجنس فقد تعددت من تأديبية؛ توقع على الطبيب، إذا خرج عن الأصول العلمية المستقرة و أجرى جراحة بدون توافر قصد العلاج و قد تكون من قبل نقابة الأطباء أو الجهة التي يعمل بها كالمستشفى العام أو الخاص.

أما الجنائية فتكون إذا أقدم الفريق الطبي على القيام بعمل طبي أفقد صاحبه خصائص جنسه الأصلي و لم يكسبه خصائص الجنس الذي تحول إليه، اعتبر مرتكب لجريمة عمدية، فقد يساءل على أساس ضرب و جرح عمدي أو جريمة الخصاء أو إعطاء مواد ضارة بالصحة كالهرمونات، حتى و لو كان ذلك برضا المريض لأن هذا الأخير لا يبيح العمل غير المشروع طالما أن فيه تغيير لخلق الله.
أما مدنيا، فهي المسؤولية المترتبة عن أي خطأ طبي يترتب عليه ضرر للمريض يكون ملزما بتعويضه طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

و من كل هذه النتائج المتوصل إليها فإننا نقترح بعض التوصيات تتمثل فيما يلي:

-ضرورة إصدار تشريع خاص يتضمن الأحكام القانونية المتعلقة بحالات تغيير الجنس يكون متماشي مع الشريعة الإسلامية.يشارك في إعداده كل من له علاقة بهذا الإختصاص من أطباء و علماء النفس و الإجتماع و رجال القانون.
-تخصيص جناح خاص بالمستشفيات المختصة بعلاج الأمراض النفسية يتكفل بمتابعة الحالة المرضية للأشخاص الحاملين لأعراض مرض تغيير الجنس، بمساعدة من المساعدين الإجتماعين و المختصين في علم النفس و الأطباء النفسانيين لعلاجهم من المعتقدات التي تسيطر على تفكيرهم و محاولة إرجاعهم إلى السلوك السوي و إستعادة الإحساس بهويتهم الجنسية، تجنبا للخطر الذي يهدد المجتمع لو فسد كل أفراده بهذه الحالات النفسية.
-أن يتم الكشف المبكر من قبل الأطباء على حالات الإزدواج الجنسي العضوي، و ذلك بتخصيص الدولة ميزانية خاصة لمثل هذه الفحوصات عند ولادة الطفل للتمكن من علاجه في سن مبكرة قبل أن يتم تربيته على سلوك جنس معين ليس هو الراجح طبيا.

-إعادة النظر في الشروط القانونية المتعلقة بتصحيح الأخطاء المادية لسجلات الحالة المدنية بإعطاء الإختصاص لقاضي شؤون الأسرة، عندما يتعلق الأمر بتصحيح بيان النوع و تغيير الإسم في حالات الخطأ في بيان الجنس، و جعل الخبرة الطبية القضائية أمر ضروري في مسألة إثبات الجنس الصحيح لمقدم الطلب.تفاديا من إختباء المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية بالجراحة في الخارج، تحت ستار تصحيح الخطأ المادي في حين أنها جراحة غير مشروعة فيها مخالفة للنظام العام، و تؤدي إلى المساس بحالة الأشخاص التي تتصف بالثبات. فلا تغيير لخلق الله.

-ضرورة التنسيق بين وزارة الصحة و التعليم و الدفاع الوطني بغية تحديد قائمة للأشخاص الذين أجرو جراحة تصحيح الغموض الجنسي و ذلك بإخطار مصلحة الحالة المدنية المختصة لتعديل قيود الحالة المدنية بعد إطلاع وكيل الجمهورية بذلك، و إخطار المؤسسات التعليمية التابعة للوزارة المعنية لإعلامها بالتغيير الحاصل لتسوية ملف التلميذ أو الطالب و تعديل وثائقه الخاصة، و إعلام وزارة الدفاع لإعدادها قائمة المعفيين من الخدمة الوطنية إذا تم التصحيح الجنسي لأنثى.و إستدعاء الأشخاص الذين صححوا على الذكورة لآداء الخدمة الوطنية.و هذا التنسيق أيضا يسمح بمعرفة الأشخاص الذين تغيروا جنسيا بدون دواع عضوية، و إتخاذ الإجراءات اللازمة ضدهم من طرف هذه الجهات الإدارية.

-ضرورة توعية الوالدين بالدرجة الأولى بخطورة الوضع إذا تسربت مثل هذه الحالات النفسية إلى مجتمعنا و إنتشرت هذه الأفكار الراسخة بالتحول إلى الجنس الآخر، و إعدادهم لآداء دورهم في تربية أبنائهم على المبادىء الإسلامية التي تنبذ مثل هذه التصرفات اللاأخلاقية.
-ضرورة تخصيص أجنحة خاصة إنفرادية بالمؤسسات العقابية المحددة قانونا ليوضع فيها المحبوسين المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية، منعا لإختلاطهم مع باقي المحكوم عليهم الآخرين الطبيعيين و عدم إنتشار الفاحشة و الممارسات الجنسية الشاذة بين المساجين و هذا تماشيا مع سياسة التأهيل و الإصلاح المتبعة في مجتمعنا.

القـــــرآن الكـــــريم

أولا.المراجـــــــــع العـــامـــــة:

أ- باللغـــة العـــربيـــة:

- المعجم العربي الحديث، مكتبة لاروس، باريس، 1973.

-إسماعيل كوكسال، تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، لبنان، سنة 2000.
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط 15، دار هومة، الجزائر، سنة 2012-2013، ص.104.

-أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، منشورات، جمعية التنمية البحوث و الدراسات القضائية، المغرب، سنة 1989.

- أحمد أدريوش،العقد الطبي تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، سنة 2009.

- أحمد أدريوش، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، سنة 1995-1996.

-أحمد السعيد شرف الدين، إنتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، سنة 1986.
- أحمد شرف الدين، الإجراءات الطبية الحديثة و حكمها في ضوء قواعد الفقه الاسلامي، أعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي، العدد1، الطبعة الثانية، الكويت، سنة 1981.

-أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، الطبعة الأولى، سنة 2008.

-أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة 2001.

-أسامة إبراهيم علي التايه،مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار البيارق، الطبعة الأولى، سنة 1999.

-أسامة أبو الحسن مجاهد، التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001.

-أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية و الحمل و الإجهاض من الوجهة الطبية الشرغية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

-أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، سنة 1990.

-أكرم نشأت إبراهيم، علم النفس الجنائي، دار المعرفة، بغداد، سنة 1956.

- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، طبعة 4، دار النهضة العربية، بيروت سنة 1983.

-بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار الحامد، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2002.

-بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية المذاهب الأربعة بين السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة.

-بدران أبو العينين بدران، المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985.

- بسام محتسب الله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، الطبعة الأولى، دمشق، سنة1984.

-بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الحامد،الطبعة الأولى، عمان، 2015.

- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشرع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.

- ثائر جمعة شهاب العانى، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، سنة 2013.

- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي- دراسة مقارنة-، مجلة النشر العلمي، الكويت، سنة 2000.
- جبور عبد النور و سهيل ادريس، قاموس المنهل فرنسي عربي، دار الآداب و دار العلم للملايين، طبعة 11، بيروت، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

-حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008.

-حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، سنة 1971.

-خالد سليمان، المسؤولية الجزائية للمجرم المضطرب نفسيا، دراسة مقارنة، دار زيتون الحقوقي، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2007.

-دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري،دار هومه، الطبعة الثانية، سنة 2010.

-رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية ، دراسة مقارنة، دارالنهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.
-رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارت القانونية، الطبعة الأولى، مصر، سنة 2005.
- زينة غانم يونس العبيدي، إدارة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2007.

-سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة.

-سيجمون فرويد، ترجمة، الموجز في التحليل النفسي، دار المعارف، دون ينة الطبع.

- سيجمون فرويد، ترجمة، ثلاث مقالات في نظرية الجنسية، دار المعارف، سنة 1963.

- سمير عبد سميع الأوذن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخذير و مساعديهم، شركة الحلال للطباعة، الإسكندرية، سنة 2004.

-سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض و متطلبات القانون الحديث، طبعة 2ن دار ورد الأردنية، الأردن، سنة 2007.

-شالز شفير، هوارد ميلمان ، ترجمة، مشكلات الأطفال و المراهقين و أساليب المساعدة فيها، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الثانية، عمان، سنة 1996.

-صفوان محمد شديفان، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية،دار الثقافة، عمان، سنة 2011.

- عبد المجيد خداد، أثر المرض في تكوين عقد الزواج تأملات حول شهادة الخلو من الأمراض المعدية المشترطة في عقد الزواج، 1999-2000، جامعة محمد الخامس أكدال، الرباط، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص.

- علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآنن الدار السعودية للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 11، سنة 1999.

- علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994.

-عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، سنة 2000،

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة الطبع.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي، بيروت، 1998.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،دار الإحياء الثرات العربي، بيروت، دون سنة الطبع.

-عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1986.

-عبد العزير سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثانية، دار البعث، الجزائر، 1989.
-عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الأول،طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010.

-عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011.

-عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين القفع و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008.
-عبد الله محمد الهواري، المحكمة الأوربية الجديدة لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009.

- عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،ط2،سنة 2005.
-عبد الوهاب عرفه، الوسيط في المسؤولية الجنائية و المدنية للطبيب و الصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003.

-عزة عبد العزيز، أحكام التركات و قواعد الفرائض و المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2010.

- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر،سنة 2007.

-عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، دار الفكر و القانون، المجلد الثاني، المنصورة، سنة 2008.

-علي كمال، الجنس و النفس في الحياة الإنسانية، المؤسسة العربية للدراسات النشر، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، بيروت، سنة 1994.
- علي كمال، الجنس و النفس في الحياة الإنسانية، المؤسسة العربية للدراسات النشر، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، بيروت، سنة 1994.

-غادة فؤاد مجيد المختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني –دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة2011.

-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

-لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومه، الجزائر، سنة 2014.

- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية و جزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006.
- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الاعمال الطبية و الجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2006.
-محسن عبد البيه، نظرة حديث إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة 1993.

-محمد بن محمد المختار أحمد مزيد الجنكي الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، الطبعة الثانية، الإمارات، سنة 1994.

- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006.
-محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الطبعة الثانية، الأردن، سنة 1999.

-محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.

- محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،ط2،سنة 2005

-محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إستخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، دراسة مقارنة، دون دار النشر، الطبعة الأولى، سنة 1997.

-محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، الدار السعودية، المملكة العربية السعودية، الطبعة 11، سنة 1999.

-محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري، مصر، 1951.

-مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1992.

-محمد محده، التركات و المواريث، طبعة ثانية، شهاب، قسنطينة، سنة 1994.

-محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية و الرتق العذري في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 1993.

- محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء و الجراحين الجنائية، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول، السنة 18، مارس 1948، المجلد 18.

-محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1963.

-مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري، و المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2003.

- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2000.

-منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2008.

-منير حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوربية و الأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2008.

- هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، موجز المدخل للقانون، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، بدون بلد الطبع، بدون سنة الطبع، ص.164.

-هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء الحديثة، سنة 2005.

-هشام محمد مجاهد القاضي، الإمتناع عن علاج المريض، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007.

- يوسف عبد الوهاب أبو حميدان، العلاج السلوكي لمشاكل الأسرة و المجتمع، الطبعة الاولى، جامعة مؤتة، سنة 1997.

ب- باللغة الفـــرنسية:

-Allison Fiorentino et marie Hoscoet, droit de la famille, Armand Colin, Paris, 2010.

-Aude Mirkovic, Droit civil, studyrama, France,2010.

- Corine Renault et Brahinsky, Droit des personne et de la famille, Gualino, 3eme édition, 2008.

- Dominique Fenouillet, Droit de la famille, Dalloz, 2eme édition, 2008.

- Federic Debove et Renaud saiamon et Thomas Janville, Dyna'sup droit de la famille, Vuibert, 5eme édition, 2009.

-Florence Laroche et Gisserot, Leçon de droit civil, Monchrestien, 18eme 7. éditions, 199

-François Vialla, les grands décisions du droit médical, éditions Lexterso, Paris, 2009.

- François lyn, Pierre Romuald, Jean-Baptiste Water, Transsexualisme et droit europée, sexe sexualité et droit européens:collection droits européenns, A.Pedone, paris,2007.

-Frédérique Eudier, Droit de la famille, 2 ème édition, Dalloz, Armond colin, 2003

-Frédéric Sudre et autres, Les grands arrêts de la cours européen des droits de l'homme, 5eme
édition, Paris, PUF, 2009.

- Gabriel Signalet, Aspects contentieux des actes de l'état civil, sur site www.conseil-droit civil.com/article-droit civil-21-definition-juridique-l-etat-4.html

-Gérard Memeteau, Cours de droit médical, études hospitaliers éditions2006.

-Gilles lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, Armand colin, 3eme édition, 2007.

- Hakem et Hannouz, précis du droit médical, offices des publications universitaires, Alger, 2000.

-Henri Mazeaud, la protection de la vie privée parle droit, 3eme éditions, Economica, Paris, 1995.

-Henry solus et Jaques Ghestin, le droit saisi par la biologie , L .G.D.J, 1996.

-Henry Capitant et François Terré Yves Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence civil, Tome 1, 12 e me éditions, Dalloz, paris, 2007.

-Jean Claude Dosdat, Les normes nouvelles de la décision médicale, les Études hospitalières éditions, 2008.

-J.Pousson petit, L'identité de la personne humaine-étude de droit français et de droit comparé-,Bruylant, Bruxelles, 2002.

-Laëtitia Stasi et Christelle coutant et Lapalus, Droit civil-personnes incapacités Famille-, paradigne, 15eme éditions, 2009.

-Louis Favoreu et les autres, Droit des libertés fondamentales, 4eme édition ; Dalloz, paris, 2004.

- Lourence Hérault, le corps et la loi, P.U. Aix Marseille, 2010.

-Luc Mayaux, Droit civil –les personnes-, ellipses, Marketing, 1997.

- Marjorie Brusorio-Aillaud et laëtitiastati, Droit civil personnes incapacités famille, paradigm, 2010-2011

-Muriel Parquet, Droit des personnes, Bréal ,2002.

- Petit Larousse, 1996

-Patrick Courbe, Droit de la famille, Dalloz, Paris, 5eme édition, 2008.

-Phillippe Malaurie et Hugues Fulchiron, Droit civil-la famille-Defrenois, 2009.

-Thierry Garé, Droit des personnes et de la famille, édition Montchrestien,

3eme, 2004.

- Vincent Berger, Jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'hommes,7 édition, Sirey, Paris, 2000.

ثـانيـا.المراجع المتخصصة :

أ- باللغة العــربيــة:

1/ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس و تغييره بين الحظر و المشروعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2011.

2/ أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر و الإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1993.

3/ علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي و إنعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الصناعي و تغيير الجنس، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991.

ب- باللغة الفــرنسية:

-Bardin Pierre, a propos du transsexualisme- Mémoire d'études spécialisées de psychiatrie- Université de Marseille II, 1998.

-Brune Py, le sexe et le droits, 1ér édition, PU.F, paris, 1999.

-Caroline Mécary et Geraud de la prandelle, Les droits des homosexuel/les, PUF, 3eme édition, Paris, 2003.

-Claude Esturgie, le genre en question ou question de genre, édition Léo scheer, 2008.

-Collette Chiland, changer de sexe – illusion et réalitée -, éditions Odile jacob, Paris, 2011.

-Colette Chiland, le transsexualisme, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.

-Daniel Borillo, le droit des sexualités, PUF, Paris, 1er édition, 2009.

-Denis Salas, Sujet de chair et sujet de droit, la justice face au transsexualisme, P.U F, Paris, 1er, 1994.

-Emmanuel Terrier, responsabilité médicale :retour pour le future, D 2005,n°31.

-Esturgie Claude, le genre en question ou question de genre, Léo Scheer, 2008.

- Françis CABELLERO, Droit du sexe , L.G .D.J , Paris, 2010.

-Françoise Sironi, Psychologie (s) des transsexuels, et des transgenres, éditions Odile jacob, Paris, 2011.

-Haute Autorité de Santé, Service Evaluation des actes professionnels, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, novembre 2009, http/ www.has-sante.fr.

-Henri Mazeaud, La protection de la vie privé par le droit, Economica, Paris, 1995.

-Henry Frignet et Marcel Czermak, sur l'indentité sexuelle a propos du transsexualisme, éditions de l'assiciation freudienne internationale, Paris, 1998.

-Henry Frignet, le transsexualisme, Desclée de Brouwer éditions, Paris, 2000.

-J. Breton, conditions du traitement médico-chirurgical des transsexuels, le transsexualisme Droit et éthique médicale, Groupe d'études du droit médicale, Masson, 1984.

- J. Breton, le transsexualisme étude nosographique et médico-légale, congrès de Psychiatrie et de Neurologie, rapport de médecine légale, Masson, 1985.

-Jean-Christophe Galloux, Hélène Gaumont-prat, Droits et libertés corporels, Dalloz, 2014.

- Jean Paul Branlard, le sexe et l'état des personnes, L.G.D.J, paris, 1993.

- J. Pousson Petit, L'identité de la personne humaine-étude de droit Français et de droit comparé-, Bruylant, Bruxelles, 2002.

-Mercader Patricia, l'illusion transsexuelle, l'harmattan, paris, 1994.
-Odile Diamant- Berger, le transsexualisme droit et éthique médicale, Masson, Paris, 1984.

-Olivier Dubos et J.P.Marguenaud, sexe sexualité et droits européens, éd A.pedone, paris, 2007.

-Robert Stoller, Masculin ou Féminin ?, Press Universitaire de France, Paris, 1er édition, 1989.
-Robert Stoller, Recherches sur l'identité sexuelle, éditions Gallimard, France, 1978.

-Stéphane Thibierge, le transsexualisme individuel et sociale, recherche sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme, Gallimard, paris, 1978.

-Stoller Robert Jesse, Masculin ou Féminin, 1ér édition, paris, 1989.

-Thierry Garé, Droit des personnes et de famille, 3 éme éd, 2004, Montchrestien, p.22.

-Youcef Feham, la vie sexuelle, éd el maarifa, Alger,2003.

ثـــالثـا.أطروحـــات الدكتـوراه :

أ- باللغة العــربيــة:

-أسماء أحيد ، أساس المسؤلية المدنية للطبيب الجراح دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، الرباط، 2009-2010.

-أنس محمد إبراهيم، تغيير الجنس و أثره في القانون المدني و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2003.

-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس و آثاره دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2002.

-سميرة أقروروا، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2009، 2010.

ب- باللغة الفـــرنسية:

-Agarra Jean-Pierre, Aspect médico-légal et social du transsexualisme, Thèse, Faculté de médecine de Marseille,1991.

-Isabelle Bon, le transsexualisme l'emergence conjugée de pratiques médicale et judiciaire Thése, Université Lyon III, France , 1990.

- Rene Granier, Uranisme et transsualisme, Thèse, Faculté de médecin de France, 2000.

رابعـــا.المـــقـــالات:

أ- باللغة العـــربيـــة:

-أحمد شرف الدين، الإجراءات الطبية الحديثة و حكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، أعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي، العدد 1، الطبعة الثانية، الكويت، سنة 1981.

- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، عدد خاص بالملتقى الوطني المتعلق بالحقوق الشخصية يومي 13 و 14 ديسمبر 2008، رقم 06-2008، جامعة تلمسان، سنة 2008.

-تشوارجيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي و الإستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية بجامعة الجزائر، سنة 1998.

- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس و تغييره بين الخطر و المشروعية، مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا جامعة الأزهر، العدد 22، الجزء الثاني، سنة 2007.

-عبد الله محمد الجبوري، مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، مجلة الرسالة الإسلامية، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية في الجمهورية العراقي، العددان 168-169، السنة 17، سنة 1984.

-فهد سعد الرشيدي، أثر إضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي و بيان ما أخذ به القضاء الكويتي، مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد 23 الجزء الثاني، سنة 2008.

- ماموني فاطمة الزهراء، التنظيم الجديد لوقت العمل في ظل العولمة، المجلة نظرة على القانون الإجتماعي، مخبر القانون الإجتماعي ، جامعة وهران القطب الجامعي بلقايد، العدد 03، سنة 2013.

-محمد المحجوب الطريطر، حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، مجلة القضاء و التشريع، مركز الدراسات القانونية و القضائية، العدد 1، سنة 36، تونس، جانفي 1994.

- محمود نجيب حسنى، الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون و الإقتصاد العدد الثالث، سنة 1959.

محمود محمود مصطفى،مسؤولية الأطباء و الجراحين الجنائية، مجلة القانون و الإقتصاد، العدد الأول، مارس 1948، المجلد 18 مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، سنة 1948.

ب- باللغة الفـــرنسية:

- Alexandre dumey, responsabilité médicale, faute du patient et aggravation du dommage, D.2008, n°18.1256.
-Annick Batteur, la cour de cassation refuse d'assouplir les conditions du changement du sexe des transsexuels, l'essentiel droit de la famille et des personnes, 05 juillet 2012, sur l'extenso.

-Aurélie Lebel, Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit, AJ fam. 2013. 122 ,18 février 2013.

- Baptiste Coulmount, changer de prénom une sociologie des usages de l'état civil, rapport de recherche pour la mission de recherche droit et justice, université paris 8, janvier 2013

- Benoît Boysson, le miracle judiciaire de la multiplication des sexes de droit, AJ fam.2012.

- Benoît de Boysson, Sort du mariage du transsexuel : la Cour européenne persiste !, Cour européenne des droits de l'homme 16 juillet 2014, AJ fam. 2014. 565, 18 octobre 2014.

- Benoît de Boysson, Sort du mariage du transsexuel : la CEDH permet d'imposer la conversion en partenariat enregistré, Cour européenne des droits de l'homme 13 novembre 2012, AJ fam. 2012. 621, 20 décembre 2012.

- Benoît de Boysson, Rester marié ou changer de sexe ; il faut choisir !, Tribunal de grande instance de Brest 15 décembre 2011, AJ fam. 2012. 349, 16 juin 2012

-Benoît de Boysson, Le miracle judiciaire de la multiplication des sexes de droit, Cour d'appel de Rennes 16 octobre 2012, AJ fam. 2012. 559, 21 novembre 2012.

- Avis de Bernard Aldigé, note Dominique Piau, Travail : sur l'homme que vous êtes …..les boucles d'oreilles de la discorde, Gaz.Pal, 01 mars 2012, n° 61, p.10. sur lextenso.fr le 22/09/2014.

-Clementine Kleitz, famille, les femmes viennent de Mars…, Gazette de Palais 22 nov 2012.

- Clolilde Brunetti-Pons, L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite mariage pour tous, Revue Lamy Droit civil 2013.03, sur lextenso.fr

-Caroline Mécary, Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? AJ fam. 2004. 261, 16 juillet 2004.

- Christine Hugon, le regard de droit civil, sexe sexualité et droit européenne,A.Pedon,paris 2007.

-C. Siffrein-Blanc, Restriction du droit de visite d'un père transsexuel : Cour européenne des droits de l'homme 30 novembre 2010, AJ fam. 2011. 48, 19 janvier 2011.

- Dieter Giesen, la responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux experimentations, Ve Colloque de droit Européen sur la responsabilité civile des medecin, organisé par le conseil de l'europe avec collaborations des universités, 1975.

-Dominique Sarcelet, l'exigence de preuve de la réalité du syndrome transsexuel: le caractère irréversible de la transformation de l'apparence sexuée, Gazette du palais, 21 juin 2012, n°173, sur l'extenso.fr.

-Dorothée Van Iterson, Aspect internationaux des questions liées au transsexualisme, Transsexualisme, médecine et droit : actes XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije universiteit Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

-Emmanuel Terrier, responsabilité médicale :retour pour le future, D 2005,n°31.

-F.B, Vers un mariage des transsexuels, AJ Fam.2003.273.

-François Vialla, le droit sous influence? À propos des questions soulevées par la transidentité, la mondialisation du droit de la santé, Les études hospitalières de la question.

-François Chénedé, Annulation de la reconnaissance mensongère du « père » transsexuel, Cour de cassation, 1re civ. 18 mai 2005, AJ fam. 2005. 321.

-François Chénedé, La Cour de cassation confirme la nullité du mariage homosexuel Cour de cassation, 1re civ. 13 mars 2007, AJ fam. 2007. 227, 14 mai 2007.

-Frédérique Granet, Transsexualisme et mariage devant la Cour européenne des droits de l'homme, AJ fam. 2002. 413, 16 décembre 2002.

-Frédéric Sudre, Froit de la Convention européenne des droits de l'homme, La semaine juridique, N°30, 2010.

-Geneviève SUTTON, Gazette du Palais , 1983, J.603.

-G.Sutton, Transsexualisme et changement juridique d'état nécessité et objet de l'expertise judiciaire, Transsexualisme droit et éthique médicale, Groupe d'études du droit médical, Masson, 1984.

-Gérard Memeteau, Le juge ignorant la medecine ?, Gazette du palais, fev 2014, n°38-39.
-Gilles Riual-cormeil, La question du genre dans le code civil, revue de la recherche juridique, presse universitaire d'Aix marseille, 2009-1.

-Geoffroy Hilger, L'office du juge et le prénom, petites affiches, 13 jan 2013, n° 118.

-H.P. Koltz, Etat actuel de la question du transsexualisme, droit et éthique médicale, groupe d'études du droit médical, textes rassembler par le Dr.Odile diamant-Berger, Masson, Paris,1984.

-Isabelle Ardeeff, L'état civil est-il un casier civil ?, Dalloz 2001. 1275.

-Isabelle Copé-Bessis -Anne Karila-Danziger, Changement de prénom : paroles de juge, AJ fam. 2012. 320
Formule : Requête à fin de changement de prénom – AJ fam. 2012.329

-Isabelle Copé-Bessis- Anne Karila-Danziger, Changement de prénom : avis du parquet, AJ fam. 2012.324.

-Isabelle Copé-Bessis – Anne Karila-Danziger, Changement de prénom : moments saisis, moments choisis, AJ fam. 2012.325.

-Isabelle Corpart, Etat des personnes, Trois décisions d'appel éclairent les conséquences du transsexualisme en matiére de changement de prénom, Revue juridididique personnes et famille, sep 2010, n°9.14.

-Isabelle Corpart, La réforme en matière de transsexualisme n'est sans doute pour demain, Revue Juridique Personnes & Famille, 2014, sur lamyline.fr

-Jaap E.Doek, Rapport général, Transsexualisme, médecine et droit : actes/ XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

-Jacqueline PETIT, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel , R.T.D.civ 1976, éd Sirey, paris, n° 2.

-J. Breton, Conditions du traitement médico-chirurgical des transsexuels, droit et éthique médicale, groupe d'études du droit médical, textes rassembler par le Dr.Odile diamant-Berger, Masson, Paris, 1984.
-Jacques Breton, Le transsexualisme, étude nosographique et médico-légale :rapport de médecine légale, Masson, paris, 1985.

-Jacques Massip, Le Transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe, Recueil Dalloz, 1991.

-Jacques Massip, Acte de naissance, Defrénois, 15 juin 1995, n°11.

- Jaques Massip, Filiation naturelle, Cass 1 er ch, 18 mai 2005, Defrénois, 15 oct 2005.1493, n° 19.

-Jacques Massip, Le transsexualisme, état de la question, Defrénois, 1999.

-Jacques Massip, Droit des personnes et de la famille, 2.Transsexualisme, Defrénois 13 octobre 2010, n°18.

-Jacques Massip, Le transsexualisme ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe et la convention européenne des droit de l'homme n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas le sien, 1er civ, D.1991-21 mai 1990.

-Jacques Massip, Dissolution du mariage pour cause de transsexualisme, petites affiches, 12 avr 2001, n°73.20.

-Jacques Massip, Le transsexualisme en tant que cause de la dissolution du mariage, petites affiches, 29 avr 2002, n°85.16.
-Jacques Massip, Etat civil, Defrénois, 30 mai 2007 n°10.779.

-Jacques Raynard, Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes, RTD civ. 1998. 529, 15 juin 1998.

-Jacques Raynard, Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible, RTD civ. 2004. 373.
-Jean-christophe Galloux, Hélène Gaumont-prat, Droits et libertés corporels, Dalloz 2014.

- Jean Hauser, Mariage, les mariés de l'an 2004, RTD civ.2004.719.
-Jean Hauser, Le choix d'un nom comme prénom et la finalité du prénom, RTDciv 2008.

-Jean Hauser, Transsexualisme: où en est-on des condition du changement de sexe ?, RTDciv.2014.855.

-Jean Hauser, Personnes et droits de la famille, RTD civ, mars/jan 2008.

- Jean Hauser, Faut il priver le transsexuel du droit de se marier, RTD civ.1993.325.

-Jean Hauser, La vie familiale du transsexuel : le temps des distinctions RTD civ. 1998. 92, 16 mars 1998.

-Jean Hauser, Changement de l'état civil d'un transsexuel, RTD civ. 1994. 830

-Jean Hauser, Le droit au mariage du transsexuel, réponse européenne, RTD civ. 2002. 782, 16 décembre 2002.

-Jean Hauser, Transsexualisme : où en est-on des conditions du changement de sexe ?, RTD civ. 2014. 855.

-Jean Hauser, Nullité, caducité, divorce : Le sort du mariage du transsexuel, RTD civ. 2001. 335, 15 juin 2001.
- Jean Hauser, RTD civ, Oct/Dec 2002, n°4.

-Jean Hauser, Le licenciement du transsexuel, RTD civ. 1996. 579.

-Jean Hauser, Transsexualisme : où en est-on des conditions du changement de sexe ?, RTD civ. 2014.855.

-Jean Hauser, Personnes et droit de la famille, RTD.civ. 1991, n°2.

-Jean Penneau, droit médicale, Dalloz 2005, n°06.

- Jean Penneau, Les fautes médicales, Juris-classeur (semaine juridique) 1999.

-Jean Penneau, Condamnation pour coups et blessures volontaires de chirurgiens ayant effectué une ablation de l'appareil génital d'un transsexuel Recueil Dalloz 1991.360.Arrêt rendu par Cour d'appel d'Aix-en-Provence7e ch

-Jean-Pierre Marguénaud, La négation du droit du transsexuel à rester marié sous sa nouvelle identité, RTD civ. 2014. 831, 19 décembre 2014.

-J.Joris Hage, les conditions et conséquence médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe, Transsexualisme, médecine et droit : actes

XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije universiteit Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

-Joël Rideau, La directive communautaire relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle, Recueil Dalloz.1997. 212, 17 juillet 1997.

- Josè Lefebre, Discrimination sexuelle au plus niveau de l'état, la semaine juridique, n° 16-18 Avril 2011.729.

-J-P.Marguénaud, J.Raynard, Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations contractuelles, RTDciv.2004.

- J-P.Marguénaud, Transsexualisme et immobilisme, RTD.civ.1998, p.1001

-J. Petit, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel, RTD.Civ, éd Sirey, paris, 1976.

-L'association Internationale pour l'étude du corps et de son image le corps & la loi, acte de collaque des 2eme rencontres internationales sur le corps et l'image, presses universitaire, Aix-Marseille, 2010.

-Laurence Attuel-Mendès, Nullité du mariage homosexuel, Tribunal de grande instance de Bordeaux 27 juillet 2004, AJ fam. 2004. 407, 15 novembre 2004.

-Laurence Mauger-Vielpeau, Le mariage peut il «survivre» au transsexualisme d'un époux?, Dalloz, 2002, n° 02.

-Louis-Daniel Muka Tshibende, Entre droit du sexe et le sexe du droit de la différenciation sexuelle en droit a la féminisation des organes sociétaires par le droit, revue de la recherche juridique droit prospectif, 2013-3, Aix Marseille, PUAM, 2014.1402.

-Madame G. Sutton, Transsexualisme et changement juridique d'Etat nécessite et de l'expertise judiciaire, droit et éthique médicale, groupe d'études du droit médical, textes rassembler par le Dr.Odile diamant-Berger, Masson, Paris,1984.

-Marine Friant-Perrot, Une modification des conditions du changement de sexe, D.1999.
- Marine Friant-Perrot, Transsexualisme : une modification des conditions du changement de sexe ?, Recueil Dalloz 1999.

-M.A.Rothblatt, Point vue américain sur la législation en matière de transsexualisme , médecine et droit : actes / XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

-J.Gooren, le rôle du médecin auprès du Transsexualisme, médecine et droit : actes / XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.
- J.Gooren, Aspects biologiques du Transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine, médecine et droit : actes / XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

-M. Henri Delvaux, Les conséquence juridique du changement de sexe en droit comparé, Transsexualisme, médecine et droit : actes / XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

- M.Philbert, Transsexualisme et insertion socio-professionnelle, transsexualisme droit et éthique médicale, groupe d'études du droit médical, textes rassembler par le Dr.Odile diamant-Berger, Masson, Paris,1984.

-Michael R.will, les conditons juridiques d'une intervention médicale pur changer de sexe: la situation en droit comparé, Transsexualisme, médecine et droit : actes/ XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

- Natalie Fricero, le droit de la vie familiale peut être revendiqué une famille composée d'un transsexuel de la femme avec qu'il vit et de l'enfant né grâce à une insémination artificielle avec donneur, mais l'enregistrement sur les actes de l'état civil de la paternité du transsexuel ne découle pas de l'article 8 de la convention de droit de l'homme, Dalloz.1997, .362.

-Pascal Labbée, Le sexe des anges, Recueil Dalloz 2001.

- Patrice Jourdain, nature de la responsabilité et portée des obligations du medecin, juris classeur (semaine juridique) 1999.

-Patrice HILT, Transsexualisme : états des lieux, sur site http/www-iej.u-

strasbg.fr/LE%20TRANSSEXUALISME.htm.

-Philip Guez, Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite, semaine juridique, 26 septembre 2001, n°39.1781.

-Philippe Reigné, la reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence, la semaine juridique, 25 avril 2011, n° 17.802.

-Philippe Guez, Opposition à mariage entre un transsexuel et un transgenre pour défaut d'intention matrimoniale, Cour d'appel de Versailles 8 juillet 2005, AJ fam. 2005.322, 16 septembre 2005.

- Philippe Icard, Transsexualisme: un droit d'accés au marriage protégé par CJCE, Dalloz.2004.979.
-Russeil W.Reid, Aspects psychiatriques et psychologique du transsexualisme, Transsexualisme, médecine et droit : actes/ XXIIIe Colloque de droit européen, Vrije universiteit Amsterdam(Pays-Bas), 1993.

-Sargos, informations médicale un terrain très occupé, RTDciv avr/juin 2008.

-Sophie Le Gac-pech, Droit des personnes, sexe, preuve et vérité, petites affiches, 26 sep 2012, n° 193, p.05. Sur l'extenso.fr.

-Sargos- J.Guique, cass civ 25 fev 1997 ; Gazette duPalis,1997,I.

-Sylvain Grataloup, Un transsexuel peut-il mener une vie familiale et se voir accorder des droits parentaux sur un enfant conçu par IAD ?, Recueil Dalloz. 1997. 583, 11 décembre 1997.

-Thibault Douville, Brèves réflexions sur la supression de la condition d'altérité sexuelles des époux, petites affiches, 04 juillet 2013, n°133.

-Valérie Avena-Robardet, Modification de la mention du sexe à l'état civil, AJ fam. 2012. 302, 16 juin 2012.

- Vincent Bonnet, Un mariage fictif d'un nouveau genre, D.2006, n° 11, p.772.

- Vincent Edel, L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvel maxime d'interprétation des droits de l'enfant, Revue de la recherche juridique droit prospectif, presse universitaire, 2009, p.587.
-Sans auteur, Hopitaux, Gazette du Palais , 29 mai 2008 n°150.
-Sans auteur, Une cour d'appel fait modifier le sexe et le prénom d'une personne transsexuelle sur son acte de naissance, Revue Juridique Personnes et Familles, Janvier 2010 n° 1.18.

خامسا.الأحكام و القرارات القضائية :

أ- باللغة العــربيــة:

-غرفة جزائية،مجلس قضاء ، 20-12-1988 ملف رقم 61380، المجلة القضائية، 4/1993، ص.229.

-قرار المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 03 جوان 2003، ملف رقم 06788، قضية مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ضد ورثة المرحوم...، مجلة قضائية عدد03، سنة 2008، ص.391.

- الرئيس رلى جدايل، الأساس رقم 92/147 بتاريخ 1992/05/22 رقم 61 عن القاضي المنفرد في بيروت، أحوال شخصية، قيود سجلات النفوس، تصحيح بياناتها-التحول من جنس إلى آخر، المجلة العربية للفقه و القضاء، جامعة الدول العربية، العدد، 15 أفريل 1994، مصر، ص.163-169.

- قرار استئناف مدني، مدني عدد 10292 مؤرخ في 22 ديسمبر 1993، مجلة القضاء و التشريع بتونس، عدد يناير 1994، ص.109 إلى 122.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 25 ديسمبر 1989، مجلة قضائية 1991، عدد 4، ص.110.

- محكمة وهران، قسم الجنح، بتاريخ 2004.03.03 رقم 2004/1318، غير منشور.

ب- باللغة الفـــرنسية:

-Du pays de destination d'un étranger transsexuel reconduit à la frontière, Recueil des décisions du conseil d'Etat, Arrêt rendu par conseil d'état Arrêt 30 janvier 2006,n° 05PA03076, inédit au recueil Lebon, sur site www. lextenso.fr, le 22/09/2014.

-cour d'appel de Lyon,2éme ch civ, 23 octobre 2008,n° 07/01910,Dalloz jurisprudence 2011.

-Cour de cassation, ch civ, 07 juin 2012, n° 11-22.490, Bulletin.2012, I, n° 124.

-Cour de cassation, ch civ, 07 juin 2012, n° 10-26.947, Bulletin.2012, I, n° 123.

-Jurisprudence, Rectification des actes de l'Etat civil, Jurisprudence, Gazette de palais, 1983, J. 603.

- Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation -incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction…, Recueil Dalloz, Cour européenne des droits de l'homme 25 mars 1992, D. 1993. 101, 4 mars 1993.

- Cour de cassation, ch civ, 13 février 2013, n° 12-11.949 et Cour de cassation, ch civ,13 février 2013, n° 11-14.515, Bulletin des chambres civiles cour de cassation 2013, I, n°13 et n° 14, p.13 a 15.

-Transsexualisme (Finlande) : validité de la condition de transformation du mariage en partenariat, Cour européenne des droits de l'homme 16 juillet 2014, D. 2014. 1639, Arrêt rendu par Cour européenne des droits de l'homme gde ch. 16-07-2014 n° 37359/09

-Exclusion d'un partenaire transsexuel du bénéfice d'une pension de réversion , Cour de justice des Communautés dont l'octroi est limité au conjoint survivant européennes 7 janvier 2004, Recueil Dalloz.2004. 979, 1 avril 2004.
-Du pays de destination d'un étranger transsexuel reconduit à la frontière, Recueil des décisions du conseil d'Etat, Arrêt rendu par conseil d'état 28 avril 2004, n° 252621, Recueil Lebon 1 avril 2005.

-Opposition à mariage entre un transsexuel et un transgenre pour défaut d'intention matrimoniale, Cour d'appel de Versailles 8 juillet 2005, AJ fam. 2005. 322, 16 septembre 2005.

-La décision d'octroi d'une carte d'identité militaire reconnaissant un changement de sexe
n'est pas créatrice de droits, Tribunal administratif de Nancy 1 février 2011, AJDA 2011. 468

- Cour d'appel de Paris 30 janvier 2003, AJ fam. 2003. 273, 17 juillet 2003.

-Nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel par un transsexuel et droit de visite, Recueil Dalloz / Cour d'appel d'Aix-en-Provence 12 mars 2002, D. 2003. 1528, 26 juin 2003.

- Lecture du 03 juillet 2007, cour Administratif d'appel de Nantes, 3eme ch, n° 03nt00641 , inédit au lebon, sur lextenso.fr

- Préjudice subi par un transsexuel à la suite d'une castration dans un hôpital public : voie de fait pour atteinte illicite au corps humain, Tribunal de grande instance de Lille 16 janvier 2001, D. 2001. 1913, 28 juin 2001.

- La considération du sexe dans la composition des jurys et l'autorité de chose jugée des décisions du conseil constitutionnel, Arrêt rendu par le conseil d'état en 22-06-2007, n°288206, Recueil Lebon 2007.

- CEDH, 28 Nov 2006, Parry C/ Royaum Uni, n°42971/05, sur www.lextenso.fr

- CEDH, 27 sept.1990.aff.10843/84,Cossey c/Royaume-Uni:série A, n°184.

- CEDH, 8 janv.2009.aff.29002/06,Schlumpf c/Suisse.

- Sept.1990.aff.10843/84,Cossey c/Royaume-Uni:série A, n°184

- Jugement TGI Bourdeaux, 27/07/2004, n° 6427/2004, D.2004, p.407.

- Cour de cassation 1er Ch civ, 13.03.2007, n° 05.16.627.

- Cour de cassation 1er Ch civ,6 Avril 1903, D.1904.395.

- T.A Limoges, 12 Octobre 2000, req.n° 97422 ; M^me R.c/ Min.éco.

- Cass civ, 25 juillet 1949, J.C.P 1949-II-2102.

- Cass civ 07 Oct 1998, J.C.P 1998,II, 10179, concl.J.Saint Rose, note p.sargos.

- Cass civ 25 fev 1997 , G.P,1997,I,p.274, note p.sargos-J.Guique.

- cass civ 14 Oct 1997, J.C.P 1997, II, 22942, p.131, rapp p.sargos

سادسا.التشريعات :

أ- باللغة العربية:

-أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006،يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية صادرة بتاريخ 20 جمادى الثانية عام 1427، 16 يوليو سنة 2006، عدد 46، ص 3.

- قانون 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي 94-04 المؤرخ 11 أفريل 1994 و بالأمر 96-17 المؤرخ في 06 جويلية 1996.

- المرسوم التشريعي 84-27 المؤرخ في 11 فبراير 1984، الذي يحدد كيفيات تطبيق العنوان الثاني من قانون 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية المعدل و المتمم.

-قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، جريدة رسمية، عدد 1985/08 المعدل و المتمم.

-مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية رقم 1992/52.

-قانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1999، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 نوفمبر 2005، الجريدة الرسمية، العدد 2005/15، ص 19 و ما بعدها.

-أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 1966/49.

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30 معدل و متمم بقانون رقم 07-05 المؤرخ في مايو سنة 2007، جريدة رسمية رقم 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.

-قانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المعدل و المتمم بموجب أمر 97-03، المؤرخ في 11 جانفي 1997، المتعلق بعلاقات العمل

-أمر رقم 76-111 مؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 الموافق 9 ديسمبر 1976 يتضمن مهام الإحتياط و تنظيمه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ الأربعاء 10 ربيع الثاني 1397، العدد 445.

- قانون رقم 14-06 المؤرخ في 13 شوال 1435، الجريدة الرسمية، صادرة بتاريخ 10 أوت 2014، عدد 48، ص 4، المعدل للأمر رقم 74-103 المتعلق بالخدمة الوطنية بالجزائر.

-المادة 144 من قانون08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية 23 أفريل 2008، العدد 21، المتضمن قانون الإجرءات المدنية و الإدارية الجزائري، الذي دخل حيز التنفيذ سنة بعد نشره في الجريدة الرسمية حسب المادة 1062 منه.

- قانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية 63 الصادرة 16 نوفمبر 2008، ص 08، المتضمن تعديل للدستور.

- قانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005، جريدة رسمية 12 الصادرة في 12 فبراير 2005، المتضمن تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

-أمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970، المتعلق بالحالة المدنية.
- القانون العضوي رقم 12-03 المؤرخ في 2012/01/25 الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، جريدة رسمية 01، مؤرخة في 2012/01/14.

ب- باللغة الفـــرنسية:

1/ Décret n° 2010-125 du 08 février 2010, portant modification de l'annexe figurant a l'article D.322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés
pour définition de l'affection de langue durée. en France.

2/ Circ. CIV/07/10, 14 mai 2010 relative aux demande de changement de sexe à l'état civil, publié sur BOMGL n° 2010-03 du 31 mai 2010.

4/ Loi n° 99-964 du 24 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universel, JO 28 Juillet 1999.

5/ Loi 90-602 du 12 juillet 1990 relative a la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.
6 / Directive 76/207/CE du conseil du 9 fevrier 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de professionnelles et les conditions de travail.

7/ Directive 79/7/CEE du conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matiére de sécurité sociale.

8/M.Richevaux, les grands principes du droit communautaire de travail, 2007, Dan Top, n°6

سابعا.مواقــع الأنترنيت :

-Julien Marrochella, La France Ouvre –t-elle la voie d'un divorce pour faute, jeudi 18/03/2010, publié sur site blog.dalloz.fr/blog dalloz/2010/03/transsexualisme.
- TRANSEXUALISME : La France ouvre la voie d'un divorce pour faute, www.flagasso.com

- Bureau de droit comparé, le changement de sexe et d'état civil, pdf sur www.lextenso.fr.
-Gabriel Signalet, Aspects contentieux des actes de l'état civil, sur site www.conseil-droit civil.com/article-droit civil-21-definition-juridique-l-etat-4.html
-Les transsexuels sont-ils emprisonnés dans la prison pour femmes ou pour hommes ? sur site/ http:// rue 89. Nouvelobs.com/2013/02/19/les-travestistranssexuels-sont-emprisonnes-dans-la-prison-pour-femmes-ou-en-France.
-Transsexuels en prison, la double peine, sur site publié le 10/02/2010.
- Dominique Bandis, defendeurs des droits, PDF sur site le 27 juin 2012.
- association Trans Aide Dec 2004, Stéphanie Président de l'association h//p// etudionsgayment.blogspat.com.

- l'identité de genre, sur cite www.Legifrance.gouv.fr/note 05

- la webdromadaire de caphi, samedi 20 fevrier 2010, Etat-Unis.

- Femme a l'armée, homme au civil, société 13/08/2009 à 6h 51

-http:www.Ftm_transsexuel.com/Forum/view topic.php?f=17&t=891

-تفاعل مخي لا نمطي مع الإثارة الجنسية البصرية لدى الترانسكس ذكور-إلى-إناث، مجلة الطب الجنسي: الجزء 6 العدد 2، الصفحات 440، 448 نشرت على الأنترنت في 28 أغسطس 2008.

-الجنس الثالث بين الشرع و الطب النفسي 11 مارس, 2011.

-إختلاف الجنس في المخ البشري و علاقته بالترانسكس على الموقع ar.tgegypt.com
-الفروق البيولوجية بين الرجل و المرأة على موقع www. Arabs well.com/ vblt 93879/ en date 2008.
- المخ يحدد جنس الجنين و ليس الأعضاء التناسلية، منشور على الموقع www. aljazeera .net بتاريخ 17- 10- 2002.
- مقال دعاة اصلاح اضطراب الهوية الجندرية، الموقع على الأنترنيت.

الـفــهـــرس

مقدمـــة 01
الفصل التمهيدي: ماهيــة تغييــر الجنس 07
المبحث الأول: تحديد الجنس البشري.....09
المطلب الأول: مفهــوم الجنس.....09
الفرع الأول: تعريف الجنس في التشريعين الفرنسي والأمريكي.....09
أولا: تعريف الفقه و القضاء الفرنسي للجنس.....10
ثـانيـا: تعريف قانون الصحة الأمريكي للجنس.....10
الفرع الثاني: الفرق بين الجنس و النوع و التعريف الطبي للجنس.....11
أولا: الفرق بين الجنس و النوع.....11
ثانيا: التعريف الطبي للجنس.....13
المطلب الثاني: معايير تحديد الجنس.....15
الفرع الأول: المعيارين العضوي والغدة التناسلية.....15
أولا: المعيار العضوي.....15
ثانيا: معيار الغدة التناسلية.....17
الفرع الثاني: المعيارين الكروموزومي والهرموني.....18
أولا: المعيار الكروموزومي.....18
ثانيا: معيار الهرمونات.....19
الفرع الثالث:معياري الجنس النفسي والسلوك الإجتماعي.....20
أولا: معيار الجنس النفسي.....20
ثانيا: معيار السلوك الإجتماعي.....20
المبحث الثاني: مفهوم تغيير الجنس و أسبابه.....22
المطلب الأول: مفهوم تغيير الجنس.....22
الفرع الأول: التعريف اللغوي لتغيير الجنس.....23
أولا : المعنى اللغوي لكلمة تغيير.....23
ثانيا : المعنى اللغوي لكلمة الجنس.....23
ثالثا : الفرق بين لفظي التغيير و التحويل.....24
رابعا : المعنى اللغوي لتغيير الجنس في اللغة الفرنسية و المصطلح البديل له.....24
الفرع الثاني: التعريف الفقهي لتغيير الجنس.....25
أولا : التصور الطبي لتغيير الجنس.....26
ثانيا : التصور الدولي لمفهوم تغيير الجنس.....28
ثالثا : تحديد المقصود بتغيير الجنس في موضوعنا.....29
المطلب الثاني: أسباب تغيير الجنس.....30
الفرع الأول: العوامل البيولوجية.....31
الفرع الثاني: العوامل النفسية.....37
المبحث الثالث: التمييز بين تغيير الجنس و غيره من السلوكات المشابهة له.....40
المطلب الأول: تمييز تغيير الجنس عن المثلية و عن التشبه بالجنس الآخر.....40

الفرع الأول : تمييز تغيير الجنس عن المثلية.....41
الفرع الثاني : تمييز تغيير الجنس عن التشبه بالجنس الآخر.....42
المطلب الأول: تمييز تغيير الجنس عن المرض العقلي و عن الخنثى.....43
الفرع الأول : تمييز تغيير الجنس عن المرض العقلي.....44
الفرع الثاني: تمييز تغيير الجنس عن الخنثى.....45
المطلب الأول: تمييز تغيير الجنس تمييزه عن الأعمال الطبية المشابهة.....46
الباب الأول: الطبيعة القانونية لمشكلة تغيير الجنس.....48
الفصل الأول: الضوابط التي تحكم مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....50
المبحث الأول: ماهية الأعمال الطبية لتغيير الجنس و العلة من إباحتها.....51
المطلب الأول: ماهية الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....52
الفرع الأول: تعريف العمل الطبي في القوانين الوضعية.....52
أولا : في القانون الفرنسي.....52
ثانيا : في القانون المصري.....53
ثالثا : في القانون الجزائري.....53
الفرع الثاني :التعريف الفقهي للعمل الطبي.....54
أولا : مفهومه في الفقه الإسلامي.....54
ثانيا : تعريف العمل الطبي في الفقه القانوني.....54
الفرع الثالث: التحديد القضائي لمفهوم العمل الطبي في فرنسا ومصر والجزائر.....56
المطلب الثاني: العلة في إباحة الأعمال الطبية.....58
الفرع الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية في الشريعة الإسلامية.....58
الفرع الثاني: أساس إباحة الأعمال الطبية في القانون الوضعي.....60
أولا : ترخيص القانون.....60
ثانيا : مشروعية الغرض.....61
ثالثا : المصلحة الإجتماعية.....62
رابعا : إنتقاء القصد الجنائي لدى الطبيب.....63
خامسا : الضرورة العلاجية.....64
سادسا : رضا المريض.....65
المبحث الثاني: شروط ممارسة الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....67
المطلب الأول: شروط ممارسة الأعمال الطبية لتغيير الجنس في الفقه القانوني.....67
الفرع الأول: ترخيص القانون.....68
الفرع الثاني: قصد العلاج.....70
الفرع الثالث: إتباع الأصول الطبية.....71
الفرع الرابع: رضا المريض.....73
المطلب الثاني: شروط ممارسة الأعمال الطبية لتغيير الجنس في الفقه الإسلامي.....75
الفرع الأول: إذن الشارع.....76
الفرع الثاني: إذن المريض.....78
الفصل الثاني: النظام القانوني لعمليات تغيير الجنس.....80
المبحث الأول: موقف التشريعات من مشروعية عمليات تغيير الجنس.....80
المطلب الأول: التشريعات المقارنة التي أجازت عمليات تغيير الجنس.....81

الفرع الأول: التشريعات التي نظمت صراحة أو ضمنيا عمليات تغيير الجنس.....81
الفرع الثاني: التشريعات التي نظمت عمليات تغيير الجنس بتعديل قانون العقوبات و لكنها حديثا أصدرت تشريعات خاصة صراحة.....86
الفرع الثالث: التشريعات التي نظمت عمليات تغيير الجنس بالقياس على النصوص المتعلقة بإباحة الإخصاء و التعقيم.....87
المطلب الثاني: النظم التشريعية التي حظرت عمليات تغيير الجنس.....89
المبحث الثاني: موقف الفقه و القضاء من مدى مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....92
المطلب الأول: موقف الفقه القانوني من هذه العمليات.....92
الفرع الأول: الإتجاه القائل بمشروعية تغيير الجنس.....93
أولا : الحرية الفردية للشخص على جسده.....93
ثانيا : وجوب تشجيع التطور العلمي و الطبي.....94
ثالثا : رضا الشخص يعدم مسؤولية المعتدي.....94
رابعا: قياسا على القوانين التي أباحت الإخصاء و التعقيم.....94
خامسا: قياسا على مشروعية العمليات التجميلية و التلقيح الإصطناعي.....94
سادسا: الإستناد على الفكرة التي يتبناها عن الجنس.....95
الفرع الثاني: الإتجاه القائل بعدم مشروعية تغيير الجنس.....98
الفرع الثالث: موقف الفقه القانوني العربي من عمليات تغيير الجنس.....99
المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مشروعية الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....102
الفرع الأول: الإتجاه القائل بمشروعية عمليات تحويل الجنس.....103
الفرع الثاني: الإتجاه القائل بعدم مشروعية عمليات تحويل الجنس.....109
أولا : الأدلة الشرعية من الكتاب و السنة.....109
ثانيا : الفتاوى الفقهية المعاصرة.....111
المطلب الثالث: موقف القضاء من عمليات تغيير الجنس.....114
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من مشروعية عمليات تغيير الجنس.....114
الفرع الثاني: موقف القضاء الأوروبي من مشروعية عمليات تغيير الجنس.....128
الفرع الثالث: موقف بعض القضاء العربي.....143
أولا : موقف القضاء الكويتي.....143
ثانيا : موقف القضاء اللبناني.....147
ثالثا : موقف القضاء التونسي.....151
الفرع الرابع: موقف القضاء المصري.....155
الفصل الثالث: عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....165
المبحث الأول: أركان عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....166
المطلب الأول: التراضي في العقد الطبي لتغيير الجنس.....167
الفرع الأول: رضا المتعاقدين لتغيير الجنس.....167
الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين لتغيير الجنس.....170
المطلب الثاني: مشروعية محل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....172
الفرع الأول: شروط مشروعية محل عقد العلاج الطبي.....173
الفرع الثاني: تطبيق شروط المحل على محل عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....174
المطلب الثالث: سبب عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....176

أولا : تعريف السبب.....176
ثانيا : شروط صحة السبب.....177
المبحث الثاني: الإلتزامات المترتبة عن عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....180
المطلب الأول: محتوى إلتزامات أطراف عقد العلاج الطبي لتغيير الجنس.....181
الفرع الأول: محتوى الإلتزامات الخاصة بالفريق الطبي.....182
أولا : الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات اللازمة.....182
ثانيا : الإلتزام بالحصول على رضا المريض.....183
ثالثا : الإلتزام بإعلام المريض و تبصيره.....183
رابعا : الإلتزام ببذل عناية.....186
خامسا : الإلتزام بالسلامة.....186
سادسا : الإلتزام بالإستشارة الطبية.....187
سابعا : الإلتزام بالمراقبة الطبية لحالة المريض.....188
ثامنا : الإلتزام بالمحافظة على السر الطبي.....188
تاسعا : الإلتزام بالمحافظة على الأعضاء المستأصلة.....189
الفرع الثاني: محتوى إلتزامات المريض المغير لجنسه.....190
أولا : إلتزام المريض بمد الطبيب كافة المعلومات عن حالته الصحية.....190
ثانيا : الإلتزام بدفع الأتعاب.....191
المطلب الثاني: طبيعة إلتزامات أطراف عقد العلاج الطبي.....192
الفرع الأول: إلتزام الطبيب ببذل عناية.....193
الفرع الثاني: إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة.....194
الفرع الثالث: تحديد طبيعة إلتزام الفريق الطبي في حالات تغيير الجنس.....194
المبحث الثالث: مراحل تنفيذ المتعاقد لمحتوى عقد العلاج الطبي لتغييرالجنس.....196
المطلب الأول: المرحلة السابقة على التعاقد.....197
المطلب الثاني: مرحلة الفحص و التشخيص.....193
أولا : الفحص.....200
ثانيا : التشخيص.....200
المطلب الثالث: مرحلة العلاج السابق على الجراحة.....204
الفرع الأول: العلاج النفسي لحالات التحول الجنسي.....205
أولا : العلاج النفسي في حالات التحول الجنسي لأسباب عضوية.....205
ثانيا : العلاج النفسي في حالات التحول الجنسي لأسباب نفسية.....206
الفرع الثاني: العلاج الهرموني.....209
أولا : العلاج الهرموني في علاجات حالات الخنوثة العضوية.....210
ثانيا : العلاج الهرموني في حالات تغيير الجنس.....210
ثالثا : تقدير فعالية العلاج الهرموني.....213
المطلب الرابع: مرحلة العلاج الجراحي و المتابعة..... 213
الفرع الأول: الشروط الطبية و الجراحية و التأمين الصحي لعمليات تغيير
الجنس لأسباب نفسية.....214
أولا : الشروط العامة.....214
ثانيا : الشروط الطبية.....215

ثالثا : التكفل المالي بجراحة إعادة التحديد الجنسي من طرف الصندوق الوطني الفرنسي.....215
رابعا : المشاكل المثارة لتسديد العلاجات الأخرى عدا جراحة التحديد الجنسي في فرنسا.....222
الفرع الثاني: كيفية التدخل الجراحي في حالات تغيير الجنس.....225
أولا : جراحة الإزدواج الجنسي العضوي.....225
ثانيا : جراحة الإزدواج الجنسي النفسي.....228
الفرع الثالث: مرحلة الرقابة الطبية.....233
الباب الثاني: الآثار المترتبة على تغيير الشخص لجنسه.....235
الفصل الأول: مدى المساس بحالة الأشخاص بعد تغيير الجنس و أثره.....238
المبحث الأول: تغيير البيان المتعلق بالنوع في أوراق الحالة المدنية.....240
المطلب الأول: حالة الخطأ في البيانات المتعلقة بالنوع.....241
الفرع الأول: تصحيح البيان المتعلق بالنوع في حالات الخنوث العضوية.....242
الفرع الثاني: تغيير البيان المتعلق بالنوع في حالات الخنوثة النفسية.....247
أولا : شروط تغيير الجنس في التشريعات المقارنة التي نظمتها بنصوص خاصة.....248
ثانيا : الشروط القضائية لتغيير الجنس في فرنسا في غياب نصوص تشريعية.....253
ثالثا : الطبيعة القانونية لدعوى تغيير بيان النوع في الحالة المدنية في حالات الخنوثة النفسية.....272
المطلب الثاني: المعالجة القانونية لأعراض مرض اللاإرتياح في النوع في أوربا..273
الفرع الأول: موقف المؤسسات الأوربية.....274
أولا : موقف الإتحاد الأوربي.....274
ثانيا : موقف المجلس الأوربي.....275
الفرع الثاني: الإجتهاد القضائي الأوربي.....276
المطلب الثالث: الإجراءات المتبعة للمساس بقيود الحالة المدنية في حالات تغيير الجنس.....278
الفرع الأول: الجهة المختصة للمساس بقيود الحالة المدنية في حالتي تغيير الجنس.279
أولا : حالة وجود خطأ مادي يتعلق ببيان النوع.....279
ثانيا : حالة عدم وجود خطأ مادي يتعلق ببيان النوع.....283
الفرع الثاني: الطريق القانوني لتصحيح أو تغيير بيان النوع في حالتي الإزدواج الجنسي..285
أولا : في فرنسا.....286
ثانيا : اجراءات تصحيح بيان النوع بمصر.....296
ثالثا : اجراءات تصحيح بيان النوع في الجزائر.....297
المبحث الثاني: تغيير الإسم الشخصي كنتيجة لتغيير الجنس.....298
المطلب الأول: التكييف القانوني للإسم.....299
المطلب الثاني: الإجراءات الواجب إتباعها لتغيير إسم المغير لجنسه.....301
الفرع الأول: الإجراءات المتبعة لتغيير الإسم بفرنسا و أمريكا و دول أجنبية أخرى.....301
أولا : الحركة التشريعية لتغيير الإسم بفرنسا.....302

ثانيا : إجراءات تغيير الإسم في الولايات المتحدة و دول أجنبية.....308
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة لتغيير الإسم في بعض الدول العربية.....311
أولا : إجراءات تغيير الإسم في مصر.....311
ثانيا : إجراءات تغيير الإسم في الجزائر.....312
المطلب الثالث: حق المغير لجنسه في الحصول على أوراق الحالة المدنية و المستندات الرسمية المتعلقة بالشخصية.....313
الفرع الأول: الحق في الحصول على الوثائق التعريف الشخصية للمغير لجنسه....314
أولا : على المستوى الأوربي.....315
ثانيا : على المستوى الوطني.....315
الفرع الثاني: مدى الإشارة إلى تغيير بيان الجنس و تغيير الإسم في وثائق الحالة المدنية و المستندات للمغيرين لجنسهم.....317
أولا : الإتجاه الذي يميل إلى عدم الإشارة على بيان تغيير الجنس و الإسم في عقود الحالة المدنية.....318
ثانيا : الإتجاه الذي يميل إلى الإشارة إلى تغيير الجنس ة تغيير إسم صاحب الشأن في وثائق الحالة المدنية.....318
المبحث الثالث: مدى مساس تغيير الجنس بالحالة العائلية للأشخاص.....320
المطلب الأول: أثر تغيير جنس أحد الزوجين على الزواج السابق.....321
الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي من تأثير تغيير أحد الزوجين لجنسهما على مصير الزواج.....321
أولا : إلغاء الزواج أو بطلانه بطلانا مطلقا.....323
ثانيا : قابلية عقد زواج المغير لجنسه السابق للإبطال.....324
ثالثا : طلب الطلاق.....325
رابعا : إمكانية بقاء و إستمرار الحياة الزوجية بين المغير لجنسه و زوجه الآخر..328
الفرع الثاني: موقف القانون المصري و الجزائري و كذا الفقه الإسلامي من تأثير تغيير أحد الزوجين لجنسهما.....329
أولا : في مصر.....330
ثانيا :في الجزائر.....331
ثالثا : موقف الفقه الإسلامي من مصير الزواج السابق على تغيير جنس أحد الزوجين.....334
الفرع الثالث: موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.....337
المطلب الثاني: أثر تغيير جنس أحد الزوجين على الزواج اللاحق.....339
الفرع الأول: موقف القضاء لبعض المحاكم الأوربية من زواج المغير لجنسه اللاحق للتغيير.....340
أولا : تغيير الجنس و الزواج أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان 341
ثانيا : حق الزواج المحمي من طرف محكمة عدل الإتحاد الأوربي.....342
الفرع الثاني: موقف النظام الفرنسي من الزواج اللاحق للمغير لجنسه.....344
أولا : إتجاه النظام الفرنسي قبل صدور قانون 17 ماي 2013.....344
ثانيا : تغير إتجاه النظام الفرنسي بعد صدور قانون 17 ماي 2013.....354

الفرع الثالث: موقف كل من مصر و الجزائر و الفقه الإسلامي من الزواج اللاحق للمغير لجنسه.....355
أولا : موقف النظام القانوني المصري.....356
ثانيا : موقف النظام القانوني الجزائري.....358
ثالثا : موقف الفقه الإسلامي.....361
المطلب الثالث: أثر تغيير الجنس على قواعد النسب.....362
الفرع الأول: موقف النظام القانوني الأوربي و الفرنسي من تأثير تغيير جنس أحد الزوجين على النسب.....363
أولا : موقف القضاء الأوربي من تأثير تغيير الجنس على قواعد النسب.....363
ثانيا : موقف النظام القانوني الفرنسي من تأثير زواج المغير لجنسه على قواعد النسب.....366
الفرع الثاني: موقف كلا من النظام القانوني المصري و الجزائري حول تأثير تغيير الجنس على قواعد النسب.....369
أولا : موقف النظام القانوني المصري حول تغيير الجنس و تأثيره على النسب...369
ثانيا : موقف النظام القانوني الجزائري حول تغيير الجنس على قواعد النسب.....371
الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من تأثير تغيير الجنس على القواعد النسب.....374
أولا : ثبوت النسب من الأم الأنثى.....374
ثانيا : ثبوت النسب من الرجل.....374
الفصل الثاني: مدى مساس تغيير الشخص لجنسه بالحالة الإجتماعية و الحقوق و الواجبات الأخرى.....377
المبحث الأول: أثرتغيير جنس الفرد على بعض الحقوق التي يكتسبها.....378
المطلب الأول: مصير حق التعليم بالنسبة للمغير لجنسه.....378
الفرع الأول: تأثير تغيير الجنس الشخص على الحق في التعليم بفرنسا.....379
الفرع الثاني: تأثير تغيير جنس الشخص على حقه في التعليم في كل من مصر و الجزائر.....380
أولا : أثر تغيير الجنس على الحق في التعليم في مصر.....380
ثانيا : أثر تغيير الجنس على الحق في التعليم في الجزائر.....384
المطلب الثاني: أثر تغيير جنس الفرد على حقه في العمل و تقلد الوظائف و الحق في التقاعد و المعاش.....386
الفرع الأول: أثر تغيير الجنس في حق الحصول على منصب عمل أو التوظيف..387
أولا : مدى إعتراف النظام القانوني الفرنسي بحق المغير لجنسه في الحصول على عمل أو وظيفة عامة.....387
ثانيا : موقف القانون المصري من حق المغير لجنسه في الحصول على عمل أو وظيفة.....390
ثالثا : موقف النظام القانوني الجزائري من مدى الإعتراف للمغير لجنسه بحقه في الحصول على عمل أو وظيفة.....390
الفرع الثاني: أثر تغيير الجنس على علاقة العمل أو الوظيفة القائمة.....391
أولا : موقف محكمة عدل الإتحاد الأوربي.....392

ثانيا : موقف النظام القانوني الفرنسي من مصير عقد عمل أو وظيفة المغير لجنسه.....397
ثالثا : موقف كل من مصر و الجزائر من مصير عقد عمل أو وظيفة من غيّر جنسه.....404
المطلب الثالث: أثر تغيير الجنس على الحق في الميراث.....410
الفرع الأول: أثر تغيير الجنس لأسباب عضوية على الحق في الميراث في كلا من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.....410
أولا : موقف الفقه الإسلامي من أثر تغيير جنس الخنثى العضوي على حقه في الميراث.....411
ثانيا : موقف القانون الجزائري من أثر تغيير الجنس لأسباب عضوية على حقه في الميراث.....412
الفرع الثاني: أثر تغيير الجنس لأسباب عضوية على الحق في الميراث في القانون المصري.....412
أولا : تغيير نوع الخنثى العضوي بعد وفاة المورث و قبل إقتسام التركة.....413
ثانيا : تغيير نوع الخنثى العضوي بعد وفاة المورث و بعد إقتسام التركة.....413
المبحث الثاني: أثر تغيير جنس الفرد على بعض الواجبات.....414
المطلب الأول: أثر تغيير جنس الفرد على واجب آداء الخدمة الوطنية.....414
الفرع الأول: إجراء تغيير الجنس قبل آدائه لإلتزام الخدمة الوطنية في كلا من مصر و الجزائر.....415
أولا : في حالات تصحيح الجنس العضوي للشخص.....415
ثانيا : في حالات تغيير الجنس لأسباب نفسية.....416
الفرع الثاني: إجراء تغيير الجنس خلال تأدية الخدمة أو بعد الإنتهاء منها في كلا من مصر و الجزائر.....419
الفرع الثالث: مدى تأثير تغيير جنس أحد الإخوة على الآخرين و مدى إلتزامهم بآداء الخدمة الوطنية في كلا من مصر و الجزائر.....421
المطلب الثاني: أثر تغيير جنس الشخص على واجب النفقة.....422
الفرع الأول: أثر تغيير لجنسه على واجبه بنفقة الزوجية في كلا من مصر و الجزائر.....423
الفرع الثاني: أثر تغيير الشخص لجنسه على واجبه بنفقة الأقارب في كلا من مصر و الجزائر.....426
أولا : أثر تغيير جنس الشخص على إلتزام الأصول بالإنفاق على الفروع.....426
ثانيا : أثر تغيير جنس الشخص على إلتزام الفروع بالإنفاق على الأصول.....428
المطلب الثالث: أثر تغيير الجنس على المسائل الجنائية.....429
الفرع الأول: أثر تغيير جنس الشخص على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية.....429
الفرع الثاني: أثر تغيير جنس الشخص على المتابعة الجزائية ببعض جرائم المخلة بالآداب.....432
الفصل الثالث: المسؤولية الطبية المترتبة على تغيير الجنس.....433
المبحث الأول: أنواع المسؤولية الطبية في حالات تغيير الجنس و طبيعتها القانونية....435
المطلب الأول: أنواع المسؤولية الطبية الناجمة عن تغيير الشخص لجنسه.....435

الفرع الأول: المسؤولية الجنائية عن التدخل الطبي لتغيير جنس الشخص.....436
أولا : موقف الفقه و القضاء الفرنسيين من مدى قيام المسؤولية الجنائية في حالات تغيير لجنس.....436
ثانيا : موقف الفقه و القضاء المصريين من مدى قيام المسؤولية الجنائية في حالات تغيير الجنس.....440
ثالثا : موقف النظام الجزائري من مدى قيام المسؤولية الجنائية في حالات تغيير الجنس.....441
الفرع الثاني: المسؤولية التأديبية الناجمة عن الأعمال الطبية لحالات تغيير الجنس.....444
أولا : المسؤولية التأديبية للطبيب في فرنسا عن عمليات تغيير الجنس.....445
ثانيا : المسؤولية التأديبية للطبيب في مصر عن عمليات تغيير الجنس.....445
ثالثا : المسؤولية التأديبية للطبيب في الجزائر عن عمليات تغيير الجنس.....447
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية عن تغيير الجنس.....449
الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....450
الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الطبية لتغيير الجنس.....450
الفرع الثالث: النتائج المترتبة على التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية للطبيب..451
المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب عن تغيير الجنس و الجزاء المترتب عليها.....453
المطلب الأول: الحالات التطبيقية لأركان مسؤولية الطبيب في مجال تغيير الجنس..453
الفرع الأول: الخطأ الطبي و تطبيقاته في تغيير الجنس.....454
أولا : خطأ الطبيب في مرحلة ماقبل التعاقد.....454
ثانيا : خطأ الطبيب في المرحلة التحضيرية للعلاج.....455
ثالثا : خطأ الطبيب في مرحلة العلاج النفسي.....458
رابعا : خطأ الطبيب في تسليم المعني شهادة غير مطابقة للواقع.....459
خامسا : خطأ الطبيب في مرحلة العلاج الهرموني.....459
سادسا : خطأ الطبيب في مرحلة العلاج الجراحي.....460
الفرع الثاني: الضرر المترتب على تغيير الجنس.....461
أولا : أنواع الضرر.....462
ثانيا : إثبات الضرر.....463
الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.....464
المطلب الثاني: أثر إنعقاد مسؤولية الطبيب المدني في حالات تغيير الجنس.....465
الفرع الأول: تقدير التعويض.....465
أولا : وقت تقدير التعويض.....466
ثانيا : طرق تعويض الضرر.....467
الفرع الثاني: أطراف التعويض عن الضرر.....468
الخاتمة.....470
المراجع.....480
الفهرس.....504

الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس

ملخص:

يعتبر تغيير الجنس حالة من حالات الأمراض النفسية التي تصيب الشخص، بحيث تجعله غير قادر بسيكولوجيا واجتماعيا على العيش وفقا لجنسه الطبيعي، إذ يعتقد بأنه ينتمي إلى الجنس الآخر، مما يدفعه إلى اللجوء إلى إجراء عمليات جراحية جد خطيرة من حيث استئصال أعضائه التناسلية واستبدالها بأخرى مصطنعة.

ومن زاوية القانون، قد يصطدم هذا الشخص بأن لا يعترف له بهذا التغيير لوجوده في دولة لا تقر مشروعية هذا العمل الطبي بل تحظره بسبب عدم جواز المساس بحالة الأشخاص المتصفة بالثبات وقدسية أحكام الطبيعة. ولكن، خلافا لذلك، أن هناك العديد من التشريعات خاصة منها الغربية أقرت بصحة ذلك التغيير بناء على شروط معينة. وأمام هذا وذاك، نجد أن المغيرين لجنسهم يطالبون قضائيا بالاعتراف لهم بالحقوق والواجبات القانونية التي يتمتع بها أصحاب الجنس الآخر الذي تحولوا إليه، ويرغبون في الزواج مع أشخاص من نفس الجنس البيولوجي الذي كانوا ينتمون إليه. فهل يسمح لهم القانون بكل ذلك، وما الآثار المترتبة على مثل هذا التغيير؟

الكلمات المفتاحية: تغيير، جنس، قانون، حقوق، واجبات، حالة، زواج، طلاق، جراحة.

Résumé :

Le transsexualisme est une maladie d'ordre psychologique, d'où surgit la souffrance d'un individu le rendant incapable aussi bien psychiquement que socialement de vivre selon son sexe de naissance, en l'occurrence naturel. Celui-ci est entièrement convaincu d'appartenir à l'autre sexe, ce qui va l'entrainer à recourir à la chirurgie pour une reconstitution de ses organes génitaux.

Sur le plan juridique, le transsexuel peut être confronté à la non-reconnaissance de ce changement sexuel dans un pays ne considérant pas comme légal de tel acte chirurgical au motif de l'indisponibilité de l'état des personnes et de la sainteté des lois naturelles. Par contre, plusieurs législations, notamment des pays occidentaux ont reconnu la légalité de ce changement tout en le soumettant à des conditions bien précises. Face à cette antinomie législative, il est fondamentalement important de se demander si les transsexuels peuvent-ils revendiquer les mêmes droits et devoirs que ceux des personnes de leur sexe naturel. Peuvent-ils, entre autres, se marier, mais avec qui ? Quelles sont les conséquences découlant de ce changement sexuel ?

Mots clés : Transsexualisme, sexe, droit, droits, obligations, état, mariage, divorce, chirurgie.

Abstract :

Transsexual's is an illness afflicting a person and rendering him unable to live in consistency with the sex of his birth, and dominated by a firm idea that he belongs to the other sex. He desires to get rid of his genital organs by means of surgery and replace them by other artificial organs.

This person may be confronted to a legal ignorance of his sex transition if he is from a country which does not approve the legality and prohibits this medical work, however there are many countries which differ regarding the extent of legality of this medical intervention changing the sex of a person, on the basis that it is forbidden to prejudice the state of a person which is considered firm and such act changes in fact the creation of the God, on the other hand persons changing and transiting to the opposite sex claim the recognition of the legal rights and obligations enjoyed by the persons from the opposite sex to which they transit, they desire to marry with persons from the same biological sex to which they were belonging, so does law allow them to do all that, and what are the consequences of such transsexualism?.

Key words: Transsexualism, sex, law, right, obligation, status, marriage, divorce, surgery.