مجلــة البحث القانوني و السياسي
Journal of Legal and Political Research
ISSN: 2543-3881 EISSN: 7234-2661
المجلد: 8 / العدد: 1 / السنة: 2023 / ص ص: 180-201

حق الفرد في تغيير جسمه ضمن الأطر الطبية والضوابط القانونية

د/ بن مشيرح
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، (االجزائر)، قسم الحقوق إيميل الباحث :mohamed25dm@gmail.com

The right of the individual to change his body witch the médical formwords and legal controls

تاريخ الاستلام: 06-11-2022؛ **تاريخ القبول:** 28-04-2023؛ **تاريخ النشر:** 21-07-2023

ملخص :

يثير حق الفرد في التصرف في جسمه، مخارج متعددة ، أولها استئثار الفرد بجسمه من منطلق ملكيته له ملكية مة، و نيها حق المجتمع في الصحة والسلامة الجسدية لأفراده حتى يستطيعون القيام بجميع الأعباء والأعمال المختلفة والمتشعبة المنوطة بهم. و لثها الضرورة الصحية والاجتماعية التي تبيح للفرد إجراء تغييرات على جسمه. التي تثير إشكالية الأطر الطبية والضوابط القانونية لهذا التصرف ، النابع من الأصل العام لحق الإنسان في الحرية بكل أبعادها الدستورية والقانونية، وأهم التغييرات التي تثير الإشكالات الواقعية والتقنية المرتبطة لمهنة الطب من المنظور الاجتماعي والقانوني هي " تحويل الجنس وعمليات التجميل ".

الكلمات المفتاحية: التكامل الجسدي – الضرورة- التحول الجنسي – العمليات التجميلية.

Abstract :

The right of the individual to dispose of his body raises several exits, the first of which is the individual's monopoly over his body from the point of view of his full ownership of his body, The second is the right of society to the health and physical safety of its members so that they can carry out all the various and complex tasks entrusted to them. The third is the health and social necessity that allows the individual to make changes to his body. Which raises the problem of medical frameworks and legal controls for this behavior, which stems from the general origin of the human right to freedom in all its constitutional and legal dimensions, and the most important changes that raise realistic and technical problems associated with the medical profession from a social and legal perspective are "sex conversion and plastic surger ".

Keywords: physical integration - necessity - sexual transformation - plastic surgery

.

1. مقدمة.

يثير موضوع حق الفرد في تغيير جسمه ضمن الأطر الطبية والقانونية مسألة شرعية هذا التغيير، المرتبط أساسا لتقدم الهائل الذي تشهده مهنة الطب لمعالجة كافة الأمراض والتشوهات التي قد يتعرض لها الإنسان، لذلك نجد أن هذه المسألة تتنازعها أو تتجاذبها عدة مسلمات وهي " قداسة جسم الإنسان فلا يجوز المساس به إلا لضرورة المحافظة عليه، الملكية المطلقة للفرد للتصرف في جسده، ومن ثم حقه في تغييره كيف ما يشاء مادام لم يمس بحقوق الآخرين، حق المجتمع في السلامة الكاملة لأفراده ضمن دية الأعباء العامة، وتكفل الفرد عبائه الخاصة، حدود التدخل الطبي المؤسس على التنظيم القانوني للممارسة أي نوع من أنواع التدخل على جسم الفرد، وأخيرا الأطر الدينية والاجتماعية كضابط لأي مساس بجسم الفرد، خصوصا " عمليات التحول الجنسي وعمليات التجميل ".

حيث تتجلى اهمية هذا الموضوع من خلال تحديد ضوابط الحضر لنسبة لمجال الإ حة عند تمكين الفرد من حقه في تغيير جسمه، أو إجراء أي تحسنات عليه، والمسؤولية المترتبة على ذلك، وموقف القانون من هكذا عمليات ضمن " الضرورة العلاجية "

فإشكالية حق الفرد في تغيير جسمه تثير للوهلة الأولى فرضيتين مختلفتين تحددان الإطار العام له وهما:

الأولى: مبنية على الضرورة الصحية وإراحة المريض من الآلام كبتر العضو المريض وغير الصالح، وهذه لا تثير حتى قضية رضا صاحب الحق في غالب الأحيان.

الثانية: المبنية على التغيير والتحسين وهذه التي تثير إشكالية وجدوها لنسبة للفرد خصوصا أن طالب إجراء التغيير على جسده، لا تتجسد فيه الضرورة جليا كما في الحالة الأولى.

فمن خلال هذين الفرضيتين يمكن صياغة الإشكالية التالية " إلى أي مدى يمكن للفرد إجراء التغييرات على جسمه وفقا للأطر الطبية والضوابط القانونية، دون أن يكون لتصرفه أي انعكاسات سلبية سواء على المستوى الاجتماعي أو الصحي أو القانوني " تحديد دائرة الإ حة " ؟

لذلك فإن دراسة موضوع حق الفرد في تغيير جسمه تتطلب الإحاطة به من جميع الجوانب " القانونية، والطبية والاجتماعية خصوصا ". لذلك خصص المحور الأول لتحليل الجسم كوعاء للحقوق وحدود المساس به خصوصا لعنف الذي يعتبر مناقضا لحق الفرد في حماية جسمه، المشمول لحماية الدولية في زمن الحرب والسلم، وكذا الحماية القانونية الداخلية، الأمر الذي يحدد شروط المساس به وهي " الرضا، والضرورة العلاجية"، أما المحور الثاني فقد خصص للمظاهر اللافتة لحق الفرد في تغيير جسمه، وأهمها " التحول الجنسي المؤسس على المرجعية الفكرية الغربية التي تقوم على تقديس الفرد وحريته المطلقة في التصرف في جسمه، وكذا الضوابط القانونية له، وهي ضابط العلاج وضابط المسؤولية، ثم التطرق للعمليات الجميلية في شقيها " التحسينية والإصلاحية" التي مافتأت تنتشر بسرعة في كل دول العالم.

ولإحتواء هذه الدراسة تم الإعتماد على المنهج الوصفي للوقوف على حقيقة جميع الضوابط المتصلة بحق الفرد في التصرف في جسمه والمؤسسة على المحافظة على تكامله الجسدي، أما المنهج الثاني فهو المنهج التحليلي من أجل رفع اللبس عن الإشكالات التي يثيرها هذا الحق لمعرفة حقيقة المدى الذي يمكن الفرد فيه التصرف في جسمه.

2. الجسم كوعاء للحقوق وحدود المساس به

شكل جسم الإنسان منذ فجر حضارته مرجعا للحقوق والحماية، وامتلك أقصى درجات القداسة، لأنه مصدر المحافظة على الجنس البشري على وجه الأرض، فنشأت له بحكمها مجموعة من الحقوق التلقائية تقوم على الحماية والرعاية ضما لخاصية النفع للفرد والمجتمع ،وعلى أساس أنه محور كل التشريعات والقوانين الضابطة لنشاطاته المختلفة عبر العصور، فقد تبلورت له مجموعة من الشروط والحدود التي يتمكن من خلالها من التصرف بجسمه دون الإضرار بنفسه وبدوره داخل المجتمع، يؤسس على خاصية الرضا والحرية.

1.2. الحقوق المرتبطة بجسم الفرد.

تقوم الحقوق المرتبطة بجسم الإنسان على توفير السلامة له في كل مراحل حياته، وأثناء قيامه بمختلف نشاطاته الاجتماعية والفردية، ضمن منظومة تحضر كل اعتداء عليه مهما كان بسيطا، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم هذه الحقوق إلى صنفين مترابطين هما الحماية، التي تقوم على رافدين حماية الدولية أو حماية العامة للنوع الإنساني ، والحماية القانونية التي تقوم على المحافظة على مؤهلات جسم الإنسان حتى يكون دوره أكثر فعالية في المجتمع .

أ. الحق في الحماية الدولية.

ينبثق حق الفرد في حماية جسده من حقه في الحياة الذي يعتبر أساس كل الحقوق الأخرى، لذلك فإن هذه الحماية حازت الإجماع الإنساني وأقرته مختلف مواثيقه واتفاقياته، التي تكون موجهة ضد ظاهرة العنف التي قد يتعرض لها الفرد ماد ومعنو ، وعلى هذا الأساس لابد من تحديد مدلول العنف والحماية لإدراك قيمة الحق الذي يحضا به جسم الفرد من خلال هذين المتناقضين:

1: مفهوم العنف : العنف في اللغة : ضد الرفق، والعنيف : من رفق له بركوب الخيل، والشديد من القول والسير[1]، واعتنف الأمر أخذته لعنف، وعنفوان الشيء أوله وهو في عنفوان شبابه، وعنفه تعنيفا لامه وعتب عليه[2]، فمن خلال هذا التعريف يمكن أن نصف العنف نه وسيلة استيفاء الحقوق في بداية نشأة الحضارة الإنسانية، بحيث كان جسم الإنسان محلا لتنفيذ الجزاءات والاستغلال بكافة أشكاله دون مناقشة فيما إذا كان مشروعا أم غير مشروع، وكان التعذيب[3] أساس التدخل عليه والانتقاص منه، وعلى هذا الأساس فإن العنف هو " السلوك المشوب لقسوة والعدوان والقهر والإكراه، وهو عادة سلوك بعيد عن التحضر والتمدن، تستثمر فيه الدوافع والطاقات العدوانية

[1] – الفيروز آ دي (مجد الدين)، القاموس المحيط، ب الفاء، فصل العين، مادة العنف، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2011، ص 1078.

[2] – علي الفيومي المقري، المصباح المنير، مصر كتاب العين، مادة عنف، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2003، ص 256

[3] – ومن مظاهر التعذيب التي كانت سائدة في الحضارات القديمة ما نصت عليه المادة 193 من قانون حمورابي التي تقرر الإعدام في حالة السرقة أو لنسبة للأطفال أو الخطأ الجسيم، وعقوبة إقتلاع عيني الطفل الذي يريد العودة إلى والديه على البقاء عند المتبني، ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1999، ص 95.

استثمارا صريحا وبدائيا كالضرب والتقتيل للأفراد والتكسير والتدمير للممتلكات، واستخدام القوة والإكراه للخصم وقهره "[4]، فمن خلال هذا التعريف ندرك أن أساس العنف هو نفسي لدرجة الأولى كالتوتر والتناقض النفسي، وإن كان يتمظهر في غا ت شخصية أو جماعية، تجدها قائمة على القتل والضرب والجرح والاغتصاب إلى غير ذلك من الأفعال المهددة لأمن الأشخاص والمنافية لعيشه في أمان، لتتسع حتى تشمل أفعال الإرهاب الدولي والقرصنة البحرية والجوية، فظاهرة العنف المصاحب لحياة الإنسانية في مختلف أشكاله، أصبح يطرح بشدة ضمان الأمن المجتمعي والدولي، كشرطين أساسيين لضمان استمرارية النوع البشري في مفهومه العام، من خالال الحماية.

2- الحماية: حتى تتوفر الحماية اللازمة للأفراد على النطاق الداخلي والدولي لابد من شمولها على الحماية زمن السلم، و الحماية زمن الحرب:

أولا : الحماية زمن السلم: وذلك برام لمعاهدات و سيس الاتفاقيات الدولية، وملائمة القوانين الداخلية معها، كمرجع لحماية الإنسان بشكل عام انطلاقا من حماية حقه في الحياة، وتكون ذات طابع سيادي على المستوى الدولي، وقانوني على المستوى الداخلي والمتمثل في قانون العقو ت والقانونين المكملة له.

فقد أعطت الأمم المتحدة مفهوما للعنف في المادة الأولى من إتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة " أنه الفعل القائم على سلوك عنيف، ينجم عنه الإيذاء أو المعا ة (الجسمية أو النفسية)، أو الحرمان النفسي من الحرية في الحياة العامة أو الخاصة "[5].

يمكن اعتبار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948[6]، والذي جاء بعد معا ة إنسانية من حربين عالميتين ارتكبت فيهما أبشع الانتهاكات للإنسان أساسا لحماية جسد الإنسان، غير أن هذا الإعلان ورغم أهميته فقد كان امتدادا وتجسيدا للفلسفة الغربية القائمة على النزعة الفردية، الأمر الذي لم يسمح بتجلي تطبيقاته خارج الدوائر الغربية، والتي يمثلها أساسا إعلان حقوق المواطنة الفرنسي الصادر 1789[7]، إلا أنه يمكن أن ننوه في هذا المجال عن النظرة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لحماية الإنسان التي تختلف جذر عن النظرة الغربية، فإذا كانت حماية الإنسان وجسده في الفلسفة الغربية أو لأحرى في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تقوم على الاتفاق والتفاوض والإقرار، فإن نظرة الشريعة الإسلامية تقوم على الأوامر الإلهية انطلاقا من أن الإنسان وحمايته والعناية به هو التكريم الذي تقوم عليه جميع المقاصد الأخرى مصداقا لقوله تعالى " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آَدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا "[8]، فهذا التكريم يحوي دوما الحماية التي تعتبر من مستلزمات الخلافة على الأرض في قوله تعالى " وَإِذْ قَالَ

---

[4] - فرج عبد القادر طه، وشاكر عطية قنديل: موسوعة علم النفس والتحليل النفسي، دار غريب للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2003، ص 589.

[5] - ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، المرجع السابق، ص 615.

[6] - ساسي سالم الحاج، نفس المرجع، ص 506.

[7] - إعلان حقوق الإنسان و المواطن سنة 1789، المدخل:

https://political-encyclopedia.org, consulté le 23/10/2022

[8] - سورة الإسراء الآية 70.

رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ "[9]، التي تتجسد في التكاليف الشرعية، الغير قابلة للتنازل والمساومة المبينة على المقاصد الخمسة وهي " حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل "، بحيث نجد أن ثلاثة مقاصد من المقاصد الخمسة تتعلق بجسم الإنسان وهي " النفس والنسل والعقل".

نيا: الحماية زمن الحرب.

غير أن الحماية تتجلى أكثر ما تتجلى في حالة الحرب التي تعتبر حالة طارئة على الحياة العادية للإنسان، تمس مباشرة بكيانه ووجوده، ونظرا لخطورة الحرب فقد نظم فقهاء القانون الدولي اعتمادا على العرف وقواعد تنظم القتال في حالتي الدفاع عن النفس والأمن الجماعي، وحظر العدوان ي شكل من الأشكال، فقد كان لمنظمة الصليب الأحمر الدولي دورا كبيرا في صياغة قواعد قانون الحرب من خلال اتفاقيات جونيف 1899[10]، الذي سمي في ما بعد لقانون الدولي الإنساني فهو " القواعد الدولية التي وضعتها المعاهدات والأعراف، تحد من حق أطراف أي نزاع في اختيار وسائل أو أساليب الحرب، أو تحمي الدول غير الأطراف في النزاع أو الأعيان والأشخاص الذين يتأثرون أو من المحتمل أن يتأثروا من النزاع "[11]، وذلك لإبراز طابعه الإنساني في حال إندلع نزاع مسلح.

هذا الطابع الإنساني يقوم على المبادئ الإنسانية، والضرورة العسكرية، وضبط حرية الأطراف في اختيار وسائل خوض الحرب من خلال اتفاقيات لاهاي 1899 و1907، واتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بحماية ضحا الحرب لعام 1949، واتفاقيات لاهاي الخاصة بحماية المكان ذات القيمة الحضارية لعام 1954، والبروتكولين الإضافيين لعام 1977[12].

أما في الشريعة الإسلامية فإن الحماية الفرد في الحرب من أوليات خوضها في قوله تعالى " وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ "[13]، فعلاقة المسلمين بغيرهم في حالة الحرب تحكمها السلمية الظاهر من خلال هذه الآية ن لا يبادر المسلمين لحرب فهي دفع لاعتداء لاعتداء، كما أن المسلمين مأمورين لجنوح للسلم في حال جنح الأعداء لها دون غدر ولا دسيسة في قوله تعالى " وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ "[14]، مما يبين أن حالة الحرب عند المسلمين حالة طارئة لا يجب أن تستمر مدة طويلة وأن معاملة الآخر بود هي الأساس في قوله تعالى " لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ "[15]، كما أن حماية المدنيين وكل مظاهر العمران محفوظة في

---

[9] – سورة البقرة الآية 30

[10] – صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 93.

[11] – شريف علم و ماهر عبد الواحد، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، ط06، إصدار البعثة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، مصر، 2005، ص 618.

[12] – فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 61

[13] – سورة البقرة الآية 190.

[14] – سورة الأنفال الآية 61.

[15] – سورة الممتحنة الآية 08.

الشريعة الإسلامية في قوله تعالى " وَيَـقَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَاتَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَاتَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ "[16].

هذه الحماية التي جاءت مناقضة للعنف وتحييده وتفرض على الفرد العناية بجسده ورعايته حق الرعاية كحق وواجب في نفس الوقت، التي تبقى من الحقوق الطبيعية للفرد يمارسها ويداوم عليها شخصيا وفي إطار مؤسسات الدولة ومنظماتها.

ب. الحق في الحماية القانونية.

إن الحق في الرعاية يضمن لحق في الحماية، هذه الرعاية التي تقوم على أساس خاص وهو الحماية الصحية، الذي يقوم ابتداء على تقديس جسم الإنسان وعدم المساس به مهما كان المبرر لذلك، سواء أكان لمقتضيات التحقيق، أو لاستيفاء الحقوق فهو خارج عن دائرة التعامل، التي تختص بتقييم أفعال الشخص لا جسمه، فقد اتفقت كل التشريعات بمختلف مشاربها لاتينية أو أنجلوسكسونية أن جسم الفرد ليس وعاء لتنفيذ أحكام القانون، وإنما حقوقه، في اتفاقيات حازت الإجماع الدولي وترجمت بصورة تلقائية في دساتير الدول ومن أهم هذه الاتفاقيات:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المواد 03، و04، و05، حيث جاءت هذه النصوص حامية لحق الفرد في سلامة جسمه، ومن ثم حظر الاسترقاق والتجارة لبشر، ومنع التعذيب والمعاملات القاسية والمهينة.
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[17] في مواده 05، و06، 07، شارحة للنصوص التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، خصوصا في كيفية التعامل مع عقوبة الإعدام، وجريمة الإ دة الجماعية، والاسترقاق والعبودية والسخرة غير العمل الإلزامي، كما أنه اشترط عدم ويل الدول في تدخلها على الإنسان أن لا يكون خارج هذا العهد أو تعهداتها الدولية بخصوصه.
- اتفاقية منع جريمة الإ دة الجماعية والمعاقبة عليها الصادرة في 09/12/ 1948[18] التي عرفت الإ دة الجماعية نها " الأفعال التي تقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو أثنية أو عنصرية أو دينية " في المادة 02، والمعاقب عليها في المادة 03 و04.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة الصادرة في 1984/12/10، التي عرفت التعذيب في المادة الأولى على أنه " أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسد كان أو عقليا، يلحق عمدا بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص لث ، على معلومات أو اعتراف، أو معاقبته على عمل أرتكبه أو يشتبه في أنه أرتكبه..."

كل هذه الاتفاقيات والمبادئ التي جاءت بها حماية ليس لجسم الفرد فقط، وإنما لكل ما يتصل لإنسان في وجوده، ترجمها الدستور الجزائري في وثيقة مبادئه كباقي الدساتير الأخرى بدأ من دستور 1963 إلى التعديل المعمق الأخير الصادر في 2020[19] من خلال المواد

---

[16] - سورة هود الآية 85.

[17] - ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان و المكان، مرجع سابق، ص 532.

[18] - ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، مرجع سابق، ص 604.

[19] - التعديل الدستوري 2020، الصادر في 2020/12/20، الجريدة الرسمية، العدد 82.

16، 34، 39، 40، على اعتبار أن حماية جسم الفرد دستور من الحقوق المحمية تلقائيا ولم يسمها التعديل إلا للتحسين وز دة الضما ت على اعتبار أن الجزائر مصادقة على جميع هذه الاتفاقيات[20].

أولا : قانون العقو ت: حيث نجد أن المشرع الجزائري وعلى غرار كل تشريعات العالم امتاز لتجريم الشامل لكل اعتداء يقع على جسم الإنسان، وجعل له أقصى درجات الحماية، المبني على السمة المميزة لهذا القانون في أن جميع قواعده آمرة [21]في التقسيم الثلاثي للجرائم بدأ من المخالفات في تجريمه للاعتداء على الأشخاص في المادة 442، وفي الجنح عمال العنف في المادة 264، وفي الجنا ت لاعتداء على حياة الإنسان لقتل في المادة 254 وما يليها، أو لتعذيب في المادة 263 مكرر و263 مكرر1. هذه الحماية التي تعتبر أساس السياسة الجنائية الحديثة، لم تتوقف عند التجريم فقط بل جعلت الحماية أثناء المتابعة من مستلزمات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية.

نيا: الإجراءات الجزائية: لم يغفل المشرع الجزائري على غرار كافة التشريعات الأخرى حماية جسم الفرد عن طريق تجريم الاعتداء عليه فقط، بل تعدى ذلك إلى حمايته في حال كان محلا للوضع الطارئ في الدعوى العمومية وهو " الإتهام "، بدأ من مرحلة البحث والتحري في التوقيف للنظر بمناسبة جنحة أو جناية متلبس به في المادة 51 مكرر01 الخاصة لفحص الطبي بعد انقضاء مواعيد التوقيف للنظر، وفي التحقيق من خلال المادة 68 ف 09 التي تجعل الأمر جراء فحص طبي أشمل من ذلك الذي يتم في مرحلة التحري يشتمل الجسماني والنفسي وإجراء الفحوصات اللازمة، وهو من صلاحيات قاضي التحقيق أو بطلب من محامي المتهم التي لا يجوز لقاضي التحقيق رفضها إلا بقرار مسبب، أما في مرحلة المحاكمة فالحماية تتجلى أكثر فأكثر أمام محكمة الجنا ت من خلال المادة 293 التي يحضر إلى جلستها العلنية مطلقا من أي قيد، فهذه الحماية القانونية المكرسة في قانون العقو ت و قانون الإجراءات الجزائية هدفها حماية صحة الفرد عامة والمتهم خاصة، الأمر الذي كرسه المشرع في قانون الصحة.

لثا: قانون الصحة: يمكن أن نستنتج حماية المشرع الجزائري لجسد الفرد من خلال نصه لأول مرة في التعديل الدستور لسنة 2020 على أن الحق في الحياة لصيق لإنسان في الفقرة الأولى من المادة 38، وكذا إضافة عبارتين هما " يعاقب القانون على التعذيب- والاتجار لبشر في الفقرة الثالثة من المادة 39، بحيث نص على حماية صحة الفرد كمستهلك في المادة 62، وحماية صحته عامة في الفقرة الثانية من المادة 63 ، هذه الصحة التي لا تتم إلا في إطار آليات التنمية المستدامة عن طريق المحافظة على عصب الحياة وهو المياه مع ضمان حق الأجيال القادمة، مع مراعاة ضمان بيئة سليمة عن طريق حمايتها في المادة 64 منه، حيث أنه لنظر إلى هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري يهدف من إقراره بحماية صحة الفرد هو الحماية الاجتماعية التي تتجسد في الضمان الاجتماعي من خلال القانون 12/78

[20]- صادقت الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب دستور 1963 الصادر في 1963/09/10، الجريدة الرسمية، عدد 64.،كما صادقت على العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والبروتوكين المحلقين بهما بموجب القانون رقم 08/89 المؤرخ في 1989/04/26 الجريدة الرسمية، عدد17، واتفاقية مناهضة التعذيب، وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو للإنسانية أو المهينة الصادرة في 12/10/ 1984، والبروكتوكول الإضافي المحلق بها عام 2002، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 67/89 المؤرخ في 1989/05/06 الجريدة الرسمية، عدد 20.

[21]- سمير عالية، شرح قانون العقو ت ، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2002 ص 19

الذي يتضمن القانون الأساسي للعمال[22]، والقانون 11/83 المتعلق لتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم[23]، بحيث نجد للصحة العديد من المخرجات أهمها " حماية المستهلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 272/92 الخاص بدور المجلس الوطني لحماية المستهلكين في الإعلام والتوجيه[24]– والرعاية الصحية كمنع تداول المواد المضرة في الإشهار بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 386/92[25] ".

فهذه العناية الصحية بجسم الفرد من الناحية القانونية يهدف المشرع إلى تكريسها في إطار الحماية الجماعية كحق للفرد يتمكن من خلالها في الوصول إلى وضعية صحية مثالية، لكن هذه الأخيرة تبقى في إطار حقه الشخصي، الذي يفترض أن يطالب برضاه لمساس بجسده حفاظا عليها أو استعادتها.

2.2 شروط المساس بجسم الفرد

غني عن البيان أن حق الفرد في التصرف في جسمه حق شخصي لايمكن إنكاره، لكن إطلاق هذا الحق دون شروط أو ضوابط قد يؤدي إلى تمالك الصحة العامة لأفراد المجتمع، كما يمكن أن يكون محلا لاتجار الفرد عضائه، فيتحول جسمه لمتجر يستقي منه المحتاج العضو الذي يريد، فتضيع القيمة الإنسانية لفرد، والأساس من وجوده، لذلك لابد من توافر شروط معينة ومراعاة حدود خاصة، حتى يتمكن الفرد من المساس بجسمه والتصرف فيه وأهم هذه الشروط الرضا المطلق والواعي بمخاطره ، ضمن حدود الضرورة المعينة قانونيا وطبيا لهذا المساس.

أ. رضا الفرد للمساس بجسمه كمظهر لحق ملكيته:

إن رضا الفرد للمساس بجسمه يكون مؤسسا بطبيعة الحال على ابتغاء سلامته وصحته، وأدائه لكامل وظائفه، فالصحة هي مبتغى هذا المساس كمظهر لملكية الفرد لجسده يبغي به السلامة من كل الأمراض والآفات، هذه السلامة التي تتخذ طبيعة المركز القانوني الذي يخول للفرد في حدود القانون استغلال تكامله الجسدي والمستوى الصحي البدني والنفسي الذي يتمتع به، على أساس أن المرض هو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كل أو جزء من أهدافه الحياتية، وهذا الخلل في البر مج الجيني أو لضغط كبير في المحيط أو حالة من القلق اتجاه فعالية هذا الجسم "[26]، الأمر الذي يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لحق الفرد في سلامة جسمه هل هي مطلقة أم مضبوطة بضوابط معينة ؟ حيث أن الإجابة على هذا التساؤل تمكننا من معرفة المدى الذي يمكن للفرد من إعمال رضاه في المساس بجسده، انطلاقا من مفهوم الاستئثار بقيمة الملكية القائمة على إسنادها إليه لتخصيص، والتي تمكنه من كافة المكنات المتاحة له في إطار التنظيم القانوني. هذا الاستئثار ينصب أساسا على حقه الشخصي ذا

---

[22]– القانون رقم 12/78 المؤرخ في 1978/06/05 الذي يتضمن القانون الأساسي للعامل، الجريدة الرسمية، عدد 32.

[23]– القانون11/83 المتعلق لتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم، لمرسوم التشريعي رقم 04/94 المؤرخ في 1994/04/11، الجريدة الرسمية، عدد 20، والأمر 17/96 المؤرخ في 1996/06/06، الجريدة الرسمية، عدد 42.

[24]– المرسوم التنفيذي رقم 272/92 المؤرخ في 1992/06/06 المتعلق بتكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين ويحدد اختصاصه، الجريدة الرسمية، عدد 52 (ملغى)

[25]– المرسوم التنفيذي رقم 386/92 المتعلق لإعلام الطبي والعلمي الخاص لمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب، الجريدة الرسمية، عدد 53.

[26]– بوشي يوسف، " حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية "، مجلة الفقه والقانون ، المملكة المغربية، العدد الأول، 2012، ص 03،04.

الطابع المعنوي هو الحق في السلامة الجسدية، فيكون لصاحب الحق أن يختص بمادة جسده، فيقبل برضاه التدخل على جسمه لإنهاء حالة عدم هيله بوضع حد لآلامه [27].

من كل ما تقدم فإن الحق في المساس لجسم كمظهر من مظاهر الملكية وحفاظا على سلامته ومؤهلاته تجلى بعد استقرار التنظيم القانوني في كل دول العالم وعلى هذا الأساس وضعت له ضوابط يمكن حصرها في الآتي:

أولا: القانون: تتحدد مهمة القانون كما هو معروف بتحديد الحقوق والمراكز القانونية استنادا للمصالح التي يقصد المشرع حمايتها من خلال النظام القانوني، وأهم مصلحة هي حياة الإنسان وجسده، التي يجب أن تتم بموازنة مع مراكز قانونية أخرى، بحيث يستمد الشخص شرعية مركزه في المساس بجسمه من النظام القانوني، على أساس أنه كائن متميز ذا قيمة اجتماعية، وهو الذي يتخذ أوصافا عديدة تؤدي كلها للتعبير عن هذا المركز القانوني، فالإنسان يطلق على الشخص منذ أن يكون جنينا في بطن أمه فإذا ولد حيا أصبح يشغل هذا المركز القانوني تلقائيا، لذلك نجد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تستعمل مصطلح الإنسان لأنه أشمل، أما الشخص فهو المخاطب حكام القانون له حقوقا والتزامات، وتطبق عليه جزاءات، وهو نوعين شخص طبيعي وشخص معنوي، أما الفرد فهو الشخص الطبيعي في مواجهة الجماعة، وعلى هذا الأساس تثار إشكالية تصرف الفرد في جسمه أي الشخص الطبيعي " الذي يكون طرفا إيجابيا أو سلبيا في الحقوق، وكل إنسان شخص لأنه صالح للتمتع لحقوق وتحمل الواجبات أي له شخصية قانونية بعدما اختفى نظام الرق والموت المدني أي فقدان صفة المواطنة " [28]، بحيث يكون ملزما لمحافظة على تكامله الجسدي الذي يعتبر الضابط الأهم في حق الفرد في التصرف في جسمه.

و لرجوع إلى الشريعة الإسلامية في حق الإنسان في التصرف في جسمه نجده مرتبط لمصالح الخمسة للشريعة الإسلامية وهي: " حفظ الدين، حفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ المال، وحفظ النسل " هذا الحفظ بمختلف أشكاله مرتبط بصفة التكريم التي خص بها سبحانه وتعالى الإنسان دون قي المخلوقات –كما أسلفنا– هذا التكريم الذي نجد صورته التطبيقية الفريدة في الخلق في أحسن تقويم في قوله تعالى " لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ "[29]، هذا الإنسان الذي صنفه فطر بديع السموات والأرض إلى جنسين فقط وهما الذكر والأنثى في قوله تعالى " وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى "[30]، وهذا يعني أن الذكر والأنثى يستوعبان الإنسان ولا مجال للاجتهاد فيه والذي يعتبر خروجا عن الفطرة، وإن كان خنثى فإنه لا يخرج عن إطار إحدى النوعين، وأن واجب الفرد سواء أكان ذكرا أو أنثى المحافظة على الفطرة التي فطره عليها ولا تبديل لكلمات ، ضما للتكامل الجسدي، الذي هو حق من حقوقه بحيث نجد أن أربعة حقوق مشمولة لحفظ تتعلق بجسد الفرد على اعتبار أن حفظ الدين يدخل ضمن الراحة النفسية والطمأنينة التي يحتاجها المسلم لكي يحيا حياة طيبة، حيث نجد فيما بعد أن من مبررات التحول الجنسي أو العملية التجميلية الاضطراب النفسي والكآبة من البشاعة، التي سنقوم بتحليلها لاحقا.

---

[27]– عصام أحمد ، التطرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ج01، دار الفكر والقانون المنصورة، القاهرة، مصر، 2008،ص 107

[28]– توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، و النظرية العامة للحق)، ط01، الدار الجامعية، بيروت ، لبنان، 1988، ص 594.

[29]– سورة التين الآية 04.

[30]– سورة النجم الآية 45، 46.

نيا: التكامل الجسدي: يمكن الاستدلال عن التكامل الجسدي الذي يبيح للفرد الاحتجاج به اتجاه العامة حتى ولو كان التدخل على جسمه فيه منفعة له هو الأداء الوظيفي الكامل لكل أعضائه في تناسق وتناغم كوحدة متكاملة، لا يشعر فيها لألم[31]، فالإنسانية جمعاء متفقة ن المساس بجسم الإنسان يكون عن طريق الاعتداء الخارجي عليه سواء لجرح أو الإتلاف أو البتر، ولا يكون التدخل عليه إلا استناد لقانون أو عرف، حيث كان مفهوم التكامل الجسدي ينحصر في المحافظة على وجود الفرد على خلقته كما ولد، مصداقا لقوله تعالى " فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ ا ِّ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ ا ِّ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ "[32].

لكن التطور العلمي غير من مفهوم التكامل الجسدي من المفهوم التقليدي القائم على إبقاء جسم الإنسان على ماهو عليه تبعا للطبيعة والشكل الذي ولد عليه وتقرير الحماية له –كما سبق وإن تقدم- حتى إن كان أداء بعض الأعضاء يعيق حياته ووظائفه اليومية مثل ذوو الاحتياجات الخاصة، فقد فرض التطور العلمي إمكانية أن يكون هناك تدخل على جسم الفرد فيتمكن من خلال هذا التدخل من الشعور لراحة وإزالة الألم في صورة تطور الجراحة الطبية ومختلف العمليات التأهيلية لوظائف الجسم. فالتعريف السابق للتكامل الجسدي كان يقوم على " احتفاظ الفرد بكل جزئية من مادة جسمه أ كان قدرها وأهميتها في التركيب البنائي فإذا فقد جزء من الجزئيات أعتبر ذلك إخلالا لتكامل الجسدي" [33].

لكن مع ظهور إمكانية الانتقاص من المشتقات والمنتجات البشرية التي تتميز لطابع التجددي، ومن الممكن أن تعوض من تلقاء نفسها دون ما حاجة إلى تدخل طبي معقد أو جراحة إستئصالية وتحويرية كالدم ومشتقاته[34]، تغير مفهوم التكامل الجسدي الذي أصبح خذ لإضافة إلى مفهوم تجريم وتحريم الاعتداء عليه ية وسيلة كانت، إلى مفهوم إعادة التأهيل أو استعادة التأهيل بعد التلف أو القصور، الأمر الذي يثير إشكالية الضرورة للقيام لتدخل على جسم الفرد حفاظا واستعادة لتكامله.

ب. الضرورة كأساس لحق الفرد في المساس بجسمه.

من الفطري أن الإنسان يقدس حياته وجسده ولا يقبل أبدا المساس به إلا للضرورة، انطلاقا من الصفة المميزة التي حباه بها وهي التكريم عن قي المخلوقات الأخرى، لذلك كانت علة حق الفرد في المساس بجسمه أو السماح بذلك مبنية على حالة المصلحة الفردية والاجتماعية، وحالة الضرورة التي تخرج الفعل من دائرة المنع إلى دائرة الإ حة بتوافر العائق الذي يمنع الفرد من استعمال جسمه استعمالا طبيعيا، أو الاستفادة من تكامله الجسدي[35] .

فالضرورة تؤسس على غريزة البقاء وأولها المحافظة على النفس والمال وحماية الغير من التعسف، لذلك نجد أن حالة الضرورة التي تبيح للفرد تغيير جسمه تتطلب تحديد إطارها من خلال مختلف النشاطات التي تقع على جسم الفرد وهي " حق الفرد في التصرف جسمه، حق الدولة في المساس بجسم الفرد، وعمليات التدخل على جسم الفرد بغية إنقاذه أو تحسينه أو إعادته إلى حالته الطبيعية ".

---

[31]- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقو ت، (القسم العام)، النظرية العامة للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحتزازي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 33.

[32]- سورة الروم الآية 30

[33]- عصام أحمد ، التطرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ج01، المرجع السابق، ص 114.

[34]- سبنوت حليم دوس ، الهرمو ت بين الطب والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1992، ص 29.

[35]- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط03، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 795.

EISSN: 7234-2661 ISSN: 2543-3881

وقبل محاولة إسقاط شرط الضرورة على حق الفرد في تغيير جسمه لابد من تحديد إطارها القانوني من خلال تعريفها والتوجه القانوني فيها، فقد عرفها وهبة الزحيلي كفقيه معاصر في الفقه الإسلامي بتوافر عنصر الإكراه فيها على أنها " تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر، أو أذى لنفس، أو لعضو، أو لعرض، أو لعقل، أو لمال وتوابعها، ويتعين أو يباح ارتكاب الحرام، أو ترك واجب، أو خيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه"[36]، أما أحسن بوسقيعة كأستاذ في القانون فقد عرفها على أساس عنصر الاختيار المحدود وفقا لواقعة حالة الضرورة على أنها " حالة لا يكون فيها مرتكب الجريمة مكرها على ارتكابها، وإنما يكون أمام خيارين، فإما يتحمل أذى معتبرا أصابه في شخصه أو في ماله، أو أصاب غيره في شخصه أو في ماله، وإما أن يرتكب الجريمة "[37].

أما قانونيا فبالنظر إلى نص المادة 39 من قانون العقو ت الفقرة الثانية نجد المشرع الجزائري جعلها من الأفعال المبررة، على أن تكون الضرورة حالة للدفاع الشرعي عن النفس أو الغير، وحالات الضرورة المحددة في المادة 40 مرتبطة بدفع الاعتداء الذي يكون متناسبا معه غير متعدي الأثر.

فعلى ضوء الشروط التي جاءت بها المادة 39 من قانون العقو ت[38] نجد أن التعريف الذي جاء به أحسن بوسقيعة الأقرب إلى ملائمته لحق الفرد في تغيير جسمه، بحيث أن الفرد يكون أمام خيار تغيير جسمه أو البقاء على حاله التي يعاني فيها من الأذى، ولكن إذا أرد إسقاط ذلك على ما جاءت به المادة 39 من ق.ع نجد أنها تفترض توافر " الضرورة الحالة "، التي تبقى لتقدير الطبيب القائم بعملية التغيير وفقا لملف خبرة طبية وكلينيكية، وليس للمحكمة عليه في ذلك أية رقابة لانعدام النص القانوني الذي يجرم أو يبيح هكذا تغيير، و لتالي يبقى الفعل قانونيا في دائرة الإ حة، وإنما الشرط الرئيسي لهذا التغيير هو " رضا طالب التغيير "، مع العلم أن المشرع الجزائري حدد حالات الضرورة بظرف الاعتداء لا غير ولم يتكلم عن " التصرف أو المساس أو التدخل على جسم الإنسان "، وعليه يمكن إ رة التساؤل التالي " هل يمكن اعتبار نص المادة 39 من ق.ع معيارا لتحديد دائرة حق الفرد في تغيير جسمه مع العلم أن هذه المادة أسندت حالة الضرورة كفعل مبرر للاعتداء الواقع على النفس أو الغير؟ "

حيث انه لنظر إلى نص المادة 39، والمادة 40 نجد أنهما جاءا بصياغة ضيقة من حيث استعمال الضرورة وحالاتها ، و عمال السلطة التقديرية الواسعة للقاضي عند تقدير ظروف الضرورة طبقا لظروف كل تدخل، غير أن حق الفرد في تغيير جسمه لا يرتبط ي

[36]- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1982، ص 64.

[37]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 64.

[38]- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 /06/ 1966 والمتضمن قانون العقو ت، الجريدة الرسمية، عدد49 المعدل والمتمم لقانون 01/09 المؤرخ في 26 /2001/06 الجريدة الرسمية، عدد34، القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10المعدل والمتمم لقانون العقو ت، الجريدة الرسمية، عدد71، والقانون 01/06 مؤرخ في20 /2006/02 المتعلق لوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد14، والمعدل و المتمم لقانون 15/11 المؤرخ في 2011/08/02، الجريدة الرسمية، عدد 44.

حال من الأحوال لاعتداء المحدد في نص المادة 39 من ق.ع، وإنما بضرورة المحافظة على التكامل الجسدي، الذي يتحول كضرورة لم ينظمها المشرع بعد، وعلى هذا الأساس لابد من حصر حالة الضرورة المطلوبة لحق الفرد في تغيير جسمه ضمن مخرجات هذا الحق من خلال " حق التصرف، والمساس، والتدخل " وأين يمكن أن يتجسد هذا الحق ضمن هذه العناصر الثلاثة:

أولا: حق التصرف: والمرتبط أساسا بحق الفرد في ملكية جسده ملكية مة، ففي هذه الحالة يكون الرضا تلقائيا يستند إلى الحقوق المنبثقة عن حق الملكية وهي الحقوق العينية الأصلية المتمثلة أساسا في حق التصرف في الشيء واستخدامه استخداما يستنفذه كلا أو بعضا ستهلاكه أو إتلافه أو تغيير شكله وتحويله تحويلا نهائيا لا رجوع فيه، وذلك من خلال استعماله مباشرة والاستفادة من خدماته، أو استغلاله بطريق غير مباشر لحصول على مزا ه، أو نقل سلطاته عن طريق تصرف قانوني إلى الغير[39]، الأمر الذي يصدق على " استئجار الرحم، عمليات التجميل، زرع الأعضاء التناسلية، زرع الهرمو ت الأنثوية، التحول الجنسي ".

نيا: المساس بجسم الفرد: خذ معنى العنف أو يكون محلا لطلب شي معين لا يد للفرد فيه وهنا يكون رضا الفرد منعدم، كالعمل الذي يقوم به الخبير تنفيذا لأمر قاضي التحقيق في البحث عن الحقيقة لاستيفاء الدليل تطبيقا لنص المادة 68 ف 01من ق.ج. ج، كما في حالة البصمة الوراثية كدليل إثبات، ففي هذه الحالة لايمكن الحديث عن حق الفرد في التصرف في جسده لانعدام الرضا كليا، أو استعمال الوسائل الحديثة في التحقيق التنويم كالمغناطيسي فهو " عملية افتعال نوم غير طبيعي يصاحبه ثير في حالة النائم نفسيا وجسمانيا على النحو الذي تتغير معه إرادة العقل وملكاته العليا ويصبح سهل الانقياد،[40] أو " عقاقير الحقيقة وتستخدم في التحليل النفسي والتشخيصي واستجواب المتهم، ويؤدي تعاطيها إلى نوم عميق تعقبه يقظة بعد حوالي عشرين دقيقة، ويفقد الشخص أثناء نومه القدرة على الإرادة والاختيار ويكون أكثر قابلية للإيحاء والمصارحة والتعبير عن مشاعره، وبذلك يمكن اكتشاف الدوافع والرغبات وما يحاول أن يخفيه وهو في حالة الشعور"[41]، لإضافة إلى جهاز كشف الكذب فهو عبارة عن كرسي بسيط يجلس عليه المستجوب مستند على رقائق من المعدن يضع عليها كفيه لقياس درجة تصبب العرق وجهاز حول إبطه لقياس ضغط الدم أو أنبوبة تلتف حول صدره لقياس التنفس ويؤتى لمستجوب وتعرض عليه مجموعة من الأسئلة ويطلب منه أن يجيب عليها (بلا) أو (نعم)[42]، وأنه عندما يعدم العقل لايمكن الحديث عن تجريم التصرف الذي يبدو غريبا وشاذا، لانعدام الإرادة كأساس للمسؤولية المدنية والجزائية في حق التصرف في الجسم سواء بتغييره أو تحويله، المبني أساسا على الرضا التام والواضح، أين يستبعد الرضا الضمني المبني على السكوت.

لثا:التدخل: هو العمل الذي يكون ذا طابع تقني وطبي لأساس، يكون القرار فيه للفرد قبل القيام لتدخل، ولكن رضاه يتأثر برأي الطبيب المختص وفقا لأخلاقيات الطب، من أجل تحقيق مصالح علاجية أساسية أو الحصول على شيء أو تحقيق منفعة ذات طابع

---

[39]– توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، و النظرية العامة للحق)، مرجع سابق، ص 494.

[40]– ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي(دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1996، ص514.

[41]– حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في المحقق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1975، ص 18.

[42]– حسين محمود إبراهيم ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، **ص 126.**

EISSN: 7234-2661 ISSN: 2543-3881

إنساني أو ضع حد لآلام المريض ك " الموت الرحيم، التشوهات الخلقية قبل الولادة، التلقيح الاصطناعي، الإجهاض، تجميد الأجنة، العلاج الجيني للأمراض الوراثية، استخدام الخلا الجذعية، الاستنساخ، تخزين النطاف في بنوك ".

حيث نجد أن حالة الضرورة مفترضة في جميع هذه التصنيفات، لكن الحق يكون مرتبط لرضا كما في حالتي " التصرف والتدخل "، أما المساس فلا يمكن أن يكون حقا، وإنما عملا أبيح لسلطة التحقيق في جريمة للوصول إلى الدليل الأمر الذي لا يجعله يتعدى القوة الاثباتية لتقرير الخبرة وشرعية الإجراء الذي تعود فيه الولاية للقاضي وليس للفرد، ومن ثم لايمكن اعتباره من حقوق التصرف في الجسم.

3. المظاهر اللافتة لحق الفرد في تغيير جسمه.

أصبح حق الفرد في تغيير جسمه ظاهرة طبيعية في الوقت الحالي، المتسم لتقدم العلمي والطبي، والمبني على فرضيتين اثنتين، هما " تحسين التأهيل العام لجسم الفرد، أو إعادة هيله للقيام بوظائفه الشخصية والاجتماعية، في إطار حقه في المحافظة على تكامله الجسدي، هذه المصلحة التي لا تطرح في الحقيقة أية إشكال، لكن هناك عمليات تدخل ضمن هذا الحق أصبحت تطرح إشكالات حقيقية وقانونية وهي التحول الجنسي، والقيام بعمليات التجميل وتغيير الملامح أو تحسينها ،خصوصا في المجتمعات التي تعتبر الدين أساسا لتنظيم المخرجات السلوكية للفرد والمجتمع.

1.3. التحول الجنسي.

تقوم إشكالية التحول الجنسي على بروز فئة من الناس داخل المجتمعات الغربية المهيمنة على التقدم التكنولوجي والعلمي في مجال الطب، تدعي ن ميولاتها الجنسية تختلف عن ما هو ظاهر في الواقع وموثق في الحالة المدنية، بحيث أن البقاء على هذه الحال أدى بها إلى اضطرا ت نفسية تعيق حياتها الطبيعية، مما يتطلب التدخل الجراحي لتغيير المصاب إلى جنسه الحقيقي، وليس الظاهر. الوضع الذي يثير ضرورة الغوص في المرجعية الفكرية لبروز هذه الفئة في الغرب أساسا لمقارنة مع الحواضر الأخرى وأهمها العالم الإسلامي،ثم التعريج على الضوابط القانونية للتحول الجنسي ومدى ضرورتيها .

أ. المرجعية الفكرية للتحول الجنسي.

تثير حالة التحول الجنسي التي ظهرت في العالم عامة وفي العالم العربي خاصة، فرضية العبث بجزء من أجزاء مادة الجسم تؤدي إلى حدوث اختلال في التماسك بين أنسجتها أو إضعافها، أو هي مجرد تعديلات تهدف إلى تغيير العلاقة القائمة بينها، لذلك لابد من الوقوف على الخلفية الفكرية التي تؤسس عليها النظرة القانونية والمهنية الطبية لعمليات التحول الجنسي، وقبل ذلك لابد من إماطة اللثام عن مضمون التحول الجنسي.

أولا: مضمون التحول الجنسي: " هو رغبة العودة إلى الجنس الحقيقي للمغير لجنسه ، وذلك لوجود تناقض بين الجنس الوراثي الظاهري والهرموني، والجنس النفسي "[43]، فمن خلال هذا التعريف لابد من التفرقة بين التصحيح الجنس والتحول الجنسي، فتصحيح الجنس يخضع للتقرير الطبي والفحص الكلينيكي المادي الذي يظهر أن هناك تشوه جنسي لدى الشخص يسمى ب " الازدواج الجنسي العضوي" الذي يؤدي إلى ما يسمى لالتباس الجنسي، الأمر الذي يستدعي التدخل الطبي لإعادة المغير لجنسه الحقيقي.

[43] – أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر و الإ حة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 365.

أما التحول الجنسي فهو تحويل شخص عادي مكتمل التكوين الجسدي إلى الجنس الآخر الذي يعتقد أنه ينتمي إليه على أساس أنها حالة نفسية تسيطر عليه ولا تمكنه من الاقتناع بنجسه الذي ولد به، إلا بتغيير شكله بما يتناسب وشعوره الداخلي[44]، فالأول قائم على إزالة التشوه العضوي، الذي يرتكز أساسا على إعادة هيل الجسم، أما الثاني فيقوم على التصرف في الجسم زالة أو إضافة أعضاء آخرين حتى يتوافق مع حالته النفسية، بحيث نجد أن الاثنين لا يخرجان من دائرة ملكية الفرد لجسمه، ولكن صورة التصرف تختلف، الأمر الذي يطرح أهمية المرجعية الفكرية لإ حة أو حظر هكذا تصرف، وذلك من أجل صياغة نظرية متكاملة حول حق الفرد في تغيير جسمه.

نيا: المرجعية الغربية بخصوص التحول الجنسي: لنظر إلى عمليات تحويل الجنس التي حدثت في العالم الغربي نجد أن القيم التي يؤمن بها الفرد في الغرب تقوم على الفردانية والحرية، وأنه يمتلك جسمه ملكية مة، ولا أحد يستطيع أن يقرر أية التزامات على حياته عامة وجسمه خاصة، حيث عرف العالم أول عملية تحول رجل إلى امرأة سنة 1952، ومنذ ذلك الوقت أصبحت تجرى عمليات التحول الجنسي في عيادات ومراكز طبية كثيرة، والذي انتقل إلى البلاد العربية في كل من المغرب عندما حول الشاب الذي يمتهن الرقص نفسه إلى أنثى وأصبح يسمى "نور"سنة 2004 ، ومصر في قضية الطالب الذي تحول إلى أنثى وأصبح يحمل اسم " سالي " سنة 1988، وأصبحت تجرى في مستشفيات وعيادات معروفة[45].

فمناط عمليات التحول الجنسي هو نظرة الغرب إلى الحرية على أساس أنها من حق الإنسان أن ينطلق بحرية لا قيد له، وله أن يتحلل من كل ضابط، والتخلص من كل رقابة ولو كانت رقابة ضميره النابعة من ذاته، وعلى المجتمع أن يحمي هذه الحرية، وعلى الدولة أن تحميها، لذلك لا تجد أي استهجان أو رقابة للعمليات التي يقوم بها الشخص على جسمه[46]، خصوصا التحول الجنسي، وهذا الوضع تج على أن مبدأ الحرية يحتل الصدارة في الفكر الغربي الحديث أو الحداثي يتفوق على كل المفاهيم المعيارية الأخرى كالعدل والمساواة، هذه الأخيرة التي تستمد شرعيتها من الحرية، لكن لنظر إلى فلاسفة الإغريق وعلى رأسهم " أفلاطون"، مؤسس الفلسفة العقلانية الغربية نجده في بداية الأمر يعطي أهمية كبرى للعدل في مقابل الحرية في النظام السياسي والأخلاقي، حتى أن أرسطو الذي جاء بعده يتوافق معه في هذه المسألة وأعتبر أن الفرد لابد وأن يكون مضبوطا بجملة من القيم تحول دون تطرفه حتى تتحقق المساواة بين أفراد المجتمع، ولا يسود الفقر والظلم، لكن ببروز اتجاه التحول الديمقراطي الذي شدد على حكم الأغلبية عند إقامة المدينة، جعل الحرية تتفوق على كل المبادئ المعيارية الأخرى، وأن الإنسان له الحق أن يعيش كما يشاء، بدعوى أن تقييد حرية الإنسان علامة من علامات العبودية[47].

لم يتغير الوضع في الغرب بخصوص مفهوم الحرية، والذي تجلى أكثر فأكثر في حق التصرف في الجسم بحيث نجد عمليات التحول الجنسي منظمة من قبل العديد من القوانين أهمها القانون الألماني الذي فرض على الشخص الذي يرغب في تغيير جنسه برضائه أن يكون

[44]- دية قرماز، الجراحة التجميلية" الجوانب القانونية و الشرعية(دراسة مقارنة) دار الثقافة، عمان، الأردن 2010، ص 296.

[45]- أحمد زكي، " حكم جراحة تغيير الجنس في الفقه الإسلامي "، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 08، العدد 02، جانفي، 2020، ص 238.

[46]- صر بن سعيد بن سيف السيف، أسس الحرية في الفكر الغربي، دون ذكر دار النشر، المملكة العربية السعودية، 2017، ص 14.

[47] **-Aristote, Politics, in william Bernitein, Great Political thinker.NY:Hoht, Kinehait, and Winston, 1969, P P 106 – 111.**

EISSN: 7234-2661 ISSN: 2543-3881

لغا من العمر خمسة وعشرون سنة، ولم يسبق له الزواج، وأن لا تكون له القدرة على الإنجاب، ونفس الشيء لنسبة للقانون السويسري على أن يبلغ الشخص ثمانية عشر سنة ولم يكن متزوجا، وضرورة حصول الشخص على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة لإجراء عملية التحول مع إجراء الفحوصات اللازمة تحت إشرافها لتقدير مدى حاجته للتحول، وإلا عد الفعل غير مشروع، لأن الطبيب القائم بهذه العملية لا يقصد الشفاء كقاعدة عامة، وإنما التأثير على السلامة الجسدية لطالب التحول التي قد تتحول إلى تجارة يمارسها الطبيب مثل الإجهاض[48]..

ب. الضوابط القانونية للتحول الجنسي.

تشمل الضوابط القانونية للتحول الجنسي في إبقاء عملياته في دائرة المحضور كأصل عام، لا الإ حة، على أساس أن خلقة الإنسان سواء أكان ذكرا أو أنثى تتقرر لميلاد، ومن ثمة لايمكن الحديث عن التحول إلى الجنس المقابل، وهو معطى طبيعي إلهي، لا عرفي ولا قانوني، لذلك لا نجد في السابق ولو تشريع واحد نظم هذا النوع من العمليات، إلا مؤخرا – كما سبق وإن تقدم مع التشريع الألماني والسويسري–، لذلك نجد من الطبيعي أن لا ينظم المشرع الجزائري هذا النوع من العمليات سواء لإ حة أو لمنع، إلا أنه وضع ضوابط لكيفية التدخل على جسم الإنسان، ولم ينص على حرية الفرد في المساس بجسمه في هكذا عمليات وهذا لا يعني أنها مباحة، على أساس ضابط العلاج، وضابط المسؤولية الطبية.

أولا: ضابط العلاج: نظم المشرع الجزائري كباقي التشريعات عملية نقل وزرع الأعضاء وشدد في كيفية القيام بها وضمان مقتضياتها من خلال قانون الصحة وترقيتها رقم 05/85 الصادر بتاريخ 1985/02/16 في الفصل الرابع في المواد من 161 إلى 186 تحت عنوان انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها، ونظر لأن هذا القانون لم يكن واضحا في كيفيات إجراء هذا التدخل على جسم الإنسان سواء للمتلقي أو المانح، ألغي لقانون 11/18[49]، الذي حدد الضوابط والشروط التي تحكم هذا النوع من العمليات في الفصل الرابع من الباب السابع في القسم الأول تحت عنوان " أحكام تتعلق بنزع وزرع ونقل الأعضاء والأنسجة والخلا البشرية في المواد من 355 إلى 367، حيث شددت المادة 355 على الغرض العلاجي فقط لصفة الآمرة الناهية التي يفهم منها أن أي تدخل آخر على الجسم الإنسان طبيا يعتبر اعتداء عليه ولو برضاه بقولها " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها قانو "، وبما أن التحول الجنسي سواء في حالة الذكر أو الأنثى فإن فيه نزع أعضاء وأنسجة وخلا بشرية، فإنه يمكن أن تسري عليه هذه المادة من حيث المبدأ ويتحقق المنع بشمول القياس على زرع الأعضاء، خصوصا وأن المادة 364 ف01 ضيقت، من دائرة التدخل الذي لا يكون مباحا إلا إذا كان الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية، وعليه يكون التحول الجنسي تدخل غير مبرر على جسم الفرد لنظر إلى هذه المادة، لأن المحافظة على حياة طالب التحويل لا تكن مطروحة على إطلاق، إلا إذا أقر الطبيب عن طريق خبرة طبية دقيقة مر بها القاضي بعد تقديم طلب لوكيل الجمهورية المختص لإذن جراء هذه العملية، وبما أن وكيل الجمهورية مرتبط بمبدأ الشرعية، فإن سنده الوحيد في التقرير في طالب التحول هو نص المادة 355 من القانون 11/18 التي تشدد

[48] – عصام أحمد ، التطرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ج02، مرجع السابق، ص 1045

[49] – القانون 11/18 المؤرخ في 2018/07/02، المتعلق لصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 46.

على منع التدخل إلى لأغراض علاجية، ومن ثمة لايمكن قبول طالب التحول، وأي إجراء لهذه العملية سيؤدي لا محالة لقيام المسؤولية الطبية.

نيا المسؤولية الطبية: تقوم مسؤولية الطبيب كأصل عام في جميع العمليات الجراحية التي يقوم بها، على إعلام المريض أو الراغب في إجراء أية عملية جراحية لمخاطر الصحية والعلاجية التي قد تنتج عن تدخله الجراحي، وإلا كان مسئولا عن المضاعفات الصحية بعد العملية الجراحية ولو لم يرتكب خطأ في عمله، وهذا ما أكدت عليه المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب[50] التي ألزمت الطبيب لاجتهاد لإفادة مريضه لمعلومات الواضحة والصادقة بشأن العملية الجراحية التي سيخضع لها المريض. لم يتوقف المشرع عند هذا الحد فقط وإنما ألزم الطبيب في المادة 44 من نفس المدونة[51] من أن يحصل على " الموافقة الحرة والمتبصرة للمريض أو الأشخاص المخولين منه قانو ، والموافقة المتبصرة لا تقوم إلا لتوضيح الوافي والكافي للمريض لكل الجوانب الصحية من مخاطر ومضاعفات إجراء العملية الجراحية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية عندما رفضت حكم المحكمة التي قضت في دعوى المريض الذي تعرض لثقب في الأمعاء بسبب خضوعه لعملية جراحية على المعدة على أساس أنه لم يثبت إخلال الطبيب لتزامه الطبي، وأن إثبات التزام الطبيب علام المريض مقدم على إثبات إخلاله من طرف المريض لأن الطبيب هو المسئول على ضمان المصلحة المحمية قانو وهي الحق في الصحة[52]، كما أن مدونة الطب وضعت للطبيب أهم ضابط في مهنته وهو على شكل مبدأ وهو " عدم تعريض المريض لخطر غير مبرر المنصوص عليها في المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب، أو تقديم علاج في ميادين خارجة عن اختصاصه بموجب المادة 16، أو استعمال علاج جديد للمريض قبل أن يتأكد من أنه يعود عليه لفائدة من خلال المادة 18 من المدونة.

حيث أنه لنظر إلى طبيعة عمليات التحول الجنسي وحداثتها ومحدوديتها في مختلف بقاع العالم لا تتوفر التجربة الكافية في المجال الطبي الذي يضمن للطبيب التكوين السليم والوافي حتى يتمكن من القيام بها، فإذا خاطر وقام جراء هذه العلميات فإنه يتعرض للمسألة بجميع أنواعها المهنية والجزائية والمدنية من خلال المادة 16 التي تجعلها خارج اختصاصه، كما أنه لا يكون متأكدا من الفائدة التي تعود على المتحول بعد إجراء العملية لنظر إلى شرط المادة 18 من المدونة.

غير أن هناك من يحاول إسناد المسؤولية الجزائية للطبيب كأقوى أنواع الحماية التشريعية للجسم البشري على أساس نص المادة 274 من ق.ع الخاصة رتكاب جريمة الخصاء تصل إلى السجن المؤبد، والإعدام إذا أدى ذلك إلى وفاة المريض، هذه الجريمة التي تتشابه إلى حد بعيد، مع عمليات تغيير الجنس التي تؤدي إلى تغيير وظيفة العضو التناسلي سواء لإضافة أو البتر، كما يمكن معاقبته لتجريم الوارد في نص المادة 264 من ق,ع في وصف الجنحة لضرب والجرح الذي نتج عنه عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما، والذي يتحول إلى جناية يعاقب فيها الجاني بعقوبة من خمس إلى عشر سنوات سجن، في حال نتج عن هذا العنف بتر أو فقد أو

[50]- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 1992/06/06 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، العدد 52.

[51]- أنشئت مدونة أصول مهنة الطب عام 460 قبل الميلاد والمعروفة ب: **sermet d'hippocrate** ، المدخل:

http://www.francemedicale.com/sermetdhippocrate.html consulté le: 20/10/2022

[52]- قندلي رمضان، " الحق في الصحة في القانون الجزائري (دراسة تحليلية)"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مر ح، ورقلة، العدد 06، 2012، ص 230.

الحرمان من استعمال عضو من الأعضاء، ضف إلى ذلك أن الطبيب لايمكن أن يدفع بحالة الضرورة سواء تلك المحددة في المادة 39 من ق. ع، أو تلك المحددة في المادة 364 من القانون 11/18 المتعلق لصحة وترقيتها، لأن عملية التحول الجنسي لا تعتبر الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، الذي يكون في الغالب مريض نفسيا يتطلب تصحيح مسلكه السيكولوجي أو إعطائه هرمو ت علاجية تساعده على تحمل جنسه الطبيعي، شريطة أن لا يتجاوز سن البلوغ[53].

لكن هذا الإسناد لايمكن التعويل عليه كثيرا، وذلك للاختلاف الواضح بين جريمتي الخصاء والضرب والجرح، حيث أن هذين الجريمتين لا تتطلبان رضا المجني عليه، كما في عمليات التحول الجنسي، وإنما تتطلبان الأركان العامة للجريمة من علم وإرادة وأهلية جنائية ونشاط إجرامي وتحقق النتيجة والهدف منها الاعتداء وليس الشفاء، بحيث أن هذا الإسناد و لوصف المقدم يؤدي إلى خلق جريمة جديدة غير منصوص عليها في قانون العقو ت و لتالي نسف مبدأ الشرعية المحدد في نص المادة الأولى من قانون العقو ت، التي تحضر القياس خصوصا في هذا القانون، الأمر الذي يستدعي من المشرع تجريم هذا النوع من العمليات، وإلا احتج طالب تحول بحق الخصوصية المنصوص عليه دستور ، بحيث تنتفي مسؤولية الطبيب لإعلام الكافي عن حقيقة مخاطر هذا النوع من العمليات، والذي يمكن أثباته لملف الطبي لطالب التحويل، كما أن المواد التي تنص على نقل وزرع الأعضاء لا تبيح الانتقاص الإرادي لأعضاء الجسم من أجل إتلافها، وإنما من أجل إعادة زرعها من جديد، ومن ثم لا تصلح في عمليات التحول الجنسي الاستناد إليها لتقرير المسؤولية والجزاء، ويبقى السند الوحيد الذي من الممكن أن تقام عليه المسؤولية الطبية هي القيام بعمليات جراحية خارجة عن المألوف ومخالفة لمدونة أخلاقيات الطب التي تفترض المسؤولية التأديبية فقط.

2.3. عمليات التجميل

إن الرغبة في التحسين الوظيفي للأعضاء محل العملية التجميلية ضرورة يفرضها حق الفرد في تكامل جسده، وكذا إعطائه مظهرا لائقا يتوافق والخلقة الطبيعية، و هيله استنادا للمظهر المألوف الذي يجب أن تكون عليه أعضاء جسمه، كأصل عام، فهذه العمليات منها التحسينية التي يهدف الطالب لها إلى تغيير شكله أو شكل بعض أعضائه دون أن يكون وضعه قبل التجميل يثير أي عائق وظيفي ، أما العمليات التجميلية الإصلاحية فهي تلك التي أصبح يلجأ إليها الكثير من الناس من أجل إزالة التشوهات التي أصابتهم ويستوي في ذلك أن يكون الشخص قد ولد بها أو كانت نتيجة حادث معين، وذلك حتى يستطيع الفرد الاعتداد بنفسه من جديد واسترجاع ثقته بها كهدف أساسي لهذه العمليات، الأمر الذي يثير إشكالية القيام بها بين الحظر والإ حة.

أ. العمليات التجميلية التحسينية

53– مكلوف وهيبة، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب الطبية المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2005، ص 99.

التجميل في هذا المجال هو ترجمة للكلمة اليو نية (**platos**) التي تعني " الشكل والقالب أو القابلية للتشكل، غير أن الأوساط الطبية أدركت أن هذا المصطلح لا يعبر عن حقيقة العمليات التجميلية فأضافوا ألفاظا أخرى لتقريب واقعها من مصطلحها كإعادة البناء **reconstructive** أو الترميم و التقويم في اللغة العربية، ورغم ذلك بقي المصطلح محافظا على هذا المدلول رغم أنه أوسع بكثير منه، حتى أن جراح التجميل يعرف ب (**plastic surgon**) كتعبير عن المرونة المقصودة من المصطلح في اللغة اليو نية[54].

وعلى هذا الأساس يمكن تحديد مضمون الجراحة التجميلية من خلال التعريف الذي قدمه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنة عشرة في مدينة جاكار في ماليز من 09 إلى 14 /2007/07 على أنها " تلك الجراحة التي تعنى بتحسين شكل جزء أو أجزاء من الجسم البشري الظاهرة، أو إعادة وظيفته إذا طرأ عليها خلل مؤثر "[55]، ويستند الشنقيطي في تعريفه لهذه الجراحة إلى الأطباء المختصون على أنها " جراحة تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفية إذا ما طرأ عليه نقص، أو تلف أو تشوه "[56]، بمعنى أن هذه العمليات قوامها استعمال المرونة كأسلوب أساسي في تحقيق دواعي اللجوء إليها، و التي تتمحور أساسا في رغبة طالب اعملية التحسين من أعضائه التي ظهرت فيها نقائص تؤثر على مظهره، وهي في الحقيقة عيوب يسيرة يمكن للإنسان العيش بها بشكل طبيعي[57]، ومن أهمها معالجة الصلع الناتج عن تساقط الشعر، بحيث جراحة زراعة الشعر حلا جعا في كثير من الحالات، والتي انتشرت بكثرة في الوقت الحاضر، تجميل الأنف والذقن، تصغير الثدي، تجديد الشباب للحد من مظاهر الشيخوخة، كجراحة لتصحيح آ ر العوامل البيئية والزمنية التي تؤدي إلى ظهور التجاعيد وتراكم الدهون ويقبل عليها الرجال والنساء على حد سواء[58].

فإذا رجعنا للمرجعية الفكرية الغربية القائمة على الحرية الفردية– كما سبق وأن تقدم– فإن هذا النوع من العمليات مباح ولا يطرح أية إشكالية انطلاقا من حق الفرد في التصرف في جسمه لأنه ملكا له، كما انه إذا رجعنا للقانون الجزائري لا نجد نصا يجرم هذا النوع من العمليات وإنما يخضع في عمومه إلى الإجراءات القانونية الخاصة لتدخل على جسم الإنسان والمطبقة في نقل وزرع الأعضاء من رضا المريض، والإعلام من الطبيب بكل جوانب العملية والمضاعفات الناتجة عنها، كما أنه لم ينظم هذه العمليات لا عند تعديله لقانون الصحة ولا في مدونة أخلاقيات الطب، غير أن هناك من يستند على المادة 1/168 والمادة 2/168، والمادة 3/168 من قانون من القانون 17/90 المعدل والمتمم لقانون الصحة 05/85 التي تتكلم عن التجارب العلمية الطبية ويجعلها سندا لمشروعيتها.

54– صلاح بن الفوزان، الجراحة التجميلية (عرض طبي ودارسة فقهية مفصلة)، دار التدمرية، الر ض، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 45.

55– جدوي سيدي أمين، " الجراحة التجميلية والمسؤولية الجزائية المترتبة عنها"، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد02 المركز الجامعي النعامة، ص 243.

56– الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآ ر المترتبة عنها، مكتبة الصحابة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1994، ص 182.

57 - **BOYER CHAMARD Georges, MONZEIN Paul, la responsabilité médicale. P.U.F, 1974 , P 230 .**

58– صلاح بن الفوزان، الجراحة التجميلية (عرض طبي ودارسة فقهية مفصلة)، المرجع السابق، ص 61.

إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية أعطوا تفصيلا لمسألة العمليات التجميلية وقالوا أن الأصل فيها الإ حة ولو اشتملت على شيء من تغيير الخلقة، إلا ما دل النص على تحريمه " كالنمص والوصل والوشم والتفليج"، وكل ما اتحد معها في العلة، لذلك وضعوا ضوابط لعمليات الجميل التحسينية وهي[59] :

– أن تكون علة التجميل فقط وليس تغيير خلق ، الذي يكون عبثا أو إسراف في التعدي على البدن المحرم شرعا.

– أن ينحصر التجميل الذي يؤدي إلى تغيير خلق فيما انعقد عليه الإجماع لتحقيق أحد المصالح الخمسة للشريعة الإسلامية وهي حفظ النفس ك" الختان، وقص شعر الرأس، ونتف الإبط، وحلق العانة، والكحل والخضاب" أو مسكوت عنه كإزالة الشعر في غير الوجه.

– المحافظة على الفطرة التي فطر الناس عليها وعدم تغييرها مصداقا لقوله تعالى " وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ا ِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ ا ِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَا ً مُبِينًا"[60]، لأن الأصل في التجميل قوله تعالى " قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ا ِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآَ تِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ "[61]، وقوله " لا يدخل الجنة من كان في قلبه مثقال ذرة من كبر قال رجل: إن الرجل يحب أن يكون توبه حسنا ونعله حسنا، قال: إن جميل يحب الجمال، الكبر بطر الحق وغمط الناس "[62]، الأمر الذي يتجلى عند النساء أكثر، كتجمل المرأة لزوجها، الذي قد يتطلب تعديل هيئتها ليزداد جمالها، كإزالة النزهل والتجاعيد أو سمنة.

مما يبرر إ حة هذه العمليات التجميلية هو أن الشخص يستطيع القيام بها دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير خلقته من جهة، أو ظهور الفوارق الكبيرة بين حالته قبل أو بعد إجراء العملية، كما أن القاضي لا يمكنه أن يتدخل على القائم بعمليات التجميل لتفتيش والتشخيص، لأن ذلك يعتبر من حق الخصوصية طالما لم يمس لفطرة الإنسانية، أو الجنس الذي ولد به، كذلك أن مخاطر هذه العمليات التي تبقى قائمة يتحملها الذي خضع لها رادته، ولا يتحصل على أي تعويض في حال إخلال الطبيب لتزاماته في الأعلام بطبيعة وخصوصية العملية التي يخضع لها طالب التجميل.

ب. العمليات التجميلية الإصلاحية.

يلعب العامل النفسي دورا محور في لجوء البعض إلى الجراحة التجميلية الإصلاحية، وذلك لما تتركه البشاعة وقبح الشكل من أثر سيء في نفس الشخص، قد يتجه إلى إنهاء حياته لعدم تقبله لشكله ووضعه، فيسعى إلى تحسين مظهره بعملية تجميلية، فالجراحة التجميلية تداوي الروح والنفس عن طريق تجديد بنية الجسم وعليه فهي تنصب على علاج عجز موروث أو مكتسب نتيجة حادث أو

[59] – يوسف بن عبد الشيبلي، العمليات التجميلية في الوجه، المدخل:

https://archive.org consulté le 28/10/2022

[60] – سورة النساء الآية 119

[61] – سورة الأعراف الآية 32.

[62] – مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح المسلم، كتب الإيمان، ب تحريم الكبر وبيانه، رقم الحديث 265، دار الفيحاء، دمشق، سور ، 2000، ص 54,

طارئ أثر على وظيفة عضو من الأعضاء، فهي تقوم على علاج التشوهات[63]، التي تشمل عيوب الولادة كالشفة المفلوحة، تشوه الأذنين، أو عيب في اليدين كالتصاق الأصابع، وعيوب مكتسبة كتشوهات حادث مرور في الوجه وتشوه الدقن والحاجبين، أو تشوه بسبب المرض كالجراحة المتتالية لنزع ورم مثلا، أو البنز كبنز أحد الأرجل أو اليدين بسبب حادث سيارة أو عض حيوان، أو بنز بسبب تدخل جراحي لإزالة مرض خبيث كبنز الثدي، فالجراحة التجميلية في هذه الحالة يكون لها هدف إنساني[64].

تتوافق هذه الدواعي مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية التي تعتبر الطب ضرورة من ضرورات الحياة حفاظا على النفس والنسل والعقل، فإنها تبيح من حيث المبدأ العمليات التجميلية الإصلاحية المرتبطة بضرورة إعادة هيل الجسم، من خلال قرار المجمع فقه الإسلامي الدولي، إذا دعت الحاجة إلى ذلك التي تعيد الجسم أو العضو إلى سابق عهده، وأصل خلقته سواء ولد بها الشخص أو تجة عن حادث أو مرض، أما التغيير الطبيعي الذي نشأ مع تقدم العمر فلا يجوز معالجته جراحيا، لأن فيه تغيير الخلقة المنهي عنه[65] .

ومن كل ما تقدم ندرك ن الجراحة التجميلية التقويمية وهي تلك الجراحة التي تهدف إلى إخفاء العيوب التي يتضمنها العضو فينشأ لدى الشخص مرضا نفسيا من خلال النقص الذي يعتزي عضوه ، وبما أن مفهوم المرض قد توسع، وأصبح لا يشمل فقط المرض العضوي وإنما المرض النفسي كذلك، فإن هذه العمليات تكون ضرورية لأنها تحمل في طياتها روحا إنسانية ن تعيد للشخص الخاضع لها الثقة بنفسه، وتعالج حالة الانطواء التي قد تعتزيه نظرا للنقص الذي يعاني منه[66]، فوضع عدسات العين أفضل للشخص من وضع نظارات ذات زجاجات مضاعفة تظهر عيب نقص النظر لديه أمام المجتمع، أو سحب الدهون بعملية جراحية بغية الرشاقة وحسن المظهر، أو كالذي يركب رجلا صناعية متطابقة تماما مع الرجل العادية تجعله يؤدي وظائفه بصفة طبيعية، وهذه الجراحة التجميلية في حقيقة الأمر هي جراحة علاجية تخضع لنفس شروط ومقومات الجراحة العضوية[67]، حيث أن العمليات التجميلية التقويمية وإن كانت لا تهدف إلى الشفاء من مرض عضوي بصفة مباشرة إلا إنها تحقق حق الفرد في التكامل الجسدي وأداء وظيفته الفردية والاجتماعية بصورة طبيعية، ولا تمس لفطرة أو تغيير الخلقة كما أنها تتضمن الغرض العلاجي كسحب الدهون حيث ثبت ن العديد من الأمراض كمرض السكري مثلا سببه السمنة الزائدة، فهذه المصلحة تجعل من هذه العمليات متمركزة في دائرة الإ حة.

---

[63] – بن عودة حسكر مراد، "المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية"، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلا لي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 03، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2008، ص 1261.

[64] – GRIGAUT Pierre François, La chirurgie esthétique et plastique, P.U.F, Paris, 1070, p2.

[65] – العطار حامد، قرار المجمع الفقه الإسلامي الدولي، في عمليات التجميل، المدخل : **, consulté le www.islamonline.net 29/10/2022**

[66] - GRIGAUT Pierre François, La chirurgie esthétique et plastique, op,cit, p11.

[67] – حنا منير ر ض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء الفرنسي و المصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 439.

أما إذا رجعنا للقضاء وخصوصا القضاء الفرنسي نجد أنه في بداية الأمر كان متشددا في هذا النوع من العمليات، سواء لنسبة لتغيير الجنس أو العمليات التجميلية، على أساس انعدام الغرض العلاجي الذي قال به الفقيه gerson [68] ، بحيث تتقرر مسؤولية الطبيب الذي يقوم بهذه العمليات وخطأه حتى وإن قام بها وفقا لأخلاقيات الطب، فهي خطأ في حد ذاته، دون التمييز بين العمليات التحسينية والتقويمية[69]، لكن الظواهر النفسية التي طرأت على الكثير من الأشخاص بعد الآ ر المدمرة للحرب العالمية الثانية والتشوهات المروعة التي أصيبوا بها جعلتهم ينعزلون عن المجتمع، ومع تطور الطب وهذا النوع من العمليات، تجلت إمكانية معالجة التشوهات بمختلف أنواعها، وتغير مفهوم المرض وتوسعه حتى أصبح يشمل المرض النفسي كذلك، خفف القضاء الفرنسي من حدة موقفه، واشترط لذلك التطبيق الصارم لنظرية التناسب بين العلاج والعملية التجميلية، فكلما ابتعدت العملية عن الهدف العلاجي، كلما كان على الطبيب الالتزام أكثر فأكثر لحيطة الحذر، وهذا ما أكدته محكمة استئناف ريس في قرارها الصادر بتاريخ 1959/01/13[70].

أما المشرع الجزائري ورغم التطور الحاصل في مجال الجراحة التجميلية في مختلف دول العالم ، إلا أنه لم يؤمن بعد بضرورة تنظيمها، رغم ما تضمنته بعض النصوص القانونية حتها ضمنيا وذلك من خلال القانون 17/90 [71] المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها عندما أجازت المادة 168 /03 إمكانية إجراء العمليات الجراحية التجريبية التي لا تهدف إلى العلاج بشرط الحصول على إذن مسبق من طرف المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، بحيث نجد أهمها العلميات التجميلية، التي لن تتم دون رضا المريض المنصوص عليه في المادة 44 من نفس المدونة، وثبوت التناسب الكامل بين مخاطر إجراء العملية وفوائدها من خلال المادة 17، وكأن المشرع الجزائري في هذه الحالة تبنى ضمنيا موقف القضاء الفرنسي المخفف.

4. الخاتمة.

نجد المشرع الجزائري من خلال هذا البحث انه أبقى على المفهوم الشائع لحرية الفرد في التصرف في جسمه، وإقتصر فقط على تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء، الذي يبنى على المصلحة الاجتماعية أساسا القائمة على التكامل الجسدي، ولغرض علاجي، وأن عمليات التحول الجنسي أو عمليات التجميل يميل فيها للحظر أكثر منها للإ حة سواء من خلال قانون الصحة 05/85 المعدل لقانون 17/90، أو القانون 11/18، لكن هذا الوضع الغامض من طرف المشرع الجزائري يمكن أن يفتح الباب أمام هكذا نوع من العمليات، والدليل على ذلك عمليات زرع الشعر التي بدأت تغزو العيادات الخاصة الجزائرية دون ترخيص، لأن عدم تحديد المشرع لاتجاهه صراحة في هذا النوع من المسائل لايمكّن سلطة الضبط من بناء

---

[68]- الفضل مندر، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية (دراسة مقارنة)، ط 02، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1995، ص 29.

[69] -GROMB(S) MAURY(F), chirurgie esthétique et obligation du chirurgien (à propos de l’arrêt de la1° ère ch Civ.cass. 12/12/1955, Jàurnal médecine légale, Droit médical N°1V.39.edition.Alexendre la cassagne, Paris, Janvier, 1996, P 280.

[70]- كمال جمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،مصر، 2005، ص 237 وما بعدها (بتصرف).

[71]- القانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31، المعدل و المتمم للقانون 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 35.

الإدانة في حال أقدم عليها البعض، على اعتبار أن التجريم والعقاب يتأسس على مبدأ الشرعية المحدد في نص المادة الأولى من قانون العقو ت، التي تحظر القياس في التجريم، لذلك لابد للمشرع أن يواكب التطور الحاصل في مختلف دول العالم، ولكن وفقا للقيم التي يحتكم إليها المجتمع الجزائري، وعلى هذا الأساس يمكن المساهمة لتوصيات التالية:

أولا : لابد على المشرع الجزائري وهو يسعى لتنظيم حق الفرد في التصرف في جسمه أن يعتمد على الخلفية الفكرية والمرجعية الإسلامية، التي تقوم أساسا على الضرورة العلاجية والتكامل الجسدي، وأن الجنس حالة فطرية يخلق بها الإنسان، ولا مجال للمساس بها، والتجميل لابد وأن يكون بغرض التأهيل وليس بغرض التغيير، سدا لأي ذريعة من الممكن أن يتخذها طالب هذه العمليات.

نيا: تقرير المسؤولية المدنية والجزائية المفترضة للطبيب في حال قيامه بعمليات التحول الجنسي حتى ولو اتخذ جميع التدابير اللازمة المتطلبة لهذا النوع من العمليات من الحصول على رضا الطالب، وتبصيره بعواقب هذه العملية، وإعداد تقرير طبي بذلك، دون إغفال مسؤولية المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

لثا: تصنيف عمليات التغير الجنسي في درجة الجناية يعاقب فيها على الشروع كما في الجريمة التامة، لما له من آ ر وخيمة تؤدي إلى نسف الحالة المدنية للمتحول خصوصا في كيفية إعادة تغيير اسمه التي لن يقبل فيها وكيل الجمهورية طلبه دون قانون واضح، والميراث وطريقة ثورته بعد التحول، هذه المسائل وغيرها التي لا يكون المشرع في حاجة إلى تنظيمها، وإنما إلى تجريم مصدرها.

رابعا : تنظيم العمليات التجميلية بقانون مع تضييق حالات اللجوء إليها وجعلها تقتصر فقط على التشوهات الفادحة، والعمليات التي تدعم صحة الفرد كشفط الدهون مثلا، أي جعلها على سبيل الحصر.

خامسا: اعتماد الصياغة الآمرة والفاصلة للقانون المنظم لعمليات التدخل على جسم الفرد حتى لا يكون هناك مجال للتأويل ومطية للتهرب من المسؤولية.

.