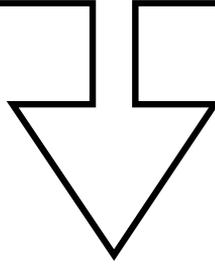


المركز القانوني للمتحول جنسيا
(دراسة مقارنة)

Legal status for a transgender person
(a comparative study)



م.م. انوار محمد هاوي
كلية القانون — جامعة سوهر
(٥٠٤)

M. Anwar Mohammed Hadi
Mohameednoor576@gmail.com

Abstract:-

The scope of our research on the subject of the transgender legal status is not concerned with delving into jurisprudential and legal disputes regarding this issue, and also we are not concerned with researching this type of practices from a medical point of view, so we do not address how this type of operations and the physical and psychological effects that they leave, we are concerned with the legal effects. The implications of it, i.e. what follows it in terms of terms and conditions, as it is self-evident that this issue is extremely important and leaves legal effects in various branches of law. The purpose of our research is to know these effects and answer the following questions- :

- 1- What is the effect of changing sex on existing marital relationships?
- 2- In the event that a marriage contract is concluded, is the gender that the person who has converted or who has converted to be considered?
- 3- In the event that a sex transfer operation is performed during the establishment of the marital bond, does the other spouse have the right to request separation due to harm?
- 4- What is the effect of the gender transition process on lineage and stewardship?
- 5- When dividing the inheritance, is the gender the converting or the converting into account taken into account?
- 6- We find in the Labor Law that some texts differentiate between men and women in terms of rights and duties. To what extent is the transgender subject to these rules?

الملخص :-

في نطاق بحثنا في موضوع المركز القانوني للمتحول جنسياً لا نعنى بالخوض في الخلافات الفقهية والقانونية تجاه هذه المسألة، وايضا لا يعنىنا البحث في هذا النوع من الممارسات من ناحية طبية فلا نتطرق الى كيفية اجراء هذا النوع من العمليات والاثار الجسدية والنفسية التي تتركها، وانما نعنى بالآثار القانونية المترتبة عليها أي ما يعقبها من حيثيات وملابسات، اذ ان من البديهيات ان هذه المسألة بالغة الاهمية وتترك اثارا قانونية في مختلف فروع القانون. وان الغاية من بحثنا هذا هو معرفة هذه الآثار والإجابة عن الاستئلة التالية:-

- ١- ما تأثير تغيير الجنس على العلاقات الزوجية القائمة؟

- ٢- في حالة ابرام عقد زواج هل يؤخذ بنظر الاعتبار الجنس المتحول منه ام المتحول اليه؟
- ٣- في حالة اجراء عملية تحويل للجنس اثناء قيام الرابطة الزوجية هل يحق للزوج الاخر طلب التفريق للضرر؟
- ٤- ما تأثير عملية تحول الجنس على النسب والقوامة؟
- ٥- عند تقسيم الميراث هل يراعى الجنس المتحول منه ام المتحول اليه؟
- ٦- نجد في قانون العمل ان بعض النصوص ميزت بين الرجل والمرأة من حيث الحقوق والواجبات ما مدى خضوع المتحول جنسيا لهذه القواعد؟

مقدمة

يعد الفرد العنصر الاساسي الذي تبنى عليه الشعوب، فلكي تقوم دولة منظمة من كل النواحي لا بد ان يكون هناك افراد على مستوى عالي من الوعي والثقافة واكتمال البنية الجسدية والصحية، لان الدول المتقدمة لا تقوم بأفراد معاقين فكريا وصحيا، وعلى الرغم من التطورات الهائلة والسرعة في انتقال هذه التطورات على مختلف الاصعدة، الا انها لم تكن ابدا معتمدة السلبيات، واحد مخلفات التطورات الطبية هي عملية التحول الجنسي التي بدأت تدب في نفوس الافراد منذ اواخر سبعينيات القرن العشرين، فمن بديهيات العالم التي لا تقبل التأويل او التشكيك ان الله عز وجل خلق من كل شيء زوجين اثنين ذكر وانثى، اذ قال الله عز وجل في محكم كتابه "يا ايها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا"، الا ان هذا المفهوم للخليقة بدأ يأخذ بعدا اخر بفضل التطورات التي وصل اليها المجتمع اليوم، فاصح بإمكان الشخص الذي يعاني من اضطرابات نفسية تجعله غير قابل عن نوعه ان يجري عملية تحول جنسي فيتحول من ذكر الى انثى او من انثى الى ذكر، والاكثر غرابة من هذا ان المتحول جنسيا يندمج في المجتمع بصورة طبيعية وتستجيب له السلطات المختصة بتغيير هويته في الاوراق الثبوتية بما يتناسب مع نوعه الجديد، الا ان ذلك يصطدم مع حقيقة مفادها بان الذكر ذكر والانثى انثى، لا يمكن احداث تغيير حقيقي او بيولوجي بالرغم من تغير المظهر

الخارجي هذا ما يخلق مشكلة حقيقية لدى المتحول جنسياً فهو اما ذكر فاقد لأعضاء الذكورة او انثى فاقد لأعضاء الانوثة.

اولاً :- اشكالية البحث

رغم ان عملية التحول الجنسي لا تعدو عن كونها تغيراً ظاهرياً فقط الا انها تثير العديد من التدايعات في مختلف فروع القانون سواء كان العام او الخاص، واكثر ما يعيننا في هذا الامر هو مدى تأثير مسائل الاحوال الشخصية ومسائل قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي بمثل هذا النوع من العمليات، اذ ان المركز القانوني للرجل يختلف عن المركز القانوني للمرأة، فاجراء مثل هذه العمليات يؤثر على تطبيق هذه القوانين، وهناك اشكالية اخرى ممكن ان تثار وهي عدم التفرقة بين عملية التحول الجنسي و تصحيح الجنس التي تكون لدواعي مرضية كالتحولة واضطراب الهوية الجنسية، والتي تعتبر عملية مشروعة اساساً وتم تنظيمها بتعليمات رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ .

ثانياً:- اهمية البحث

تتمثل اهمية اختيار هذا الموضوع في حدائته وسرعة انتقاله من المجتمعات الاوربية الى المجتمعات العربية رغم ما فيه من مخالفة لتعاليم الدين، وقلة الدراسات التي تتناول اثر هذا النوع من العمليات في المركز القانوني للفرد وان كانت اكثر الدراسات التي اجريت تصب جل اهتمامها في البحث عن مدى مشروعيته الفقهية او القانونية وكيفية اجراء هذه العملية من ناحية طبية، والاختلاف في موقف التشريعات حيال هذه المسألة رغم خطورتها بسبب اختلاف القيم الخلقية للمجتمعات المختلفة.

ثالثاً:- اهداف البحث

سيكون الهدف من هذا البحث هو تسليط الضوء على الاثر السلبي الذي ستركه عملية التحول الجنسي على مسائل الاحوال الشخصية ومسائل العمل والتقاعد والضمان الاجتماعي، لكون هذه الفروع من القانون الخاص شددت على التفرقة بين الرجل والمرأة، فتحول الرجل،

الى امرأة او العكس سيخلق ارباكا في تطبيق هذه القوانين فيما يتعلق بالنصوص التي لا تنادي بالمساواة بين الرجل والمرأة.

رابعاً: - نطاق البحث

سنبحث موضوع المركز القانون للمتحول جنسيا في اطار قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، وقانون العمل العراقي النافذ، وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي ، بالإضافة لذلك الآراء الفقهية والقرارات القضائية المعنية بالموضوع ان وجدت، مع الاخذ بنظر الاعتبار القوانين محل المقارنة وهي المصري والفرنسي .

خامساً: - منهجية البحث وتقسيمه

اعتمدنا على المنهج التحليلي التطبيقي المقارن من حيث استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها سواء كانت تشريعات عراقية او تشريعات الدول محل المقارنة ، وسيتم ذلك من خلال تقسيم البحث الى تمهيد نوضح فيه ما المقصود بعملية التحول الجنسي واسبابها ومدى مشروعيتها ، ومبحثين نتناول في الاول الاثر الذي ستركه عملية التحول الجنسي في مسائل الاحوال الشخصية، وفي الثاني سنوضح اثر عملية التحول الجنسي على مسائل قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي.

تمهيد

لقد كرم الله سبحانه وتعالى فقال في محكم كتابه "لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم"^(١)، اذ ان الله سبحانه وتعالى خلق فآتم خلقه داخليا وخارجيا وفضله على سائر خلقه، وقد خلق الله من كل شيء زوجين اثنين ذكر وانثى وهذه هي الفطرة السليمة التي انفطر عليها الانسان، الا ان التطور العملي كان له رأي مخالف لهذه الفطرة، فافرز ما يسمى بعمليات التحول الجنسي، واول المجتمعات التي عرفت هذا النوع من العمليات هي المجتمعات الاوربية وقرتها البرلمانات الاوربية في اواخر سبعينيات وبداية ثمانينيات القرن العشرين ، ويعد البرلمان السويدي اول من صوت على قانون خاص يشرع مسألة التحول الجنسي، تلتها دول اخرى بتسريع قوانين خاصة تنظم التحول الجنسي مثل المانيا في عام وايطاليا في عام ١٩٨٢ وهولندا في عام

١٩٨٥ وتركيا في عام ١٩٨٨^(٢)، فلابد اذا من تعريف عملية التحول الجنسي والوقوف على اهم الأسباب التي تؤدي الى اللجوء لهذه العملية، مدى مشروعيتها؟

اولا :- تعريف عملية التحول الجنسي

يعرف الجنس بانه مجموعة من الخصائص التي تميز جنس الذكور عن الاناث في مهمة التكاثر الجنسي، اما عملية التحول الجنسي بأنها تغير الجنس البشري من ذكر الى انثى او من انثى الى ذكر من خلال ادخال تغييرات هرمونية واجراء عمليات تجميلية لتغير الاعضاء التناسلية والمظهر الخارجي للشخص الخاضع للعملية^(٣).

ثانيا:- اسباب اللجوء لعملية التحول الجنسي

الاسباب المؤدية لأجراء عملية تحول جنسي قد تكون عامة وقد تكون خاصة بالمتحول جنسياً. الاسباب العامة:- قد تكون هناك ظروف بيئية محيطة بالشخص تدفعه او تسهل له اجراء هذه العملية، فقد يكون الشخص له ميول للتشبه بالنساء نتيجة لضعف ايمانه وسوء التربية التي حصل عليها من عائلته، او بسبب معاملة الوالدين لأبنائهم والتمييز بين الذكور والاناث في المعاملة يخلق لدى الفرد رغبة ملحة في التحول للجنس الاخر، فقد اثبتت الدراسات بان البنت الوحيدة لمجموعة من الاخوة الذكور تجعلها تتشبه بهم والعكس صحيح، وبالتالي فان الاسرة لها دور فعال في تصحيح مسار الاولاد وايصالهم الى الجادة السليمة والاخلاق الرفيعة لحمايتهم من هكذا ممارسات، كذلك قد تكون لعمليات الاختطاف والاعتداء الجنسي الذي يقع على الذكور والاناث يخلق دافع نفسي بتغير نوع الجنس وخصوصا اذا كان المعتدى عليه من الذكور فتوالي عمليات الاعتداء عليه تخلق له شعور بانه انثى وبالتالي يسعى لا يكتفي بالتشبه بالنساء وانما يعمل بتغير جذري في نوع جنسه، قد يكون الدافع وراء اجراء عملية تحول جنسي هو السعي وراء تحقيق مكاسب مادية او وظيفه معينه يكون مزاولته حكرا على النوع المقابل لجنسه فيعمد الى اجراء عملية تحول جنسي، وقد يكون الدافع هو التنكر او التخفي لكونه يريد الهروب من عادات مجتمعية معينه او الهروب من سطوة القانون وتضليل الشرطة.

الاسباب الخاصة :- قد يكون الدافع لأجراء عملية تحول جنسي حالة مرضية مصاب بها الشخص ويروم التخلص منها وقد تكون لدواعي نفسيه تجعله غير راض عن جنسه ومظهره الخارجي .

الاسباب العضوية:- هناك حالات مرضية يعاني منها بعض الاشخاص لا يكون لها حلا الا باللجوء لمثل هذا النوع من العمليات ،فقد يكون الشخص مصاب (بالخنوثة)، وتعرف الخنثى بانها(هو الذي له ذكر رجل وفرج انثى فالذكر مختص بالرجل والفرج مختص بالمرأة وليس يخلو الحال من ان يكون رجلا او امرأة)^(٤)، ويعرف ايضا بانه (انسان له اثار رجل وامرأة وليس له شيء منهما، فاذا بال من الذكر فغلام واذا بال من الفرغ فأنثى وان بال منهما فالحكم للأسبق وان استويا بان خرج منهما معا فمشكل وهذا قبل البلوغ فان بلغ وخرجت له لحية او وصل الى امرأة او احتلم كما يحتلم الرجال فرجل، وان ظهر له ثدي او لبن او حاض او حبل او اتى كما تأتي النساء فامرأة وان لم تظهر له علامة اصلا تعرضت العلامات فمشكل)^(٥) ، اما الخنثى لدى الاطباء فهي اما خنثى حقيقية او خنثى كاذبة ،فالحقيقية هو من يولد ولديه جهاز تناسلي انثوي وجهاز تناسلي ذكري، اما الخنثى الكاذبة فقد يكون اصلها انثى وظهرها ذكر فتتحقق هذه الحالة عندما يملك الشخص اعضاء تناسلية ذكورية ولكن مستوى الغدد والصبغات يدل على انه انثى (XX) ، والعكس صحيح فقد يكون الشخص حامل للأعضاء التناسلية الانثوية ولكن تحليل الغدد والصبغات يدل على انه ذكر (XY)^(٦) .

الاسباب النفسية:- وقد يكون الشخص مصاب بمرض اضطراب الهوية الجنسية، وهو مرض نفسي ينتاب الشخص يتمثل في رغبته الشديدة في تغير جنسه على الرغم من ان اكتمال مظهره الخارجي والتكويني، فيشعر لفرد بالنفور من اعضاءه التناسلية ويعتبر نفسه خطأ الطبيعة وقد عرفته وزارة الصحة البريطانية بانه (عندما يكون الشخص غير مرتاح او غير راض بسبب عدم وجود تطابق بين جنسه البيولوجي وبين هويته الجنسية)، فالمصاب بهذه الحالة يشعر بعدم الارتياح من مظهره الخارجي فقد يكون مظهر ذكوري ويشهر بانه انثى والعكس صحيح، ولم يصنف هذا المرض على ان مرض عقلي وانما هو مجرد خلل بوظائف الدماغ لكون الهرمونات

المسؤولة عن تحديد الهوية الجنسية لا عمل جيداً فتؤدي الى نمو اعضاء جنسية غير ملائمة لخارطة الجن الموجودة في الدماغ^(٧).

ثالثاً: - مدى مشروعية التحول الجنسي

تعتبر عملية التحول الجنسي من المسائل الحساسة لتعلقها بجسم الانسان ، فأصبحت من العمليات الرائجة في مختلف بلدان العام واصبح الاطباء يجرونها بمجرد طلب الشخص حتى وان لم تكن هناك حالة مرضية تستدعي ذلك، فقد يكون اجراء هذه العملية لمعالجة حالة مرضية كما في اجراء عملية تصحيح الجنس اذا كان المريض مصاب بالخنوثة او اضطراب الهوية الجنسية وهذا النوع من العمليات مشروعة وقد صدرت شأنها تعليمات تصحيح الجنس رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢، وقد تكون العملية لدواعي شهوانية او تربيحة لا لأسباب مرضية ، وهذه الحالة الاخيرة كان لاختلاف القيم والعادات السائدة في المجتمعات المختلفة دورا بارزا في اثبات مشروعيتها او عدم مشروعيتها، ففي المجتمعات الشرقية التي يكون الاسلام سائدا فيها لم يصدر اي قانون يبيح اجراء عملية تحول جنسي لأسباب غير مرضية بالرغم من وجود مثل هذه الحالات في الوقت الحالي، اذ ان هذه العملية تعتبر مخالفة لمبادئ الدين الاسلامي ويعتبر الشخص القائم بما مذنب ، فقد اعتبر الله سبحانه وتعالى مجرد التشبه بالنساء او التبرج اثم فكيف لو كان الشيء المرتكب هو عملية تحول جذرية للجنس، الا ان المجتمعات الاوربية قد اباحت هذا النوع من العمليات منذ وقت ليس بقليل ، ومنها فرنسا فقد صدر في ١٧ ماي ٢٠١٣ قانونا لتعدل المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد لتسمح بزواج المثليين فكانت هذه خطوة جريئة للإباحة لعمليات التحول الجنسي بصورة غير مباشرة .

المبحث الاول: اثر تحول الجنس على مسائل الاحوال الشخصية

التحول الجنسي عملية يجريها الشخص لتغيير نوع جنسه وذلك اما لأسباب مرضية او بسبب النفور من جنسه والرغبة في التحول، ولا يعنينا الخوض في العوامل المؤثرة في الوصول الى هذه الحالة، او تفحص وجهات نظر التشريعات الوطنية والتشريعات محل المقارنة، بقدر ما نكون امام مشكلة خطيرة تستحق البحث في النتائج المترتبة على هذه العملية، ومن اهم المشاكل التي

تواجه المتحول جنسيا او المحيط الذي يتواجد فيه هي تأثيرها في مسائل الاحوال الشخصية، اذا ان هذه الاخيرة تعتبر من اهم ركائز المجتمع ككل في مختلف العصور مختلف الثقافات، ولعل النظم القانونية قد اختلفت في رأيها حول موضوع تغيير الجنس البشري بين المعترف بمشروعيتها والمعارض لها، الا انه هناك حقيقة ثابتة تتمثل في قيام شخص بتغيير جنسه وادخال تغييرات جوهرية لا يمكن تجاهلها كان يصبح المتحول ذكرا بعد ان كان انثى والعكس صحيح، وهذا بدوره ينعكس على حالته العائلية مع زوجه الاخر واولاده وعلى حقه في ثبوت نسبه وحقه في الميراث..... الخ. فما مصير علاقته العائلية السابقة بما في ذلك العلاقة الزوجية القائمة وقت اجراء عملية التحول وعلى الاولاد ان وجدوا، وما هي الحقوق المخولة للطرف الاخر في حماية علاقته الزوجية وعلى وجه الخصوص اذا فوجئ بتغيير الطرف الاخر لجنسه؟ وعلى فرض ان المتحول جنسا لم يكن متزوجا قبل اجراء العملية، ممن سيتزوج هل من شخص من جنسه البيولوجي ام من النوع المقابل لجنسه الاصلي، وكذلك الاولاد هم ايضا يكون لهم نصيب من الضرر الناتج عن هذه العمليات فما تأثيرها على النسب والحضانة، هذه التساؤلات سنحال الاجابة عليها في هذا لمبحث من خلال مراجعة الآراء الفقيه والقرارات القضائية ان جدت .

ولما كانت مسائل الاحوال الشخصية تتضمن عدة محاور، وان التقسيم التقليدي لهذه المحاور يتمثل في تقسيمها الى ثلاثة وهي:-

اولا: الزواج وما يترتب عليه من نسب، ونفقة، غيرها من الحقوق والواجبات.

ثانيا: الطلاق وما يترتب عليه من عدة وحضانة .

ثالثا : الميراث .

وبالتالي سنبحث كلا من هذه المحاور في مطلب مستقل.

المطلب الاول: عقد الزواج ومدى تأثير عملية التحول الجنسي عليه

ان انشاء عقد زواج يتطلب ان يكون هناك اختلاف في نوع الجنس البشري بين طرفيه وهذه المسألة من المسلمات التي لا تقبل التأويل او الشك ولا تسمح للنفس بأن يساورها ادنى شك في تبديل هذه الحقيقة الراسخة التي فرضتها الفطرة البشرية فضلا عما جاءت به الشريعة

الاسلامية والقوانين الوضعية، الا ان التطورات العلمية الحاصلة لم تترك المسلمات الى ما هي عليه ولم تترك حقيقة ثابتة الا وطالتها بالتبديل والغموض، حتى وصلت الى حد الاعتداء على النظام الذي خلق الله سبحانه تعالى الكون عليه من وجود جنسين مختلفين في التركيب لا ثالث لهما وهما الذكر الانثى، فعمد الى ادخال تغييرات جسديه على كلا الجنسين فتلاعبت في الفطرة السليمة للخلق، واهم الظواهر التي رافقت عمليات التحول بأن الناتج تكون لديه رغبة في انشاء عقد زواج بناء على تكوينه الجديد، وهذا بدوره يكون له تأثير على الرابطة الزوجية لأنها خلاف ما الفه الناس.

وعقد الزواج يكون صحيحا اذا توفرت له اركانه وشروطه، نحن بدورنا سنعمد الى التعريف بعقد الزواج اولا ثم بيان اركانه وشروطه.

اولا:- تعريف عقد الزواج

الزواج لغة هو الاقتران والازدواج^(٨) اما الزواج اصطلاحا فقد تعددت التعريفات الفقهية لهذا العقد، اذ تختلف من حيث التعبير لكنها تدور حول ذات الفكرة بان عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وان الغرض منه في عرف الناس والمشرع هو جعل المتعة حلالا، وان هذا ليس الغرض الوحيد من انشاء عقد الزواج، فهو غرض من اغراضه ولكن ليس اسمها، اذ ان غرضه الاسمي هو التناسل وحفظ النوع البشري وان يجد كلا من المتعاقدين في الاخر الانس الروحي الذي يؤلف الله تعالى بينهما^(٩)، اذ عرف بأنه عقد يفيد حل استمتاع كلا من الرجل والمرأة بالأخر على الوجه المشروع^(١٠).

وقد راعى المشرع العراقي هذه الاغراض في تعريفه لعقد الزواج بانه (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)^(١١).

ثانيا:- اركان عقد الزواج

ان اركان عقد الزواج هي العاقدان والمعقود عليه والصيغة، ولما كان وجود العاقدان والمعقود عليه ضروري لإتمام الصيغة فقد عمد اكثر الفقهاء الى اقتصار اركان العقد على الايجاب

والقبول وهذا ما يستشف من نص قانون الاحوال الشخصية العراقي (ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة او عرفا من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه)^(١٢) وفكرة الرضا تقوم على ارادتين اي انهما مركبة وان هاتين الارادتين لا تصدران بوقت واحد اذ يجب ان يسبق الايجاب الصادر من احد العاقدين سواء كان الرجل او المرأة القبول الذي يصدر فيما بعد من العاقد الاخر^(١٣). وان عقد الزواج ممكن ان يقع بألفاظ صريحة دالة على المقصود او بالإشارة الدالة على انشاء عقد الزواج اذا كان العاقدين او احدهما احرس، ويشترط في الايجاب والقبول ان يكون لفظيهما بصيغة الماضي او احدهما بصيغة الماضي والثاني للمضارع الدال على الحال، وعند الامامية ينبغي ان يكون الايجاب والقبول بلفظي الماضي فقط^(١٤)

ثالثا: - شروط عقد الزواج

تنقسم شروط عقد الزواج الى اربعة مجموعات وهي (شروط الانعقاد، شروط الصحة، شروط النفاذ، وشروط اللزوم) سنتناول هذه الشروط باربع بشيء من الايجاز كالاتي^(١٥) :
شروط الانعقاد : وهي الشروط التي يجب توافرها لانعقاد العقد وبخلافها ينعقد ولا يترتب عليه اي اثر، وبعبارة اخرى هي الشروط التي تتعلق باركان العقد فان تخلف اي شرط منها اختل الركن وتصبح الاركان بمثابة العدم ويكون العقد باطلا، وهذه الشروط منها ما يتوجب توفره في العاقدين ومنها ما يكون متعلق في صيغة العقد او في المرأة^(١٦) .
شروط الصحة : هي الشروط التي يعتبر العقد موجودا وجودا يعتد به الشارع و صالح لترتيب اثره عليه، اذ لو اجتمعت هذه الشروط اصبح العقد صالح لترتيب اثره عليه، واذا اختلت اي من هذه الشروط يكون العقد فاسد^(١٧) .

شروط النفاذ: وي الشروط التي يلزم توفرها ليرتب على العقد اثر مباشرتا دون حاجة الى اجازة ، فاذا تخلف شرط منها توقف العقد على اجازة من يملك الاجازة ويسمى العقد حينها بان موقفا^(١٨).

شروط اللزوم : وهي الشروط التي يتوقف عليها بقاء اثر العقد واستمراره، فلا يكون لاحد العاقدين او غيرهما حق فسخه، ويسمى العقد في هذه الحالة عقدا لازما، فاذا تخلف احد تلك

الشروط فان العقد لا يكون لازم فيكون من حق العاقدين او غيرهما فسخه ويسمى العقد جائزا (١٩).

وبعد ان عرفنا عقد الزواج وبيننا اركانه وشروطه بشيء من الايجاز بما يتناسب وموضوع البحث، سنبين اثر عملية التحول الجنسي على عقد الزواج بأركانه وشروطه المذكورة سابقا، وان اجراء عملية التحول الجنسي لا تخلو من عدة احتمالات تتأرجح بين وقت اجراء العملية، ونتيجة العملية مكلفة بالنجاح او الفشل، فمن حيث وقت اجراء العملية اما قبل ابرام عقد الزواج او بعد ابرام عقد الزواج، اما الاحتمال الاخر فهو اما تكون نتيجة العملية ناجحة فيحصل تحول للجنس، او تفشل العملية فتكون نتيجتها ذكر فاقد لذكورتة او انثى فاقدته لأنوثتها، وهذا ما سنبينه من خلال ثلاثة نقاط. وبما ان المشرع العراقي لم يعالج هذه المسألة رغم اجازته لعملية تصحيح الجنس في تعليمات تصحيح الجنس رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢، وكذلك القانون المصري، الا ان الآراء الفقهية كان لها دور بهذا الشأن وهذا ما سنوضحه كالاتي:

اولا: اجراء عملية التحول الجنسي السابق لأبرام عقد الزواج - سبق وان ذكرنا في تعريف عقد الزواج بانه اقتران رجل بامرأة تحل له شرعا، وهذا يعني بان اختلاف الجنس بين الزوجين من مقومات عقد الزواج، وان الزواج الذي يتم بعد اجراء عملية التحويل يتم بناء على الوضع الظاهر بحيث يتزوج الذكر بصفته أنثى والانثى بصفتها ذكر، وهذا خارج المألوف الذي استباحه بعض الذين حادوا عن الفطرة السليمة، الذين اجازوا هذا النوع من الزواج الذي لا يهدف الى شيء سوى ارضاء رغبات شاذة وغير منطقية، اذ ان هذا النوع من الزواج يسمى بالزواج المثلي الذي اثار جدلا كبيرا في الآونة الاخيرة منذ بدايات القرن الحالي، وقد وجد بعض المطبلين لهذا النوع من الممارسات مبررا لهم باعتباره من الحريات الشخصية، وبالتالي مشروعية هذا الزواج حتى وان لم تعترف به القوانين المحلية (٢٠).

فان الشريعة الاسلامية ترفض مثل هكذا ممارسات رفضا قاطعا لما فيه من تغيير لخلق الله اولا وشذوذا جنسيا وانقلابا حقيقيا على الفطرة الالهية التي فطر الله الناس عليها ثانيا، اذ ذكر عن انس ابن مالك قال: قال الرسول (صلى الله عليه وسلم) (اذا صنعت امتي خمسا فعليهم الدمار،

اذ ظهر فيهم التلاعب وشربوا الخمر ولبسوا الحرير واتخذوا القينات واكتفى الرجال بالرجال والنساء بالنساء^(٢١).

المشروع العراقي لم يعالج مثل هكذا مسائل وايضا القضاء، اما بالنسبة للقوانين محل المقارنة فان المشروع الفرنسي فقد كان يعرف الزواج بالمفهوم التقليدي الذي اشرنا اليه سابقا بانه اتحاد بين رجل وامرأة، وقد اكد القضاء الفرنسي ان المقصود باختلاف الجنس هو الاختلاف البيولوجي، اي يكونان من جنس بيولوجي مختلف مما ادى الى تعرض فرنسا الى عقوبات صارمة من قبل المحكمة الاوربية لحقوق الانسان على اساس حرية الاشخاص في التصرف بأجسادهم، الا ان الامر لم يبقى على ما هو عليه، اذ عدل القضاء الفرنسي عن هذه الفكرة في عام ٢٠٠٢ عندما اخذ القضاء بالمفهوم النفسي الاجتماعي، وسمحت بان يتزوج المغير جنسه في الحالة المدنية بشخص من جنسه الاصلي، وذلك في قضية السيدة (B) **camille** وذلك باعتبار ان الزواج الذي تمت معارضته من قبل النيابة لا تتوفر فيه هذه الشروط وذلك لان السيدة المذكورة قد غيرت جنسها بصفة قانونية وقد اصبحت في الحالة المدنية انثى، فالمفروض اتحادها مع شخص من الجنس المقابل لها، اي من ذكر في الحالة المدنية والمظهر الخارجي ونفسيته ودوره الاجتماعي وحتى تطبيقه الجنسي^(٢٢).

وعادت المحكمة واكدت على ضرورة ان يكون الزواج بين شخصين من جنسين مختلفين وذلك بمعارضة النيابة العامة لزواج رجلين اذ اتخذت المحكمة الابتدائية الكبرى قرارا بالغاء الاتحاد في عام ٢٠٠٤، وقد تم تأييد هذا الحكم من قبل محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٠٠٥ بالرغم من تمسك الطرفين بالدفع بان القانون الفرنسي لا يشترط اختلاف الجنسين وان هذا الشرط يكن مخالف للمواد ٨، ١٤، ١٢ من الاتفاقية الاوربية والمادة ٩ من الملحق الاساس للاتحاد الاوربي وتم رفض طعنهم وتأكيدهم حكم المحكمة الابتدائية^(٢٣).

وبعد المطالبة بالتدخل التشريعي تتم الاستجابة ويصدر قانون ١٧ ماي ٢٠١٣ الذي جاء بالمادة ١ منه لتعديل المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد ويسمح بزواج الاشخاص من نفس الجنس، وبما ان المشروع الفرنسي لم يعالج زواج المتحولين جنسيا، الا ان المغير لجنسه لديه اشكال حاصل عندما غير جنسه واكتسب خصائص الجنس الاخر الا انه ليس تغير حقيقي طالما

انه بقي محتفظ بكره موسومات الجنس الاصلي وان الزواج في هذه الحالة يصبح في وضعية المتزوجين من نفس الجنس^(٢٤).

المشروع المصري التزم الصمت حيال هذه المسألة شأن نظيره العراقي الا ان بعض الفقهاء ذهب الى ان "وان كان المظهر الشكلي لصاحب الشأن اقرب الى النوع المقابل فان الواقع يثبت ان معالم جسد كل من الزوجين متشابهة، رغم التغييرات الطارئة على ملامح الزوج الذي غير جنسه وان اجتهد في مواراة هذا التشابه فليس شريكة الة صماء عديمة الحس والادراك وبهذا يعتبر البعض ان زواج المتحول يؤدي الى اقتران شخصين من نفس الجنس التشريحي الوراثي، ومهما تخيل صاحب الشأن في اتخاذ مظهر خارجي وسلوك ليعطي الاحساس للغير بانه من الجنس المقابل، فان ذلك لا يؤدي الى تغير حقيقي في جنس الشخص، وهو مجرد تغير زائف مصطنع لا جدوى منه"^(٢٥).

على الرغم من معارضة الفقه القانوني المصري لعمليات التحول الجنسي، الا ان القضاء كان له رأي مغاير في القضية الوحيدة التي عرضت عليه، فقد قبل تغير بيان الجنس والاسم الحالة المدنية واصبح المتحول يحمل اسم سالي بموجب شهادة ميلاد موثقة من الجهات الرسمية تفيد انها مولودة بتاريخ ١٧/٩/١٩٦٢ دون الاشارة الى اسمها وجنسها القديمين، اذ استطاع المتحول جنسيا باستخدام الوثائق التي تثبت جنسه بأبرام عقد زواج تكوين اسرة اذ تزوج العديد من الزيجات زواجا رسميا معلنا^(٢٦)

ثانيا: اجراء عملية التحول الجنسي اللاحق لأبرام عقد الزواج: ان الزواج في هذه الحالة يكون صحيحا لكونه استوفى الشروط الشرعية والقانونية له، وبعدها تتم عملية التحول الجنسي سواء من ذكر الى انثى او العكس، وكما ذكرنا بان هذا النوع من العمليات من المخطورات في الشريعة الاسلامية لما فيه من تغير لخلق الله، ولكن في حال وقع مثل هذا المخطور، ما حكم الزواج السابق؟

الاجابة على هذا التساؤل تكون بوجود التفريق بين الزوجين لان الشريعة الاسلامية لا تسمح بزواج المثليين، فبالرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية نجد ان هناك العديد من العيوب التي توجب التفريق منها ما تتعلق بالرجل وهي الجب، العنة، والحصاء، ومنها ما تتعلق بالمرأة وهي

الرتق، القرن، العفل، الافضاء، والبخر وغيرها من العيوب التي لا يستطاع معها تحقيق مقصود النكاح، فلا شك بان احد الزوجين الذي غير جنسه يعتبر مصابا بعيب من هذه العيوب التي تحول دون الهدف من العلاقة الزوجية، فيمكن القياس على هذه العلل لإنهاء عقد الزواج^(٢٧) الا ان الفقه والقضاء الفرنسيين كان لهما رأي مختلف بعد تعديل القانون المدني والسماح بزواج المثليين، اذ اصبح من حق كل شخص ان يختار زوج المستقبل سواء من نفس الجنس او من جنس اخر كما ذكرنا سابقا، وهذا كان له دور في تكييف بطلان عقد الزواج المبرم من قبل المتحول جنسيا قبل اجراء العملية، فقبل التعديل كان البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام، فيحق للقاضي ان يحكم ببطلان عقد الزواج اذ لم يقدم احدهم طلبا لإبطاله، بما ان نوع الفرد يعتبر احد اهم عناصر الحالة المدنية فان الغلط فيه يعد غلط في صفة جوهرية تتعلق بهوية الفرد، فالغلط هنا يتعلق بالكفاءة الجنسية للزوج المغير لجنسه، فيحق لمن وقع في هذا الغلط ان يطالب بابطال عقد الزواج، والابطال هنا يكون الغاء لعقد الزواج، الا ان الالغاء في هذه الحالة لا يكون له اثر رجعي، اذ ان الاثار التي ترتبت على عقد الزواج قبل اجراء عملية التحول تبقى صحيحة^(٢٨)

اما بعد التعديل فان المادة ١٤٣ من القانون المدني التي تم تعديلها فتحت بابا لإمكانية ابرام عقد زواج لشخصين من نفس الجنس، وبالتالي لم يعد نوع الجنس عنصرا جوهريا، وبالتالي فان القاضي لا يمكن من تلقاء نفسه ان يبطل عقد الزواج وانما الامر راجع الى الطرفين، فلم يعد بطلان عقد الزواج في هذه الحالة بطلان مطلق ومتعلق بالنظام العام، وانما هو بطلان نسبي، ومن ثم فان الاحتمال المتصور هو عند تغير الجنس بعد ابرام عقد الزواج لا يعتبر غلط، فالجنس لم يعد من شروط صحة الزواج، وانما الرضا بجنس تعتبر من الخصائص الجوهرية للشخص الذي سيقبل الزواج منه، ومن ثم يعطيه الحق بابطال العقد لوقوعه في خطأ في جنس الشخص الذي سيقترن معه^(٢٩)

اما موقف القانون المصري فشانه شان القانون العراقي لم ينظم هذه لمسألة، وان القضاء المصري في القضية الوحيدة التي عرضت عليه التي تطرقنا اليها سابقا، كانت عملية التحول قبل الزواج

وليس بعده، وطالما ان المشرع المصري لم يبيح زواج المثليين فان عقد الزواج المبرم قبل العملية يعطي الحق للزوج الاخر بطلب الطلاق هذا ما سنوضحه في المطلب الثاني.

الا ان بعض الكتاب^{٣٠} المصريين ذكر بان هناك حالات استمر فيها انحول جنسه معاشرا لزوجته واولاده بعد اجرائه عملية التحول، الا ان الرأي المعارض له جاء باستحالة استمرار الرابطة الزوجية، لكونه مخالفا للمنطق والاعراف والشريعة الاسلامية، وكذلك عدم القدرة على تحقيق المقصود من الزواج^(٣١).

ولعل من اهم الاشخاص المتأثرين من عملية التحول هذه هم الاولاد الناتجين من رابطة الزوجية حال استمرارها قبل اجراء العملية، فبعد ان اولتهم الشريعة الاسلامية القوانين الوضعية العناية الفائقة، وحفاظا لهم من التشتت والضياع فقد اقرت بنسب من والديه بالزواج الصحيح فور انفصاله عن امه، الا ان هذه الحقيقة قد تصطدم بمشكلة مصدرها مصير ابناء المتحول جنسيا، فبعد ان يغير احد الزوجين جنسه اصبح من حيث المظهر الخارجي من نفس جنس زوجه الاخر ما مصير الاولاد الى من ينتسبوا؟

الاتجاه القضائي في فرنسا عند اعترافه بهوية المغير لجنسه لا يرتب عليها اثر رجعي، ومن ثم علاقة النسب السابقة لا تتأثر، اذ ان الابناء يظلون يحملون اللقب والاسم الشخصي لأبيهم وامهم، فالقول برجعية اثر تغير الجنس على الماضي يؤدي الى المساس بالمراكز القانونية المستقرة ويفاقم المشاكل يصعب حلها بغياب تنظيم قانوني متكامل^{٣٢}.

اما في مصر فقد يذهب الدكتور انس ابراهيم الى ان عملية التحول الجنسي لا تؤدي الا الى تغيير ظاهري، وبالتالي فان الاولاد طالما كانوا ثمرة نكاح صحيح توافرت شروطه لا يتأثر نسبهم بعملية التحول الجنسي، اذ يعتبر الاولاد من صلبه بيولوجيا^(٣٣)

وفيما يتعلق بالنفقة، فقد نصت المادة (٥٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان نفقة الانسان من ماله الخاص ماعدا الزوجة تقع نفقتها على زوجها، وقد قال الله عز وجل ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف))^(٣٤)

فاذا كان الانفاق على الوالدة بسبب الولد فمن باب اولي الانفاق على الولد، وقد اقر المشرع العراقي هذا الحق بالنص على انه ان لم يكن للولد مال تكون نفقته على والده مالم يكن

فقير او عاجز عن الكسب، وتجب النفقة ولو اختلفا في الدين لان سببها الولادة ولا عبرة فيها بالإرث لان يعتبر جزء من الاب^(٣٥)

الا ان المسألة تدق اذا غير الولد جنسه ، اذ ان الاب يستمر بالإنفاق على ولده الى الحد الذي يصبح فيه قادرا على الكسب، اما الانثى فيستمر الانفاق عليها الى ان تتزوج، فلو غير الولد جنسه سواء من ذكر الى انثى او بالعكس فسيستغير حكمه بالنفقة ، اذ تكون العبرة بالجنس الظاهر^(٣٦) .

اما الانفاق على الزوجة فمن شروطها ان تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية، وبما ان الزوجة في حالة التحول الجنسي لا يتوفر فيها هذا الشرط اذ انها لا تصلح للمعاشرة الزوجية على الوجه المشروع فلا تجب لها نفقة^(٣٧) .

المطلب الثاني: اثر التحول الجنسي على اثناء عقد الزواج والعدة

الاصل يعتبر عقد الزواج من العقود المؤبدة التي تستمر بها الرابطة الزوجية طالما كان الطرفين على قيد الحياة، الا ان ذلك الاصل يرد عليه استثناء وهو انتهاء عقد الزواج اما باتفاق الطرفين ويسمى عندئذ خلعا، او بإرادة الزوج وحده او الزوجة اذا كانت تملك ايقاعه فيسمى طلاقا، او يتم ايقاعه من قبل القاضي فيكون تفريقا، ومن نافلة القول هنا ان الاسلوبين الاولين من اساليب انتهاء عقد الزواج لا يشكلان اهمية تذكر في مجال بحثنا، اذ ان المجال الحيوي لموضوعنا هو التفريق القضائي.

يعرف التفريق القضائي بأنه حل قيد الزواج بطلاق يوقع من قبل القاضي بناء على طلب من الزوج او الزوجة عند تحقق الاسباب القانونية^(٣٨)، اذ نظم المشرع العراقي الاحكام الخاصة بالتفريق القضائي في المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية، فذكرت المادة ثلاث اسباب للتفريق وهي التفريق للشقاق والضرر، التفريق للعلل، التفريق لعدم الانفاق. ولما كان التفريق القضائي للعلل او للعيب هو ما يعيننا هنا، والعيوب اما جنسية او جسمية، وما يعيننا من هذين النوعين هو العيوب الجنسية، فما هي العيوب الجنسية؟ وما مدى اعتبارها سبب في اثناء عقد الزواج في حالة اجراء عملية تحول جنسي؟

العيوب الجنسية هي التي تكون واقعة في محل الجماع او ادته عند كلا الزوجين، قد تكون قبل العقد فتأخذ حكماً، او تكون بعد العقد وقبل الدخول او بعده فتأخذ حكماً اخر، وقد يثبت الخيار للزوج في بعض العيوب دون المرأة او للزوجة دون الرجل او لكليهما معا او يمنع الخيار عن كليهما^(٣٩)

بعيدا عن الخلاف الفقهي حول مدى امكانية التمسك بهذه العيوب لطلب التفريق القضائي ومن له حق التمسك بهذه العيوب، عند الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية العراقي نجد ان المادة (٤٣) قد اعطت الحق للزوجة فقط في طلب التفريق للعلل تماشيا من رأي المذهب الحنفي وذلك لكون الزوج يملك حق ايقاع الطلاق، بالإضافة الى ذلك فقد جاء النص مطلقا ليشمل كل العيوب التي من شأنها ان تعكر صفو الحياة الزوجية وتمنع الغرض المقصود من النكاح، وجاءت بتعداد لهذه العيوب على سبيل المثال لا الحصر وبالتالي يدخل في نطاق هذه المادة اي عيب يمنع الغرض المقصود من الزواج. اذ نصت الفقرة (٤) على انه (اذا وجدت زوجها عينا او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء اكان ذلك لأسباب عضوية او نفسية واذا اصيب بذلك بعد الدخول به وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة، على انه اذا وجدت المحكمة ان سببه نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها)

اما الفقرة (٥) فقد جاء فيها (اذا كان الزوج عقيما او ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة).

ونصت الفقرة (٦) على انه (اذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعللة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام او البرص او الزهري او الجنون او انه قد اصيب بعد ذلك بعللة من هذه العلل او ما يماثلها على انه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل اما اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق).

إذا ثبت حق الزوجة أو الزوج في طلب التفريق القضائي بسبب العيوب الزوجية فإن هذا الأمر ينطبق على التحول الجنسي، ومن أكثر العيوب التي تنطبق على التحول الجنسي هي^(٤٠):-

الجب : وهو قطع العضو الذكري، وعلى قدر تعلق الأمر بموضوعنا فإن الرجل الذي يغير جنسه فإنه يقوم باستئصال ذكره وعلى ذلك إذا كان من حق الزوجة طلب التفريق بسبب الجب فمن باب أولى حقها في طلب التفريق للتحويل الجنسي.

العنة: وهو عدم القدرة على الجماع، الرجل عند اجراءه لعملية تحويل جنسي يفقد عضوه الذكري فيجتمع فيه العيين الجب والعنة فيحق للزوجة طلب التفريق القضائي.

الاخصاء: يعني سل الخصيتين، وان عملية التحول الجنسي تتضمن فضلا عن الاخصاء فقد الاعضاء التناسلية، فيكون الشخص محبوبا عقيما وخصيا، فيحق للزوجة طلب التفريق القضائي.

الرتق: فالمرأة الرتقاء هي التي لا خرق لها بسبب انسداد مسلك الذكر بلحم، فاذا كان هذا العيب يمثل سبب من اسباب طلب التفريق فمن باب أولى يكون التحول الجنسي سبب في لب التفريق لان المرأة المتحولة جنسيا تقوم باستئصال جميع اعضائها التناسلية وزراعة ذكر اصطناعي.

القرن: هو انسداد محل الجماع بعظم وبالتالي فإن العلة في الرتق والقرن هي واحدة تعذر الجماع بسبب انسداد محله، وبالتالي يقاس على هاتين الحالتين طلب التفريق بسبب التحول الجنسي.

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي فان محكمة التمييز اعطت الحق للزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب تشبه زوجها بالنساء اذ جاء في نص القرار "ان ما استندت عليه المميز عليه للمميز من صور يبدو فيها متبرجا كالنساء يتعارض مع ما اوجبه الشرع والقانون من مواصفات في الزوج وبالتالي يشكل ضررا جسيما يتعذر مع استمرار الحياة الزوجية ويوجب التفريق وهذا ما قضى به الحكم المطعون " ^(٤١) فاذا كان المحكمة قد فرقت بين الزوجين بسبب

تبرج الزوج وتشبهه بالنساء فقط، فمن باب اولى ان تحكم المحكمة بالتفريق القضائي بسبب التحول الجنسي اذا عرضت عليها مثل هكذا حالة.

وقد كان الموقف في فرنسا كما ذكرنا سابقا اذا جرى احد الزوجين عملية تحول جنسي يكون الخيار للزوج الاخر اما ان يطلب انهاء عقد الزواج او يقرر الاستمرار في الرابطة الزوجية لكون المشرع الفرنسي قد اعترف بزواج المثليين .

اما في مصر غياب النص التشريعي الذي يبيح طلب التفريق بسبب التحول الجنسي فلا بد من القياس على حالات ورد بشأنها نص وتطبيق حكمها، ومن ثم هناك حالة التفريق للضرر التي عرفها القضاء المصري المنصوص عليها بالمادة (٦) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام الاحوال الشخصية والتي تشير الى ان المقصود بالضرر هو اضرار الزوج بزوجه باي نوع من انواع الايذاء المتعمد كالتعدي بالقول او الفعل او هجر الزوج لزوجه او حرمانها مما تدعو اليه الحاجة الجنسية بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجه شاذة لا تتفق مع المتعارف عليه ولا تليق بها^(٤٢)

وكذلك نص المادة (٩) من القانون سابق الذكر تنص على انه (للزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه او يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والبرص سواء كان العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به، فان تزوجه عالمه بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق)، اذ يلاحظ ان المشرع لمصري قد وسع من مفهوم العيوب التي تجيز الفسخ وتبيح الفرقة بين الزوجين اذ انه لم يذرها على سبيل الحصر وانما على سبيل المثال وترك الامر للسلطة التقديرية للقاضي^(٤٣).

فاذا غير احد الزوجين جنسه اثناء قيام الرابطة الزوجية يحق للطرف الاخر طلب التفريق للعيب الذي يحول دون تحقيق الغرض من الزواج وهو الايلاج والانجاب فيصبح الزوج عاجز جنسا او عقيما فتستحيل المعاشرة الزوجية بينهما^{٤٤}

اما فيما يتعلق بالعدة فتعرف في اصطلاح الفقهاء بأنها اجل ضرب لانقضاء ما بقي من اثار النكاح او هي التربص المحدود شرعا اذ من خلالها يمكن التعرف على براءة الرحم، وبهذا فهي عامة ف الفراق بطلاق المدخول بها وزوال النكاح ولو كان فاسدا او بالموت^{٤٥}

وبهذا فان العدة هي تربص من جانب المرأة اما الرجل فلا ينتظر لان له ان يتزوج اكثر من واحدة في ان واحد فأولى له ان يتزوج في فترة العدة، وبالتالي فان العدة واجبة على المرأة دون الرجل، وبما ان المتحول جنسيا اذا كان ذكر تحل الى انثى فهو تغير ظاهري فقط اذ يبقى محتفظ بذكوريته، وفي حال ابرامه لعقد زواج فيكون زواجه باطل ،فان العدة غير واجبة عليه ولا يغير من هذه الحقيقة كونه ابرم عقد زواج بصفته انثى .اما اذا كان المتحول انثى وتحولت الى ذكر فأن انقطع حيضها نتيجة التغير تتحول عدتها من القروء الى الاشهر وبذلك فان حكمها حكم الآيسة من الحيض لكون الاختلاف في نوع العدة مرده الحيض ،فقد اتفق الفقهاء بان العدة تتحول من القروء الى الاشهر في حالة انعدام الحيض، ونفس الحكم اذا اجرت الصغيرة التي لا تحيض عملية تحول جنسي ولا يعتد بقول ان المرأة بتحولها الى ذكر تنتفي عدتها ولا تلزم بها^(٤٦)

ولكون حضانة الاطفال من الامور التي تثير خلاف بين الزوجين في حالة الانفصال انهاء الرابطة الزوجية، فالبدأ العام قضي بان لام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية او بعدها مالم يتضرر المحضون، فاذا ماتت الام او فقدت احدى شروط الحضانة انتقلت الى الاب^(٤٧)، وبما ان عملية التحول تمثل تغيرا حقيقيا ينتقل فيه الذكر من الذكورة الى الانوثة او تنتقل به الانثى من الانوثة الى الذكورة ،وبالتالي فان المتحول جنسيا يطالب بنفس الاحكام التي يطالب بها الجنس الذي تحول اليه، فاذا كانت الحضانة ثابتة للام فعند اجراء عملية التحول تفقد حقها بحضانة الاولاد لكونها ليس بأم^(٤٨)، وقد يذهب البعض الى ان عملية التحول الجنسي لا يمكن ان تشكل تغيرا حقيقيا ،الا ان هذه العملية تؤثر على مدى صلاحية صاحب الحق في الحضانة، لا من شروط الحضانة ان يكون القائم بها امينا غير فاسق ولا فاجر، وبما ان هذا النوع من الممارسات بما يخالف الشريعة الاسلامية وما فيها من تغير لخلق الله فتعتبر من كبائر الذنوب.

اما لو كان المحضون هو من اجري عملية تحول جنسي فان المشرع العراقي قد حسم مسألة انتهاء الحضانة بالمساواة بين الذكر والانثى، ومن شان هذا الخلاف ان يثور لدى الفقهاء الذين لم يتفقوا على مدة زمنية واحدة لانتهاء الحضانة على الذكر والانثى، اذ ان تغير الاولاد لجنسهم لا يؤثر على مدة الحضانة في هذه الحالة (٤٩)

المطلب الثالث: اثر التحول الجنسي على الحق في الميراث

الارث نظام فطري يستجيب لمقتضيات الغريزة الانسانية، اذ ان فطرة الانسان تجعله يميل الى ان يورث من بعده اثاره المادية والمعنوية، وقد عنيت الشرائع بتنظيم الميراث، الا ان الشريعة الاسلامية تميزت من بين الشرائع بتنظيم دقيق للميراث راعت فيه طبيعة الغريزة والاختلافات الجسدية بين الجنسين، ولم تراعى المساواة بين الذكر والانثى في الميراث لاعتبارات اجتماعية مراعاة العدل الموضوعي. فقد جعل الله سبحانه وتعالى لكل وارث نصيبه المقدر له شرعا، وقد جعل الله تعالى نصيب الانثى نصف نصيب الذكر لأنه هو الكافل لأسرته فيقع عليه وحده واجب الانفاق.

يعرف الميراث بانه "خلافة اجبارية للوارث في مال مورثه او في حق قابل للخلافة" (٥٠). يقوم الميراث على اركان ثلاثة وهي الوارث ويشترط فيه ان يكون انسان حي حقيقة او حكما وان يكون محدد الجنس، والمورث ويشترط فيه ان يكون شخص ميت حقيقة او حكما، والتركة وهي عبارة عما يتركه المورث من اموال منقولة او غير منقولة والحقوق المالية المحضة (٥١). وفيما يتعلق بتأثير احكام الميراث بعملية التحول الجنسي فقد اوجد البعض لعديد من الافتراضات على اعتبار ان عملية التحول يتبعها تغير حقيقي لنوع الجنس، فكانت النتيجة اذا تحول الرجل الى امرأة فماتت بعد التحول لا ارث لزوجها منها وذلك لبطلان الزواج، حيث ان الرجل ياجرائه لعملية تحول يكون نكاحه باطلا فلا يعتبر النكاح سبب من اسباب الميراث، والعكس صحيح (٥٢).

الامر لا يقتصر على التوارث بين الزوجين في حالة التحول الجنسي، وانما الاشكالية تدق فيما لو كان للمتحول اولا ومات احدهم فهل يستحق المتحول نصيب من تركة اولاده؟ والعكس

فيما لو ان احد الاولاد كان متحول جنسيا وتوفي احد اخوته او والديه فهل يستحق الميراث على اساس جنسه قبل التحول ام بعد التحول؟
بالنسبة للإشكالية الاولى ذهب احد رجال الفقه^(٥٣) الى ان الامر يحتمل ان يكون له وجهان:-

الاول:- هو عدم استحقاقه للإرث اصلا لان الحصاص الارثية وارده على عنوان الاب او الام والمتحول لا يأخذ حصة لاب لأنه بعد التحول ليس بأب، ولا على عنوان الام لأنه ليس بأم، فهو لا يستحق حصة الام ولا الاب.

الثاني:- اذا لم يكن المتحول ابا ولا اما فهو احد الابوين على اي حالة، لان الابناء بحاجة الى ابوين فهم لم يولدوا بمعجزة من غير ابوين، فيمكن استصحاب عنوان احد الوالدين وهذا يكفي في الارث لأنه مترتب على عنوان الوالدين في القران الكريم لا على عنوان الاب او الام، فينتفي بانفتانها واحدا الابوين يستحق السدس، ولا يرث ما كان بعنوان الاب او الام كاستحقاقها الثلث احيانا ويمكن الرد عليه، لان الرد يدفع الى غير ذي الحصة المفروضة، ولا يتعين بعنوان بذاته

اما اذا توفي المتحول جنسا فان اولاده يستحقون الارث من تركته وفق قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين.

والاشكالية الاخرى التي يمكن ان تواجهها في هذه الفرضية هي الحجب الجزئي في حصة الام من الثلث الى السدس، اذ ان تحول نصيب الام من الثلث الى السدس يتطلب وجود اخوان ذكران فما فوق او اخ ذكر واختين شقيقتين، مع وجود الاب، اما في جمهور الفقهاء فان العدد المطلوب اكثر من واحد وسواء كانوا اناثا او ذكورا اشقاء او غير اشقاء^(٥٤).

الاشكالية تنور في المذهب الامامي فلو ان للميت اخا واختين او اخوين في حياته فيتحول احد الاخوة الذكور الى انثى فيصبح لديه ثلاث اخوات او اخا واختا فان ذلك عدد غير كافي للحجب، او يتحول الاب الى امرأة فلا يتحقق شرط من شروط الحجب، فقد ذهب البعض الى انه طالما كانت شروط الحجب متوفرة حال حصول الموت فان عملية التحول التي تحدث بعد ذلك لا تؤثر في الحجب وليس لها اثر رجعي وما قيل في تحول الذكر الى انثى يقال في تحول

الانثى الى ذكر مع الاخذ بالفارق بين الحالتين^(٥٥) هذا ويتم الاخذ بالظاهر فيما لو كان الوارث متحوّل جنسا، ففي هذه الحالة يتم الاعتماد على المظهر الخارجي للمتحوّل لتحديد نصيبه من الميراث وفق قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين، حيث ان التركة تستحق بموت المورث حقيقة او حكما اداء الحقوق المتعلقة بالتركة، ففي هذا الوقت تحديدا يتم الاعتماد على جنس الوارث لا الاعتماد على جنسه في وقت سابق او لاحق لتقسيم التركة^(٥٦).

اما بالنسبة للقانون الفرنسي محل المقارنة نلاحظ ان المادة (٧٢١) من القانون المدني تنص على انه ((ينتقل الميراث حسب القانون عندما لا يكون المتوفى قد تصرف في امواله، يمكن ان تنتقل بتصرفات المتوفى في حدود الاحتياط الوراثي))، ثم جاء نص المادة (٧٣٢/٢) ليؤكد على حق الزوج في ميراث زوجته المتوفى ((الزوج الوارث هو الحي الباقي والغير مطلق))^(٥٧)، من الملاحظ بان المشرع الفرنسي لم يشترط لاستحقاق الميراث بالزوجية الا كون رابطة الزواج مستمرة حين الوفاة، لم تنتهي بالطلاق او التفريق الجسماني^(٥٨)، وبما ان المشرع الفرنسي اعترف بحق الشخص في اجراء عملية التحول الجنسي بالاستناد الى الحرية الشخصية، وايضا اعترف بالزواج المثلي ورتب عليه نفس الاثار التي تترتب على الزواج الطبيعي الذي يتم بين رجل وامرأة طبيعيين، وبالتالي فيما يتعلق بالتوارث بين الزوجين في حالة التحول الجنسي نرى انه يتم العمل بنص المادة (٧٣٢) سالفة الذكر، يكفي لان يرث احد الزوجين سواء من اجري عملية تحوّل جنسي او الطرف الاخر كان الطرفين قد اجريا عملية تحوّل ان تكون رابطة الزواج مستمرة لم تنتهي بطلاق او انفصال جسماني.

اما فيما لو كان المتحوّل جنسيا وارث فلا نجد اي مشكلة في ضل تطبيق احكام القانون المدني الفرنسي، لكون الاخير لم يميز بين الوارث الذكر والانثى، اذ انه تبني مبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة من حيث الاستحقاق، فانه سوى بين نصيب الام والاب، الجد والجددة، البنت والابن، الاخ والاخت... الخ وبالتالي لا يكون لعملية التحول الجنسي تأثير يذكر على نظام الارث في القانون الفرنسي^(٥٩)

المبحث الثاني: اثر التحول الجنسي على قانون العمل والضمان الاجتماعي

امام الموجة العارمة المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق قبل الواجبات ومن ضمنها الحق في العمل وعدم احتكاره على الرجل فقط، نجد ان اغلب لتشريعات وان لم تكن كلها قد ساوت بين كلا الجنسين في تقلد الوظائف وتقلد المناصب والحق في انشاء مشاريع والعمل فيها بصفة صاحب عمل او عامل، الا ان الاختلاف في تكوين المرأة عن الرجل وظروفها لطبيعية الخاصة، والبنية الجسدية بالإضافة لذلك الظروف المجتمعية السائدة تقف عائق بين المساواة التامة بين الرجل والمرأة، فالمرأة بالرغم من قدرتها الفائقة على تحمل الامم المخاض والعناية بشؤون البيت الاولاد فهي لا تطبق ممارسة الاعمال الخطرة والمهقة، والتزاماتها العائلية لا تتيح لها العمل في الاعمال الليلية، ولكون اماكن عمل النساء تتطلب تجهيزات خاصة تتناسب مع تكوينها الجسدي وامومتها، وتمتعها بإجازات وضمانات خاصة بما تختلف عن الرجل فقد افردت لها قوانين العمل والضمان الاجتماعي نصوص تضمن لها معاملة ورعاية خاصة، الا ان السير عكس التيار ومحاولة تبديل الفطرة التي انفطر عليها الانسان والتغيير بخلق الله عز وجل وتحويل الرجل الى امرأة والمرأة الى رجل يخلق خلطا في تطبيق القوانين، وبالتالي ينبغي البحث في تأثير عملية التحول الجنسي على قواعد قانون العمل التي تميز في المعاملة بين الرجل والمرأة وبالمثل قواعد قانون الضمان الاجتماعي في مطلبين لكل منهما مطلب مستقل.

المطلب الاول: تأثير عملية التحول الجنسي على قانون العمل

حرص المشرع العراقي على رعاية المرأة العاملة ومنحها رعاية خاصة، اذ جاء بجملة من النصوص في قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ تؤكد على المعاملة الخاصة للمرأة العاملة، هذا وان كان يدل على شيء فهو يدعل على حقيقة الاختلاف بين الرجل والمرأة من حيث القواعد المتعلقة بعمل كلا الجنسين، فنجد ان القانون المذكور قد حظر تشغيل المرأة ليلا، او تشغيلها في اعمال مرهقة او ضارة وكذلك تشغيلها في فترة الحمل والرضاعة، واولاها رعاية خاصة من حيث منحها اجازة تلاثم حكم اختلافها التكويني .

فمن حيث تشغيل النساء ليلاً نجد ان المادة (٨٦/اولا) من قانون العمل حظرت تشغيل المرأة العاملة ليلاً الا اذا كان العمل ضروريا او بسبب قوة قاهرة او المحافظة على مواد اولية او منتجات مما يتسارع التلف اليها، اذا ان العمل الليلي مرهق للجسم ومتلف للأعصاب اكثر من العمل النهاري، وهو يعتبر حالة اضطرارية تلجأ اليها منشأة العمل لطبيعة عملها او لضرورة اقتصادية، وحقيقة اختلاف المرأة بكونها اقل تحملا من الرجل وكونها اما مما يسوغ الخروج عن المبدأ القاضي للمساواة بين الرجل والمرأة من حيث مزاولة العمل، اما الفقرة الثانية من المادة نفسها فقد نصت على ضرورة منح المرأة العاملة فترة راحة يومية لا تقل عن (١١) ساعة يوميا من بينها ما لا يقل عن (٧) ساعات ليلاً واقعة بين التاسعة ليلاً والسادسة صباحاً^(٦٠).

اذا كان الاصل العام هو عدم تشغيل المرأة ليلاً الا ان ذلك لا يعني ان يكون هذا الحظر مطلقا، فقد حددت المادة (٨٦/ثالثا) حالات استثنائية يجوز فيها تشغيل المرأة ليلاً وهي:

١-العاملات في اعمال ادارية وتجارية.

٢-العاملات في الخدمات الصحية والترفيهية.

٣-العاملات في خدمات النقل والاتصالات.

وفي الحقيقة لا نجد مثل هذا الحظر فيما يتعلق بعمل الرجال، فالمشرع العراقي لم يمنع تشغيل الرجل ليلاً او في ساعات متأخرة من الليل، اذا اجاز تشغيلهم بالأعمال الليلية بشرط ان لا تزيد ساعات العمل عن (٧) ساعات، او الاعمال المختلطة على ان لا يزيد وقت العمل الليلي عن (٣) ساعات من اجمالي ساعات العمل البالغة (٧,٥) ساعة^(٦١)

وفيما يتعلق بالأعمال الشاقة المرهقة هي تلك الاعمال التي تؤدي في المقالع والمناجم والتنقيب عن الاثار والحفريات وسوق الحركات الالية والتجارية والسفن والبواخر النهرية والبحرية وادارتها والاعمال الثقيلة والمضرة بالصحة والاعمال التي تتطلب جهداً جسمانياً او ينجم عنها امراض مهنية^(٦٢).

فقانون العمل العراقي اقر بحق المرأة في العمل، الا انه عاد واستثنى اعمالاً محددة لا يجوز تشغيل المرأة فيها اذا جاء في المادة (٨٥/اولا) على انه (يحظر ارغام المرأة الحامل او المرضع على اداء عمل اضافي تعده الجهة الصحية المختصة مضراً بصحة الام او الطفل او اذا اثبت الفحص

الطبي وجود خطر كبير على صحة الام او الطفل)، ولعل الاعتبارات الاجتماعية والعائلية والتأكيد على ان البنية الجسدية للمرأة لا تستوعب تشغيلها في اعمال خطيرة او مرهقة وضارة بالصحة، اذ ن هناك بعض الصناعات والمهن تكون ظروف العمل فيها شاقة او ضارة، لذا اجاز المشرع لوزير العمل بناء على توصية من المركز للصحة والسلامة المهنية، وتخفيض وقت الدوام اليومي الاسبوعي^(٦٣).

في الوقت عينه قد اباح المشرع تشغيل الذكور في الاعمار المرهقة والضارة، بعد ان استبعد تشغيل النساء والاحداث في مثل هكذا اعمال، الا انه وان اباح تشغيلهم في اعمال خطيرة وضارة مثل عمليات التنقيب عن الاثار والمعادن او المقالع الخاصة بالمواد الانشائية وعمليات البناء وتشبيد المصانع وتركيب الاجهزة... الخ، فلم يتركهم من دون حماية او ضمانات خاصة تتناسب مع خطورة هذه الاعمال، اذ ان المشرع قد تنبه لخطورة هذه الاعمال فأكد على التثبت من الاهلية الصحية والبدنية للأشخاص العاملين في هذه الاعمال من خلال اجراء الفحوص الطبية والمهنية للتأكد من لياقته الصحية لمباشرة العمل، وبالتالي اذا خالف رب العمل ذلك وشغل عامل بدون فحص او تشغيل عامل تثبت الفحوصات عدم اهليته يعتبر عقد العمل باطل ويقع صاحب العمل تحت طائلة الجزاء الجنائي المنصوص عليه في المادة (١١٢) من القانون المذكور، بالإضافة لذلك يجب اجراء الفحص الشامل قبل انهاء عقد العمل للتأكد من عدم اصابة العامل باي ضرر اثناء تنفيذ العقد، وقد اوكل المشرع مهمة مراقبة تطبيق هذه الاحكام لجهاز التفتيش التابع لوزارة العمل^(٦٤)، هذا بالإضافة للتدابير الاخرى التي اوجبهها القانون على صاحب العمل.

ولم يخفى على المشرع امر الخاصية التي تميز المرأة عن الرجل وجعلها حكرا على الاناث دون الذكور بتهينة البنية الجسدية والبيولوجية لهذه الخاصية وهي الحمل والرضاعة، اذ ان قانون العمل تنبه الى خطورة عمل المرأة في الاسابيع السابقة للوضع والاسابيع التالية له، ولكون المرأة تترد في طلب اجازة خوفا على الاجر او غضب رب العمل فقد حظر قانون العمل تشغيل المرأة في هذه الاسابيع، وفرض على رب العمل منحها اجازة خاصة للحمل والوضع باجر تام مدتها (١٤) اسبوع في السنة على ان تكون من ضمنها (٨) اسابيع السابقة للتاريخ المتوقع

للوضع بشهادة طبية صادرة من الجهة المختصة (٦٥) ويجوز للجهة الطبية المختصة ان تمدد الاجازة الخاصة بالحمل والوضع لمدة لا تزيد على تسعة اشهر في حالات الولادة الصعبة او ولادة اكثر من طفل واحد او ظهور مضاعفات قبل الوضع او بعده، ويكون حكم المدة الزائدة عن (٨) اسابيع خاضع لقواعد قانون الضمان الاجتماعي للعمال وتستحق نسبة ٧٥% من الاجر عن المدة الزائدة عن (٨) اسابيع (٦٦) وفي ضوء الحديث عن اجازة الحمل والوضع فان القانون المذكور اعطى صلاحية لرب العمل في منح العاملة اجازة امومة بدون اجر لمدة لا تزيد على سنة واحدة اذا كان طفلها لم يكمل سنة واحدة من عمره، ويعد عقد العمل موقوفاً خلال هذه المدة (٦٧) وللمرأة العاملة اجازة لا تزيد على (٣) ايام عن كل حالة تتطلب ذلك اذا كان لديها طفل او اكثر مريض وبجاجة الى رعاية وكان عمره دون السادسة (٦٨) الا انه بالرغم من الحماية الفائقة الممنوحة للمرأة من قبل المشرع في فترتي الحمل والوضع قد فرض عليها قيد يصب في مصلحتها ومصلحة الطفل، اذ منعها من استغلال فترة تمتعها باجازة الحمل والوضع في عمل ماجور لدى الغير (٦٩)، وكذلك لا يحق للمرأة اثناء تمتعها باجازة امومة ان تعمل لدى جهة اخرى اثناء مدة الاجازة، فان مخالفة هذا القيد تعتبر الاجازة ملغاة ويحق لرب العمل ان يطالب العاملة بمباشرة العمل ف التاريخ الذي يحدده (٧٠).

وقد شدد المشرع على رب العمل الذي يستخدم عاملة او اكثر بان يعلق نسخة من الاحكام الخاصة بحماية المرأة العاملة في لوحة الاعلانات، وكذلك يلتزم بان يوفر اماكن لراحة العاملات حسب متطلبات العمل، وانشاء دور حضانة بمفرده او بمساعدة اصحاب العمل في المشاريع الاخرى بموجب تعليمات يصدرها وزير العمل، وبخلاف هذه الاحكام يعاقب بغرامة لا تقل عن (١٠٠,٠٠٠) دينار ولا تزيد عن (٥٠٠,٠٠٠) دينار (٧١).

ونجد ان قانون العمل العراقي النافذ قد استثنى من الاحكام المتقدمة النساء العاملات في وسط عائلي، اي الاعمال التي تعمل فيها المرأة تحت ادارة واشراف الزوج او الاب او الام او الاخ، فقد نصت المادة (٩٣) من القانون المذكور على انه (لا تطبق احكام هذا الفصل العاشر على العاملات في وسط عائلي لا يعمل فيه سوى افراد الاسرة تحت ادارة واشراف

الزوج او الاب او الام او الاخ)، وفي الحقيقة ان هذا الاستثناء له ما يبرره اذ ان العائلة اكثر حرص على العاملة ومراعاة لحالتها الصحية.

فمن خلال ما تقدم نجد ان قانون العمل العراقي قد ميز في المعاملة بين الرجل والمرأة، اذ تضمن احكام خاصة بعمل كلا من الجنسين بما يتناسب مع القدرات الجسدية والصحية وظروف المجتمع او الظروف العائلية، فأذا افترضنا فيما بعد حصول تغير في المراكز القانونية لكلا الجنسين، فاصبح الرجل في موقع المرأة والمرأة في موقع الرجل من خلال اجراء عملية تحول جنسي، فان تطبيق الاحكام السابقة سوف يختلف جذريا، وكما ذكرنا في المبحث الاول من هذه الدراسة بان عملية التحول الجنسي لا تحدث تغييرا بيولوجيا، وجل ما تحدثه هو التغيير الظاهري للبنية الجسدية، فمهما اجهدت المحاولات الطبية المتطورة لن تغير حقيقة خلق المرأة بتركيبة تختلف عن تركيبة الرجل، وبالتالي فان المرأة التي تتحول الى رجل يبقى غير قادر على مزاوله الاعمال الشاقة والخطرة وان اصبح باستطاعته العمل في الفترات الليلية العمل في الاعمال ذات الدوامين، وكذلك الرجل الذي يتحول الى امرأة فلن يكون قادر على الحمل والانجاب وذلك لكون فاقد الاعضاء التناسلية الذكرية والانثوية بحكم العملية التي تم اجراءها فقانونا لا تستطيع التمتع بالمزايا التي منحها قانون العمل للمرأة العاملة من اجازة حمل و وضع او اجازة امومة وغيرها من اوجه الرعاية الاخرى، الا ان ذلك يصطدم بحقيقة وهي كون صاحب العمل يعتمد على الوضع الظاهر للعامل او العاملة، ولا يستطيع التأكد من الجنس الحقيقي للمتقدم للعمل الا عن طريق اجراء كشوفات طبية هو غير ملزم بأجرائها الا اذا كان العمل في منشئته من الاعمال الشاقة او الخطرة او في مجال العمل بالمواد الضارة والخطرة فحينها يتأكد من عدم الاهلية الصحية او البدنية للمتقدم للعمل، ويشدد الامر تعقيدا اذا تم تغير الاسم والجنس في هوية الاحوال المدنية والاوراق الثبوتية الاخرى، فمن وجهة نظرنا ولعدم وقوع مثل هكذا حالات في المجتمع العراقي فانه يتم الاخذ بالوضع الظاهر ويكون لصاحب العمل سلطة تقديرية في استمرار العامل في اداء المهام الموكلة له او لا حسب اهليته او كفاءته، باستثناء الاعمال التي تتطلب مجهود بدني او الاعمال الخطرة والمضرة بالصحة لابد من اجراء كشف دقيق للتأكد من الصلاحية الجسدية للعامل، فلوقلنا بجرمان هذه الفتنة من

الاشخاص من مزاوله العمل فان ذلك فيه اجحاد لحقهم في مزاوله العمل ،الحق الذي كفله الدستور ويحمل شيء من العقوبة، اذ ان هناك اعمال من اختصاص النساء ويبرع فيها الرجال اكثر من النساء والعكس صحيح.

اما لو انتقلنا الى القوانين محل المقارنة نجد ان قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، قد تبنى نفس الاحكام التي تبناها نظيره العراقي في التمييز بالمعاملة بين العامل والعاملة، اذ تحظر المادة (٨٩) منه تشغيل النساء ليلا في الفترة التي تتراوح ما بين السابعة مساءً والسابعة صباحاً، وكذلك منع القانون تشغيل النساء في الاعمال الخطرة او الضارة سواء من الناحية الصحية او الاخلاقية اذ يصدر الوزير المختص قراراً يحدد هذه الاعمال (٧٢) ..

وكذلك حرص المشرع المصري على منح المرأة العاملة فترة راحة بعد الوضع اذ من تشغيلها خلال الخمسة والاربعون اليوم التالية للوضع، ويحظر على صاحب العمل فصل العاملة او انهاء خدماتها خلال فترة تمتعها بالإجازة (٧٣)

فاذا تمكن العامل من تغيير جنسه موهم صاحب العمل بتوافر الشروط والمواصفات للعمل المطلوب من قبل صاحب العمل لغرض الحصول على فرصة عمل، ثم يكتشف صاحب العمل حقيقته لاحقاً فالسؤال الذي يواجهها هو ما مدى السلطة الممنوحة لصاحب العمل حيال هذه المشكلة، فهل يحق له فصل العامل او ابطال العقد بسبب الغش والتدليس او يعد العامل مرتكباً لخطأ تأديبي؟

اذ رجعنا للمادة (١٤١) من قانون العمل العراقي النافذ والتي تضمنت الحالات التي يستحق فيها العامل عقوبة الفصل، لا نجد فيها اي اشارة الى امكانية فصل العامل بسبب انتحاله شخصية مزيفة، وانما اعطت الحق لصاحب العمل حق فصل العامل عند اتيانه سلوكاً لا يتألف وشرف العمل لأكثر من مرة، وبرأينا هذه حالة بعيدة كل البعد عن التحول الجنسي اذ ليس بالضرورة ان يكون سلوك المتحول جنسياً بعد التحول مسيء لسمعة العمل او محل بالآداب العامة، الا ان نص المادة (٦٩) من قانون العمل المصري النافذ قد نصت على انه (لا يجوز فصل العامل الا اذا ارتكب خطأ جسيماً، ويعتبر من قبيل خطأ الجسيم الحالات الآتية: اذا ثبت انتحال العامل لشخصية غير صحيحة او قدم مستندات مزورة)، بذلك يحق لصاحب العمل

فصل العامل اذا اكتشف بان شخصيته غير حقيقية او قدم اوراق مخالفة لحالته المدنية، لكن فيما يتعلق بهذه الحالة فان المتحول جنسيا اذا غير حالته المدنية بصرة رسمية لا يمكن فصله بسبب تقديم اوراق ثبوتية مزورة لان المستندات التي قدمها حصل عليها بطريقة اصولية. بينما يذهب البعض الى انه يمكن لصاحب العمل ابطال العقد للغلط او التدليس مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى طبقا للقواعد العامة، فعقد العمل من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فشخصية العامل محل اعتبار (٧٤) وبالتالي يحق لرب المهنة ان ينهي العقد اذا اكتشف ان العامل له شخصية ظاهرة تختلف عن شخصيته الحقيقية.

الا ان عملية التحول الجنسي لا تعتبر مبرر كافي لألغاء علاقة العمل في ضوء قانون العمل الفرنسي الجديد والقضاء الفرنسي، فالمادة (١١٣٢-١) من القانون المذكور على انه " لا يعاقب اي عامل بالطرد او ان يكون موضوع اي تمييز مباشر او غير مباشر بسبب جنسه او مظهره الجسدي" فيتضح من ذلك ان النغير لجنسه يستطيع الاحتفاظ بحقه في العمل طالما تغير الجنس لا يؤثر على العمل بالاستناد لمبدأ المساواة بين الرجال والنساء في مجال العمل (٧٥) فيذهب بعض الفقهاء في فرنسا الى ان تغير العامل لجنسه يوجب على صاحب العمل اعادة تكييف تابعه على حسب الجنس الذي اصبح ينتمي اليه ظاهريا، وينبغي ان يتمتعوا بمزايا التشريع الخاص بالجنس المقابل ويستفيدوا من كافة الحقوق والميزات الخاصة به، وبالتالي من حق الذكر الذي غير نسه الى انثى ان يتمتع بالميزات التي منحها القانون للنساء (٧٦).

فمناداة قانون العمل الفرنسي بالمساواة وعدم الاضرار بالشخص لتغيره جنسه لا تؤدي الى القضاء على الاشكالية من جذورها، فعمليا تنار اشكالية اذا كانت شخصية الفرد او جنسه شرطا اساسيا لمزاولة العمل او محل اعتبار في العقد، فما هي الحماية التي يمكن ان توفر للمغير لجنسه في ضل المؤثرات التي تواجهه في محيط عمله او من قبل صاحب العمل؟

تم انشاء هيئة تتمثل في السلطة العليا بموجب التوجيه الاوربي CE/٧٢/٢٠٠٢ و CE/٥٤/٢٠٠٦ للتجمع البرلماني للمجلس الاوربي وبهذا صدر قانون رق ١٤٨٤-٢٠٠٠ في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٤ لإنشاء سلطة عليا للقضاء على التمييزات ومن اجل المساواة، فتقدم لها

شكاوى من قبل الاشخاص الذين يعانون من اضطهاد او تمييز ومن ضمنهم المغيرين لجنسهم، فيكون لها التوسط للحصول على حقوقهم التي تمضم بسبب تغيير الجنس عن طريق التوصيات التي تخرج بها من مداولاها، ويحق لها التدخل اراديا امام الجهات القضائية للدفاع عن حقوق المغيرين لجنسهم الذي يدعي الاعتداء على حقوقه عدم المساواة بين النساء والرجال (٧٧).

من ضمن الحالات التي تم عرضها على هذه الهيئة دعوى تتعلق بسيدة تدعى (X) تقدمت بشكوى لدى HALDE في ٣١ ماي ٢٠٠٦، اذ ادعت السيدة المذكورة بوجود تحرش معنوي تمييزي من طرف صاحب العمل الذي قادها الى الاستقالة، اذ ان هذه السيدة عملت بصفتها عاملة لتصلح الاحذية بموجب عقد غير محدد المدة، فأثناء تعرضها لوعكة صحية تلقى صاحب العمل من صندوق التامين على المرض وثيقة تحمل رقم تامين اجتماعي يبدأ بالرقم (١) مما اضطر العاملة لان تشرح وضعيتها وحقيقة تغييرها لجنسها، قال رب العمل امام العاملين الاخرين "انا وضفت امرأة لكن هي رجل يدعى G"، فرفعت السيدة شكوى لدى الهيئة المذكورة فصرحت السلطة العليا بالزام الشركة بتقريب السيدة X وتعويض الاضرار التي لحقت (٧٨).

وان القضايا من هذا النوع لم تطرح على السلطة العليا فقط بل ان القضاء الفرنسي كان له دور في ارساء مبدأ عدم التمييز ضد المتحولين جنسياً، اذ عرضت على محكمة استئناف Montpllier بتاريخ ٣ جون ٢٠٠٩ تتعلق بطرد عامل بسبب تغييره لجنسه، اذ عين العامل بصفته مدير اداري مالي ومدير التنمية مكلف بالتخطيط في شركة Kaliop، اذ اعلن العامل في سبتمبر ٢٠٠٦ لصاحب العمل ولزملائه عن رغبته في تغيير جنسه تم تقبل الامر من زملائه ولكن رب العمل بعد اسابيع قام بطرده بسبب تقصير مهني، فرفع العامل شكواه امام محكمة العمل واخط السلطة العليا بنفس الوقت بأمر تسريحه من الشركة الذي تلى مباشرة اعلانه عن رغبته بتحويل جنسه، فتدخلت الهيئة اراديا في الدعوى المرفوعة امام المحكمة، فأصدرت محكمة العمل بتاريخ ٩ جوان ٢٠٠٨ بان الطرد ملغي تطبيقا للمواد ١٢٢-٤٥ و ١٢٣-٣ من قانون العمل القديم وبالزام الشركة بدفع تعويض عادل للعامل عن الاضرار التي لحقت به، فت الطعن بهذا الحكم امام محكمة الاستئناف فكان توجه هذه المحكمة بان الطرد

الذي تم من قبل صاحب العمل له اثر ملغي وليس تعسفي، فهو مبني على اسباب تمييزية من قبل صاحب العمل الذي لا يريد ان يراه في مكان العمل، فامرت المحكمة بإلغاء امر الطرد والصادر من رب العمل والزام هذا الاخير بدفع مبلغ ٣٠ الف يورو كتعويض لإصلاح الضرر(٧٩)

المطلب الثاني: اثر التحول الجنسي على قواعد قانون التقاعد والضمان الاجتماعي
 قد راعى قانون التقاعد و الضمان الاجتماعي رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل حقيقة الاختلاف التكويني بين الرجل والمرأة فقد احاط المرأة بضمانات خاص لم يوفرها للرجل، العامل، اذ انه تنبه الى ان الحمل والولادة يؤثران على قدرتها في العمل ولهذا يجب ان تتوفر لها رعاية خاصة في فترتي الحمل والولادة، فيتوفر للمرأة نوعان من المزايا: يتمثل الاول بالرعاية الطبية التي تفرضها ظرف الحمل والولادة، اما الثاني فيكون على شكل تعويض نقدي عن حقها في الاجر الذي تفقده اثناء فترة انقطاعها عن العمل، ويشترط لاستحقاقها هذه الضمانات ان تكون العاملة مشمولة بالضمان الاجتماعي، اذ اشترط القانون المذكور اعلاه ان تدفع العاملة المضمونة عدد من الاشتراكات لصندوق الضمان دون ان يقيد بها بعدد معين من الاشتراكات(٨٠).

كذلك الزمت المادة (٤٨/أ) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي على ضرورة عرض المرأة الحامل المشمولة بأحكام هذا القانون على الجهة الطبية التي تعتمدها دائرة الضمان عند ظهور الحمل لديها، والعبرة من هذا الاجراء هو ان تتاح للجهة الطبية مراقبة حالة المرأة الحامل وتحديد ما تستحقه من رعاية طيلة فترة الحمل. وتلتزم العاملة بتعليمات الجهة الطبية المختصة، هنا نجد تمييز واضح بين الرجل والمرأة من قبل قانون التقاعد والضمان الاجتماعي اذ انه لم يرتب اي اثر يذكر على عدم التزام المرأة الحامل بالتعليمات الصادرة من الجهة الطبية المختصة، في الوقت ذاته رتب جزاء على مخالفة العامل المريض او المصاب لتعليمات الجهة الطبية المختصة وذلك بعدم التزام دائرة الضمان الاجتماعي بأداء اي خدمات او اي عوض في حالة امتناع العامل عن الالتزام بالتعليمات الطبية او مخالفتها وتطبيق الحكم المقرر في المادة (٤٦) من القانون التي تنص على انه (يتبع اثناء مرضه تعليمات دائرة الضمان والجهة الطبية المشرفة على

معالجته، ولا تلتزم الدائرة بأداء اي خدمة او تعويض في حالة امتناع المريض عن تنفيذ التعليمات الا اذا تراجع وامتنثل لها)..

اما فيما يتعلق بمزايا الضمان الصحي فتتمثل المزايا العينية بالرعاية الصحية المنصوص عليها في المادة (٤٨) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، اما المزايا النقدية فتلتزم دائرة الضمان الاجتماعي بدفع تعويض نقدي يعادل اجرها عن المدة التي تعتبر فيها مجازة لأغراض الحمل والولادة، بينما تعرض العامل لحالة مرضية يلزم صاحب العمل بأن يمنحه اجازة لمدة ثلاثين يوماً باجر يدفع من قبل صاحب العمل، ففي هذه الحالة لا ينهض دور دائرة الضمان الاجتماعي الا اذا استنفذ العامل رصيد اجازاته او المتراكم منها بمحدود (١٨٠) يوماً، فتلتزم دائرة الضمان بان تدفع للعامل تعويض نقدي عن المدة الزائدة على التزام رب العمل بدفع الاجر (٨١).

هذا ويمكننا ان نتساءل عن مدى امكانية تمتع العامل المضمون بالمزايا العينية والنقدية الممنوحة للعامل في حالة المرض والاصابة على اعتبار ان العامل عند اجراءه للعملية يكون بحاجة الى الرعاية الطبية والعلاج والفحوصات الدورية لتابعة حالته الصحية؟

قانون التقاعد والضمان الاجتماعي النافذ لم يتضمن تعداد للأمراض التي يستحق فيها العامل مزايا الضمان الصحي العينية والنقدية، وبما ان عملية التحول الجنسي ليست لأسباب عضوية وانما مجرد اسباب نفسية، وهذا النوع من العمليات من غير الجائز شرعا اجراءها وتعتبر من اذلل الممارسات المجتمعية التي لا ترضى بها مروءة فأن العامل لا يستحق اي رعاية طبية او تعويضات نقدية في فترة اجراء الجراحة او بعدها.

وها الاتجاه عينه ذهب اليه الفقه في مصر بانه لا يحق لهذا الشخص اجراء العملية الطبية على نفقة جهة العمل او التامين الصحي او الضمان الاجتماعي لعدم الاعتراف بمشروعية هذا النوع من الاعمال الطبية المشوهة واصاف بانه لا يحق له استخراج شهادة نهایة الخدمة بالاسم النوع الجديد حتى لا يكون هذا اعترافا جزئيا بأثار العملية الجراحية المحظورة (٨٢)

ويعود قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي النافذ ليرز لنا اوجه الاختلاف بين ارجل والمرأة من خلال تحديده لسن التقاعد، اذ حددت المادة (٦٥) من القانون على ان العامل المضمون يستحق راتباً تقاعدياً اذا اكمل الستين من العمر، اما المرأة فيكون السن المطلوب

للتقاعد هو اكمال الخامسة والخمسين من العمر، وكان لأي منهما خدمة مضمونة لمدة عشرون سنة .

فمن خلال ما تقدم تتضح لنا حقيقة لا تقبل الشك او التأويل بان عمليات التحول الجنسي يكون لها اثر بالغ على تطبيق احكام هذا القانون، فإذا كانت هذه العملية لا تؤثر على ضمانة الحمل والولادة لكون الرجل الذي يجري هذه العملية يتحول الى امرأة عقيمة غير قادره على الانجاب فيتمتع بضمانه المرض فقط، الا ان الاشكالية تنور في حساب السن القانوني للإحالة للتقاعد فلو ان امرأة اجرت عملية تحول جنسي الى رجل فهل يتم الاعتماد على السن المذكور بهوية الاحوال المدنية السابقة للتحول ام اللاحقة له، وهل يبقى يشترط ان يتم الستين من العمر ام انه يعامل وفق جنسه قبل التحول وبالتالي يكفي ان يتم الخامسة والخمسين من العمر، فهذه الاشكالات بحاجة الى تدخل تشريعي لمعالجة مثل هذه الحالات.

فبرأينا يتم الاعتماد على الوضع الظاهر والوثائق الرسمية المؤيدة لجنسه وقت تقدمه للعمل وشموله بالضمان الاجتماعي، فمثلا لو ان المرأة تحولت الى رجل وتم تغير هوية الاحوال المدنية يتم الاعتماد على تاريخ الميلاد المذكور فيها ويشترط ان يتم الستين سنة من العمر لكي يستحق التقاعد، اذ ان عملية التحول الجنسي لا تنتج اثارها الا بالنسبة للمستقبل، وكذلك من غير المنطقي بان يستفيد المتحول جنسيا من مزايا الجنس الجديد ويعفى من مساوئه.

وما دمنا في صدد اثر عملية التحول الجنسي على قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي يمكننا ان نسأل عن مدى استحقاق خلف العامل المتحول جنسيا للراتب التقاعدي في حالة وفاته اثناء مدة سريان خدمته المضمونة؟

تنص المادة (٦٦) من القانون على استحقاق الخلف الراتب التقاعدي للعامل الذي توفي سواء كان استحقاقه للراتب عن اصابة العمل او العجز عن العمل او بسبب بلوغه سن التقاعد، فما المقصود بالخلف المذكور في المادة؟

قد اخذ قانون التقاعد والضمان الاجتماعي بسببي الارث وهما القرابة والنكاح الصحيح، ولم يعتمد على قانون الاحوال الشخصية فيما يتعلق بتحديد الورثة بالقرابة، وان المبدأ الوارد

بقانون التقاعد والضمان الاجتماعي يعتمد على ركنين وهما الحاجة والعمل فحددت المادة (٧٢) مفهوم الخلف لاستحقاق الراتب التقاعدي(٨٣)

فكان مفهوم الخلف وفقاً للمادة المذكورة كالاتي :

الزوج اذا كان غير قادر على العمل عند وفاة زوجته المضمونة وكان يعتمد في اعالته عليها وليس له مورد خاص.

الزوجة اذا لم يكن لها عمل ولم تتزوج بعد وفاة زوجها المضمون ولم يكن لها مورد خاص وفي حالة التعدد يتم اقتسام الراتب التقاعدي بالتساوي.

نقف عند هاتين النقطتين، فكما ذكرنا في المبحث الاول عند تطرقنا لأثر عملية التحول الجنسي على عقد الزواج القائم، فوجدنا بان عقد الزواج يعتبر منتهيا لان استمراره فيه نوع من المثلية الجنسية التي لا تسمح بها تعاليمنا الدينية او النصوص القانونية الوضعية، وبالتالي يتم استبعاد مدى كون الزوج الاخر للمتحول جنسيا خلف للعامل المتوفي وبالتالي عدم استحقاقه للراتب التقاعدي.

الاولاد الذكور من لم يزد عمره عن السابعة عشرة الا اذا كان عاجز عن العمل او يتابع دراسته الثانوية حتى سن العشرين او الجامعية حتى سن السابعة والعشرين، والبنات باستثناء من تزوج منهن او تجاوزت السابعة عشرة من العمر.

الاب والام اذا كانا غير قادرين على العمل ويعتمدان في اعالتهما عليه ولم يكن لهما مردود خاص.

الاخوة من كان منهم دون السادسة عشرة وكان يعتمد في اعالته على العامل المضمون والاخوات مالم يكن متزوجات او لهن مورد خاص ولا عمل ماجور او دائم(٨٤).

بينما يميز الفقه المصري بين نوعين من عمليات التحول الجنسي، فاذا كانت عملية التحول لأسباب نفسية وهو من الممارسات الخطورة في الفقه المصري لا يستحق المتحول اي معاش لعدم تمكنه من اثبات هوية جنسه الجديد، اما لو كانت عملية التحول لأسباب عضوية فان المتحول يستحق المعاش وفي حالة وفاته ينتقل الى المستحقين عنه ويقصد بالمستحقين هم الارملة

المطلقة، الزوج، الابناء والبنات، الوالدين، الاخوة والاخوات الذين تتوفر فيهم شروط الاستحقاق وقت وفاة المؤمن عليه او صاحب المعاش (٨٥) .

وعلى الرغم من اعتراف القانون والقضاء الفرنسيين بحق المتحول جنسيا بمزاولة العمل، الا ان الفقه تبني موقفا واضحا يقضي بكون حالة تغيير الجنس من غير المتقبل رفض ممارسة المغير لجنسه حقوقا مرتبطة بحالته الجديدة بقدر ما سيكون من غير المنطقي مواصلة مزاولة الحقوق لتي تنتجها حالته القديمة، اذ ان المغير لجنسه لا يمكنه ان يلعب على اللوحتين، الحصول على حالة جديدة مواصلين تغليب القديمة، فالهوية السابقة للمغير لجنسه لا يمكن لها ان تواصل انتاج الاثار المترتبة عليها، وقد تأكدت وجهة النظر هذه على خلفية الطعن المقدم لمحكمة استئناف Limoges بتاريخ ١٢ اكتوبر ٢٠٠٠ متعلقة بمعاش الزوج الارمل اذ ما غير احد مستحقه لجنسه، اذ طالبت ارملة بان يتم نقل معاش زوجها المتوفى بأكمله لها لكون زوجته الاولى اجرت عملية تحول جنسي فأصبحت رجل ، ولكون الطاعنة لم تتمكن من اثبات تغيير الجنس للزوجة الاولى فلم تتمكن من الاستفادة من حصة الزوجة الاولى المتحولة جنسيا في المعاش، اذ ان قرار المحكمة المذكورة اشار ضمنا بانه في حال تمكن الطاعنة من اثبات حالة التحول الجنسي للزوجة الاولى فان الاخيرة لا تستحق حصتها في المعاش لان تغيير الجنس يترتب عليه سقوط الحقوق المكتسبة سابقا للزوجة الاولى التي تغيرت من امرأة الى رجل (٨٦)..

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة اثر عملية التحول الجنسي على المركز القانوني للفرد سواء من حيث مسائل الاحوال الشخصية او من حيث تأثيرها على عمله وضماناته، توصلنا الى جملة من النتائج مصحوبة بتوصيات للمحاولة في التصدي لهذه الافة المجتمعية .

اولا: - النتائج

١- عملية التحول الجنسي تعتبر من الممارسات الطبية المنبوذة في المجتمعات الاسلامية وفي المجتمع العراقي على وجه الخصوص، فهي لا تخاف قواعد الشريعة الاسلامية السمحاء وحسب

واما فيها تحدي لخلق الله بإيجاد جنس ثالث، وتعتبر من اردل الاعمال التي يرتكبها الفرد وها اثار سلبية خطيرة جدا على المجتمع ككل.

٢- هناك فرق شاسع بين عملية تصحيح الجنس والتي تكون كعلاج لحالة مرضية وهي الخنثى او حالة اضطراب الهوية الجنسية، وهذه العمليات لها ضرورة تقتضيها وبالتالي لا تثير اي مشكلة بشرط ان تكون وفق الضوابط والتعليمات، اما عمليات التحول الجنسي موضع البحث لا تكون لدواعي مرضية وانما هي لأسباب نفسية تتمحور في رغبة الشخص بالتخلص من جنسه والتحول للجنس الاخر.

٣- عملية التحول الجنسي لا تنتج اثار فردية، فان سلباتها لا تنحصر في المتحول جنسيا والمتمثلة بنبذ المجتمع له وخسارة علاقات تمثل العمود الفقري لحياته الاجتماعية، وانما تكون لها اثار جماعية، اذ تؤثر في علاقته بزوجه الاخر اذا كان متزوجا فؤدي الى انهاء الرابطة الزوجية، فيكون لهذا تأثير سلبي على الاولاد من حيث نضرة المجتمع لهم، اما لو كان غير متزوج فان زواجه يكون غير جائز شرعا وقاننا لأنه ينطوي تحت طائلة الزواج المثلي.

٤- يحق للزوج الاخر بان يطلب التفريق القضائي لكون عملية التحول الجنسي تعتبر اضرارا بالزوج الاخر يوجب التفريق.

٥- عملية التحول الجنسي تؤثر في احكام الميراث، فمن المعروف ان الشريعة الاسلامية لم تأخذ بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة من حيث الاستحقاق الإرثي، وكذلك تؤثر في عدد الاناث او الذكور اللازم للحجب الجزئي لبعض الورثة.

٦- في حال تم اجراء العملية وحصول الشخص على اوراق رسمية تثبت نوعه الجديد لا يمكن انكار حق هذا الشخص في الحصول على عمل يتناسب مع مؤهلاته وقدراته البدنية والصحية، لان القول بخلاف ذلك يجعله عالة على المجتمع من المحتمل ان ينجر في الجريمة او الاعمال التي تتعارض مع الآداب والنظام العام، الا اذا كانت شخصية العامل او جنسه له محل اعتبار في العمل المطلوب.

٧- لا يحق للعامل الذي يجري عملية تحول جنسي ان يطالب دائرة الضمان الصحي بالمزايا العينية او النقدية التي يستحقها العامل عند تعرضه لمرض معين، لكون مثل هذه العمليات امر غير جائز شرعا وقانونا.

٨- يستحق العامل المتحول جنسيا مرتبا تقاعديا في حالة اكماله للسنة المقررة قانونا بحسب جنسه الجديد، وعند وفاته يتحول الى مستحقه مع استثناء الزوج او الزوجة لان العلاقة الزوجية تنتهي بمجرد تغيير الجنس.

ثانيا : - التوصيات

١- ان تكون هناك حملات توعية للشباب بخطورة وعدم مشروعية مثل هذه العمليات وما تنتجه من اثار سلبية خطيرة على الفرد والمجتمع، وضرورة عدم الانجراف للممارسات القادمة من المجتمعات الاوربية التي تبيح مثل هذه العمليات.

٢- ضرورة مراقبة تطبيق تعليمات تصحيح الجنس رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢، وعدم اتخاذها ذريعة لإجراء مثل هذه العمليات.

٣- وضع نصوص قانونية تبيح مثل هذا النوع من العمليات لمعالجة حالة الخنثى او اضطراب الهوية الجنسية فقط دون غيرها.

٤- تجريم مثل هذا النوع من العمليات بنص صريح، وفرض عقوبة مشددة على كلا من الجهة التي تجري هذه العمليات، والشخص الخاضع للعملية، لكونها تخالف قواعد الشريعة الاسلامية والعادات المجتمعية، وفيها ارباك للنظام القانوني. وف

٥- في ضل غياب نص صريح يحرم مثل هذه العمليات يكون الدور الاساسي في التصدي لمثل هذه الممارسات للجهات القضائية والدوائر المعنية برفض طلب المتحول جنسيا بتغيير اوراقه الثبوتية بما يتناسب مع نوعه الجديد.

الهوامش

١- الآية (٤) سورة التين

٢- د. هانيا علي فقيهه، تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني، بحث منشور على الموقع legallaw.ul.edu.lb

٣- المرجع نفسه.

- ٤- د. شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحضر والمشروعية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الاولى، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١٨٧ اشار اليه اعتدال عبد الباقي، تغيير الجنس واشكالاته الشرعية والقانونية، بحث منشور على الموقع law.uobasrah.edu.iq، ص٨
- ٥- د. ياسين عبد الصمد عمر كردي التميمي، المدخل لدراسة احكام الميراث والوصية في الشريعة الاسلامية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، اصدارات كلية شط العرب الجامعة، البصرة، ٢٠٠٩، ص٥٩
- ٦ اعتدال عبد الباقي، المرجع السابق، ص٩.
- ٧- راجع د. هانيا علي فقيه، المرجع السابق. وكذلك اعتدال عبد الباقي، المرجع السابق، ص١٠ وما بعدها.
- ٨- عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار القلم للنشر، الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠، ص١٥-
- ٩- انظر عباس فاضل عباس، تحويل نوع الجنس البشري دراسة في قانون الاحوال الشخصية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ٢٠١٣، ص١١٣.
- ١٠- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص١٥.
- ١١- المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
- ١٢- المادة الرابعة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
- ١٣- عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص١١٤
- ١٤- عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص١١٤
- ١٥- لمزيد من التفصيل راجع د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، الجزء الاول (الزواج والطلاق)، ٢٠٠٩، ص٥٥ وما بعدها. عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص١١٤ وما بعدها
- ١٦- لمزيد من التفصيل حول شروط عقد الزواج مراجعة المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، و د. احمد الكبيسي، المرجع السابق، ص٥٤
- ١٧- عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، ١٩٨٤، ص٣٩
- ١٨- راجع عباس فاضل عباس، المرجع لسابق، ص١١٥
- ١٩- راجع د. احمد الكبيسي، المرجع السابق، ص٥٤. وعباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص١١٦
- ٢٠- راجع عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص١٢٣. ومن الدول التي اجازة هذا النوع من الزيجات هي هولندا، بلجيكا، اسبانيا، كندا، جنوب افريقيا، بعض الولايات المتحدة الامريكية، فرنسا، النرويج، اسرائيل، ايسلندا.
- ٢١- سليمان بن احمد بن ايوب بن مطير اللخمي الشامي، مسند الشاميين، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الاولى، ١٩٨٤، ص٢٩٧، اشار اليه عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص١٢٤
- ٢٢- لمزيد من التفصيل حول القضية راجع مكولوف وهيبه، الاحكام القانونية لنظام تغيير الجنس (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد.
- ٢٣- مكولوف وهيبه، المرجع السابق، ص٣٤٩
- ٢٤- المرجع نفسه، ص٣٥٤

- ٢٥- احمد محمد سعد ،تغيير الجنس بين الحظر والاباحة ،دار النهضة العربية ،القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٣، ص١٩٦ وما بعدها. كذلك د. منصور عبد السلام الصرايرة، جراحة الخنثوة وتغيير الجنس (دراسة في ضوء الشرائع السماوية والتشريع الاردني ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،مجلد ٣٥، العدد الرابع، ٢٠١١، ص٣٢٠ .
- ٢٦- انس محمد ابراهيم بشار، المرجع السابق ، ص٤١٩
- ٢٨- مكرولف وهيبه، المرجع السابق ،ص٣٢٢-٣٢٤ .
- ٢٩- المرجع نفسه، ص٣٢٢-٣٢٤ .
- ٣٠- المرجع نفسه، ص٣٢٤-٣٢٥ .
- ٣١- احمد محمد سعد، المرجع السابق، ص٧١١
- ٣٢- علي حسين نجيده، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني ،التلقيح الصناعي وتغيير الجنس ،دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص٩٥ اشار اليه مكرولف وهيبه ، المرجع السابق ،ص٣٣١ .
- ٣٣- مكرولف وهيبه، المرجع السابق، ص٣٦٦
- ٣٤- راجع محمد انس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص٤٤٢ . كذلك د. منصور عبد السلام الصرايرة ، المرجع السابق، ص٣٣٩
- ٣٥- سورة البقرة الآية (٢٣٣)
- ٣٦- راجع د. احمد الكبيسي ،المرجع السابق ،ص
- ٣٧- راجع اعتدال عبد الباقي، المرجع السابق ،ص٤٣
- ٣٨- عباس فاضل عباس، الرجوع السابق، ص١٣٢
- ٣٩- المرجع نفسه، ص١٤١
- ٤٠- فمن ضمن العيوب الجنسية هي (الرتق، القرن، العنة، الشكاز) لمزيد من التفصيل راجع ،المرجع نفسه، ص١٤٣
- ٤١- راجع عباس فاضل عباس، المرجع السابق ، ص١٤٩ وما بعدها .ايضا اعتدال عبد الباقي، المرجع السابق ،ص٤١ . ويفرق البعض بين ان تكون العلة حادثة بعد العقد وقبل الدخول فيحق للمرأة طلب الفسخ ،اما اذا كانت العلة بعد العقد وبعد الدخول فلا يحق لها طلب التفريق .راجع القاضي ضياء كاظم الكناني، المحلل الرابطة الزوجية في التشريع العراقي معززة بقرارات محكمة التمييز الاتحادية، بدون دار نشر ،بغداد، ٢٠١٠، ص١٥٧ . وهذا ما ذهب اليه هيئة المواد الشخصية لحكمة التمييز في قرارها المرقم (٥) لسنة ١٩٦٤ "للزوجة طلب التفريق ان وجدت زوجها عتينا حن الدخول بها اما اذا اصيب بالعدة بعد الدخول فليس لها طلب ذلك"، راجع د. احمد الكبيسي ،المرجع السابق، ص٢٦٩، ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه طالما كان نص المادة (٤٣) من قانون الاحوال الشخصية صريح في اعطاء الحق للزوجة في طلب التفريق للعلل سواء كان قبل الدخول ام بعده.
- ٤٢- تتمثل تفاصيل الدعوى بان الزوجة قامت برفع دعوى بواسطة وكيلها لدى محكمة الاحوال الشخصية في كركوك طالبة التفريق القضائي لكون زوجها شرعا وقانونا قد اصابها منه ضرر لتشبهه بالنساء عن طريق التبرج فحكمة المحكمة بالتفريق بينهما واعتباره طلاق بانن يبنونه صغرى لانه لا يعقد ومهر جديد والزمة المحكمة المدعية بالعدة الشرعية وهي ثلاثة قروء، قرار غير منشور بحكمة الاحوال الشخصية ٤/صفر/١٤٣٩ هجري الموافق ٢٤/١٠/٢٠١٧
- ٤٣- محمد انس ابراهيم بشار، المرجع السابق ،ص٤١٣
- ٤٤- محمد انس ابراهيم، المرجع السابق، ص٤١٤ وما بعدها
- ٤٥- احمد محمود سعد ، المرجع السابق، ص٧١١

- ٤٦- عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص ١٥٣
- ٤٧- المرجع نفسه، ص ١٥٤. هذا ويذهب السيد الحميني الى ان المرأة لو اجرت عملية التحول الجنسي اثناء عدتها سقطت العدة حتى عدة الوفاة، اشار الية اعتدال عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٩.
- ٤٨- راجع نص المادة (٥٧/ ١ ف و ٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.
- ٤٩- السيد محمد صادق الصدر ما وراء الفقه، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، بدون سنة طبع، ص ٩٤
- ٥٠- عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص ١٧٣
- ٥١- د. مصطفى ابراهيم الزلي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص ٦.
- ٥٢- مزيد من التفصيل راجع د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، الجزء الثاني (الوصايا والمواثيق والوقف) ٢٠٠٩، ص ٨٩. كذلك د. مصطفى ابراهيم الزلي، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها
- ٥٣- راجع عباس فاضل عباس، المرجع السابق، ص ١٦٢
- ٥٤- السيد محمد صادق الصدر، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها.
- ٥٥- راجع د. مصطفى ابراهيم الزلي، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها
- ٥٦- ذهب الى هذا الرأي السيد محمد صادق الصدر، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها .
- ٥٧- عباس فاضل عباس، المرجع السابق ص ١٦٢. كذلك اعتدال عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٢
- ٥٨- عمران كافي وبيح نسيم، توريث المرأة في قانون الاسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، رسالة ماجستير مقدمه الى جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٩، متاحة على الموقع univ-bejaia.dz، ولزويد من التفصيل حول نظام الارث في النظام الفرنسي راجع د. احمد عبد الرحمن الوجدي، تطور نظام الارث في اوربا، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، العدد ٣١، شباط ٢٠١٧ .
- ٥٩- يختلف التفريق الجسماني عن الطلاق في كون الاخير يقطع الرابطة الزوجية، اما التفريق الجسماني فهو اعفاء الزوجين من واجبات الزوجية والمبيت في مسكن واحد بقرار من القاضي مع بقاء الرابطة لزوجية وبالتالي لا يتم التوارث على سبيل العقوبة، المرجع نفسه، ص ١٠.
- ٦٠- عمران كافي وبيح نسيم، المرجع السابق، ص ٣٤.
- ٦١- د. عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٢٥٤ وما بعدها
- ٦٢- راجع المادة (٦٩/ اولا ج و ثانيا ب) من قانون العمل العراقي النافذ.
- ٦٣- د. يوسف الياس، الوجيز في قانون العمل والضمان الاجتماعي، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٤، ص ٤٠
- ٦٤- د. عماد حسن سلمان، المرجع السابق، ص ٢٥٦
- ٦٥- المرجع نفسه، ص ٢٦٢ وما بعدها.
- ٦٦- المادة (٨٧/ اولا وثانيا)، قانون العمل العراقي النافذ.
- ٦٧- المادة (٨٧/ خامسا)، قانون العمل العراقي النافذ
- ٦٨- المادة (٨٩) من قانون العمل العراقي النافذ

- ٦٩- المادة (٩١) من قانون العمل النافذ
- ٧٠- المادة (٨٨) من قانون العمل العراقي النافذ
- ٧١- المادة (٩٠) من قانون العمل العراقي النافذ
- ٧٢- د. عماد حسن سلمان، المرجع السابق، ص ٢٥٩
- ٧٣- المادة (٩٠) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.
- ٧٤- المادة (٩١) والمادة (٩٢) من قانون العمل المصري النافذ.
- ٧٥- احمد عبد الكريم ابو شنب، شرح قانون العمل الاردني الجديد، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١١٣، اشار اليه د. عماد حسن سلمان، المرجع السابق، ص ٨٣.
- ٧٦- مكملوف وهيبه، المرجع السابق، ص ٣٩٧.
- ٧٧- اشار اليه مكملوف وهيبه، المرجع نفسه، ص ٣٩٩.
- ٧٨- المرجع نفسه، ص ٣٩٨.
- ٧٩- لمزيد من التفاصيل حول القضية راجع، المرجع نفسه، ص ٣٩٨.
- ٨٠- تفاصيل الدعوى متاحة على الموقع <http://www.Ftm-transsexual.com/forum/view> اشار اليه مكملوف وهيبه، المرجع نفسه، ص ٣٩٩ وما بعدها
- ٨١- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص ٩٦.
- ٨٢- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها.
- ٨٣- محمد انس ابراهيم بشار، المرجع السابق، ص ٤٧٥ وما بعدها.
- ٨٤- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، المرجع السابق، ص ١٧٠.
- ٨٥- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها
- ٨٦- الشهابي ابراهيم الشرفاوي، تثبيت الجنس اثره دراسة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة لاهور، ٢٠٠٢، ص ٥٤٥ وما بعدها اشار اليها مكملوف وهيبه، المرجع السابق، ص ٤٠٦.
- ٨٧- مكملوف وهيبه، المرجع السابق، ص ٤٠٤.

المراجع

اولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

- ١- د. احمد محمد سعد، تغيير الجنس بين الحضر والاباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٣.
- ٢- د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الاول (الزواج والطلاق)، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٣- د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الثاني (الوصايا والموارث والوقف)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

- حسين الأعظمي، احكام الزواج والطلاق، مطبعة المعارف، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٤٨ .
- ٤- د. عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار القلم للنشر، الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠ .
- ٥- عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها قضاء، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، ١٩٨٤ .
- ٦- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، بدون دار نشر بدون سنة طبع.
- ٧- د. عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
- ٨- السيد محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه، مطبع الآداب، النجف الاشرف، بدون سنة طبع.
- ٩- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون بدون دار نشر، بدون سنة طبع.
- ١٠- د. ياسين عبد الصمد عمر كريدي التميمي، المدخل لدراسة احكام الميراث والوصية في الشريعة الاسلامية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، اصدارات كلية شط العرب الجامعة، البصرة، ٢٠٠٩ .
- ١١- د. يوسف الياس، الوجيز في قانون العمل والضمان الاجتماعي، بدون دار نشر، بغداد، الطبعة الاولى، ١٩٨٤ .
- ثالثا: الرسائل
- ١- انس محمد ابراهيم بشار، تغير الجنس واثره في القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ٢٠٠٣ .
- ٢- عباس فاضل عباس، تحويل نوع الجنس البشري دراسة في قانون الاحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠١٣ .
- ٣- مكرولف وهيبه، الاحكام القانونية لنظام تغير الجنس دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلم السياسية، جامعة بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦ .
- رابعا: الابحاث والمجلات
- ١- د. احمد عبد الرحمن الوجدي، تطور نظام الارث في اوربا، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، العدد ٣١، شباط ٢٠١٧ .
- ٢- أ. عامر نجم، تغير الجنس بين المنع والاباحة، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث والثلاثون، ٢٠١٥ .

٣- منصور عبد السلام الصرايرة، جراحة الخنوثة وتغير الجنس دراسة في ضوء الشرائع السماوية والتشريع الاردني، مجلة الحقوق، مجلد ٣٥، العدد الرابع، ٢٠١١ .

خامسا: القوانين

١- قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥.

٢- قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

٣- تعليمات تصحيح الجنس رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.

٤- قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣١ لسنة ١٩٧١.

٥- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

سادسا: القرارات القضائية

١- قرار صادر من هيئة الاحوال الشخصية في محكمة التمييز بتاريخ ٤ صفر/١٤٣٩ الموافق ٢٤ /

٢٠١٧/١٠، غير منشور

سابعا: شبكة الانترنت

١- اعتدال عبد الباقي، تغير الجنس واشكالاته الشرعية والقانونية، بحث منشور على الموقع

. law.uobasrah.edu.iq

٢- عمران كافية وبجيح نسيم، توريث المرأة في قانون الاسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، رسالة

ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، الجزائر، ٢٠١٦، متاحة على الموقع univ.bejaia.dz.

٣- د. هانيا علي فقيه، تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني، بحث منشور على الموقع

. legallaw.ul.edu.lb