ردمد ورقي: 2571 -9971- المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661 -7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

التغيير الجنسي من منظور قانوني و شرعي

سعيدي محمد نجيب*
جامعة تلمسان / الجزائر

تاريخ إرسال المقال:2020/06/11 **تاريخ قبول المقال: 2020/07/14**

الملخص

يعتبر موضوع التغيير الجنسي من المواضيع التي أصبحت تنتشر وتثير إشكالات طبية وقانونية على المستوى الداخلي والعالمي، خاصة مع تعاطف بعض الدول الأوربية مع هذه الفئة التي أصبحت ترى نفسها أنها ضحية مجتمع من جهة وضحية اضطرابات نفسية من جهة أخرى، حيث أن الشعور الداخلي والميول الجنسي لهذه الفئة هو عكس الجنس الظاهر والموثق في الحالة المدنية حسب رأيهم .

من خلال هذه الدراسة سنحاول معالجة مجموعة من الإشكالات من خلال دراسة القوانين الوضعية وعرض مختلف اللآراء الفقهية والأحكام القضائية المرتبطة بالموضوع خاصة القانون المقارن وذلك لعدم وجود أحكام قضائية على المستوى الوطني بخصوص التغيير الجنسي، وهذا راجع ربما لخصوصية المجتمع الجزائري الذي يعتبر هذه الأمور من باب الخروج عن الدين الإسلامي

الكلمات المفتاحية : الجسم البشري، التخنث، الشذوذ الجنسي، التحول الجنسي

Abstract:

The topic of sexual change is one of the topics that has become widespread and raises medical and legal problems at the internal and global level, especially with the sympathy of some European countries with this group, which sees itself as the victim of a society on the one hand and the victim of psychological disorders on the other, as the internal feeling and sexual orientation of this group is the opposite of the apparent sex and documented in the civil case in their opinion.

Through this study we will try to address a range of problems by studying the positive laws and presenting various jurisprudential opinions and judicial decisions related to the subject, especially comparative law, because there are no judicial rulings at the national level regarding sexual change, and this is probably due to the specificity of Algerian society, which considers these matters to be a departure from the Islamic religion.

Key words : Human body, transvestite, homosexuality, transsexuality.

* المؤلف المرسل

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

المقدّمة

إن العصر الحالي هو أكثر العصور تأكيدا للوسائل المتعلقة بالإكتشافات الطبية والبيولوجية، والفاعلية والكفاءة، ذلك أنها جعلت من هذه الإكتشافات أداة رئيسية لإنجاز أهداف الباحثين، وإشباع الحاجات المجتمعية والشخصية. لكن ذلك لا يعني أن سائر الإكتشافات أصبحت تتماشى والمصلحة العامة، إذ منها ماهي اكتشافات زائدة، ومنها ما هي منبع لذرائع الإنحراف والشذوذ، كون أنها أصبحت تمس الإنسان ذاته، خاصة عندما يصل الأمر إلى حد تغيير جنس الإنسان في مجال التدخل الجراحي وتحويله إلى الجنس المخالف،أي تغيير الجنس الذي ينتمي إليه ماديا بالجنس الذي يشعر بالإنتماء إليه بعد إجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي مما ينجر عنه المساس بسلامة جسم الشخص[1]. سنحاول من خلال هذه البحث تسليط الضوء على عملية التغير الجنسي والإجابة على الإشكالية الرئيسية المتمثلة في :

إلى أي مدى نجحت القواعد القانونية والأحكام القضائية في معالجة ظاهرة التغيير الجنسي ؟ للإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية،قسمنا بحثنا إلى مبحثين **الأول** نتناول فيه ماهية التغيير الجنسي و**الثاني** نتطرق فيه للجانب القانوني والقضائي للتغيير الجنسي.

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية سنتبع المنهج التحليلي في تحليل بعض النصوص القانونية والأحكام القضائية والفقهية التي لها علاقة بالموضوع، من أجل استنباط موقف كل من القانون والقضاء والفقه والشريعة الإسلامية حول التغيير الجنسي،بالإضافة إلى المنهج المقارن لتبيان المواقف الفقهية والتعريفات الشرعية والقانونية المقارنة خاصة مع القانونين الفرنسي والمصري لأن هذا الموضوع يعتبر حديثا بالنسبة للتشريع الجزائري فلم ينظمه تنظيما كاملا بعد.أما المنهج الوصفي فيتم استعماله لتوضيح بعض المفاهيم العلمية المتعلقة بالموضوع

المبحث الأول :ماهية التغيير الجنسي

لقد حول بعض الفقهاء إعطاء فكرة و تعاريف عن التغيير الجنسي كمحاولة لتبسيط الأمور ورفع اللبس عن هذه الظاهرة حتى يتجلى للعيان المعنى الحقيقي لهذه العملية .

المطلب الأول: مفهوم التغيير الجنسي و تمييزه عن بعض المصطلحات

لازال مصطلح التغيير الجنسي يثير بعض الإشكالات و اللغط ،خاصة مع محاولة المؤيدين للفكرة إضفاء صبغة انسانية و طبية تجيزه تحت غطاء العلاج الطبي و الحرية الشخصية .

[1] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه دولة ، جامعة الجزائر،1996، ص 437.

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

الفرع الأول تعريف التغيير الجنسي

التغيير الجنسي لغة : هو استبدال جنس الشخص بجنس آخر أي تغيير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي[2]

وأثناء بحثنا في هذا الموضوع وجدنا مجموعة من التعريفات نحاول عرض بعضها والتي تبدو أكثر وصولا للمعني :

«هو إحساس يشعر به الفرد بالإنتماء لجنس مضاد لجنسه الأصلي مع الرغبة الشديدة لتغيير حالته الجنسية و العيش وفق المظهر المتوافق للفكرة التي يرى بها نفسه» .هذا تعريف طبي "للحالة"يمكن أن يُكمّل بتعريف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تعرفه بالنظر إلى "الأشخاص" حيث عادة ما نقصد ب Transsexuels» « الأشخاص الذين يبدو مظهرهم الفيزيولوجي أنهم من جنس معين ومشاعر انتمائهم لجنس مضاد ويحاولون دائما أن يبدوا بهوية أكثر تناسقا وأقل اشتباها، وهذا بالخضوع لعلاجات طبية وتدخلات جراحية[3].

وهناك من عرّفه بأنه« شعور نفسي بالإنتماء إلى الجنس الأخر بالرغم من أن الشخص له جسم مرفولوجي مميز ومحدد تماما ومعنى ذلك أن الشخص يشعر في هذه الحالة بأنه إمرأة في جسم رجل أو رجل في جسم إمرأة »[4] .

وعرّفه أخر بأنه«شعور الشخص بكراهية الجنس الذي ولد عليه نتيجة لعوامل مختلفة تعود أغلبها حسب الأطباء–إلى فترات مبكرة من حياة الإنسان و تربيته وتكون هذه التربية غير سليمة ،وهؤلاء الأشخاص لا يوجد فيهم أي لبس في تحديد جنسهم سواء من ناحية المظهر أو من ناحية الجوهر» [5].

إن المغير لجنسه Transsexuelهو الشخص الذي يطلب تغييرا لجسمه وهذا بعدما تتكون في ذهنه فكرة راسخة أن جنسه الحقيقي عكس الجنس البيولوجي الذي هو عليه[6] .

وعرّفته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على أنه « التغيير الجنسي يتمثل في إحساس أشخاص بانتمائهم إلى الجنس الأخر للوصول إلى هوية أكثر اتساقا بعد الخضوع إلى العلاج الطبي و الجراحي للتكيف مع الخصائص الفزيائية والمرفولوجية للجنس الذي يشعرون به »[7].

---

[2] تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36 ، رقم 04 ، الجزائر ،1998، ص 29.

[3] Robert Jacques .Droits de l' homme et libertés fondamentales, collaboration de Jean Duffar, 15é Edition – Domat droit privé, Montchrestien – Paris 2009, p 338.

[4] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص 19.

[5] محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، الطبعة الثانية ،مكتبة الصحابة، جدة،1994 ، ص199.

[6] C.f Abdelhafid Oussoukine ,l'Etique Biomédicale, édition Dar El Gharb , Oran .2000, p 203

ردمد ورقي: 2571 -9971- المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661 -7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

إن التغيير الحاصل بعد التغيير الجنسي إنما هو تغيير ظاهري في الأعضاء التناسلية فقط بحيث لا يحصل معه تغيير في الوظائف ،لأن الرجل إذا تم تغيير أعضائه التناسلية إلى أنثى فإنه لا يستطيع أن يحيض مثلا أو يحمل لعدم وجود مبيض ورحم وبقطع أعضائه الأصلية فإنه يفقد الإنجاب للأبد و كذلك المر بالنسبة للمرأة .

ونشير إلى أن مرض الرغبة في التحول إلى الجنس الآخر لا يعد من قبيل أمراض العصر بصفة كاملة، بل أعراضه وظواهره قديمة، حيث روي عنها في الأساطير اليونانية القديمة، وقد أصيب شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني Coligerla والملك الإنجليزي هنري الثالث والإمبراطور السويدية Cotherine .[8]

الفرع الثاني تمييز التغيير الجنسي عن بعض المفاهيم المشابهة له

التغيير الجنسي يختلف عن بعض ظواهر الشذود الجنسي و التي سنحاول إبراز الاختلاف الموجود كما يلي :

1- تغيير الجنس و التخنث[9]

إن التخنث بمختلف أنواعه "L'hermaphrodisme" أساسه إبهام جنسي أصلي، ثم إذا كان الخنثى ضحية الطبيعة بحمله للأعضاء الذكرية والأنثوية (مما يبرر إجراء العمليات الجراحية لتحديد جنسه الأصلي)، فإن الشخص محل التغيير، على النقيض من ذلك، له جنس مورفولوجي محدد ومميز تماما،إلا أنه يشعر نفسيا بأنه ينتمي الى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي.إذا الأمر لا يتعلق بتصحيح الجنس، إنما بتغييره مما يفترض عدم

[7] La Cour européenne des droits de l'homme définit le transsexualisme comme le fait pour des « personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre » et qui « essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme ». **Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées** . JORF n°0170 du 25 juillet 2010 ,publier sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022512514

[8] للمزيد من التفاصيل راجع ،مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في ....،المرجع السابق ، ص 437 و ما بعدها

[9] -« Hermaphrodisme :Présence, chez un même individu ,des organes reproducteurs des deux sexes. » Le Petit Larousse Illustré, librairie Larousse, France .2009,p.489,

-« Transsexualisme :Conviction qu'a un sujet d'appartenir à l'autre sexe, qui le conduit à tout mettre en oeuvre pour que son anatomie et son mode de vie soient le plus possible conformes à sa conviction . » ,Voir :Le Petit Larousse Illustré ;op.cit,p 185 .

ردمد ورقي: 2571 -9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661 -7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

وجود أي خلط في الجنس، لأن الشخص محل التغيير لم يكن قط يوم الولادة ضحية لغلط، إلا أنه يحس بالإنتماء لجنس مضاد لجنسه، فيبحث مهما كان الثمن لتغييره بواسطة عمليات جراحية جد صعبة [10].

والخنثى في الفقه الإسلامي "أدمي تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة و علامات أخرى تدل على الذكورة ،فإن غلبت عليه علامات الذكورة حكم لم بأنه ذكر، وإن تبين أن علامات الأنوثة غالبة حكم بأنه أنثى وفي بعض الأحيان لا تظهر الأمور جيدا فينتظر بلوغة حتى يفصل في الأمر و إن لم نتبين فنكون أمام خنثى مشكل[11] .

2--تغيير الجنس و ظاهرة Travestisme

والتي يقصد بها تبني كل جنس للباس الأخر ،فمثلا يجد الرجل متعة لمجرد إرتدائه ملابس النساء ،على الرغم من علمه اليقين بحقيقة نوع الجنس الذي ينتمي إليه وتمتعه بقدراته الجنسية العادية، والنساء عادة لا يصبن بهذه الظاهرة[12] .

3-تغيير الجنس و الشذوذ الجنسي

ظاهرة الشذوذ الجنسي Homosexualitéتتسم بميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به ،فهي تعني اللواط عند الذكور والسحاق عند الإناث وهو ضغط جنسي موجه للأشخاص من نفس النوع نتيجة نشوء نزوة و شذوذ جنسي اتجاه أفراد أخرين من نفس النوع ويمكن تصور هذه الظاهرة حتي في إتيان الحيوانات والإستمناء[13] .

4- تغيير الجنس والتشبه بالجنس الآخر

يكون التشبه بالجنس الآخر حينما تبدو النساء في المظهر الخارجي كالرجال في ملابسهم وسلوكهم ،أما تشبه الرجال بالنساء عندما يبدو الرجال كالنساء في هيئتهم الخارجية كارتداء ملابسهم و التزين مثلهن و التميع في الكلام وإن غلب الظن أن هماك تشابه بين التغيير الجنسي و الشذوذ الجنسي إلا أن الفرق يكمن في :

[10] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص 293.

[11] بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا –دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ،2013/2012، ص 226.

[12] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق ، ص 439 .

[13] محمد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق، ص 125، الشذوذ الجنسي واللواط كانا قد ظهر في قوم سيدنا لوط–عليه السلام– فاستحبوا اتيان الذكور على الإناث

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

*إن التشبه بالجنس هي مسألة و وقتية وعرضية تنتهي بمجرد إشباع الرغبة المنحرفة ،عكس التغيير الجنسي الذي هم اقتناع تام بالإنتماء الأبدي للجنس الاخر.

*إن المتشبه بالجنس الآخر يعي هويته الجنسية البيولوجية ولا يرغب في التخلص منها ، بينما في حالة التغيير الجنسي فإن الشخص لا يقتنع بوضعه الأصلي ويحس بالظلم والقهر يدفعه للتخلص من أعضاء التناسلية الأصلية ، لذلك يمكن اعتبار ان التشبه بالجنس الآخر هي أولى الخطوات للوصول إلى التغيير الجنسي[14].

كما يدل الواقع على أن الرغبة في التغيير الجنسي تمر على بمراحل تتمثل في :

*مرحلة إرتداء ملابس مخالفة لجنسه.

*الشعور بالرغبة في تملكه للأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الأخر.

*الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية و المطالبة بإجراء عملية جراحية و في حالة رفض الإستجابة لطلبه قد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الإنتحار، و يظهر هذا المرض عادة بالنسبة للذكور ما بين سن 13 إلى 50 سنة و بالنسبة للإناث فلا يتعدى 20 عاما [15].

ونشير في الأخير أن الختان(L'exision) يختلف تماما عن التغيير الجنسي لأنه ناتج عن إجبار معنوي و جماعي وسلفي يحتفظ به الشخص على جنسه ولا يغيره ،بل هم امتثال للشرع والفطرة والإهتداء بالسنة الكريمة [16] .

5- تغير الجنس و تصحيح الجنس

إن عملية تصحيح الجنس فهي عملية مباحة شرعاً ، إذ تكون الحالة عبارة عن شخص لديه خلل في الجهاز التناسلي أو البنية الجسدية بحيث يبدو أنثى ، وهو في الحقيقة ذكر، وفي هذه الحالة يتم إجراء الجراحة التصحيحية إلى الجنس الحقيقي وهو الذكورة ، والعكس قد يكون الشخص أنثى ولديها خلل في الجهاز التناسلي ويبدو وكأنها ذكر، ويتم إجراء الجراحة التصحيحية إلى الجنس الحقيقي وهو الأنثى،وهنا يتضح أن عمليات تصحيح الجنس هي تصحيح من الوضع الخطأ إلى الوضع الصحيح [17].

[14] بوشي يوسف،المرجع السابق ، ص 226.

[15] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق ، ص 440.

[16] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص32.

[17] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، 2008، ص 444 .

الفرع الثالث: دوافع التحول الجنسي

لم يهتدي الطب في الماضي إلى الوصول لسبب وطبيعة هذا المرض النفسي وحتى الطب الحديث لا زال يتخبط في حصر أعراضه وطرق علاج المصابين به، خاصة وأن القضاء و الطب لم ينسجموا في تبرير توجهاتهم، فنجد أن الجانب الطبي في الدول التي أجازت التغيير الجنسي قد ساير الميول النفسي والجنسي للأشخاص المتحولين جنسيا مما أثر على القضاء الذي يستند في بعض أحكامه على الخبرة الطبية الفنية من أهل الإختصاص .

وإذا ثم تصنيف هذا المرض بأنه مرض نفسي ،فإنه يستوجب علاج المريض بتصحيح مسلكه السيكولوجي أو بإعطائه هرمونات علاجية تساعده على تحمّل جنسه الطبيعي، شريطة عدم تجاوزه لمرحلة البلوغ ومع ذلك، فإن أغلب المحاولات باءت بالفشل مما استدعى اللجوء للعمل الجراحي كوسيلة أخيرة وفعالة في ظل الوضع الراهن ورغم ذلك يرى « RASSAT» أن هناك استحالة لتغيير الجنس ويبرر موقفه بأن تدخلات الطب الإكلينيكي أو العمليات الجراحية تتجه نحو الأعقد ،لأنها لا تؤدي للتغيير الكلي للجنس شكلا وخاصة الجانب الوظيفي[18].

ومن بين الأسباب و الدوافع وراء اللجوء لجراحة تغيير الجنس نذكر على سبيل المثال:

* أن يكون الشخص المصاب بمرض اضطراب الهوية الجنسية يقوم بإجراء عملية تغيير الجنس غايةً في علاج نفسه ،وربما يحصل ذلك لبعض الأشخاص الذين يعانون من خلل نفسي أو تربوي اجتماعي دفعهم إلى الرغبة في تغيير جنسهم، وذلك لأن تقاليد المجتمع لا تسمح بالتعايش مع الظاهرة وأصحابها الذين يعانون في صمت، إذ ما زال يرى فيهم الذين يعتبرون أنفسهم أسوياء مجرد أفراد شاذين عن طبيعة باقي البشر، ويجمعون على جعلهم يعيشون في الهامش.

* قلة الوازع الديني :إن الدين الإسلامي هو المعيار الأساسي للإنسان والذي عليه تستقيم أموره ، وهو المعلم الذي يدله على الحلال والحرام والصحيح والسقيم، فإذا ابتعد الإنسان عن الدين قل عنده هذا الوازع الديني وبالتالي تجده يتخبط يمنةً ويسرة ، وأن تغيير الجنس بقصد التخنث منهي عنه شرعاً ، ولكن من قلّ عنده الوازع الديني تجده لا يهتم بهذا النهي ، ويمارس كل ما يخطر على هواه دون مراعاة لأحكام الدين الإسلامي

*التربية الخاطئة :إن للتربية دوراً مهماً في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة أظافره فهو يكتسب الخصائص النفسية والاتجاهات والقيم والمعتقدات التي تعتبر مناسبة لجنسه ، وبالتالي يكتسب الطفل هويته الجنسية، فإذا

[18] ، RASSAT M.L,sex médecine et droit مقتبس عن مكرلوف وهيبة، مكرلوف وهيبة، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب الطبية المستحدثة في الطب والجراحة ،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة تلمسان 2004-2005، ص 99.

اتبعت الأسرة في تربية طفلها أساليب خاطئة كالتدليل الزائد والحرمان العاطفي والقسوة وعدم إشباع الحاجة النفسية للطفل تجد الطفل يتجه للانحراف السلوكي وحدوث اضطرابات في هويته الجنسية .

*وسائل الإعلام : إن وسائل الإعلام لها أهمية بالغة وتأثير قوي على نفسيات الأفراد خاصةً على الأطفال، فمثلاً مشاهدة أفلام العنف تولد العنف وإن عرض مشاهد فيها انحرافات سلوكية ومخالفة لأعراف المجتمع يؤثر في نفوس الناس ويهدم كل القيم والتقاليد

*التنكر والتخفي من جريمة معينة ومن ثم يرغب في تغيير جنسه ليتنكر ويختفي من العدالة ليفلت من العقوبة

*السعي وراء تحصيل كسب معين : قد يرغب شخص في تغيير جنسه سعياً وراء تحصيل كسب معين لا يستطيع تحصيله وهو على الجنس الأصلي الذي خلق عليه وهذا الكسب قد يكون أوفر من الذي سيحصل عليه و هو على جنسه الأصلي[19] .

ويرى بعض علماء النفس أن الفرق بين الرغبة الشخصية في التحول الجنسي، وبين اضطراب الهوية الجنسية، وهو الاضطراب الناشئ عن عدم التوافق بين الصفات العضوية وبين شعور الإنسان الشخصي بالجنس الذي ينتمي إليه ، ووضعوا في ذلك نظريات لتبرير هذا الشذوذ والدافع للتحول حسب بعض النظريات والتي تتمثل بعضها في:

*تعرض الجنين داخل الرحم في المراحل الأولى للتكوين الجنيني لتأثير كميات زائدة من هرمون الأنوثة، في حالة الحمل بجنين ذكر والعكس، فتؤثر هذه الهرمونات على الجهاز العصبي والمخ في طور التكوين الكامل للأعضاء التناسلية، كما يرى البعض حالة الاضطراب إلى أسباب جنينية، استناداً إلى وجود بعض هذه الحالات في توأم البيضة الواحدة.

* أنه ينشأ نتيجة قلق يتطور بالطفل إلى خيالات إصلاحية بالاندماج التكافلي، فالذكر مع والدته، والأنثى ربما مع والدها أو أخوها، وهذا ما يعلل لجوء الشخص لإجراء تغييرات جراحية، إذ من المقرر عندهم أن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة، بل ربما تغيرت، بمعنى أنها قد تكون متوافقة مع جنس المولود، ثم إنها تتغير بعوامل التربية والبيئة الاجتماعية ونحوها[20]

[19] طارق حسن كسّار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، بحث منشور على شبكة الأنترنيت http://utq.edu.iq/Research/pdf10/11.pdf، تاريخ الإطلاع : 2020/02/22 .

[20] فواز صالح ،جراحة الخنوثة وتغير الجنس في القانون السوري، بحث منشور على شبكة الأنترنيت، http://journals.yu.edu.jo/ayhss/AYHSSIssues.htm تاريخ الإطلاع 2020/03/10

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

المبحث الثاني: النظرة القانونية والشرعية لظاهرة التغيير الجنسي

إذا كان بعض الأطباء استطاعوا بفضل التقدم العلمي تغيير جنس الإنسان، مبررين ذلك بطريقة مباشرة عن موقفهم من مثل هذه التصرفات بالعلاج الطبي والنفسي، فما موقف القضاء والقانون من هذه العملية ؟ وكيف كانت حججهم؟.

المطلب الأول : التغيير الجنسي في القانون والقضاء

كان للقضاء و القانون المقارن مواقف حول القضية تتمثل في :

أولا: موقف القانون و القضاء الفرنسي من التغيير الجنسي

على عكس تشريعات الدول الأوربية التي اعترفت بالتغير الجنسي (القانون السويدي لسنة1972 الهولندي لسنة 1985– الدانماركي لسنة 1985 –الإيطالي لسنة 1982 –الألماني 1980) فإن التشريع الفرنسي لم يساير هذه النظم ولم يعترف به والتزم الصمت بالنسبة للإقرار أو عدم إقرار عمليات التحول الجنسي، فمن الناحية العملية تقاس هذه العملية على جريمة الإخصاء المنصوص عليها في المادة 316 من قانون العقوبات الفرنسي والتي لا تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية حتى ولو برّر ذلك برضا صاحب المصلحة في العملية ومن الناحية المدنية يوجد مبدأ حرمة الجسم البشري المواد(16، 16-1 ،16-2 ....) من القانون المدني الفرنسي والذي يضع الإنسان فوق كل الإتفاقيات الدولية و ذلك يمنع تعرّضه لأي نوع من التدخل العلاجي و العمليات الجراحية الغير مضمونة النتائج[21].

القضاء الفرنسي كان في الواجهة وعرضت عليه قضايا بخصوص هذا الموضوع ونذكر على سبيل الإستدلال :

القضية الأولى: عرضت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1975، تتلخص وقائع القضية الأولى في أن المدعو M.Aكان قد ولد سنة 1943 وقيد في سجل الحالة المدنية بصفته ذكرا، ولم يكن هناك شك في ذلك بسبب بروز العضو التناسلي الذكري لكنه عندما بلغ أخذ يشعر بمعالم الأنوثة من حيث السلوك والصوت والصورة، فأخذ يتناول هرمونات الأنوثة وسافر خارج فرنسا لإجراء عملية تغيير الجنس ثم عاد وتقدم إلى محكمة بوردو الإبتدائية طالبا تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية، ودعّم طلبه بتقارير وضعها خبراء تشهد له بذلك الميول الأنثوي، فرفضت المحكمة الإبتدائية طلبه فقام برفع استئناف أمام محكمة إستئناف بوردو فأيدت الحكم الإبتدائي في 1972/06/13 فرفع تقضا أمام الدائرة المدنية الأولى ،فقضت بأن محكمة إستئناف

[21] OUSSOUKINE Abdelhafid , l'Etique Biomédicale , op.cit ;p. 210

بوردو كانت على حق في حكمها الذي قضى بأن مبدأ إثبات حالة الإنسان الجنسية واستقرارها يتعلق بالنظام العام و لا يجوز أن تتغير هذه الحالة على إثر عمليات جراحية أجريت على جسم و غيرت معالمه تغيير إصطناعيا ،لأن هذه الحالة تتحدد منذ الميلاد فمتى ولد المولود ذكرا سجل في الحالة المدنية ذكرا لا يمكن أن يطلب تغيير جنسه بعد الخضوع لتدخل جراحي[22] .

القضية الثانية : تتلخص وقائعها في أن المدعو NERBORT تقدّم إلى محمكة بوردو الإبتدائية من أجل تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية و تغيير إسمه إلى Lyne فرفضت المحكمة طلبه ،فرفع إستئنافا أمام محكمة إستئناف بوردو فأيدت الحكم الإبتدائي في 1985/05/30 فرفع نقضا أمام الدائرة المدنية الأولى فقضت بأن محكمة الإستئناف كانت على حق حين رفضت إدعاء المدعي بأن الجنس يتحدّد ليس فقط بالمعالم الحيوية، بل بالمعالم النفسية Psychologique أيضا , وحيث أن المحكمة دفعت إدعائه بأنه على الرغم من تناوله للهرمونات الأنثوية وعلى الرغم من العملية الجراحية التي غيرت جنسه اصطناعيا ،فإن Nobert مازال بمعالم الذكورة وليست حالته الجنسية الحالية نتيجة عناصر سابقة على العملية الجراحية التي أجريت له بناء على طلبه ولم تكن استجابة لضرورة علاجية حتمية[23] .

إن صمود محكمة النقض الفرنسية وعدم إعترافها بالتغيير الجنسي، جعل القضاء الفرنسي يتعرض لعقوبات من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان[24] على أساس حرية الأشخاص في التصرف في أجسادهم،رغم أن

---

[22] C. CHILAND, Enfance et transsexualisme, Rev. psychiatrie de l, enfant,XXXI,2, 2004.p75

[23] مقتبس عن أنظر،سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق بن عكنون 2013/2012 ، ص 215.

[24] نجد أحكام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في هذا الموضوع، تستند لمضمون المادة 08 والمادة 12 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

حيث تنص المادة 08 على " : لكل إنسان الحق في احترام حياته الخاصة."

بينما تنص المادة 12 على الحق في تكوين أسرة.

و جاء مضمون قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان رقم / 232ج ل 25 مارس 1992 في قضية Norbert .B ضد فرنسا

اعتبرت المحكمة ذلك انتهاك لنص المادة 08 من الإتفاقية الاوربية لحقوق الإنسان وقالت : إن من يعارض تغيير الإنسان لجنسه، لابد عليه أن يعلم مقدار ما يواجه هذه الفئة عندما تكون وثائقهم غير متناسبة مع حالتهم الجديدة"...، وينجم عن هذا)اتخاذ الدولة لإجراءات من شأنها الحد من عدم احترامها لحرية الحياة الخاصة

من جهة أخرى يمكن أن نسوق قرارات اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان حيث أنها اعتبرت أن رفض تغيير الجنس (الانتقال من جنس ذكر لأنثى) يطرح إشكالية اعتبار هذا الفعل يدخل ضمن المعاملات المهينة التي نصت الإتفاقية على تحريمها في المادة03 منها.أنظر إبراهيم الأدغم، الجهاز التناسلي الذكري،عيوبه وإصاباته، دار القلم–دمشق، الطبعة ، الأولى1999 ص 153

ردمد ورقي: 2571 -9971- المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661 -7404
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

بعض المحاكم الإبتدائية كانت تعترف بهذا التغيير في بعض المناطق الفرنسية مما أدى إلى تناقض في المواقف،مما جعله يعدل عن موقف الثابت ويسلك منعرجا حاسما بتاريخ 1992/12/11 حينما أصدرت قرار بدوائرها مجتمعة قبلت بذلك دعوى التغيير الجنسي و سببت قراراها على حرية الشخص في تغيير جنسه وفق قناعته، وأن دور القضاء ينحصر في إحترام واختيار حرية الفرد .مما سبق يظهر جليا أن القضاء الفرنسي كان معارضا لفكرة التغيير الجنسي رغم الضغوطات الخارجية لكن سرعان ما عدل عن موقفه و استجاب لأفكار الشواذ والمنحطين ومكنهم من تغيير جنسهم و تغيير جنسهم في وثائق الحالة المدنية [25] .

و بخصوص جديد قضايا التغيير الجنسي في القضاء الفرنسي نذكر على سبيل المثال:

1 – في سنة 2011 تقدم شخص يدعى وينفريد أفريون(41 سنة) بطلب إلى المحكمة العليا في مدينة بريست، بغرب فرنسا، لتغيير اسمه إلى «كلوي»، وجنسه من ذكر إلى أنثى، وتصحيح الوثيقة الرسمية المسماة «دفتر العائلة»،مع بقائه مرتبطا برباط الزواج مع زوجته ماري.و كان هذان الزوجان قد تزوجا منذ 14 عاما وأنجبا 3 أولاد. وأثارت هذه القضية جدلا قانونيا ودينيا معمقا، لأنها الأولى عمليا في فرنسا،لأن المشرع آنذاك كان قد أباح عمليات تغيير الجنس نظريا سنة 1992، ووجد نفسه يواجه حالة استثنائية بسبب زواج المتحول جنسيا ورغبته في البقاء مع زوجته. وهذا يعني نوعا من الاعتراف بزواج المثليين الذي لم يكن يعترف به حتى سنة 2013 (قانون 2013–404 بتاريخ 2013/05/17) وكان هذا الشخص يشعر بأنه أنثى منذ كان في الرابعة من العمر، وأنه الآن يريد أن يستخرج هوية رسمية باسم « كلوي» لكي تكون أوراقه الثبوتية منسجمة مع مظهره لأنه يواجه مشاكل يومية كلما طلب منه إبراز هويته، عند السفر أو تحرير صك أو مراجعة المصالح الرسمية، لأن صورته في الهوية لا تتطابق مع شكله النسائي. وثمة من يتصور أنه امرأة تستخدم هوية زوجها، ويطلب منه الحصول على ترخيص بذلك. ومن شأن تصحيح الهوية أن يحل هذه المشاكل، بالإضافة إلى الاستفادة من التسهيلات الضريبية التي يحصل عليها المتزوجون.أما عن زوجته ماري، فقال وينفريد إنها كانت دائما تميل إلى بنات جنسها، وهي إنما تزوجته بسبب خصاله الأنثوية. لكن الزوجين لم يحتملا الاستمرار في تمثيل دور الزوجين «الطبيعيين» بعدما تجاوز أولادهما سن الطفولة، وبالتالي، قررا مواجهة المجتمع بالحقيقة [26].

[25] محاضرة تحت عنوان التغيير الجنسي، ألقيت علينا "نحن طلبة الماجستير قانون طبي" في مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة تحت إشراف الدكتور تشوار جيلالي ، بتاريخ 2014/02/23 .

[26] Article publie sur le journal le Parisien , le 211/20 19, http://www.leparisien.fr

2 – في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم 106 بتاريخ 2013/02/13 رفضت طلب التغيير الجنسي بحجة أن المدعي لم يقدم ما يثبت الحقيقة الجوهرية لميوله الجنسي و استناده أنه ينتمي للجنس الأخر في نظر الغير غير كافي لقبول طلبه[27].

3 –في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم 108 بتاريخ 2013/02/13 رفضت طلب التغيير الجنسي لحجة أن الشهادة الطبية المقدمة من طرف المدعي بتاريخ 2009/04/23 و التي تثبت تناوله للهرمونات الأنثوية منذ 2004 غير كافي لإثبات قبول طلبه والمتمثل في تغيير حالته الجنسية في أوراقه المدنية من ذكر إلى أنثى[28] .

ثانيا : موقف القانون والفقه الجزائريين

نشير إلى أن القانون والقضاء الجزائريين لم يتطرقا لعملية التغيير الجنسي بنصوص قانونية واضحة ومباشرة، لكن يمكن استخلاص بعض القواعد من خلال تصفح القوانين التي لها علاقة بالموضوع مثل قانون الأسرة وقانون العقوبات و مدونة أخلاقيات مهنة الطب .

أ–قانون الأسرة الجزائري

إن تغيير الشخص لجنسه يتعارض مع القواعد القانونية والشرعية، وهو بذلك يتعارض مع قانون الأسرة الذي جل قواعده مستمدة من الشريعة الإسلامية، والذي اشترط في انعقاد الزاج أن يكونا طرفاه رجل و إمراة (شرط اختلاف الجنس)[29] ومن هذا المنطلق فالزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس بين رجلين أو إمرأتين معا لا أثر له[30] وهذا طبقا لنص المادة 32 [31] من قانون الأسرة.

و إذا كانت جراحة تحويل الرجل إلى إمرأة أو العكس، لمجرد الرغبة إلى تغيير الجنس ودون دواع جسدية صريحة وواضحة فيعتبر حرام شرعا ، ويترتب على ممارسة مثل هذا النوع من العمليات الجراحية المسؤولية

[27] للمزيد من التفاصيل ،أنظر القرار رقم 106،محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 2013/02/13، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/106_13_25450.html .

[28] للمزيد من التفاصيل ،أنظر القرار رقم ، محكمة النقض الفرنسية ،108 بتاريخ 2013/02/13، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/108_13_25451.html

[29] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري تنص« الزواج هو عقد رضائي يتم بين **رجل و إمرأة** على الوجه الشرعي،من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب »

[30] تشوار جيلالي، تشوار جيلالي،الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون،الجزائر،2001، ص10 .

[31] المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري تنص« يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد»

الجنائية للطبيب ، وندعم هذه الفكرة بما رواه البخاري عن أنس قوله « لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء »[32] .

وفي حالة ما تقدّم المغير جنسه بطلب لعقد الزواج للجهة المختصة سواء مع شخص من نفس جنسه أو من جنس أخر، يجب على ضابط الحالة المدنية أن يرد طلبه لأنه من جهة لا يمكن تغيير عقد ميلاده ومن جهة أخرى هناك اختلاف بين وضعه الحالي المكتسب و وثائق الهوية، بالإظافة إلى الشخص الذي يريد الإرتباط به ،فاحتمال كبير أن لا يكون على علم ويدلس عليه مما يوقعه في غلط و يصبح العقد كأن لم يكن لأنه لم يدل بحقيقته إلى الطرف الثاني الذي يجهل الحقيقة وسواء ثم التغيير الجنسي قبل أو بعد الزواج لأنه يعتبر زواج مثلي الجنس[33] .

وحسب رأي الدكتور جيلالي تشوار، فهذه الحالة ينكرها أصلا قانونا، وهذا الإنكار إنكار مطلق، فعدم شرعية العمل الطبي يؤكد أن زواج المقاطع الجنسي متعذر بعدم سماح القانون لأي شخص من التزوج به، لأن الجنس الطبيعي هو الأساس في إباحية الزواج وعليه فالقانون الجزائري لا يهمه مطلقا إثبات ما إذا كان التغير قد تم قبل الزواج أو بعده .

وفي هذا الصدد يرى الدكتور مروك نصر الدين « أن المواطن الجزائري عضو في مجتمعه ،ومن ثمّ فإنه مقيد في حرية التصرف في جسمه متى كان هذا التصرف يمس بالمجتمع الذي يعيش فيه، وتغيير الشخص لجنسه من ذكر إلى أنثى أو بالعكس يمس بالقيم الدينية والأخلاقية والقانونية للمجتمع الجزائري فضلا عن مخالفته لقوانين الجمهورية فمثلا قانون الأسرة يشترط أن يختلف الزوجان جنسيا بنص المادة 04 فإذا كان الطرفين من جنس واحد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا هذا من جهة و من جهة ثانية فإن قواعد الميراث في القانون الجزائري تجعل للذكر مثل حظ الأنثيين فإذا أبيح للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر، إختل نظام الميراث من أساسه»[34].

ونشير في الأخير إلى أن المغير لجنسه في حالة رفض الجهات المختصة إبرام عقد زواجه، ولجأ إلى الزواج العرفي، وثم إكتشاف أمره فسوف يتابع جزائيا على أساس المادة 338 من قانون العقوبات والتي تنص « كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار.

[32] محمد مختار الشنقيطي، المرجع السابق ، ص 201 .

[33] لتفاصيل أكثر ، راجع المحاضرات التي ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق .

[34] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...،المرجع السابق ، ص 473.

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

وإذا كان أحد الجناة قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة فيجوز أن تزاد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات وإلى غرامة 10.000 دينار»[35].

أما قانون الصحة سواء القديم الملغى أو الجديد[36] فلم يتطرق للموضوع ولم يُشر حتى إليه في مواده .

ب-قانون العقوبات الجزائري

إن كل عملية جراحية لابد أن تتصرف لغرض طبي علاجي، أما إذا انعدم الغرض مثلما هو الحال في تغيير الجنس، فإن الطبيب يخرج عن رسالة النبيلة وظائف مهنته، ويفقد الحصانة الطبية، ويتعرض للمسؤولية الجنائية وفق القواعد العامة طبقا لما يقضي إليه فعله من نتائج تضر الجسم البشري وتحدث فيه تشوها، فهذه العملية تعتبر في التشريع الجنائي الجزائري، بمثابة بتر عضو، أو إحداث عاهة مستديمة يعاقب فاعلها والسند القانوني في ذلك المادتان 274 و264 .

فالمادة 274 من قانون العقوبات نصت على « كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة.»[37]. فيمكن تشبيه عملية التغيير الجنسي بجريمة الخصاء لأن الأمر يتعلق باستئصال أو بتر إرادي لعضو ضروري للتناسل.

وفي المقابل يمكن معاقبة الطبيب الذي قام بالعملية طبقا لنص المادة 264 من قانون العقوبات التي تنص« كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربة أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإعتداء يعاقب بالحبس من شهرين الى خمس سنوات، و بغرامة من 500الى 10.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض، أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما» .

وتنص الفقرة 03 من نفس المادة على أنه « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات»، لأنه ارتكب جريمة الضرب والجرح العمدي التي نتج عنها تغييرفي مظهره الخارجي حتى ولو لم يتغير جنسه .

كما أن الطبيب لا يمكن أن يدفع عن نفسه المسؤولية الجنائية بموجب المادة39 من قانون العقوبات (حالة الضرورة) ، حتى ولو كان المريض في نفسية جد خطيرة كونه لا يسمح له عن طريق الإتفاق بخرق الأحكام الجنائية المانعة للضرب، أو الجرح العمدي، فجسم الإنسان ذاته يخرج عن التصرف الحر للشخص، رغم أن هذا

[35] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق ، ص41 .

[36] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018و المتعلّق بالصحة ،ج ر رقم 46

[37]المادة 274 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

الرضا يعد أمرا ضروريا في الميدان الطبي فيما عدا الحالات الإستثنائية، أي حالة الضرورة أو الحالة المستعجلة التي تقتضي إنقاذ حياة المريض، كأن يكون في وضع لا يسمح له بالتعبير عن رضائه، كحالة الطبيب الذي يضطر أثناء عملية جراحية للقيام بعملية أكثر خطورة من المتوقعة في البداية [38] .

إن عمليات تغيير الجنس تعد انتهاكا صارخا للكرامة الإنسانية في غياب نصوص قانونية محددة و صارمة مانعة للتغيير الجنسي، يمكن مؤقت العمل بالمادة 274 من قانون العقوبات بإعتبار أن الخصاء يؤدي نفس حالة التغيير الجنسي ببتر العضو التناسلي وإحداث تغيير في الشخص والمساس بكرامة الإنسانية ويحرم الشخص من الإنجاب.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلا يوجد لحد الساعة قضايا متعلقة بالتغيير الجنسي[39]، و هذا راجع للطبيعة الأخلاقية والدينية للمجتمع الجزائري، ولا أتصور أن يقوم مواطن جزائري باللجوء إلى تغيير جنسه وعرض قضيته على القضاء، رغم أنه في الآونة الأخيرة بدأت تنشر ظاهرة التخنث والتشبه بالجنس الآخر من خلال اللّباس وتحليقة الشعر، فهل هذه بوادر التوجه نحو التحول الجنسي ؟ .

ثالثا –موقف القانون و القضاء المصري

على عكس القضاء الجزائري، كان للقضاء المصري والتونسي فرصة للفصل في دعوي تغيير الجنس رغم أنها ظاهرة دخيلة على المجتمعات العربية الإسلامية، سنحاول عرض تجربة و موقف القضاء المصري في هذا المجال

نشير في البداية إلى أنه لا زال القضاء المصري تعرض عليه قضايا التحول الجنسي إلى يومنا هذا و كأن الشعب المصري أصبح ينافس الشعوب الأوربية في هذا المجال، و قد بدأت قضية التحول الجنسي في البداية بقضية الطالب "سيد" و التي سنسرد حيثياته لتبسيط الصورة

« ...اصطحبت الأم ابنها "سيد" إلي الطبيب، فطلب منها إجراء التحاليل الطبية والفحوصات وجاءت النتائج تؤكد أن نسبة الشعور بالأنوثة عند «سيد» تطغي علي الذكورة، وكان القرار الحاسم ضرورة إجراء عملية جراحية لتصحيح الجنس سنة 1988 بعد إجراء عدة جلسا نمه الطبيب النفساني، ولم يكن القرار عاديا في بلد إسلامي، وكلام الجيران والأقارب والزملاء لم يتوقف. وبعد 3 ساعات داخل غرفة العمليات تحول «سيد »إلي «سالي» ومن شاب إلي فتاة، وانتهت رحلة شقاء سالي «سيد سابقا» لتبدأ رحلة تغيير الأوراق الرسمية، وقدمت طلبا

[38] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...،المرجع السابق ، ص 474.

[39] عكس الحكومة الإيرانية التي تسمح بإجراء عمليات تغيير الجنس وتساهم أيضاً في مساعدة حصول الشخص على أوراق ثبوتية جديدة ، إذ ترى الحكومة أن التكاليف والخسائر الاجتماعية المتمثلة في **حالات الانتحار** أكبر إذا لم تتكفل الحكومة بمساعدة هذه الفئة.

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

بنقلها من كلية طب بنين إلي كلية طب بنات بعد إجرائها عملية تصحيح جنس وتحولها من ولد إلي بنت، وعند هذه المحطة انقلبت الدنيا داخل جامعة الأزهر، وتم تصعيد الواقعة إلي رئيس الجامعة. وكانت سالي في السنة الخامسة بكلية الطب وقت تصعيد الموقف، وعقد عميد الكلية مجلسا تأديبا في 13 أبريل سنة 1988 واتخذوا قرارهم بفصلها من الجامعة، وعللوا قرارهم بأنهم لا يعرفون الجنس الصحيح لهذه الطالبة أو هذا الطالب، وقدموا بلاغا للمستشار جمال شومان النائب العام حين ذاك، واتهموا فيه الطبيب الذي أجري العملية الجراحية بتشويه مواطن.

أحال النائب العام البلاغ إلي نيابة الجيزة التابع لها المستشفي وتم التحقيق مع الطبيب والطالبة وأسرتها، وانتهي التحقيق في البلاغ بالحفظ في أول أكتوبر 1989. وانتهت سالي من المشكلة الأولي إلا أنها اصطدمت بمشكلة أخرى عندما اتجهت إلي محكمة القضاء الإداري للطعن في قرار إدارة جامعة الأزهر بفصلها من كلية الطب وحرمانها من استكمال دراستها.

قدم دفاع سالي الدكتور بدر طه قنديل المحامي صورة من نص القانون الدستوري الذي يمنح فرصة التعليم لجميع المواطنين، فيما أكد محامي جامعة الأزهر أن الطالبة تمارس مهنة الرقص، ولا يصح إلحاقها بجامعة الأزهر الإسلامية وقدم دفاع الأزهر عددا من الصور الفوتوغرافية للطالبة ببدلة الرقص، وقضت المحكمة بعدم قبول الطعن، وأيدت قرار رئيس جامعة الأزهر. وتقدم محامي سالي باستشكال أمام المحكمة الإدارية العليا والتي أحالت القضية إلي هيئة المفوضين، وجاء ردها الذي أعده المستشار حسين محمد صابر نائب رئيس هيئة المفوضين، بعدم قبول الاستشكال استنادا إلي عدم قبول إلحاق راقصة في جامعة الأزهر، باعتبارها جامعة إسلامية.وبعد أكثر من 18 سنة من التقاضي، أسدلت المحكمة الإدارية العليا الستار علي القضية وقررت إلغاء الحكم المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية «جامعة الأزهر» بإعادة الطاعنة إلي كلية طب البنات لاستكمال دراستها. وأكدت المحكمة في حكمها أن الطاعنة بتغيير جنسها إلي أنثي قد أصبحت في مركز قانوني جديد وعوملت علي هذا الأساس بصفتها ونوعها الجديد.و كانت جريدة «المصري اليوم» قد التقت سالي التي روت تفاصيل 18 سنة من العذاب، وقالت: المشكلة عندنا في مصر أننا لا نتقبل الواقع، وتلك العملية الجراحية التي أجريتها شيء عادي وطبي معروف في كل دول العالم، ولكن للأسف الناس في مصر يعتبرونه شذوذا.وأضافت سالي: كنت قد اتجهت للعمل كفنانة استعراضية وليس كراقصة، وبعدها قررت الاعتزال وعدم الرقص، وكنت أشعر منذ الصغر بأنوثتي، وحكيت ذلك لأسرتي وتقبلوا الأمر ولكن طبقا لآراء الأطباء لم يكن من الممكن تحويل الجنس وإجراء العملية قبل سن 21 عاما. وقالت:

تزوجت من شخص كان يعرف كل شيء عني، ولديه فكرة عن تفاصيل الموضوع من البداية، ولكننا لم نتفق في بعض الأمور التي لا تتعلق بتلك القضية، وقررنا الانفصال، وتعرفت علي شاب آخر «هاني» ووافق علي الزواج مني، ولم أبلغه بتفاصيل تحويل الجنس، وتزوجنا بشكل طبيعي، ولم يشعر هو بأي تغيير، ولذلك أبلغته بالتفاصيل كاملة، ولم ألاحظ عليه أي تغيير، ونعيش حياة سعيدة عادية.واستطردت سالي بقولها: لم يرزقنا الله بأبناء حتي الآن، وهذا الأمر ليس له علاقة بمسألة تحويل الجنس كما أكد الأطباء، وأعمل حاليا مدرسة في مدرسة خاصة مشتركة، بعد أن حصلت علي ليسانس الآداب من جامعة القاهرة، وبعد أن عرف مسؤولو المدرسة بواقعتي بدأت بيننا المشاكل وأنتظر الخروج منها».[40] هكذا انتهت قصة «سيد» أي «سالي» بالإعتراف لها قانونا بالوضع الجديد ،وما يترتب على ذلك من أثار اجتماعية و دينية .

ونلخص مراحل القضاء المصري اتجاه هذه القضية في 04 مراحل :

المرحلة الأولى : حكم محكمة القضاء الإداري رقم 42/5432 جلسة 1971/07/02 .

–أقام المدعي "سيد محمد عبد الله مرسي" دعوى ضد رئيس جامعة الأزهر يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بفصله، وبجلسة 1989/11/13 قضت المحكمة في الشق الإستعجالي بقبول الدعوى شكلا و برفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتقديم التقرير القانوني في طلب الإلغاء.أما في الشق الموضوعي ففي جلسة 1991/07/02 أصدرت المحكمة حكمها بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية الطب لوقوعه في غير محل. وأسّست المحكمة حكمها على قرار مصلحة الطب الشرعي "إن الطالب بعد إجرائه هذه العملية الجراحية صار أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبيض أو حدوث دورة شهرية وعاملته الجهات الرسمية فعلا على أنه انثى، حيث صدر بيان تصحيح وإبطال قيد...بإعادة إسم المولود من سيد إلى سالي والنوع من ذكر إلى انثى"[41].

المرحلة الثانية: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 جلسة 1999/09/28

بصدور قرار جامعة الأزهر رقم 622 بفرص البقاء المقررة لطلاب الجامعة تقدم الطالب / سيد محمد عبد الله "سالي" بطلب إلى رئيس الجامعة قصد تسجيله بكلية الطب بنات ،إلا أن رئيس الجامعة و عميد الكلية امتنعا

[40] أحمد شلبي،" سالي سيد سابقا" بعد 18 سنة قضاء مشاكل تحويل الجنس تطاردني إلي الآن » مقال منشور في جريدة اليوم المصري بتاريخ 2009/12/09 ،الموقع الإلكتروني http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=40334 تاريخ الإطلاع 2020/01/30 .

[41] ملخص حكم محكمة القضاء الإداري رقم 42/5432 ،مقتبس عن أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية و الطبية، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر ،2005، ص 260.

عن إصدار القرار بذلك ، مما دفع بالطالب إلى رفع دعوى بتاريخ 1996/02/10 مطالبا بوقف تنفيذ و إلغاء القرار السلبي من قبل الجامعة بالإمتناع عن قيده . وبجلسة 1999/09/28 قضت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز النظر في الدعوى لسابقة الفصل فيها ،وبرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لإنتفاء القرار الإداري وقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع إلغاء القرار المطعون فيه و استندت المحكمة في حكمها إلى المادة 18 من الدستور المصري " التعليم حق تكفله الدولة" [42] .

المرحلة الثالثة: حكم محكمة القضاء الإداري رقم 54/1487 جلسة 2000/06/20 .

بدأت هذه المرحلة بالتماس إعادة النظر أقامه رئيس جامعة الأزهر ضد "سالي" بتاريخ 1999/11/14 طالبا الحكم بقبول الإلتماس بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه رقم 50/4019 و في الموضوع إلغاء هذا الحكم و القضاء مجددا برفض الدعوى .وأسست الجامعة التماسها على سببين ،**الأول** أن الملتمس ضدها أدخلت غشا على المحكمة حيث لم توضح صحيفة دعواها أنها تتخذ من الرقص في الملاهي حرفة و نشاط . **الثاني** أن الجامعة قد تحصلت بعد صدور الحكم الملتمس فيه على أوراق قاطعة في الدعوى و هي المحضر رقم 96/2527 جنح الأزبكية المحرر ضد الملتمس ضدها بمعرفة ضابط الآداب إتيانها أفعالا مخلة بالآداب .و عليه صدر الحكم في 2000/06/20 بقبول الإشكال و في الموضوع بعدم جواز تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري جلسة 1999/09/28 ، وألزمت المستشكل ضده المصروفات[43] .

المرحلة الرابعة: الطعن في الحكم السابق "حكم 2000/06/20 " امام المحكمة الإدارية العليا

بعد بحثنا توصلنا إلى أنه بعد أكثر من 18 سنة من التقاضي، أسدلت المحكمة الإدارية العليا الستار علي القضية وقررت إلغاء الحكم المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية «جامعة الأزهر» بإعادة الطاعنة إلي كلية طب البنات لاستكمال دراستها، وأكدت المحكمة في حكمها أن الطاعنة بتغيير جنسها إلي أنثي قد أصبحت في مركز قانوني جديد وعوملت علي هذا الأساس بصفتها ونوعها الجديد[44] .

ومن المعروف علميا أن العلاج النفسي لهذه الظاهرة لا يجدي نفعا بعد سن البلوغ وأن التدخل الجراحي التحويلي هو الحل الوحيد لهذه الحالة،حيث أن المريض هو أنثى من الناحية النفسية وغير صالح لحياة الذكورة، وبهذا

[42] ملخص حكم محكمة القضاء الإداري رقم 50/4019 ،مقتبس عن أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق ، ص 261.

[43] ملخص حكم محكمة القضاء الإداري رقم 54/1487 ،مقتبس عن أسامة رمضان الغمري ،المرجع السابق ، ص 262.

[44] للمزيد من التفاصيل راجع يوسف بوشي ، ص 163

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

يكون القضاء المصري قد أخذ بالمعيار النفسي الإجتماعي لتحديد الجنس، وعلى هذا الأساس سمح للطلب بتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى[45].

لكن حسب رأينا أن هذا الإعتراف سيفتح المجال واسعا أمام الشواذ للعبث بتقاليد المجتمعات العربية الإسلامية و يلبي رغباتهم النفسية و الجنسية، وهذا ما يحدث حاليا في مصر حيث أصبحت تعرض على المحاكم قضايا من هذا النوع، وندعم رأينا بأخر القضايا المعروضة على القضاء المصري والتي طلب من القضاء الإعتراف بالتغيير الجنسي، وإصدار حكم ضد وزارة الداخلية لجبرها على تغيير وثائق الحالة المدنية وجاء موقف المحكمة كالتالي:

« بتاريخ 2016/01/25 سببت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة حيثيات حكمها الصادر برفض الدعوى القضائية المقامة أمامها والمطالبة بإلزام وزارة الداخلية بتعديل اسم ونوع "**نوران مجد الدين**" من أنثى إلى ذكر في بطاقة الرقم القومي، بعد إجرائها عملية تصحيح جنس. وقالت المحكمة إن حرية الإنسان ليست مطلقة في تغيير جنسه في ظل الوضع القانوني الراهن في مصر الذي خلا من وجود تنظيم قانوني لعمليات تغيير الجنس يحدد حالات إجراؤها كضرورة طبية علاجية ،وباعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإن التصور الإسلامي لحرية تغيير الجنس فرق بين عمليات تصحيح الجنس وعمليات تغيير الجنس، حيث أباح جمهور رأي الفقهاء شرعا عمليات تصحيح الجنس باعتبارها علاجا للمرضى الذين يعانون اضطرابات عضوية كحالات الخنثى الذكرية والخنثى الأنثوية".

وقالت المحكمة "أما عمليات تغيير الجنس التي تتم للمرضى الذين يعانون من اضطرابات الهوية الجنسية وهو الإحساس الداخلي بالأنوثة أو الذكورة وهو ما يسمى بالجنس العقلي وهو في حقيقته تغيير من وضع سليم إلى خاطئ فكان إجماع الفقهاء على تحريم عمليات تغيير الجنس لما تنطوي عليه من تغيير خلق الله". وأشارت المحكمة إلى أن التقارير الطبية الواردة في الدعوى قطعت بأن "**نوران**" في حقيقة خلقها أنثى مكتملة الأنوثة من ناحية الأعضاء الداخلية والخارجية مؤكدة أنه ثبت للمحكمة أن ما تم للمدعية من عملية جراحية لم تكن علاجا من مرض عضوي يقتضي تصحيح الجنس.

وقالت "كانت حالة نوران تقتضي العلاج النفسي دون إجراء عملية تغيير الجنس التي تعد تلاعبا في خلق الله منهي عنه في الشريعة الإسلامية".

قالت المحكمة أنها ترى أن يسند اختصاص في حسم الأمر الطبي لراغبي التحول جنسيا لمصلحة الطب الشرعي وليست نقابة الأطباء التي لا تتعدى كونها نقابة مهنية تقوم على رعاية شؤون أعضائها، وطلبت المحكمة من

[45] مكرلوف وهيبة ،الرجع السابق ،ص107.

مجلس النواب أن يتحرك ويتحمل التزاماته التشريعية بإصدار تشريع يحمي حرمة جسد الإنسان من العبث والعمل بأحكام الدين الإسلامي لحماية للنظام العام على أن يبين ذلك التشريع الجهة القانونية الرسمية بالدولة التي تصدر التصاريح اللازمة لإجراء عمليات تصحيح الجنس»[46] .

وبعد هذه القضية أصدرت دار الإفتاء فتوى جاء في مجملها« أن الأحاديث الشريفة تجيز إجراء جراحة يتحول بها الرجل إلى إمراة، والمرأة إلى رجل متى انتهى الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة **المطمورة أو** علامات الذكورة **المغمورة**، باعتبار هذه الجراحة مظهرة للأعضاء المطمورة أو المغمورة تداويا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة» [47]. يتضح من هذه الفتوى أنه ينبغي توافر الأعضاء التناسلية للجنس الذي سيتم التحول إليه لتكون العملية مجرد كشف عن تلك الأعضاء وليس لزرع أعضاء جديدة.

أما بخصوص القانون، فلم يصدر لحد الساعة تشريع خاص بالتحول الجنسي، يمنع أو يجيز هذه الظاهرة، رغم مطالبة جهات عديدة منها القضاء الإداري الذي طلب من البرلمان إصدار تشريع خاص بالتحول الجنسي كما أشلانا إليه سابقا ،إلا أنه لازال يطبق القواعد العامة مثل قواعد قانون العقوبات المادة 240[48] منه .

المطلب الثاني : حكم التغيير الجنسي في الشريعة الإسلامية

لم تترك الشريعة الإسلامية واقعة دون الحكم بحرمتها أو جوازها لكن هناك بعض الموضوعات المستجدة لا بد من معرفة رأي الشرع فيها، حتى يمكن الحكم على هذه الموضوعات ومن بين تلك الموضوعات هي التحول الجنسي. فهل يجوز تحويل الذكر إلى أنثى أو بالعكس ؟

---

[46] **للمزيد من التفاصيل يرجى تصفح مجلة روز اليوسف ،على الموقع الإلكتروني :**
http://www.rosaelyoussef.com/news/195251/القضاء-الادارى-يهيب-بمجلس-النواب-إصدار-قانون-ينظم-التحول-الجنسى-فىمصر

[47] فتوى صادرة من دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1980/03/23 /و إقرارها بواسطة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة في جانفي 1985 ، أشار إليها منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 448 .

[48] المادة 240 تنص « كل من أحدث بغيره جرحاً أ وضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أ ونشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأ عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين ،أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق إصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالشغال الشاقة من ثلث سنين إلى عشر سنين. ويضاعف الحد القصى للعقوبات المقررة بالمادة 240 إذا ارتكب الجريمة تنفيذا لغرض إرهابي .

وتكون العقوبة الشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه فى الفقرة الأولي من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء منه من إنسان حي إلى أخر ، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا نشأ عن الفعل وفاة المجني عليه . ويشترط لتوقيع العقوبات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها خلسة »، قانون العقوبات المصرى طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

أثارت هده الحالة جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية فتباينت أرائهم الأمر الذي أدى إلى عقد ندوات لإبداء رأيهم و توجهاتهم .

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التحول الجنسي للمرضى النفسانيين بالجنس الآخر، أي للذكر المريض نفسياً لكي يتحول إلى أنثى، وللأنثى المريضة نفسياً لكي تتحول إلى ذكر،يمكن إجمال هذا الخلاف في اتجاهين:

الاتجاه الأول : يرى جواز إجراء تلك العمليات من التحول لأنها في الحقيقة تصحيح للجنس، والعلاج من المرض النفسي لا يقل أهمية عن العلاج من المرض العضوي، والله تعالى يقول " وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"[49] ثم إن الذكورة والأنوثة من الطبيعة، فإذا تحول أحدهما إلى الآخر لم يكن شاذاً عن الطبيعة،وقد أجيز تغيير الجنس لعدم وجد نص يمنع أجراء عمليات تغيير الجنس.

–أما قوله الله تعالى عن إبليس لعنة الله عليه" وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنهَّهمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنهَّمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيّاً مِّن دُونِ اللّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُّبِيناً"،فإن الفقرة من الآية الشريفة " وَلآمُرَنهَّمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ"هي بمعنى تغيير دين الله وليس خلقة البشر والأنعام ، ويدعم هذا التفسير قوله تعالى " فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ "[50]

وقد حثّنا الدين الإسلامي على العلاج و لتطبّب، فعن جابر أن رسول الله (ص) قال" إن لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى " هذا وقد كان رسول الله (ص) والأئمة الطاهرون يراجعون الأطباء، لهم أو لغيرهم، فعن معاوية بن حكم قال "إن أبا جعفر (عليه السلام) دعا طبيباً ففصد عرقاً من بطن كفه" ،فإذا كان الرسول (ص) والأئمة يراجعون الأطباء، لما لا يحذوا حذوهم فقهاء الدين، خاصة وأن أهل الخبرة من علماء الطب والعلم النفسي قد أجمعوا على أن مرض التحول الجنسي مرض حقيقي وأن علاجه طبياً أو جراحياً قد يكون الحل الأمثل أو الوحيد للكثير من هذه الحالات [51].

[49] سورة المائدة ،الاية 32.

[50] طارق حسن كسّار،المرجع السابق ،ص220 ،

[51]مقتبس عن طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 220 .

أدلة القول الأول:

1-إن شروط الضرورة توفرت وعملاً للقاعدة الشرعية" الضرورات تبيح المحظورات" لا يعد الأمر تغيير لخلق الله بل هو تغيير لحالة مرضية حتى يكون هذا الإنسان أكثر قدرة على القيام بمسئولياته التي خلق من أجلها يرد عليه من وجهين:

الوجه الأول :أن القاعدة الشرعية" الضرورات تبيح المحظورات "لها شروط ومن شروطها أن تكون الضرورة ملجئة أي يخشى الشخص على نفسه أو أعضائه من التلف ، وبتطبيق هذا الشرط على حالة المصاب بمرض التحول الجنسي نجد أنه لا ينطبق عليه ، وذلك لأن المرض المصاب به مرض نفسي غير عضوي ولا يترتب عليه هلاك الشخص أو فقدان عضو من أعضائه حتى نقول معه أن الضرورة تبيح إجراء العملية [52].

الوجه الثاني :أن الأضرار المترتبة على إجراء العملية أكبر من الأضرار المترتبة على إبقاء المريض على حالته ، وأن فعل المحظور مباح عند الضرورة لإزالة الضرر والقاعدة الشرعية" الضرر يزال "تنص على وجوب إزالة الضرر وبتطبيق ما سبق على حالة المصاب بمرض التحول الجنسي نجد أن إجرائه للعملية فيه ضرر كبير عليه سواء من الحالة النفسية أو الجسدية أو الاجتماعية.

2-إن الحديث عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : لعن رسول الله (صلى الله عليه وآله) المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال" لا يشمل التحول الجنسي ، إذ إن حالة التحول الجنسي تختلف عن حالة التشبه بالجنس الآخر، فإن المريض يشعر بانتمائه للجنس الآخر شعوراً يغلب كل مشاعره وأعماله، وهو يتألم ويسعى للخلاص من هذا الانفصام والازدواجية وبإجراء عملية تغيير الجنس يشعر أنه عاد لطبيعته الحقيقية [53].

واستدلوا بأن تغيير الجنس يختلف عن التشبه بالجنس الآخر وبالتالي لا يدخل في النهي الوارد في حديث" لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال". ويرد عليه إن العلماء قد بينوا معنى التشبه الوارد في الحديث والحكمة من النهي. قال ابن حجر"الحكمة في من تشبه إخراجه الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحكماء".

[52] مقتبس عن طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص221 .
[53] مقتبس عن طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 221.

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

إن عملية تغيير الجنس لمريض الترانسكس نجد أن فيها إخراج الشخص المصاب بمرض التحول عن الصفة التي خلقه الله سبحانه وتعالى عليها فهو يدخل إلى العملية بصفة رجل ويخرج بصفة أنثى أو بالعكس وبالتالي فإنه يتبين عدم جواز إجراء عملية تغيير الجنس للمريض[54].

3-قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم " لا ضرر ولا ضرار "[55]

وجه الدلالة :أن ترك مريض الترا نسكس على حالته فيه ضرر شديد عليه ويتمثل الضرر في الألم النفسي والجسدي والاجتماعي الذي يعانيه ، فالألم النفسي شعوره بالنقص والألم الجسدي عدم إمكانيته من ممارسة دوره في الحياة كإنسان عادي والألم الاجتماعي هو نبذ المجتمع له ومعاملته كمخلوق غريب لا قيمة له، وبالتالي لا بد من إزالة الضرر عنه حتى يتمكن من التعايش مع مجتمعه وممارسة دوره كإنسان طبيعي وأنه لا يوجد في هذه الجراحة تغيير لخلق الله وإنما الذي يحدث فيها هو إزالة التشوه الخلقي عن المريض وبيان الجنس الحقيقي الذي ينتمي إليه، ويعد السيد الخميني مبتكراً لمسألة تغيير الجنس الفقهية، وقد ذكر عشر مسائل حول تغيير الجنس في رسالته" تحرير الوسيلة "[56].

الاتجاه الثاني : و هو الإتجاه الغالب حيث يرى أن الله تعالى أقام توازنًا على وجه الأرض، وخلق الذكر والأنثى وجعل لكل منهما بنية وصفات خاصة به تنسجم ودوره في الحياة وفي المجتمع، وجعل لكل منهما هرمونات تختلف في الذكر عنها في الأنثى . ومن ثم فمن يخرج عن هذه القاعدة، يشكل ذلك خروجًا على الفطرة السليمة التي فطر الله جل جلاله الناس عليها،وانطلاقًا من ذلك لا يقبل الإسلام التخنث لا الذكري ولا الأنثوي، وبالمقابل فقد اعترف الإسلام ببعض الأحكام للخنثى إذا كان التشوه وراثيًا.

وأقرت الخبرة الطبية ضرورة إجراء عمليات جراحية، فلا مانع من ذلك ولكن يجب أن لا يكون الهدف من إجراء مثل تلك العمليات هو تغيير الجنس، لأن العمليات الجراحية التي تؤدي إلى تغيير الجنس هي محرمة لأن فيها تعديًا على خلق الله وخروجًا على الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها. أما إذا كانت مثل تلك العمليات تشكل علاجًا ضروريًا كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة لدى المريض وبين الجنس الذي أثبتت الخبرة الطبية الموثوق بها أنه ينتمي إليها (تصحيح الجنس) وفقًا لهذه المظاهر ولهذه التغيرات، فحكم مثل تلك العمليات أنها جائزة ولكن يجب وضع ضوابط لها [57]

[54] محمد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق ، ص 183.

[55] البخاري،الجامع الصحيح،ج3، رقم 3036، دار طوق النجاة،1422 ص 258

[56] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية ...،المرجع السابق، ص 465.

[57] فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق – المجلد – 19 العدد الثاني ،كلية الحقوق، دمشق، 2003، ص 57-58، منشورة على الموقع الإلكتروني ، تاريخ الإطلاع 2016/05/31 .

فهذا الإتجاه يحرم التغيير الجنسي مطلقا ولا يجيز إجراء جراحة تغيير الجنس للمصاب بمرض الترانسكس،ومن بين أسانيدهم قوله تعالى " وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّه"[58] .

وجه الدلالة إن الآية تضمنت حرمة تغيير خلق الله على وجه العبث ، وإن في جراحة تغيير الجنس تغيير لخلق الله، إذ يقوم الطبيب باستئصال الذكر والخصيتين ، وذلك في حالة تحويل الذكر إلى أنثى أواستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الموجودة في الأنثى في حالة تحويلها إلى ذكر دون مبررات مقنعة.

أي إنّ تغيير الخلقة حرام، وإنّ تغيير الجنس يُعدّ تغييراً للخلقة والنتيجة أنّ تغيير الجنس حرام ،لكن هل يمكن التمسّك بالآية لإثبات الحرمة ؟ يمكن القول أنه يجب أن نبحث عن المقصود من تغيير الخلق في هذه الآية .

ويوجد هنا احتمالان:

الاحتمال الأول إنّ المقصود منها تغيير وضعية الخلقة.

الاحتمال الثاني إنّ المقصود تغيير دين الله ، وتغيير دين الله معناه إيجاد حالة(اللادينية) عن طريق طاعة الأهواء المستلزمة لترك دين الله أنّ المفسدة المترتّبة على هذا النوع من التبديل أكثر من المصلحة التي تُرضِي صاحبها إذ أنّ نتيجة هذا النوع من التبديل هو استمتاع الرجال بعضهم ببعض وهو فاحشة وساء سبيلاً.[59]

فإن كان المقصود من الآية هو الاحتمال الأول فيثبت حرمة تغيير الجنس وإن كان المقصود الاحتمال الثاني فلا نستطيع إثبات حرمة تغيير الجنس، ويبدو أنّ الاحتمال الثاني هو الذي يمكن إثباته وذلك مصداقا لقوله تعالى" فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّه"[60]

بالإضافة إلى أنّ بعض الأطباء الذين قاموا بإجراء هذه العملية تمسّكوا بأنّ هذا الصنف من الرجال إذا لم تجر لهم هذه العملية ربما ينتحرون، وجعلوا هذا الأمر تبريراً لقيامهم بإجراء هذه العملية وهو دليل ضعيف جداً، لأنّ حفظ النفس الخبيثة ليس بأهم من جعله بؤرة للفساد ، لذلك فإن عملية تشبه كل جنس بالآخر هي عملية احتقار للجنس الذي يكون عليه الإنسان، مع ما يستتبع ذلك من إخلال بكل التكاليف المترتبة على جنسه الواقعي[61].

http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/saleh.pdf

[58] سورة النساء ، الآية 119 .

[59] طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 224 .

[60] سورة الروم ، الآية 30 .

[61] طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 225 .

بالإضافة إلى أن هذا النوع من الجراحة ترتكب بسببه محظورات شرعية ،ككشف العورة كثيرة والإطلاع عليها وإطلاع الرجال على النساء والعكس دون مبرر شرعي ،لن الفقهاء اتفقوا على إباحة النظر للضرورة و الحاجة، وحيث لا ضرورة أو حاجة في التغيير للجنس الآخر فلا يجوز النظر إلى بدن المرأة الأجنبية[62].

ولقد ذكر المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بخصوص حكم الشارع في عمليات تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس وبعد البحث والمناقشة بين أعضائه قرر ما يلي:

أولا :الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلي النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، مخبرا عن قول الشيطان "وَلَآمُرَنهَّمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّه""[63]، فقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود أنه قال لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل، ثم قال :ألا ألعن من لعن رسول الله، وهو في كتاب الله– عز وجل –يعني قوله " وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا"[64].

ثانيا :أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبياً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبياً، بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق الله عز وجل.

وبالنتيجة فإن الإسلام لا يمانع من إجراء العمليات الجراحية التقويمية التي يراد بها إصلاح اختلال عضوي قد يسبب لصاحبه قصورا وظيفيا أو إحراجا اجتماعيا ، ومن هذا القبيل أن الصحابي عرفجة بن أسعد كان قد أصيبت أنفه يوم الكُلاب فاتخذ أنفا اصطناعية من حديد، فوجهه النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلى أن يتخذ بدلا عنها أنفا من ذهب، تنبيها منه عليه السلام إلى ما يمثله اتخاذ الحديد من احتمال إصابته بمرض ما[65] .

---

[62] أنظر، عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية معاصرة، سلسلة بحوث فقهية في قضايا عصرية، الطبعة الأولى، International Islamic University Malaysia 2011.، ص522

[63] سورة النساء، الآية 119 .

[64] سورة الحشر ،الآية 7

[65] القرار رقم 05 ، الدورة 11 ،المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ،منشور على الموقع الإلكتروني http://www.themwl.org/Fatwa/default.aspx?d=1&cidi=100&cid=12 تاريخ الإطلاع ،2018/04/22

ردمد ورقي: -9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404- 2661
السنة: 2020 المجلد: الرابع العدد: الثاني ص.ص: 400-430

و يشير سيد طنطاوي مفتي الديار المصرية سابقا (إن حكمة الله سبحانه وتعالى قد إقتضت أن يعمر هذا الكون عن طريق وجود الرجل والمرأة. وحكمة الله سبحانه وتعالى أن يجعل للرجل مميزات تميزه عن المرأة.وأن يجعل المرأة ايضا مميزات عن الرجل.وإن كان الله سبحانه وتعالى قد أوجدهما من نفس واحدة كما قال عزّ وجل" يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً " وقال أيضا في أية أخرى " فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ "[66] .

ويفتي الشيخ يوسف القرضاوي في شأن عمليات التحول الجنسي ويقول «في مثل هذه الامور تحويل الذكر المكتمل الذكورة ظاهرا أو باطنا أو العكس هذه جريمة، وهي من تغيير خلق الله عز وجل ويرد علي من يدعون بأن هذا مرض نفسي ومعروف في الموسوعة البريطانية (باضطراب الهوية الجنسية) ،ويقول فضيلته لمن يدعي بأنه رجل مكتمل الرجولة ويرفض رجولته ويشعر بأنه انثى ويتصرف ويسلك سلوك الانثى وليست فيه عذاب نتيجة ذلك الشعور يقول: «الاحساس ليس كل شيء فيجب أن نحاول معالجة هذا الاحساس نفسيا مع اساتذة متخصصين نهيئ له بيئة تساعده على هذا اما كل من احس بشيء فيستجيب له فهذا من المحرمات والكبائر[67].»

بعد عرضنا لرأي الفقه الإسلامي يتبين لنا أنها لم تترك واقعة دون الحكم بجوازها أو حرمتها، فالتحول الجنسي هو اضطراب نفسي سلوكي، يعبر عن عدم رضا المريض ذكراً أو أنثى عن هويته الجنسية التي ولد بها. ولقد وردت آيات عديدة تبين أن تصوير الإنسان على صورته من ذكر أو أنثى هو أمر لله تعالى ، ونصت عديد الآيات أن تغيير الجنس لا يجوز شرعاً لأنه متضمن تغيير لخلق الله إلا في حالة الخنثى حتي يتم تصحيح الجنس فقط لأن العملية الجراحية لها دور كاشف، دون تغييره و هذا بتوافر شروط، وأن تغيير الجنس لمجرد دواعي نفسية فيه وقوع بالرذيلة والحرام

خاتمة

يُعد موضوع التغيير الجنسي موضوعًا شائكًا ودقيقًا ،ولا يسمح باللجوء إليه إلا إذا كان ناجمًا عن مرض عضوي وراثي كما هو الحال بالنسبة للخنثى المشكل، لأن الهدف من العمل الجراحي الذي هو إبراز وترجيح الجنس الغالب لديه، وليس تحقيق الرغبة والشعور الداخلي الذي يتخيّله. فرغم أن هناك دول أباحت وساندت الفكرة

[66] فتوى سيد طنطاوي، مقتبس عن مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق، ص .466

[67] فتوى الشيخ يوسف القرضاوي ، مقتبس عن مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق، ص 464.

واعتبرتها حرية شخصية ومساعدة الشخص على العيش حسب شعوره ،إلا أن القانون الجزائري وقوانين الدول العربية تصدت لهذه الفكرة واعتبرتها خروجا عن الأصول الإسلامية و الإنسانية .

أمّا فيما يتعلق بالآراء الشرعية أي أحكام الشريعة الإسلامية فيجب الإعتماد على فتاوى جماعية وليست فردية أي فتاوى مجامع فقهية يراعى فيها الإستعانة بالمختصين في كل المجالات ذات الصلة بهذا الميدان وليس الفقهاء الشرعيين فقط ، حيث يكون فيها إضافة إلى هؤلاء الفقهاء أطباء مختصين، نفسانيون و قانونيون

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

البخاري،الجامع الصحيح،ج3، رقم 3036، دار طوق النجاة،1422 .

-المراجع القانونية باللغة العربية

1. إبراهيم الأدغم، الجهاز التناسلي الذكري،عيوبه وإصاباته، دار القلم-دمشق، الطبعة ، الأولى1999 .
2. أسامة رمضان الغمري،الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية و الطبية،دار الكتب القانونية،المجلة الكبرى،مصر ،2005.
3. بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ،2013/2012..
4. تشوار جيلالي، تشوار جيلالي،الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون،الجزائر،2001.
5. تشوار جيلالي،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36 ، رقم 04 ، الجزائر ،1998.
6. سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق بن عكنون 2013/2012 .
7. عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية معاصرة،سلسلة بحوث فقهية في قضايا عصرية، الطبعة الأولى، International Islamic University Malaysia 2011.

8. محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها،الطبعة الثانية ،مكتبة الصحابة، جدة،1994 .

9. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه دولة ، جامعة الجزائر،1996.

10. مكرلوف وهيبة،المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب الطبية المستحدثة في الطب والجراحة ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة تلمسان 2004-2005 .

11. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، 2008.

ثالثا- بحوث على الأنترنيت

1-أحمد شلبي،" سالي سيد سابقا" بعد 18 سنة قضاء مشاكل تحويل الجنس تطاردني إلي الآن » مقال منشور في جريدة اليوم المصري بتاريخ 2009/12/09 ،الموقع الإلكتروني http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=40334 تاريخ الإطلاع 2019/05/30

2-طارق حسن كسّار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، بحث منشور على شبكة الأنترنيت http://utq.edu.iq/Research/pdf10/11.pdf، تاريخ الإطلاع : 2019/06/22 .

3-فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق – المجلد – 19 العدد الثاني ،كلية الحقوق، دمشق، 2003، ص 57-58، منشورة على الموقع الإلكتروني ، تاريخ الإطلاع 2016/05/31 . http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/saleh.pdf

4-قرار رقم 05 ، الدورة 11 ،المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ،منشور على الموقع الإلكتروني http://www.themwl.org/Fatwa/default.aspx?d=1&cidi=100&cid=12 تاريخ الإطلاع ،2018/04/22

5-قرار رقم 106،محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 2013/02/13، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/106_13_25450.html .

6-قرار رقم 108، محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 2013/02/13، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/108_13_25451.html

رابعا –مواقع الكترونية

مجلة روز اليوسف ،على الموقع الإلكتروني :

http://www.rosaelyoussef.com/news/195251/القضاء-الادارى-يهيب-بمجلس-النواب-إصدار-قانون-ينظم-التحول-الجنسى-فمصر

خامسا –المحاضرات

محاضرة تحت عنوان التغيير الجنسي، ألقيت علينا 'نحن طلبة الماجستير قانون طبي" في مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة تحت إشراف الدكتور تشوار جيلالي ، بتاريخ 2014/02/23 .

2-النصوص القانونية باللغة العربية

أولا-الأوامر والقوانين

-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 ، ج.ر رقم 15

-الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09،المتضمن قانون الأسرة.

-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ،ج.ر رقم 46

ثانيا –القانون المصري

-قانون العقوبات المصرى طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003

3-المراجع باللغة الفرنسة

1. C. CHILAND, Enfance et transsexualisme, Rev. psychiatrie de l, enfant,XXXI,2, 2004.

2. C.f Abdelhafid Oussoukine ,l'Etique Biomédicale, édition Dar El Gharb , Oran .2000.

3. La Cour européenne des droits de l'homme définit le transsexualisme comme le fait pour des « personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le

sentiment d'appartenir à l'autre » et qui « essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme ». **Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées** . JORF n°0170 du 25 juillet

4. Le Petit Larousse Illustré, librairie Larousse, France .2009.

5. Robert Jacques .Droits de l' homme et libertés fondamentales, collaboration de Jean Duffar, 15é Edition – Domat droit privé, Montchrestien – Paris 2009.