الإحتياط في تقدير ميراث الخنثى
(دراسة مقارنة)

أ.د.حميد سلطان علي **غيث حليم قاسم**
أستاذ الشريعة الأسلامية
باحث قانوني
في كلية القانون/ جامعة بغداد

المستخلص
يمكن القول أن من أهم الأسباب التي دعتنا الى اختيار موضوع الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى هي ، أهمية علم الميراث بصورة عامة وأحكام الأحتياط في تقدير الأرث بصورة خاصة ، وعلى الرغم من أهمية موضوع الأحتياط في تقدير الإرث وصلته الوثيقة بحياة الناس إلا وهو الحصول على حقهم في الميراث ، الا أنه لم يكن محلاً للبحث في قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ولذلك أثرنا معالجة هذا الموضوع من اجل محاولة سد النقص والفراغ التشريعي في قانون الأحوال الشخصية ، من خلال اقتراح النص المناسب ، أخذين بنظر الأعتبار طبيعة المجتمع العراقي ، والرأي الراجح عند فقهاء الشريعة الأسلامية .
من هنا جاءت فكرة دراسة موضوع الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى ، لبيان كيفية معاملة الخنثى المشكل ، وتم الأعتماد في هذه البحث على أراء المذاهب الاسلامية الأربعة اضافه الى المذهب الجعفري والمقارنه بينها وأختيار الراجح منها ، مع بيان موقف القانون العراقي وموقف عدد من القوانين العربية المقارنه .
ومن أهم النتائج التي تم التوصل أليها في ختام هذه الدراسة هي أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم ينص على أحكام الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى، لذلك يقتضي الرجوع الى مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية أستناداً الى نص الفقره الثانية من المادة الاولى من هذا القانون ، وهذه الأحالة لا يمكن تبريرها ولا تؤدي الى حل مشكلة عدم النص على أحكام الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى، لأن الشريعة الأسلامية لم تتفق على رأي واحد يمكن التعويل عليه ، ومن ثم فإن هذا يؤدي الى مزيد من المشاكل والخلافات ، بالتالي يصعب من مهمة القاضي لعدم وجود نص واضح وثابت يمكن الاعتماد عليه في أصدار القسام الشرعي .
وقد كانت أهم المقرحات تتمثل بتعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي ، بحيث ينص على أحكام الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى، وأعتماد المشرع في ذلك على الرأي الراجح بين المذاهب الأسلامية ، مع مراعاة طبيعة المجتمع العراقي ، فضلاً عن الأسترشاد بنصوص القوانين المقارنة.

Abstract

It can be said that one of the most important reasons that led us to choose the subject of reserve in assessing the heritage of the sheikh is the importance of inheritance science in general and provisions of reserve in the estimation of inheritance in particular, and despite the importance of the subject of reserve in the estimation of inheritance and its connection to the lives of people, But it was not a subject to research in the Iraqi personal status law, and therefore we have dealt with this issue in order to try to fill the lack and vacuum in the legislative personal status law, through the proposal of a number of appropriate texts, taking into consideration the nature of Iraqi society, and the fair opinion of the Islamic jurists.

Hence, the idea of studying the subject of reserve in assessing the inheritance of the female sheikh, to show how the female genital herpes was treated, this research is based on the views of the four Islamic sects, adding to the Jaafari sect and comparing them then choosing the most common ones, with a statement of the position of the Iraqi law and the position of a number of comparative Arab laws.

The most important results reached in this study is that the Iraqi personal status law did not provide for the provisions of the reserve in the estimation of the inheritance of the female, so it is necessary to refer to the principles and provisions of Islamic law based on the text of the second paragraph of Article I of this law, This argument cannot be justified and does not lead to a solution to the problem of not providing the provisions of the reserve in estimating the inheritance of the hermaphrodite, because Islamic law did not agree on one opinion that can be relied upon, and thus this leads to more problems and differences, , Thus the task of the judge is difficult because there is no clear and consistent text can be relied upon to issue the legitimate Qassam.

The most important suggestions were the amendment of the Iraqi personal status law, which provides the provisions of the reserve in the estimation of the inheritance of the hermaphrodite, and the adoption of the legislator in this view the most likely among the Islamic sects, taking into account the nature of Iraqi society, as well as the guides of the texts of comparative laws.

الكلمات المفتاحية

١	الخنثى المشكل	من أختلطت فيه علامات الذكورة والانوثة للدرجة التي لا يمكن معها معرفة جنسة .
٢	الخنثى غير المشكل	من أختلطت فيه علامات الذكورة الا انه يمكن معرفة جنسة من خلال بعض العلامات مثل مكان خروج البول .
٣	كلا التقديرين	يقصد به تقدير الانوثة وتقدير الذكورة .
٤	أحد التقديرين	يقصد به تقدير الأنوثة أو تقدير الذكورة .
٥	الاضر	الشيء الأكثر ضرراً .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين وعلى صحبه المنتجبين ....

يعد الفقه الأسلامي من أهم وأشرف العلوم الأنسانية وأجلها ، إذ ينظم جوانب حياة الأنسان وبه تعرف الأحكام الشرعية ، ويعد علم الميراث من فروع الفقه الأسلامي المهمة ، لأنه يهتم بأيصال الحقوق لورثة المتوفى ، وهذا يعني أنه يساهم في أعطاء الحقوق الى أهلها ، ومن ثم التقليل من الخلافات الناتجة عن تقسيم تركة المتوفى ، والدليل على أهمية علم الميراث أن الله تعالى قد بين أنصبة الورثة بنصوص مفصلة بشكل لا يدعو الى الشك ، ثم جاءت السنة النبوية الشريفة لشرح أحكام المواريث كافة ، وهذا يعني أنه لا يوجد شك في عدالة أحكام الميراث لأن الله تعالى قد تكفل ببيانها بل وقام بتفصيلها ، وتأتي أهمية علم الميراث من أرتباطه الوثيق بحياة الأنسان ، إذ قلما يخلو يوم من ميت ووجود ورثة يرثونه ، وكما هو معلوم فقد عرفت الأمم السابقه لشريعة الأسلام علم الميراث ، الا أن أحكامهم كانت تقوم على الغبن وحرمان الأخرين من حقوقهم ، كحصر الميراث بالاشخاص القادرين على القتال ، ومن ثم حرمان النساء والأطفال و كبار السن من حقوقهم ، على خلاف الشريعة الأسلامية التي من أهم مبادئها هو أعطاء كل ذي حقٍ حقه .

وكما هو معروف فأنه لكي تتم عملية التوارث بين الوارث والمورث فأنه لا بدَ من توافر أسباب الأرث وأنتفاء موانعه وتوافر شروطه وأركانه وعدم وجود شك أو خلل في أحد هذه الأمور ، وهذا ما يسمى بالأرث المؤكد ، أما أذا كان هناك شك أو خلل في أسباب الأرث أو شروطه أو موانعه ، فإنه يصار في هذه الحاله الى الأحتياط في تقدير الارث ، ومن أبرز الحالات التي يصار فيها الى الإحتياط هي حالة الإحتياط في تقدير ميراث الخنثى ، والسبب في ذلك يرجع الى صعوبة التعرف على جنس الشخص من حيث الذكورة أو الأنوثة لوجود عيوب خلقية تحول دون ذلك ، ومن ثم يصار الى الإحتياط في تقدير نصيب الخنثى .

أولاً- أهمية البحث :

أن أهمية البحث تكمن في أنه يتناول واحداً من أهم العلوم الأنسانية وهو علم الميراث بصورة عامة والأحتياط في تقدير الإرث بصورة خاصة ، إذ أن حالات الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى على الرغم من ندرتها ، الاُ أنها من المسائل الإبتلائية التي قد تواجه القاضي ، فإن عرضت على القاضي فلابد أن يفصل فيها وعدم التعذر بجهله بأحكام الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى، وكذلك تتجلى أهمية البحث في الخلافات التي يثيرها بين الفقهاء ، لذلك يتوجب علينا أستعراض هذا الخلاف ومحاولة تضييق نطاقة وترجيح الراجح من أقوال الفقهاء ، وتبرز أهمية البحث ايضاً في محاولة معرفة موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من حالات الأحتياط في تقدير الأرث .

ثانياً- منهج البحث :

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن ، من خلال دراسة وتحليل أراء فقهاء المذاهب الأسلامية ومقارنتها وأستخراج الراجح منها، فضلاً عن بيان موقف القانون العراقي ومقارنته مع موقف القوانين المقارنة .

ثالثا- خطة البحث :

سنبحث موضوع الإحتياط في تقدير ميراث الخنثى في مبحثين ، نبين في المبحث الأول مفهوم الإحتياط في تقدير ميراث الخنثى ، ونستعرض في المبحث الثاني أحكام توريث الخنثى .

المبحث الاول

مفهوم الأحتياط في تقدير ميراث الخنثى

وفق مبادئ الشريعة الاسلامية فأنه ، لا يجوز حرمان أي شخص من حق تقرر له ، وهذا يعد من أهم مبادئ الشريعة الاسلامية ، ولا يوجد في الشريعة الاسلامية ضياع للحقوق وبخسها تحت اي عذر أو دعوى ، وعلى أساس ذلك فأن ولادة الشخص مع تشوه خلقي والذي يسمى بالخنثى - بحيث لا يعرف أهو ذكر فيأخذ ميراث الذكور ، أم هو أنثى فيأخذ ميراث الأناث - لا يعني حرمانه من الميراث ، وأنما وجد الفقهاء مخرج لهذه الحالة ، من أجل الحفاظ على حقوقه ، ولتوضيح الكيفية التي عالجت بها الشريعة الأسلامية هذه الحالة ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نبين في المطلب الأول التعريف الخنثى ، ونستعرض في المطلب الثاني أقسام الخنثى .

المطلب الأول

التعريف بالخنثى

سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نبين في الفرع الأول تعريف الخنثى ، ونستعرض في الفرع الثاني الأدلة التي استند اليها فقهاء الشريعة السلامية في توريث الخنثى .

الفرع الأول

تعريف الخنثى

الخنثى لغةً : على وزن فعلى ، من الخنث ، بمعنى اللين والتكسر ، وجمعه خنث وخناثى ، وهو مأخوذ من قولهم تخنث الطعام ، اذا اشتبه امره ، والخنثى الشخص الذي له فرج النساء وفرج الرجال[١] .

أما في أصطلاح الفقهاء فقد عرف فقهاء الحنفية الخنثى بأنه (من يكون له الة الذكر والأنثى ، ولا يجتمع الوصفان في شخص واحد ، لأنه بينهما مغايره ، أذا أن الشخص أما أن يكون انثى أو ذكر)[٢] .

وعرفه فقهاء الشافعية الخنثى بأنه (من يكون له آلتا الذكر والانثى ، وقد يكون له كثقبة الطائر ، وأذا كان الخنثى مشكلاً ، فأنه يستحيل أن يكون زوجاً أو زوجة أو اباً أو جداً أو أماً)[٣] .

في حين عرفه فقهاء المالكية الخنثى بأنه (من يكون له ذكر رجل وفرج امرأة ، وقد لا يكون له اي منهما ، انما يكون له ثقب يبول منه ، فإن كان مشكلاً فلا يمكن ان يكون ، زوج ، أو زوجه أو جد أو جده ، أو أم ، أو أب)[٤] .

أما فقهاء الحنابلة فقد عرفوا الخنثى بأنه (من كان له شكل ذكر الرجل ، وشكل فرج المراة ، أو من لا يكون فرج ، وأنما يكون له ثقب يخرج من البول ، و الخنثى على قسمين مشكل وغير مشكل)[٥] .

---

[١] أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، مكتبة لبنان ، لبنان ، ١٩٨٧، ص٧٠ ؛ أبن منظور ، لسان العرب ، المجلد ٢ ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص١٤٥ .

[٢] محمد بن أحمد السرخسي ، المبسوط ،ج٣٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص٩١ ،عبد الله بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل الاحكام ، ج٣، دار الفكر العربي ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص٣٨ .

[٣] الهيتمي ، شهاب الدين أحمد بن محمد ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٦، مطبعة مصطفى محمد ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر، ص٤٦٢ .

[٤] الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ط١، ج٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٥، ص٦١٠ ، الخرشي ، عبد الله بن محمد ، الخرشي على مختصر الخليل ، ج٨ ، المطبعة الكبر الأميرية ، مصر ، ١٣١٧ هـ، ص٢٢ .

(٤) بن مفلح ، أبراهيم بن محمد ، الفروع ، بيت الافكار الدولية ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٣١٢ .

وعرف فقهاء الامامية الخنثى بأنه (من له فرج الذكر والانثى ، ولا يمكن ان يكون ذكر وأنثى في وقت واحد ، لأن الله تعالى قد قسم الانسان – بل حتى الحيوان – الى ذكر وأنثى ، ويدل على هذا القول قوله تعالى(**أَنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى**)[١])[٢] .

ويستنتج من التعريفات السابقة أن فقَهاء المالكية والحنابلة والشافعية قد ذهبوا الى القول بجواز أن يكون الشخص ذكرا وأنثى في وقت واحد ، لعظيم قدره الله تعالى وانه – عز وجل – قادر على كل شيء ، أما فقهاء الحنفية والامامية ، فقد ذهبوا الى القول بأن الشخص لا يمكن أن يكون ذكر وأنثى في وقت واحد ، لأن القول بذلك يؤدي الى مخالفة ايات صريحة في القرأن الكريم كقوله تعالى (**أَنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى**)[٣] ، وقوله تعالى (**يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُور**)[٤] ، وهذا يعني أن الله تعالى قد نفى وجود جنس ثالث غير الذكور والاناث[٥] .

أما مفهوم الخنثى عند الأطباء فهو حالة خلقية شاذة ، اذ يكون له اعضاء الذكورة والانوثة مجتمعة في الوقت نفسه[٦] ، وهو على نوعين خنثى كاذب ، وخنثى حقيقي ، ويعتمد الطبيب في تحديد نوعية الخنثى على الفحص الفسيولوجي للغده التناسلية ، ولا عبرة له بالاعضاء الظاهرة ، فأذا كان الفحص الفسيولوجي للغدة يشير الى أنها خصية ، والاعضاء التناسلية الخارجية أنثوية ، فهو خنثى ذكر كاذب ، أما كان اذا الفحص الفسيولوجي للغدة يشير الى انها مبيض ، والاعضاء التناسلية الخارجية ذكورية ، فهو خنثى أنثى كاذب ، أما الخنثى الحقيقية فهي التي تجتمع فيها الاعضاء التناسلية الذكورية والانثوية[٧] .

ومن العرض المتقدم يمكن تعريف الخنثى بأنه : شخص شاذ التكوين من ناحية الاعضاء التناسلية ، أذ قد يكون له ذكر الرجال و فرج الاناث في وقت واحد ، وقد لا يكون له أياً منهما ، ويكون اما ذكراً أو أنثى لا ثالث لهما ، لقوله تعالى (**أَنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى**)[٨] ، وقوله تعالى (**يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُور**)[٩] .

---

[١] سورة الحجرات ، أية ١٣ .

[٢] محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ط٧ ، ج٣٩ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، ١٩٨١، ص٢٧٧- ٢٧٨ .

[٣] سورة الحجرات ، أية ١٣ .

[٤] سورة الشورى ، أية ٤٩ .

[٥] عبد الحميد حسن صباح ، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية – كلية الشريعة والقانون ، غزة – فلسطين ، ٢٠٠٨ ، ص١١ .

[٦]أحمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية ، دار النفائس ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٠ .، ص٤٣٨.

[٧] د. زهير أحمد السباعي ، د. محمد علي البار ، الطبيب أدبه وفقهه ، ط١ ، دار القلم ، دمشق – سوريا ، والدار الشامية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٣ ، ص٣١٥ .

[٨] سورة الحجرات ، أية ١٣ .

[٩] سورة الشورى ، أية ٤٩ .

الفرع الثاني
أدلة مشروعية توريث الخنثى

أستند فقهاء الشريعة الأسلامية الى أقوال رسول الله (ﷺ) ، وأقوال الصحابة (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) ، والأجماع ، في جواز توريث الخنثى ، وسنقوم بتوضيحهما وكالاتي :

أولاً – دليل توريث الخنثى من أقوال رسول الله (ﷺ) : أستند فقهاء الشريعة الاسلامية على مشروعية توريث الخنثى الى ما روي عن أبن عباس (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) عن رسول الله (ﷺ) ان رسول الله (ﷺ) سئل عن مولود ولد ، وله ذكر الرجال وفرج النساء من اين يورث ، فقال رسول الله (ﷺ) (يورث من حيث يبول)[١] ، من أجل عدم حرمان الخنثى من الميراث – بذنب لم يقترفه – فقد سمح رسول الله بتوريثه من مباله ، وذلك لتمييز الذكر عن الأنثى .

ثانياً – الأثار الواردة عن صحابة رسول الله (ﷺ) في مشروعية توريث الخنثى : أستند فقهاء الشريعة الأسلامية في جواز توريث الخنثى الى عدد من أقوال صحابة رسول الله ومنها :

١- ما روي عن ابي عبد الله (ع) قال : كان أمير المؤمنين علي (ع) يورث الخنثى من المكان الذي يبول منه[٢] .

٢- ما روي عن قتادة (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) أنه قال : سئل جابر بن زيد عن الخنثى كيف يورث فقال : أنظروا من حيث يبول فورثوه منه ، فذكرت ذلك لسعيد بن المسيب ، قال : فإن بال منهما معاً ، قلت لا أدري ، ثم قال سعيد يورث من أسبقهما[٣] .

٣- ما روي عن وكيع أنه قال : أن معاوية بن أبي سفيان سئل عن ميراث الخنثى ، فأرسلهم الى عمر بن الخطاب (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) فقال : يورث من حيث يبول[٤] .

ثالثاً – الاجماع : أجمع فقهاء المذاهب الاسلامية على جواز توريث الخنثى ، وعدم جواز حرمانه من الميراث ، لأن ذلك يعني ضياع حقه في الميراث نتيجة ذنب لم يقترفه ، كذلك فإن حرمان الخنثى من الميراث ، يؤدي الى الاضرار به ، وهذا يخالف قول رسول الله (ﷺ) لاضرر ولا ضرار[٥] ، واجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على توريث الخنثى من حيث يبول ، فإن بال من الة الرجال فهو ذكر ، ومن ثم يعطى ميراث الذكور ، وأن بال من الة النساء ، فهو انثى ، ومن ثم يعطى ميراث الاناث ، وهذا محل أجماع بين الفقهاء[٦] .

---

[١] أحمد بن الحسين البيهقي، السنن البرى ، ج٦ ، دار الكتب العلمية ، بلا مكان نشر، ٢٠٠٣، ص٤٢٨ .

[٢] محمد بن الحسن العاملي ، وسائل الشيعة ، ط٢ ، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث ، أيران – قم ، ١٤١٤ ، ص٢٨٤ .

[٣] السنن الكبرى ، ج٦ ، ص٤٢٧ .

[٤] عبد الله بن محمد ابن ابي شبيه ، المصنف ، ط١، ج١٠ ، مكتبة الرشد ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ٢٠٠٤ ، ص٥٣٧ .

[٥] السنن الكبرى ، ج٦ ، ص١٥٧ .

[٦] محمد بن أبراهيم النيسابوري ، الأجماع ، ط٢ ، مكتبة الفرقان ، مكتية مكة الثقافية ، دولة الامارات العربية المتحدة ، ١٩٩٩ ، ص٩٨ .

المطلب الثاني
أقسام الخنثى

سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نبحث في الفرع الأول أقسام الخنثى في الشريعة الاسلامية ، ونتناول في الفرع الثاني بيان أقسام الخنثى في الطب وكالاتي .

الفرع الأول
أقسام الخنثى في الشريعة الاسلامية

ينقسم الخنثى عند الفقهاء على نوعين ، النوع الأول خنثى غير مشكل (الواضح) ، والنوع الثاني خنثى مشكل[١] ، وسنحاول توضيحهما تباعاً وكالاتي .

النوع الأول- الخنثى غير المشكل : وهو الذي يكون جنسه واضحاً ، إذ تظهر فيه علامات ، يمكن أن يستدل من خلالها على ترجيح صفة ذكورتة او أنوثته ، سواء كان ذكرا أم أنثى[٢] ، اما بخصوص أهم العلامات التي تميزه ، فهي المكان الذي يخرج منه البول ، فأذا خرج من الة الرجال فهو ذكر ، أما أذا خرج من الة النساء فهو أنثى ، وفي حالة كان له اَلتا الرجال والنساء وبال منهما معاً ، ولكن بوله من أحداهما اسبق من الأخر ، ففي هذه الحالة يعد الخنثى ذكراً اذا سبق البول من الة الرجال ، أما اذا سبق البول من الة النساء فهو أنثى[٣] .

النوع الثاني – الخنثى المشكل : وهو الذي يكون جنسه غير واضح ، اذا لا يمكن تمييز جنسه ، لانه ليس له اَلتا الذكور أو الاناث ، وأنما له ثقب يخرج منه البول[٤] ، أو قد يكون له اَلتا الذكور والاناث ، ويخرج البول منهما معاً ، دون أن يعلم أيهما السابق ، وقد أختلف الفقهاء في تحديد الخنثى في هذه الحاله الى ثلاثة أقوال وكالاتي :

القول الأول : ذهب فقهاء الحنفية[٥] ، والشافعية في قول[٦] ، الى أن الخنثى أذا بال من اَلتي الرجال والنساء وأستويا في السبق ، فلا عبرة لكثرة البول ويبقى الخنثى مشكلاً ، وأستندوا في ذلك الى ماروي عن أبن عباس (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) عن رسول الله (ﷺ) ان رسول الله (ﷺ) سئل عن مولود ولد ، وله ذكر الرجال وفرج النساء من اين يورث ، فقال رسول الله (ﷺ) (يورث من حيث يول)[٧] ، وهذا يعني أن المعتبر هو خروج البول ، وليس كثرته ، كذلك فأن كثره الخرج لا يدل بكل حال من الأحوال على القوة ، وأنما قد يكون نتيجة ضيق في فتحة أحد المخرجين ، وعرض في فتحة المخرج الأخر .

---

[١] بن قدامه ، محمد بن عبد الله ، المغني، ط٣ ، ج٩ ، دار عالم الكتب ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٧، ص١٠٩، الفقه الأسلامي وأدلته ، ص٤٢٦ ، جواهر الكلام ، ج٣٩ ،ص ٢٨١،علي بن محمد الجرجاني، شرح السراجية ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، بلا سنة نشر، ص٢٠٨ .

[٢] المغني ، ج٩ ، ص١٠٩ .

[٣] النووي ، محيي الدين بن شرف ، المجموع شرح المهذب ، ج ١٧ ، مكتبة الارشاد ، جدة – المملكة العربية السعودية ، بلا سنة نشر، ص١٧١ ، المبسوط ، ج٣٠ ، ص٩٢ .

[٤] الشربيني ، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت بيروت ، ٢٠٠٠، ص٥١ ؛ مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج٨ ، ص٦١٠ ، شرح السراجية ، ص٢٠٨ .

[٥] المرداوي ،علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط١، ج٧، مطبعة السنة المحمدية ، بلا مكان نشر ،١٩٥٦، ص٣٤١ .

[٦] الماوردي ، علي بن حبيب ، الحاوي الكبير ، ج٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٤، ص١٦٨ .

[٧] سبق تخريجة .

القول الثاني : ذهب فقهاء المالكية[١] والحنابلة[٢] ، الى أن العبرة في تحديد جنس الخنثى هو النظر الى كثرة البول ، فان بال بكثرة من الة الرجال فهو ذكر ، وأن بال بكثرة من الة النساء فهو أنثى ، على أساس أن البول بكثرة من أحد العضوين ، هو دليل على قوة هذا العضو ، وهذا يعني انه هو العضو الأصلي[٣] ، كذلك فإن الأكثر حكم الكل في الشريعة الاسلامية ، ومن ثم يترجح القول بالكثرة[٤] .

القول الثالث : ذهب فقهاء الجعفرية[٥] والشافعية في قول[٦] ، الى أن العبرة في تحديد جنس الخنثى الخنثى ، في حالة خروج البول من اَلتا الرجال والنساء من دون أن يعرف السابق منهما ، الى أي منهما أنقطع أخيراً ، واستندوا في ذلك الى ما روي عن أبي عبد الله عن أبيه (ع) عن الامام علي (ع) ، (في المولود الذي يولد وله اَلتا الرجال والنساء ، ويبول منهما معاً ، قال : من أيهما أسبق ، قيل : فأن خرج منهما معاً ، قال : فمن أيهما أستدر ، قيل : فإن أستدر منهما معاً ، قال فمن أبعدهما)[٧] .

ويفهم من ذلك انه يمكن تمييز الخنثى قبل البلوغ من مخرج البول ، أما بعد البلوغ فيمكن تمييزه بظهور علامات البلوغ ، والتي تختلف من الذكر الى الأنثى ، كخروج المني ، والحيض ، وظهور اللحية ، ونهود الثديين وأختلاف عدد الاضلاع[٨] ، وبصوره عامة يعد الخنثى مشكلاً أذا لم تظهر فيه علامات الانوثة ولا الذكورة[٩] .

ولا يمكن أن يكون الخنثى المشكل أباً أو جداً ، لأنه لو كان كذلك لكان رجلاً ، ولا يتصور كذلك أن يكون أماً أو جده ، لأنه لو كان كذلك لكان أمراة ، وهذا لا يصح لأن الخنثى لا يعد رجلاً ولا أمرأة ، وعلى ذلك لا يكون الخنثى زوجاً أو زوجه ، لأنه لا يجوز نكاحة ، مادام انه خنثى مشكل[١٠] ، وعلى أساس ذلك ينحصر الخنثى في جهات القرابة الاتية : الأخوة أو العمومة أو البنوة[١١] ، ومن ثم ينحصر الخنثى في الأصناف الاتية من الورثة : الفروع ، فروع الفروع ، الأخوه ، فروع الاخوه ، الأعمام ، فروع الأعمام[١٢].

---

[١] الدردير، أحمد بن محمد الصاوي ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ، ج٤ ، دار المعارف ، القاهرة ، بلا سنة نشر ص٧٢٦ ،الدسوقي ، محمد بن عرفه ؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٤ ، دار أحياء الكتب العربية ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر، ص٤٩٥ .

[٢] المغني ، ج٩ ، ص١٠٩ .

[٣] شرح السراجية ، ص٢٠٩ ،منصور بن يونس البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج٤ ، مؤسسة الرسالة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر، ص٦٢٣ .

[٤] صالح بن فوزان بن عبد الله ، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية ، ط٣ ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٩٨٦ .، ص٢٠٨ .

[٥] جواهر الكلام ، ج٣٩ ، ص٢٧٩ .

[٦] مغني المحتاج ، ج٤ ، ٥١ .

[٧] وسائل الشيعة ، ص٢٨٤ .

[٨] مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٥١ .

[٩] المغني ، ج٩ ، ص١٠٩ ،وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ط٢، ج٨ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٥، ص٤٢٦ ، المبسوط ، ج٣٠ ، ص٩٢ ، المجموع ، ج١٧ ، ص١٧١ .

[١٠] جمعة محمد براج ، أحكام الميراث في الشريعة الاسلامية ، دار يافا العلمية ، الاردن – عمان ، ١٩٩٩ .، ص٧٠٤ .

[١١] الفقه الأسلامي وأدلته ، ص٤٢٦ .

[١٢] د. جمعة محمد براج ، المصدرالسابق.

الفرع الثاني
أقسام الخنثى في الطب

يقسم الطب الخنثى على نوعين ، خنثى كذب ، وخنثى حقيقي ، وسنقوم بتوضيح كلا النوعين تباعاً وكالاتي.

النوع الاول – الخنثى الكاذب : وهو الشخص الذي فيه علامات تميز ذكورته عن أنوثته ، بالرغم الأعضاء التناسلية الخارجية للشخص تكون غامضة وغير واضحة ، وعكس ما عليه الغدة التناسلية ، وفي كل الأحوال يكون له أما خصية أو مبيض ، فأذا كانت الغدة التناسلية هي مبيض ، الا أن الاعضاء التناسلية تشبة الاعضاء الذكرية بأن يكون له شيء يشبه العضو الذكري ، ويسمى هذا الشخص بالخنثى الانثى الكاذب ، والعكس صحيح أذا كان له خصية ، والاعضاء الخارجية تشبه الفرج عند المرأة ، فهذا يسمى بالخنثى الذكر الكاذب ، والخنثى الكاذب هو المقصود بعبارة الخنثى غير المشكل في الفقه الاسلامي[١] .

النوع الثاني – الخنثى الحقيقي : ويقصد به الشخص الذي تجمع فيه الاعضاء التناسلية الأنثوية والذكورية في وقت واحد ، بحيث لا يمكن تتمييزه أذكر هو أم أنثى ؟ ، والخنثى الكاذب هو المقصود بعبارة الخنثى المشكل في الفقه الاسلامي[٢] .

ويمكن ان نلخص الفرق بين فقهاء الشريعة الاسلامية والاطباء في تحديد نوع الخنثى ، في أن الضابط الاساس عند فقهاء الشريعة الاسلامية هو المشاهدة العينية الى موقع خروج البول ، فأن خرج البول من الة الرجل فهو ذكر ، وأن خرج من من الة المرأة فهو أنثى ، أما أذا لم يتبين من أين خرج بوله ، فهذا هو الخنثى المشكل ، أما الاطباء فيعتمدون بالدرجة الاساس على الفحص العيني (الفسيولوجي) للغدة التناسلية ، فأذا كانت الخنثى تحمل المبيض والخصية معاً ، فهذه هي الخنثى الحقيقية ، أما اذا كانت الغدة خصية والاعضاء الخارجية تشير الى انها ذكر ، فهذه هي الخنثى الذكر الكاذب ، أما اذا كانت الغدة مبيضاً ، والاعضاء الخارجية تشير الى انها ذكر ، فهذه هي الخنثى الانثى الكاذبة[٣] .

ومن العرض المتقدم يلاحظ ، أنه يجب على الفقهاء ان يبنوا أحكامهم فيما يتعلق بالخنثى على رأي الاطباء ، لأن ضابط الأطباء في تحديد نوع الخنثى ، أفضل من الضوابط والمعايير التي يعتمدها فقهاء الشريعة الاسلامية ، لأن ضوابط فقهاء الشريعة الاسلامية كانت في قديم الزمان ، ولم يكن العلم قد وصل الى ما وصل اليه في الوقت الحاضر[٤] .

وعلى اساس ذلك فأن الطب المعاصر يستطيع تحديد جنس الخنثى الكاذب (غير المشكل) ، وقد يقوم بالتدخل الجراحي – أذا تطلب الامر ذلك – لتغليب الجانب الأكثر فيه بشكل نهائي ، كذلك الحال اذا كان الخنثى مشكل ، وقد أجاز علماء الشريعة القيام بالعمليات الجراحية لتغليب الجانب الغالب من الخنثى ، لكن بشرط الاَ يكون الهدف منها هو تغيير الجنس ، لأن ذلك يعد أعتداء على خلق الله[٥] .

أما موقف القوانين من تحديد نوع الخنثى ، فلم تتضمن – أغلبها - نصاً خاصاً يحدد نوع الخنثى ، وانما تضمنت نصوص عامة في الرجوع الى الفقه الاسلامي ، في حالة عدم وجود نص خاص يحكم مسألة معينه ، ومن هذه القوانين القانون العراقي ، اذا لم يتضمن نص خاص يحدد

---

[١] د. زهير أحمد السباعي ، د. محمد علي البار ، مصدر سابق ، ص٣١٧ .
[٢] د. أحمد كنعان ، مصدر سابق ، ص٤٤٠.
[٣] د. زهير أحمد السباعي ، د. محمد علي البار ، مصدر سابق ، ص٣٢٤ .
[٤] المصدر نفسه .
[٥] د. فواز صالح ، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس البشري ، مجلد١٩ ، العدد الثاني ، بحث منشور في مجلة جامعة جامعة دمشق ، ٢٠٠٣، ص٥٧ .

جنس الخنثى ، وأنما أشار الى تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ، وهذا ما نصت عليه الفقره الثانية من المادة الأولى والتي تنص على " أذا لم يوجد نص تشريعي ، يمكن تطبيقه على المسأله ، يحكم بمقتضى الشريعة الاسلامسة الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " ، وهذا يعني تطبيق أحكام الفقه الحنفي في تحديد جنس الخنثى ، لأن أغلب أحكام هذا القانون مستمده من أحكام الفقه الحنفي[1] .

أما قانون الميراث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فقد نص في المادة ٤٦ على أنه " للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف اذكر هو أم انثى اقل النصيبين ... " ، ويفهم من ذلك ، أن المشرع المصري قد حدد الخنثى بالمشكل بالخص الذي تختلط فيه العلامات ، بحيث لا يعرف جنسه ، أذكر هو أم انثى ؟ ، وبمفهوم المخالفة نستنتج أن المشرع المصري قد حدد الخنثى غير المشكل ، بالخنثى الذي يكون جنسه واضح ، والعلامات التي تحدد جنسه واضحه ، ومن ثم يمكن تحديد هل هو ذكر أم انثى . .

أما قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ فلم ينص على حكم خاص يحدد نوع الخنثى ، ولكن نص على الرجوع في حالة عدم وجود نص في هذا القانون ، الى أحكام الفقه الحنفي ، وأحكام الفقه الاسلامي الأسلامي الأكثر ملائمة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٢٥ والتي تنص على " ما لا ذكر له في هذا القانون ، يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفه ، فأذا لم يوجد ، حكمت المحكمة بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقه لنصوص هذا القانون " .

ولم يتضمن قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ كذلك نص يحدد جنس الخنثى ، ولكن نص الى الرجوع الى احكام المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص ، وهذا ما تضمنته المادة ٣٠٥ والتي تنص على " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي" .

أما قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ فلم يتضمن ايضاً على نص يحدد نوع الخنثى، وعلى أساس ذلك يجب الرجوع الى أحكام الفقه الاسلامي وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣٥ والتي تنص على " كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يرجع فيه الى أقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية " ، وهذا يعني أن المشرع اليمني قد أجاز الرجوع الى رأي الأطباء في تحديد جنس الخنثى – ينطبق الكلام على القانون الاردني والسوري – لأن أبي حنيفه عندما توقف في حال الخنثى الذي يبول من آلتي الرجال والنساء معاً من دون سبق بينهما ، راجعاً لعدم وجود نص في المسألة ، فاذا وجدت طريقة لحل هذه المشكلة ، ومن ثم تحديد حال الخنثى ، فأنها تقوم مقام النص .

أما القانون المغربي لسنة ٢٠١٦ فلم ينص في مدونة الأسرة على حكم يحدد جنس الخنثى ، الا انه نص على الرجوع الى احكام الفقه المالكي في كل ما لم يرد فيه نص ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٠٠ والتي تنص على " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونه ، يرجع فيه الى أحكام المذهب المالكي ، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف " .

وبخصوص مدونة الاسرة الجزائرية رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ المعدلة بالقانون رقمم ٢٧ لسنة ٢٠٠٥ فلم ينص في مدونة الاسرة الجزائرية على نص يحدد جنس الخنثى ، الا أنه نص على أتباع مبادئ الشريعة الاسلامية في كل ما لم يرد به نص و وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٢ والتي تنص على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الأسلامية " .

المبحث الثاني

[1] علاء عمر محمد الجاف ، أحكام ميراث الخنثى (دراسة فقهية قانونية مقارنه) ، المجلد٢ ، العدد الرابع ، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار ، ٢٠٠٧ ، ص١٤٨ .

أحكام توريث الخنثى

بعد أن بينا تعريف الخنثى ، وأدلة توريثه واقسامه ، بقي لدينا أن نبين أحكام ميراثه بنوعيه غير المشكل (الواضح) والمشكل ، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول أحكام ميراث الخنثى الواضح ، ونبين في المطلب الثاني أحكام ميراث الخنثى المشكل .

المطلب الأول

أحكام ميراث الخنثى غير المشكل (الواضح)

قلنا ان الخنثى غير المشكل ، هو الذي تكون معالم جنسه واضحه ، اذ يمكن تمييزه اذا ما كان ذكر أم أنثى ، ومع التقدم الحاصل في مجال الطب فأنه اصبح بالامكان التعرف – بكل سهولة- على جنس الخنثى وأزالة اللبس والغموض في جنسه ، ومن ثم تغليب الصفة الغالبة ، سواء كانت الصفة الذكورية أم الانثوية[1] ، فأذا أتضح حاله بأنه ذكر ، يعطى ميراث الذكور ، وأن أتضح حاله بأنه انثى ، يعطى ميراث الأناث ، وهذه امثلة توضح ذلك .

المثال الأول : توفي شخص وترك ، جده لأم ، أباً ، ابناً (خنثى غير مشكل) ، ما دام أن الخنثى غير المشكل قد تبين حاله بأنه ذكر (أبن) ، فأنه يرث كما يرث الأبناء ، وكالاتي .

أصل المسألة ٦

جدة لأم ٦/١	١
أب ٦/١	١
أبن (خنثى غير مشكل) الباقي	٤

المثال الثاني : توفيت زوجة وتركت ، زوجاً ، أماً ، أخاً شقيقاً ، أخت لأم (خنثى غير مشكل) ، كما قلنا سابقاً ، فان الأخت مادامت غير مشكل ، فأنها ترث كما لو لم تكن خنثى ، وكالاتي .

أصل المسألة ١٢

زوج ٤/١	٣
أم ٦/١	٢
اخ ش الباقي	٥
أخت لأم(خنثى غير مشكل)٦/١	٢

[1] د. فواز صالح ، مصدر سابق ، ص٥٧ .

المطلب الثاني
أحكام ميراث الخنثى المشكل

من أجل توضيح أحكام ميراث الخنثى المشكل سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نبين في الفرع الأول مقدار ما يوقف للخنثى وأختلاف الفقهاء فيه ، ونتناول في الفرع الثاني أحوال ميراث الخنثى المشكل .

الفرع الأول
مقدار ما يوقف للخنثى المشكل

أختلف فقهاء المذاهب الاسلامية في مقدار ما يوقف للخنثى المشكل الى أربعة أقوال ، سنقوم بتوضيحها تباعاً وكالاتي .

القول الاول – قول فقهاء الحنفية : ذهب أبو حنفية ، ومحمد ، وقول عند أبي يوسف ، الى أن الخنثى المشكل يعامل بالأضر ، فيعطى أقل النصيبين – على فرض ذكورته أو أنوثته – ويأخذ بقية الورثة أكثر النصيبين ، ومن ثم فأذا كان لا يرث على كلا التقديرين ، لا يعطى شيء من الميراث ، وتكون التركة كلها لبقية الورثة ، وأن كان يرث على أحد التقديرين أقل مما يرثه على التقدير الاخر ، أعطي النصيب الذي يتناسب مع التقدير الأقل[١] .

وأستندوا في ذلك الى أن المال لا يستحق اذا كان هنالك شك في سببه ، إذ لابد من التيقن في صحة سببه ، والخنثى المشكل يستحق النصيب الأقل بشكل قاطع ويقيني ، أما أستحقاقة لما زاد عليه ، فغير مقطوع به ، وأنما على سبيل الاحتمال ، ومن ثم فإن الامر يقتضي الاحتياط ، وذلك بمعاملة الخنثى المشكل بما هو أسوء ، وأعطائه النصيب الأقل ، والقول بأعطائه النصيب الاقل قد يؤدي الى أنقاص أو ابطال نصيب غيره من الورثة ، الذين سبب استحقاقهم مقطوع به ومتيقن[٢] .

القول الثاني – قول فقهاء الشافعية : ذهب فقهاء الشافعية الى القول بأن الخنثى يعطى أقل النصيبين على تقدير الأنوثة والذكورة ، لأنه يعد اليقين في حقه وحق غيره من الورثة ، ويوقف الباقي المشكوك فيه الى أن يتبين حاله من الذكورة أو الأنوثة ، فأن لم يتبين حاله يعطى ميراث الأنثى ، لأنه القدر المتيقن ، وأن لم يختلف ميراثة على كلا التقديرين ، يعطى حصته كامله ، وأستند فقهاء الشافعية في ذلك الى أن الاحكام تبنى على اليقين لا على الشك[٣] .

القول الثالث – قول فقهاء المالكية والامامية : ذهب فقهاء المالكية ،[٤] والامامية[٥] ، الى أن الخنثى المشكل يرث نصف نصيبه على تقدير الذكورة أو الأنوثة ، واذا ورث على أحد التقديرين من دون الأخر ، فأنه يأخذ نصف التركة ، وأذا لم يكن له آلتا الذكور والاناث ، فقال فقهاء الجعفرية بتوريثة من طريق القرعة[٦] .

القول الرابع – قول فقهاء الحنابلة : فرق فقهاء الحنابلة في ميراث الخنثى المشكل بين حالتين هما :

الأولى : اذا كان الخنثى صغيراً ، ويرجى بلوغه ، ومن ثم أتضاح حاله من الذكورة أو الانوثة ، فيعطى أقل النصيبين على فرض الذكورة أو الأنوثة ، يوقف الباقي الى أن يتبين حاله من الذكورة أو الأنوثة .

---

[١] المبسوط ، ج٤ ، ص٩٢ ، الاختيار لتعليل المختار ، ج١٠ ، ص٣٩ .
[٢] التحقيقات المرضية ، ص٢٠٩ ، المبسوط ، ج٤ ، ص٩٣ .
[٣] مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٥١ .
[٤] مواهب الجليل ، ج٨ ، ص٦١٠ .
[٥] جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الاسلام في معرفة الحلال والحرام ،ج٤ ، دار القارئ ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٤ ، ص٢٩٥ .
[٦] شرائع الأسلام ، ج٤ ، ص٢٩٥ .

الثانية : أذا كان الخنثى بالغاً ، ومن ثم لا يرجى كشف حاله ، أعطي نصف ميراثه على فرض الذكورة أو الأنوثة[١] .
ونتفق مع من يقول برجحان مذهب فقهاء الحنابلة ، لأن فقهاء الحنابلة لا يجعلون قسمة التركة التي فيها خنثى مشكل ، مره واحدة ونهائية ، وانما جعل قسمة التركة على مرحلتين أبتدائية ونهائية ، وهذا فيه قدر أكبر من الأحتياط[٢] .

الفرع الثاني
أحوال ميراث الخنثى المشكل

يمكن حصر أحوال توريث الخنثى المشكل في خمس حالات وهي :

أولا- الحالة التي يرث فيها الخنثى المشكل على فرض الأنوثة ولا يرث على فرض الذكورة :
مثال ذلك لو توفيت أمرأة عن زوج ، ولد أب خنثى مشكل ، أخت شقيقة ، يكون حل المسألة كالاتي :

أ- على فرض الأنوثة
أصل المسألة =٦ وتعول الى ٧

زوج ٢/١	٣
أخت لأب **(خنثى)** ٦/١	١
أخت ش ٢/١	٣

ب- على فرض الذكورة
أصل المسألة ٢

زوج٢/١	١
أخ لأب (خنثى) الباقي	لا يؤخذ شيء
أخت ش٢/١	١

مما سبق يلاحظ أن الزوج يأخذ فرضه وهو النصف ، والأخت الشقيقة تأخذ فرضها وهو النصف ، أما الخنثى المشكل ، فأذا أفترضنا أنه ذكر فهذا يعني أنه ياخذ الباقي ، ومع عدم وجود باقي في المسألة ، فلا يرث شيء ، أما أذا أفترضنا أن الخنثى أنثى ، فترث السدس تكملة التلثين[٣] .

ثانياً- الحالة التي يرث فيها الخنثى المشكل على فرض الذكورة ولا يرث على فرض الأنوثة :
مثال ذلك لو ماتت أمرأة عن ، زوج ، أم ، ولد أخ خنثى ، يكون حل المسألة كالاتي :

أ- **على فرض الذكورة**
أصل المسألة = ٦

زوج ٢/١	٣

---

[١] شرح منتهى الارادات ، ج٤ ، ص٦٢٤ ، الفروع ، ص١٢٠٠ .
[٢] التحقيقات المرضية ، ص٢١٢ .
[٣] مصطفى عاشور ، علم الميراث ، مطبعة القرأن ، القاهرة – مصر ، بلا سنة نشر ، ص٢٠٢ .

أم١/٣	٢
أبن أخ **(خنثى)** الباقي	١

ب- على فرض الأنوثة
أصل المسألة =٦

زوج ١/٢	٣
أم١/٣	٢
بنت اخ **(خنثى)** محجوبة	لاشيء

فتأخذ الزوجه فرضها الربع ،وتـأخذ الأم فرضها السدس ، والباقي يكون من نصيب الام ، اما اذا قدرناه على أنه أنثى فلا ترث شيء لأنها من ذوي الأرحام .
ثالثاً- حالة أن يرث الخنثى ذات النصيب على كلا التقديرين : مثال ذلك لو توفي شخص وترك أخوين لأم ، أخت شقيقة ، ولد أب خنثى ، سنقوم بحل المسألة على كلا التقديرين ، لنلاحظ هل يختلف يبقى نصيب الخنثى ثابتاً على كلا التقديرين أم أنه سيختلف ؟ وكما يأتي :

١- على تقدير الذكورة :
أصل المسألة ٦

أخوين لأم١/٣	٢
أخت ش١/٢	٣
أخ لأب (خنثى) الباقي	١

يلاحظ أن الأخوين فرضهما الثلث ، والاخت الشقيقة النصف ، أما الأخ لأب فيأخذ الباقي ، فيكون نصيب الخنثى (الذكر) سهم واحد .

٢- على تقدير الانوثة :
أصل المسألة ٦

أخوين لأم ١/٣	٢
أخت	٣

ش٢/١	
أخت لأب (خنثى) ٦/١	١

وعلى مسألة الأنوثة يكون للأخوين لأم والأخت الشقيقة كما سبق ، أما الاخت لأب يكون نصيبها السدس ، ومع ذلك فأن نصيبها يبقى سهم واحد كما هو الحال في تقدير الذكورة ، ومن ثم فأن نصيب الخنثى ثابت لا يتغير على كلا التقديرين .

رابعاً – أن يرث الخنثى على كلا التقديرين ولكن نصيبه يختلف من تقدير الى أخر : في هذه الحالة يرث الخنثى على تقدير ذكورتة أو أنوثته ، ولكن يختلف نصيبه من تقدير الى أخر بالزيادة والنقصان .

١- **أن يكون نصيب الخنثى على تقدير أنه انثى أكثر من نصيب على تقديره ذكر** : مثال ذلك لو ماتت أمراة وتركت أماً ، زوجاً ، أختاً لأم ، خنثى لأب ، سنقوم بحل المسألة على التقديرين وكما يأتي .

أ- على تقدير الذكورة :

أصل المسألة ٦

أم٦/١	١
زوج٢/١	٣
أخت لأم٦/١	١
أخ لأب (خنثى) الباقي	١

فتأخذ الأم نصيبها السدس ، ويأخذ الزوج نصيبه النصف ، وتأخذ الأخت لأم نصيبها السدس ، أما الأخ لأب (الخنثى) ، فيأخذ الباقي وهو سهم واحد .

ب- على تقدير الأنوثة :

أص المسألة ٦ وتعول الى ٨

أم٦/١	١
زوج٢/١	٣
أخت لأم٦/١	١
أخت لأب (خنثى) ٢/١	٣

وعلى تقدير الأنوثة تأخذ الأم ، والزوج ، والأخت لأم كما سبق ، أما الأخت لاب فتأخذ النصف ، وبذلك يكون لها ثلاثة سهام ، وهذا يعني أن نصيب الخنثى أذا ما تم تقديره على أنه أنثى ، أكثر من نصيبه عند تقديره على أنه ذكر ، ويقدر بذلك على أنه أنثى لأنه أقل النصيبين .

٢- **أن يكون نصيب الخنثى على تقدير أنه ذكر أكثر من نصيب على تقديره أنثى** : مثال ذلك توفي شخص وترك زوجة ، ولد خنثى ، بنت ابن من غير الولد الخنثى ، أماً ، يكون حل المسألة كالأتي .

أ- على فرض الذكورة :

أصل المسألة ٢٤

زوجة١/ ٨	٣
أبن (خنثى) الباقي	١٧
بنت أبن محجوبه	لا شيء
أم ٦/١	٤

فتأخذ الزوجه فرضها الثمن ، وبنت الابن محجوبه بالابن ، وترث الأم فرضها السدس ، أما الأبن (الخنثى) فيأخذ الباقي وهو ١٧ سهم .

ب- على فرض الأنوثة :

أصل المسألة ٢٤

زوجة١/ ٨	٣
بنت (خنثى) ٢/١	١٢
بنت أبن ٦/١	٤
أم ٦/١	٤

والذي يلاحظ أن الزوجة والأم ترث كما سبق ، وتأخذ بنت الابن السدس ، أما البنت (الخنثى) فتأخذ النصف ، ويكون لها ١٢ ، ومن ثم فأن نصيب الخنثى على أنه ذكر أكثر من نصيبه على أنه أنثى ، فيقدر الخنثى على أنه أنثى ، لأنه أسوء الحالتين .

أما موقف القوانين من ميراث الخنثى المشكل فقد تضمن بعضها نصاً خاصاً يحكم ميراث الخنثى المشكل كالقانون اليمني والمصري ، أما البعض الاخر فلم ينص على حكم خاص يحكم ميراث الخنثى المشكل ، وأنما ترك ذلك الى احكام الشريعة الأسلامية كالقانون العراقي والأردني والسوري والمغربي والجزائري ، وسنقوم بتوضيح موقف هذه القوانين بالتفصيل وكما يأتي .

لم ينص القانون العراقي على حكم ميراث الخنثى المشكل ، ومن ثم نطبق الفقره الثانية من المادة الأولى والتي تنص على " أذا لم يوجد نص تشريعي ، يمكن تطبيقه على المسأله ، يحكم بمقتضى الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " ويفهم من ذلك أنه يجب الرجوع الى مبادئ الشريعة الأسلامية ، في حالة عدم وجود نص خاص يحكم مسألة معينه في هذا القانون ، وهذا يعني الرجوع الى أحكام الفقه الحنفي والامامي .

أما القانون المصري فقد نص في قانون الميراث ، على حكم ميراث الخنثى المشكل ، أذا أخذ بالمذهب الحنفي في أعطائه أقل النصيبين على تقدير ذكورته أو أنوثته ، أما الباقي فيعطى الى بقية الورثة ، وهذا الحكم نصت عليه المادة ٤٦ والتي تنص على " للخنثي المشكل ، وهو الذي لا يعرف اذكر هو ام انثى ، اقل النصيبين وما بقي من التركة يعطي لباقي الورثة " .

في حين لم يتضمن القانون الأردني نصاً خاص يحكم ميراث الخنثى ، ولكنه أشار الى الرجوع الى أحكام الفقه الحنفي ، وأحكام الفقه الأسلامي الأكثر ملائمة مع نصوص هذا القانون ، في حالة عدم وجود نص يحكم مسألة معينة ، وهذا الحكم نصت عليه المادة ٣٢٥ والتي تنص على " ما لا

ذكر له في هذا القانون ، يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفه ، فأذا لم يوجد ، حكمت المحكمة بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقه لنصوص هذا القانون " .

وبخصوص القانون السوري فلم ينص على حكم خاص يحكم ميراث الخنثى المشكل ، وأنما نص الى الرجوع الى أحكام المذهب الحنفي في كل مالم يرد به نص ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ والتي تنص على " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي " .

أما القانون اليمني فقد أخذ بمذهب فقهاء المالكية والجعفرية ، اذا نص على أن الخنثى المشكل يأخذ نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣٢ والتي تنص على " ميراث الخنثى المشكل ، نصف نصيب الذكر ، ونصف نصيب الأنثى ، وما بقي فيعطى للورثة " .

أما القانون المغربي فلم يتضمن في مدونة الأسرة المغربية على نص خاص يحكم ميراث الخنثى المشكل ، بل ذهب الى أن أحكام الفقه المالكي هي التي تطبق في حالة عدم وجود نص خاص يحكم مسألة معينه ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٠٠ والتي تنص على " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونه ، يرجع فيه الى أحكام المذهب المالكي ، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف " ، ويفهم من ذلك أن الخنثى المشكل يأخذ نصف مصيب ميراث الذكر ، ونصف نصيب ميراث الأنثى .

ولم يتضمن القانون الجزائري على نص خاص يحكم ميراث الخنثى ، وأنما نص على تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية في كل مالم يرد بشأنه نص ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٢ والتي تنص على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الأسلامية " .

الـخـاتـمـة

بعد أن منٌ الله تعالى علينا بأنهاء البحث ، سنقوم بأستعراض أهم الأستنتاجات التي توصلنا أليها من خلال دراسة موضوع البحث ، فضلاً عن أهم المقترحات التي نجدها ضرورية لأتمام الفائدة وسد النقص التشريعي في قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بموضوع البحث .

أولا – الأستنتاجات :

١- يقصد بالخنثى الشخص الذي يثير شكوك حول جنسه إذ ليس من السسهل التعرف على علامات الذكورة والانوثة فيه لأختلاطها فيما بينها وهي حالة موجودة في الشخص من أصل خلقته ، وهذا يعني أن الشخص المتحول جنسياً يخرج عن مفهوم الخنثى .

٢- الخنثى على قسمين مشكل وغير مشكل ، ويقصد بالأول ، من كان جنسه غير واضح بسبب أختلاط علامات الذكورة والأنوثة ، ومن ثم لا يمكن ترجيح صفة الذكورة أو الأنوثة ، أما الثاني فهو من كان جنسه واضح ، ومن ثم يمكن ترجيح صفة الذكورة أو الأنوثة .

٣- يوقف للخنثى المشكل على رأي فقهاء الحنفية أقل النصيبين على تقدير ذكورتة أو أنوثته ، أما فقهاء الشافعية والجعفرية فيوقفون للخنثى المشكل نصف نصيبه على تقدير ذكورته أو انوثته ، اما فقهاء الحنابلة فيقولون بأن الخنثى المشكل يوقف له أقل النصيبين على تقدير ذكورته أو أونوثته أذا كان صغيراً ، أما اذا كان بالغاً فيوقفون له نصف نصيبة على تقدير ذكورته أو أنوثته وهذا هو القول الراجح .

٤- لم يتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي نصوص تبين أحكام ميراث الخنثى ، وهذا ما يعد نقصاً تشريعياً واضحاً يجب تلافية من خلال تعديل قانون الأحوال الشحصية ليتضمن نصوص تبين أحكام ميراث الخنثى .

ثانياً – المقترحات :

نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون الأحوال الشخصية النافذ ليتضمن النص الأتي (للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف جنسه نصف نصيب ذكر و نصف نصيب أنثى) .

المصادر والمراجع

- **القرأن الكريم**

أولاً- كتب اللغة :

١- أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، مكتبة لبنان ، لبنان ، ١٩٨٧ .
٢- أبن منظور ، لسان العرب ، المجلد ٢ ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة نشر .

ثانياً- كتب الحديث :

٣- البيهقي ، أحمد بن الحسين، السنن البرى ، ج٦ ، دار الكتب العلمية ، بلا مكان نشر، ٢٠٠٣.
٤- العاملي ، محمد بن الحسن ، وسائل الشيعة ، ط٢ ، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث ، أيران – قم ، ١٤١٤ .

ثالثاً- كتب الفقه :

- **كتب الفقه الحنفي**

٥- السرخسي ، محمد بن أحمد ، المبسوط ،ج٣٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة نشر .
٦- الموصلي ، عبد الله بن مودود، الاختيار لتعليل الاحكام ، ج٣، دار الفكر العربي ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
٧- الجرجاني ، علي بن محمد، شرح السراجية ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، بلا سنة نشر .

- **كتب الفقه المالكي :**

٨- الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ط١، ج٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٥ .
٩- الخرشي ، عبد الله بن محمد ، الخرشي على مختصر الخليل ، ج٨ ، المطبعة الكبر الأميرية ، مصر ، ١٣١٧ هـــ .
١٠- الدسوقي ، محمد بن عرفه ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٤ ، دار أحياء الكتب العربية ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
١١- الدردير ، أحمد بن محمد الصاوي ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ، ج٤ ، دار المعارف ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

- **كتب الفقه الشافعي :**

١٢- النووي ، محيي الدين بن شرف ، المجموع شرح المهذب ، ج ١٧ ، مكتبة الارشاد ، جدة – المملكة العربية السعودية ، بلا سنة نشر .
١٣- الهيتمي ، شهاب الدين أحمد بن محمد ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٦، مطبعة مصطفى محمد ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
١٤- الشربيني ، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ .
١٥- الماوردي ، علي بن حبيب ، الحاوي الكبير ، ج٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٤ .
١٦- النيسابوري ، محمد بن أبراهيم، الأجماع ، ط٢ ، مكتبة الفرقان ، مكتية مكة الثقافية ، دولة الامارات العربية المتحدة ، ١٩٩٩ .

- **كتب الفقه الحنبلي :**

١٧- ابو شبيه ، عبد الله بن محمد ، المصنف ، ط١، ج١٠ ، مكتبة الرشد ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ٢٠٠٤ .

١٨- أبن قدامه ، محمد بن عبد الله ، المغني، ط٣ ، ج٩ ، دار عالم الكتب ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٧ .
١٩- البهوتي ، منصور بن يونس ، شرح منتهى الارادات ، ج٤ ، مؤسسة الرسالة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
٢٠- المرداوي ، علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط١، ج٧، مطبعة السنة المحمدية ، بلا مكان نشر ،١٩٥٦ .

● كتب الفقه الامامي :

٢١- النجفي ، محمد حسن ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ط٧ ، ج٣٩ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، ١٩٨١ .
٢٢- الحلي ، جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في معرفة الحلال والحرام ،ج٤ ، دار القارئ ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٤ .

ثالثاً- الكتب الفقهية والقانونية :

٢٣- صالح بن فوزان بن عبد الله ، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية ، ط٣ ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٩٨٦ .
٢٤- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ط٢، ج٨ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٥ .
٢٥- جمعة محمد براج ، أحكام الميراث في الشريعة الاسلامية ، دار يافا العلمية ، الاردن – عمان ، ١٩٩٩ .
٢٦- مصطفى عاشور ، علم الميراث ، مطبعة القرأن ، القاهرة – مصر ، بلا سنة نشر .

رابعاً- الكتب الطبية :

٢٧- أحمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية ، دار النفائس ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٠ .
٢٨- زهير أحمد السباعي ، محمد علي البار ، الطبيب أدبه وفقهه ، ط١ ، دار القلم ، دمشق – سوريا ، والدار الشامية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٣ .

٢٨-خامساً- الرسائل والبحوث :

٢٩- عبد الحميد حسن صباح ، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية – كلية الشريعة والقانون ، غزة – فلسطين ، ٢٠٠٨ .
٣٠- علاء عمر محمد الجاف ، أحكام ميراث الخنثى (دراسة فقهية قانونية مقارنه) ، المجلد٢ ، العدد الرابع ، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار ، ٢٠٠٧ .
٣١- فواز صالح ، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس البشري ، مجلد١٩ ، العدد الثاني ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق ، ٢٠٠٣ .

سادساً- القوانين :

٣٢- قانون الميراث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .
٣٣- قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ .
٣٤- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
٣٥- مدونة الاسرة الجزائرية رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ والمعدلة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٥ .
٣٦- قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .
٣٧- قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ .
٣٨- قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ .
٣٩- مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠١٦ .