ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

The inheritance of the hermaphrodite in Sharia and Iraqi law

Dr. Khaled Fayyadh Ali Salem
College of Rights ، Tikrit University ، Salahaddin ، Iraq
tujr@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 7 Nov 2022
- Accepted 15 Jan 2023
- Available online 1 Mar 2023

Keywords:
- Hermaphrodite.
- Hermaphrodite inheritance.
- Inheritance.

Abstract: The inheritance of the hermaphrodite is one of the important issues in human life ، especially at the present time ، given the emergence of many people who possess at the same time a female reproductive system and a male reproductive system ، and this is something beyond their control. Therefore ، it is necessary to turn to such issues in society because the inheritance of these people raises Big problems when dividing the inheritance between them. Is he considered a female in the inheritance ، or is he considered a male? That is why we shed light on the issue of intersex inheritance and explained the opinion of Muslim jurists in it ، as well as the extent of the limitations of Iraqi law in this regard. In order to solve the problems arising from the issue of intersex inheritance ، define this term and clarify its provisions

© 2023 TUJR ، College of Right ، Tikrit University

ميراث الخنثى في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي

أ.م.د. خالد فياض علي سالم
كلية الحقوق، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق
tujr@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٧ / تشرين الثاني / ٢٠٢٢
- القبول : ١٥ / كانون الثاني / ٢٠٢٣
- النشر المباشر : ١/ آذار /٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية :
- الخنثى.
- ميراث الخنثى.
- الميراث.

الخلاصة: ميراث الخنثى من المواضيع المهمة في حياة الانسان ولا سيما في الوقت الحالي نظرا وبضهور اعداد كثيرة من الناس يمتلكون في نفس الوقت جهاز تناسلي انثوي وجهاز تناسلي ذكري وهذا شيء خارج عن ارادتهم لذلك فلا بد من التوجه الى مثل هكذا مواضيع في المجتمع لان ميراث هؤلاء الاشخاص يثير مشاكل كبيرة حين قسمة الميراث بينهم فهل يعد انثى في الميراث ام يعد ذكرا فلذلك قمنا بتسليط الضوء على موضوع ميراث الخنثى وبينا رأي الفقهاء المسلمين فيه وكذلك بينا مدى قصور القانون العراقي في هذا الشأن ورجحنا اقوال البعض على البعض الاخر واشرنا الى اهم التوصيات التي يجب الاخذ بها في سبيل حل المشكلات التي تترتب على موضوع ميراث الخنثى وتعريف هذا المصطلح وتبيان احكامه.

© ٢٠٢٣، كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

لقد خلق الله تعالى الانسان صنفين، متمايزين، فيتحدد جنسه لما ظهر من حاله باعتباره المعيار الاساس في تحديد جنس الانسان :اما ذكر فتكون له اعضاء جنسية وجسدية ذكرية واما انثى، فتكون لها اعضاء جنسية وجسدية انثوية.. والدليل على ذلك قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا))سورة النساء، الآية(١).....وكذلك قوله تعالى (لِّلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ)سورة الشورى، الآية(٤٩)وميز كل صنف بخصائص خلقية ونفسية تميزه عن الاخر، يجعل من السهل بين من هو ذكر ومن هي انثى، ولكن لم يبين حكم من هو ذكر وانثى في وقت واحد، ، حيث انه قد تجتمع خصائص كلا الصنفين في مخلوق واحد شاذ فلا نلحقه بالرجال ‘ولا بالنساء، كأن تكون له عضو الذكورة وعضو الانوثة او تنعدم لديه كلا الالتين فيكون مخلوقاً شاذ وهذا ما يطلق عليه الفقهاء مصطلح "الخنثى "، الذي لا يعتبر جنساً ثالثاً مع الذكر والانثى، وانه وفق احكام ومبادئ الشريعة الاسلامية ‘ انه لا يجوز حرمان أي شخص من حق تقرر له، وهذا، يعد من اهم مبادئ الشريعة الاسلامية، ولا يوجد في الشريعة الاسلامية ضياع وبخس للحقوق تحت أي مسمى او أي عذر او دعوى،

وعلى اساس ذلــلك فان ولادة أي شخص مع تشوه خلقي والــذي يسمى ((بالخنثــى)) والذي يكون غير واضح ‘أهـو انثى فيأخذ ميراث الإناث، ام هو ذكر فيأخذ ميراث الذكور؛؛وهذا لا يعنـي حرمانه من الميراث، وانما اوجدوا الفقهاء مخرجا لهذه المسألة، ، وسوف نوضح كل ذلك في بحثنا هذا

أهمية البحث: أن أهمية البحث تكمن في تقدير ميراث الخنثى، لأنها من المسائل الإبتلائية التي قد تواجه القاضي ، فإن عرضت علىٌ القاضي فلابد أن يفصل فيها وعدم التعذر بجهله بأحكام ومسائل تقدير ميراث الخنثى، وكذلك تتجلى أهمية البحث في الخلافات التي تثيرها هذه المسائل بين الفقهاء المسلمين ، لذلك يتوجب علينا استعراض هذا الخلاف ومحاولة تضييق نطاقة وترجيح الراجح من أقوال الفقهاء، وتبرز أهمية البحث ايضا محاولة معرفة موقف القانون العراقي من مسألة ميراث الخنثى.

إشكالية البحث : تكمن مشكلة البحث في انه هنالك حالات كثيرة ظهرت في الكثير من بلدان الغرب وحتى في الدول العربية والإسلامية كالعراق وغيره من الدول أشخاص لهم أعضاء وجسم ذكوري، غير أن لديه مثلما يعبر عليه علماء النفس (بأزمة هوية جنسية)؛ وهي سوء التوجه الجنسي لدى هؤلاء الأفراد، فيعتبرون أنفسهم من الجنس الآخر، ويقومون بتقليدهم في كلامهم ولباسهم .ونظرا لأن قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يتعرض لأحكام هذه الحالات (الخنثى)، بالصورة المطلوبة والتوضيح الدقيق، فإننا سنعود في ذلك الى الفقه القانوني والقانون المقارن وأحكام الشريعة الإسلامية، ؛ لنستخلص منها الآراء الأقرب الى الواقع، والأيسر في التنفيذ وليتبين كيف يتم التعامل مع مسائل الخنثى في الميراث، وما هي الاحكام الشرعية والفقهية المتعلقة بهذه الاصناف.

منهجية البحث: المنهج الذي سوف نتبعه في هذا البحث هو المنهج المقارن ما بين المذاهب الاسلامية بصورة عامة (المذهب الحنفي، المذهب المالكي ‘ المذهب الشافعي ‘ المذهب الحنبلي ، مذهب الأمامية) والقانون العراقي.

المطلب الاول

مفهوم الخنثى

أن لبيان مفهوم الخنثى لا بد لنا من ان نبين تعريف الخنثى اصطلاحا وقانوناً ونبين انواعه وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نستعرض في الفرع الاول تعريف الخنثى لغتا واصطلاحا ، ونستعرض انواع الخنثى واقسامه في الفرع الثاني، وكما يأتي:

الفرع الأول / تعريف الخنثى لغةً واصطلاحاً

اولاً_ الخنثى لغةً : مشتقة من الفعل خنث وجمعه خناثى مثل حبالى، والخنثى من الخنث وهو اللين، وخنث الرجل خنثا، فهو خنيث، وتخنث و انخنث بمعنى تثنى و تكسر و الأنثى خنثى، وخنثت الشئ أي عطفته، وسمي المخنث للينه وتكسره.[١]

وكذلك في تعريف اخر /من الفعل (خَنَثَ، الخُنثى الذي لا يخلصُ لذكر ولا لأنثى، فقال رجل خنثى له ما للذكر والانثى، والخنثى الذي له ما للرجال والنساءَ جميعاً، والجمع خَناثى، وخنثت الشيء فتخنثتَ اي عطفته فتعُطف، والمخنث من ذلك اللينةِ[٢].

وعرفه احمد بن محمد (خنثاً هو خَنثٌ اذا كان فيه لين وتكسر، ويقال "خنَث" الرجل كلامه بالتثقيل اذا شبهه بكلام النساء ليناً ورخامةً)[٣] والمخنث من ذلك، للينه وتكُسُره وقيل الذي يفعل فعل الخناثى .[٤]

ثانياً_ تعريف الخنثى اصطلاحا

عرف الفقهاء المسلمين الخنثى عدة تعاريف اتفقوا في كثير من مواضعها، واختلفوا في البعض الأخر بزيادة قيد أو شرط وفقا لجميع المذاهب وكما يلي:

١- تعريف الخنثى عند الفقهاء الحنفية: (من يكون له الة الذكر والأنثى ، ولا يجتمع الوصفان في شخص واحد ، لأنه بينهما مغايره ، أذا أن الشخص أما أن يكون أنثى أو ذكر .)[٥]

وكذلك عرفه الكاساني، (الخنثى من له آلة الرجال والنساء، والشخص الواحد لا يمكن ان يكون ذكراً وانثى حقيقةً، فأما ان يكون ذكراً و إما ان يكون أنثى)[٦]. وعند الز ليعي :(هو من له فرج و ذكر ويلحق به من عرى من الآلتين جميعاً)[١]

١-إبن منظور ،جمال الدين بن مكرم الانصاري – لسان العرب المحيط-لبنان ، دار الجبل ، ١٩٨٨- المجلد الثاني ، ١٧٦

٢-ابن منظور ، المصدر نفسه ، دار صادر، (مادة خَنَثَ)-ص ١٤٥

-احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية – بيروت -بدون سنة نشر ، ج١ ص١٨٣[٣]

-ابو الحسن علي بن اسماعيل بن سيدة المرسى، المحكم والمحيط الاعظم ، دار الكتب العلمية ، بدون سنة نشر ، ج٥ ص١٦٤ [٤]

-محمد بن أحمد السرخسي ، المبسوط، ج٣٠ ، دار المعرفة ، بيروت -بلا سنة نشر ، ص٩١ [٥]

-الامام علاء الدين ابن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج١٠، دار الكتب العلمية ، بيروت – ٢٠٠٣ ط٢، ص١٧٣ [٦]

٢- تعريف الخنثى عند الفقهاء المالكية : (هو المولود الذي لم تتبين ذكورته، ولا انوثته حال ولادته، إما لانعدام ما يرجح أمره من علامات الانوثة والذكورة أو لتداخلها مع بعضها، فينتظر به البلوغ ، ليكشف عن حاله)[٢]

يكون له اي منهما، انما يكون له ثقب يبول منه، فأن وفي تعريف اخر لهم عرفوا الخنثى بأنه (من يكون له ذكر رجل وفرج امرأة، وقد لا كان مشكلا فلا يمكن ان يكون زوج، او زوجة، او جد ' او جدة، أو أم، أو أب).[٣]

٣-تعريف الخنثى عند الفقهاء الشافعية:(من يكون له آلتا الذكر و الانثى، وقد يكون له كثقبة الطائر[٤] واذا كان الخنثى مشكلا، فانه يستحيل ان يكون زوجاً او زوجة، أو اباً او جداً أو اماً)[٥]

٤-تعريف الخنثى عند الفقهاء الحنابلة: هو الذي له ذكر رجل وفرج امرأة، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول، وينقسم الى مشكل وغير مشكل، فالذي يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة.)[٦]

وكذلك عرفوه بانه (من كان له شكل ذكر الرجل، وشكل فرج المرأة، أو من لا يكون فرج، وإنما يكون له ثقب يخرج من البول، و الخنثى على قسمين مشكل وغير مشكل)[٧]

٥-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 وانثى)[١]

---

[١] -عز الدين عثمان بن علي ألز ليعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت – بدون سنة نشر ، ص١٠٤

[٢] -أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، مطبعة الفن القرافيكي ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٣ ، ص٤٩٢

[٣] -محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ط١ ج٨ ، دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان ، ١٩٩٥ ، ص٦١٠

[٤] -يقصد بثقبة الطائر – الخنثى الذي ليس له اي من الآتين

[٥] -شهاب الدين احمد بن محمد الهيـــتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٦ ، مطبعة مصطفى محمد ، بلا دار نشر، بلا سنة نشر، ص ٤٢٦

[٦] -ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، بدون سنة نشر ، ط٧ ، ص١١٤

[٧] -بن مفلح ابراهيم بن محمد، باب الفروع بيت ، الافكار الدولية ، –لبنان –بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص٣١٢

*ومن هذه الاختلافات الفقهية يتبين للناظر في تعريف المالكية و الحنفية لا يكاد يلمس اختلافا في كون أن الالتين لدى الخنثى قد تجتمعان في شخص واحد. أو أن يكون هناك خنثى عار عن الآلتين فهذا موضع اتفاق لدى الأئمة الكرام، ولكن الخلاف في تحقق الوصفين لدى شخص واحد فقد أثبته المالكية و قالوا إنه ممكن لسعة عظيم قدرة الله على ذلك، ونفى الحنفية و الشافعية تحقق الوصفين في شخص واحد وجاء على لسان ابن العربي كما ينسبه إليه القطبي، -انه عناصر خنثى ليس له لحية وله ثديان وعنده جارية هذا تمثيلا من الواقع لمذهبهم في هذا الامر.)[٢] ومما تقدم يمكن تعريف الخنثى بأنه :(شخص شاذ التكوين من ناحية الاعضاء التناسلية ، قد يكون له ذكر الرجال و فرج الاناث في وقت واحد وقد لا يكون له أياً منهما ويكون إما ذكراً او أنثى لا ثالث لهما لقوله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى}[٣]وكذلك قوله تعالى ﴿لله ملك السَّماوات والأرْض يخلق ما يَشاء يهب لمن يَشاء إناثًا ويهب لمن يَشاء الذُّكُور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجْعَل من يَشاء عقيما إنَّه عليم قدير﴾[٤] وهذا يعني ان الله سبحانه وتعالى قد نفى وجود جنس ثالث غير الاناث والذكور.[٥]

اما تعريف الخنثى في الفقه القانوني فقد عرفه الزلمي :(إنسان شاذ الخلقة غير اعتيادي، له عضوا الذكورة، والانوثة او عريُ عنهما :أي انسان شاذ لا يتيقن كونه ذكر او انثى .)[٦]

ثالثاً_ تعريف الخنثى قانوناً :أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يعرف الخنثى ولم يبين الاحكام الخاصة في تقدير ميراث الخنثى ، حيث احال ذلك الى نصوص الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لهذا القانون تطبيقا لنص المادة الاولى الفقرة الثانية من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.والتي نصت على (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة

-محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ط٧، ج٣٩ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان١٩٨١، ص٢٧٧-٢٧٨

١٥-القرطبي ، أبو عبد الله الأنصاري ، الجامع لا حكام القرآن ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط٥ ، ١٩٩٦ ، ص٥٢ .

-سورة الحجرات الآية(١٣) [٣]

١٧-سورة الشورى الآية {٤٩ }

[٥]-عبد الحميد حسن صباح ، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، غزة فلسطين ، ٢٠٠٨ ، ص ١١

[٦] -الدكتور مصطفى الزلمي ، (احكام الميراث والوصية وحق الانتقال) في الفقه الاسلامي والمقارن ، احسان للنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠١٤ ، ص١٦٦

الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) وهذا يعني تطبيق أحكام الفقه الاسلامي في تحديد جنس الخنثى، لأن أغلب أحكام هذا القانون مستمده من أحكام الفقه الحنفي[١]

رابعاً :التعريف الطبي الحديث _ (لقد عرف الخنثى في الطب المعاصر بأنه الشخص الذي تكون اعضاؤه الجنسية غامضة وان الغموض المذكور في التعريف يكتنف الاعضاء الخارجية والداخلية في الطب الحديث فمن اجل تحديد نوعية الخنثى ينظر الى الغدد التناسلية حسب فحصها النسيجي فأن كانت الغدة خصبة' والأعضاء الخارجية التناسلية تشبه الاعضاء التناسلية لدى الانثى فهو خنثى ذكر كاذب، وإن كانت الغدة ، مبيضاً والاعضاء التناسلية الظاهرة اعضاء الذكر فهو خنثى كاذبة، أما اذا كان لشخص مبيضا وخصية ' او هما ملتحمان مع بعضهما البعض فهذا هو خنثى حقيقي، ولا عبرة هنا بالأعضاء الظاهرة التي قد تشبه اعضاء الذكر أو الانثى أو كليهما)[٢]

الفرع الثاني / أنواع الخنثى فقها وقانونا

اولاً_ انواع الخنثى في الفقه الاسلامي _ اتفق الفقهاء المسلمون على ان الخنثى ينقسم الى نوعين :

١-النوع الاول :الخنثى غير المشكل (الواضح)

هو من يتبين فيه علامات الذكورة والانوثة فيعلم انه رجل او امرأة، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء على انه رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة، (وحكمه في الارث وسائر احكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه)[٣]، حيث ان الخنثى الواضح هو الذي زال عنه الغموض والاشكال، وظهرت فيه العلامات الدالة، على انه ذكر، او انثى منذ الولادة، او بعد البلوغ فمن حين الولادة النظر الى المبال، فإن كان المبال من الذكر، اخذ حكم الاناث، وان كان المبال من القبل، اخذ حكم الاناث، وان بال منهما جميعا حكم له بالسبق فيهما، فإن استويا في السبق حكم عليه بالكثرة والقلة في نفس البول .[٤]

٢٠-علاء عمر محمد الجاف ,أحكام ميراث الخنثى (دراسة فقهية قانونية مقارنه) ,المجلد ٢ ، العدد الرابع ، بحث منشور ، في مجلة جامعة ذي قار ، ٢٠٠٧' ص١٤٨

٢١ – طيبي حمزة ومحمد بن يطو، (احكام ميراث الخنثى في الفقه والقانون المقارن) رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ جامعة زيان عاشور بالجلفة، ٢٠١٧-ص١١

[٣]– عبد الحميد حسن صباح ، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية والمعاصرة، مصدر سابق ، ص ٢٣

[٤]– الدسوقي ، محمد عرفة : حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط١ ، ١٩٩٦ ، مج٤ ص٤٩٠ .

٢- **النوع الثاني : الخنثى المشكل : .**(وهو الذي أشكل أمره، فلم تعرف ذكورته من أنوثته لعدم ظهور علامة مميزة.)[١]

وهو الذي يكون جنسه غير واضح، اذ لا يمكن تمييز جنسه – أي انه ليس له آلتا الذكور أو الاناث، وإنما له ثقب يخرج منه البولَ [٢]، أو قد يكون له آلتا الرجال والنساء، ويخرج البول منهما معا ، دون أن يعلم أيهما السابق ، وقد أختلف الفقهاء في تحديد الخنثى في هذه الحالة الى ثلاثة أقوال وكالاتي

القول الاول :

ذهب فقهاء **الحنفية**[٣]، **والشافعية** [٤]، القول الى ان الخنثى اذا بال من التي الرجال والنساء واستويا في السبق فلا عبرة لكثرة البول ويبقى الخنثى مشكلا ، واستندوا في ذلكُ (الى ما روي عن أبن عباس)عن رسول الله (ﷺ)ان رسول الله (ﷺ)سئلْ عن مولود ولد، ، وله ذكر الرجال وفرج النساء من اين يورث، فقال رسول الله (ﷺ)(يورث من حيث يبول)[٥]، وهذا يعني أن المعتبر هو خروج البول، وليس كثرته ، كذلك فأن كثره الخرج لا يدل بكل حال من الأحوال على القوة، وإنما قد يكون نتيجة ضيق في فتحة أحد المخرجين، وعرض في فتحة المخرج الأخر

القول الثاني : ذهب **فقهاء المالكية**[٦]، **والحنابلة** [٧]، الى أن العبرة في تحديد جنس الخنثى هو 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 الاصلي ، كذلك فإن الأكثر حكم الكل في الشريعة الاسلامية، ومن ثم يترجح القول بالكثرة .[٨]

---

[١]-ابي احمد ابن محمد ابن قدامة، المقدسي ، المغني _الشرح الكبير ، دار الكتاب ، لبنان ، بيروت ، ط٧ ، بدون سنة نشر، (ص ١١٥_ ١١٦)

[٢]- محمد بن محمد الخطيب ، الشربيني ، مغني المحتاج ، الى معرفة الفاض المنهاج، ج ٤ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠، ص٥١ .

[٣]-علي بن سليمان، المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط١ ، ج٧، مطبعة السنة المحمدية ، بلا مكان نشر ، ١٩٥٦ ، ص ٣٤١ .

[٤]-الماوردي ، علي بن حبيب ، الحاوي الكبير ، ج٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .١٩٩٤ ، ص ١٦٨ .

[٥]-أحمد بن الحسين البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٦، دار الكتب العلمية ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٢٨.

[٦]- احمد بن محمد الصاوي ، الدردير ، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك ، ج٤ ، دار المعارف ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص٧٢٦.

[٧]-المغني ، مصدر سابق ، ج٩ ، ص١٠٩ .

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

القول الثالث :ذهب فقهاء الجعفرية[١]، والشافعية [٢]، في القول الى ان العبرة في تحديد، جنس الخنثى، في حالة خروج البول من آلتا الرجال والنساء من دون أن يعرف السابق منهما ' الى أي منهما انقطع اخيراً ، واستندوا في ذلك الى ما روي عن أبي عبد الله عن أبيه (عليه السلام)عن الامام عليً (عليه السلام) ، (في المولود الذي يولد وله التا الرجال والنساء، ويبول منهما معا ، قال :من أيهما أسبق، :قيل فإن استدر منهما معا، قال فمن أبعدهما)[٣]

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، والحي ' وظهور اللحية، ونهود الثديين واختلاف عدد الاضلاع[٤] .

ومن دراسة اختلاف الاقوال الفقهية يتبين لنا انه و بصورة عامة يعد الخنثى مشكلا اذا لم تظهر فيه علامات الانوثة ولا الذكورة .

ثانياً_ انواع الخنثى قانوناً

ان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يتضمن نصاً خاصاً يحدد نوع الخنثى، ، وانما تضمن نصوص عامة في الرجوع الى الفقه الاسلامي، في حالة عدم وجود نص خاص يحكم مسألة معينة، حيث اشار الى تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى السالفة الذكر، والتي تنص على "أذا لم يوجد نص تشريعي، يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون "

*فمن هذا يتبين لنا ان المشرع العراقي فسح المجال امام القاضي في مسالة ترجيح الراي الاسلم والأفضل من الآراء الموقرة السالفة الذكر للحكم في المسائل المعروضة امامه .

---

[١]–محمد حسن النجفي ' جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ط ٧ ، دار أحياء التراث العربي ، ج ٣٩ ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١ ، ص٢٧٩.

[٢]–مغني المحتاج _مصدر سابق ، ج٤ ، ص ٥١.

[٣]– محمد بن حسن العاملي ، وسائل الشيعة ، ط٢ ، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث ، ايران – قم ، ١٤١٤ هـ، ص٢٨٤ .

[٤]–المغني _المصدر نفسه ، ج٤ ، ص ٥١ .

المطلب الثاني

احكام توريث الخنثى شرعاً وقانوناً

بعد أن بينا تعريف الخنثى، وانواعه و، بقي لدينا أن نبين أحكام ميراثه بنوعيه غير المشكل (الواضح) والمشكل، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول أحكام ميراث الخنثى الواضح، و أحكام ميراث الخنثى المشكل شرعاً وفي الفرع الثاني احكام توريث الخنثى في القانون العراقي وكالاتي :

الفرع الاول / احكام ميراث الخنثى غير المشكل (الواضح) والمشكل

اولاً– ميراث الخنثى غير المشكل الواضح :قلنا ان الخنثى غير المشكل، هو الذي تكون معالم جنسه واضحه، اذ يمكن تمييزه اذا ما كان – بكل سهولة – ذكر أم أنثى، ومع التقدم الحاصل في مجال الطب فأنه اصبح بالإمكان التعرف على جنس الخنثى وأزاله اللبس والغموض في جنسه، ومن ثم تغليب الصفة الغالبة، (سواء كانت الصفة الذكورية ام الانثوية، فإذا أتضح حاله بأنه ذكر، يعطى ميراث الذكور، وأن أتضح حاله بأنه انثى، يعطى ميراث الإناث)[١] وهذا متفق عليه عند جميع الفقهاء : (الحنفية والشافعية و الحنبلية والمالكية والامامية) فلا مشكلة في هذا الجانب من الاقوال .

ثانياً– احكام ميراث الخنثى المشكل : أختلف فقهاء المذاهب الاسلامية في مقدار ما يوقف للخنثى المشكل الى ثلاثة أقوال وكالاتي:

القول الاول : قول فقهاء الحنفية : ذهب ابو حنيفة، ومحمد، وقول عند أبي يوسف، الى أن الخنثى المشكل يعامل بالأضر، فيعطى أقل النصيبين، على فرض ذكورته او انوثته، ويأخذ بقية الورثة أكثر النصيبين، ومن ثم فإذا 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.)١(التقدير الاخر، أعطي النصيب الذي يتناسب مع التقدير الأقل 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 استحقاقه لما زاد عليه، فغير مقطوع به، وإنما على سبيل الاحتمال، ومن ثم فإن الامر يقتضي

---

[١]– د. فواز صالح ، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس البشري ، مجلد ١٩، العدد الثاني ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق ، ٢٠٠٣ ، ص٥٧ .

الاحتياط، وذلك بمعاملة الخنثى المشكل بما هو أسوء، وإعطائه النصيب الأقل، والقول بإعطائه النصيب الاقل)٢.

القول الثاني: وذهب المالكية الى أن الخنثى المشكل يورث نصف نصيبي الذكر و الأنثى مطلقا، سواء رجي اتضاحة أم لا، و وافقهم الحنابلة في الشق الثاني من مذهبهم وهو عدم رجاء اتضاح حال الخنثى، و إن ورث الخنثى بحال دون الأخرى (الذكورة أو الانوثة) أعطى نصف ميراثه من الحال [١].

القول الثالث: وذهب الشافعية الى أن يعطي الخنثى المشكل هو ومن معه من الورثة اليقين و أن يوقف الباقي المشكوك فيه الى بيان حال الخنثى، واليقين في حق الخنثى أن يعامل بالأسوأ و الأضر في حقه وحق الورثة، و إن كان يرث بحال دون اخرى (الذكورة أو الأنوثة) فإنه لا يدفع له شئ، بل يوقف ما يرثه على التقدير الذي يرث فيه، وقد وافقهم الحنابلة في الشق الأول من مذهبهم، وهو حالة أن يرجى اتضاح حال الخنثى[٢].

ومما تقدم يتبين لنا ان الفقهاء اتفقوا في حالة توريث الخنثى غير المشكل (الواضح) ولكنهم اختلفوا في توريث الخنثى المشكل ومن الاختلافات الثلاثة السابقة يتبين لنا وحسب راينا المتواضع ان الرأي الراجح هو القول الثاني أن الخنثى المشكل يورث نصف نصيبي الذكر و الأنثى مطلقا.

الفرع الثاني / احكام توريث الخنثى في القانون العراقي

فلو رجعنا الى القانون فنجد أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يبين الاحكام الخاصة في تقدير ميراث الخنثى ، حيث احال ذلك الى نصوص الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لهذا القانون تطبيقا لنص المادة الاولى الفقرة الثانية من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٩٥.والتي نصت على (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) فلم يتعرض لمثل هذه الاحكام ولم يكيفها في مواده ولم يبين الاحكام الخاصة في توريث الخنثى وهل هو يرث كما في ميراث الذكر ام كما للأنثى من نصيب . اقترح ان تكون مادة قانونية خاصة بالخنثى كما في قانون الاحوال الشخصية العماني اذ نصت المادة ٢٧٨على ان(للخنثى المشكل، نصف النصيبين ، على تقدير الذكورة والانوثة) وهذا يعني ان التشريع العماني قد اخذ بالمذهب المالكي والراجح من المذهب الجعفري اذ يعطي الخنثى نصف تقدير حصته اذا كان

---

[١]–الدسوقي ، محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المرجع السابق، ، ص١٨٠

[٢]-- [٢]–مغني المحتاج _مصدر سابق ، ج٤ ، ص ٦٦

ذكرا مضافا اليه نصف حصته اذا كان انثى ، اما اذا كان خنثى غير مشكل فيكون نصيبه حسب ما يظهر عليه من علامات تدل على الانوثة ، فيعطى حصة انثى او ما يظهر عليه من علامات الذكورة فيعطى حصة ذكر.

الخاتمة :

وفي الختام توصلنا الى اهم النتائج والتوصيات الاتية :

اولا : النتائج

١- توصلنا في بحثنا هذا الى ان مفهوم الخنثى في الفقه والطب هو ناتج عن جمع بين الاجهزة العضوية التي تكون للذكر والاجهزة العضوية التي تكون للانثى .

٢- اعتماد اغلب الفقهاء على العلامات الخارجية للخنثى في تحديد جنسه .

٣- ان القوانين ومنها القانون العراقي لم يعيروا اهمية كبيرة لهذا الجانب رغم الاهمية الكبيرة التي تترتب على موضوع الخنثى .

٤- ان للخنثى انواع ومنها الخنثى غير المشكل (الواضح) والخنثى المشكل (غير الواضح)

ثانياً : التوصيات

١- نهيب بالمشرع العراقي على ان يوجه النظر على هذا الموضوع لأهميته الكبيرة في حياة الانسان المادية والمعنوية في مثل هذا النوع من الخلق (الخنثى) وايراد نصوص قانونية تنظم احكامه .

٢- اضافة مادة في قانون الاحوال الشخصية العراقي خاصة بموضوع الخنثى وتعريفه واحكام ميراثه نظراً لتزايد ظهور مثل هكذا نوع من الانسان . ونقترح ان يكون النص(للخنثى المشكل، نصف النصيبين ، على تقدير الذكورة والانوثة)

٣- الاستعانة بالطب الحديث لمعرفة وتحديد نوع الخنثى وتحديد مصيره في الميراث على ضوء التقارير الطبية التي يتوصل اليها الاطباء .

٤- ايراد تعريفا مانعا جامعا للخنثى والاهتمام بتنظيم احكام ميراثه في قانون الاحوال الشخصية العراقي .

قائمة المصادر والمراجع :

اولاً – القرآن الكريم

ثانياً – المصادر

١--إبن منظور ،جمال الدين بن مكرم الانصاري – لسان العرب المحيط–لبنان، دار الجبل، ١٩٨٨– المجلد الثاني، ١٧٦ .

٢–احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت –بدون سنة نشر، ج١ ص١٨٣

٣–ابو الحسن علي بن اسماعيل بن سيدة المرسى، المحكم والمحيط الاعظم، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر، ج٥ ص١٦٤

٤–أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مطبعة الفن القرافيكي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٣، ص٤٩٢

٥–محمد بن محمد بن عبد الرحمن، الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ط١ ج٨، دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان، ١٩٩٥، ص٦١٠

٦–محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٣٠، دار المعرفة، بيروت –بلا سنة نشر، ص٩١

٧–الامام علاء الدين ابن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – ٢٠٠٣ ط٢، ص١٧٣

٨–عز الدين عثمان بن علي ألز ليعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – بدون سنة نشر، ص١٠٤

٩–ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، المغني الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ط٧، ص١١٤

١٠– بن مفلح ابراهيم بن محمد، باب الفروع بيت، الافكار الدولية، –لبنان –بيروت، ٢٠٠٥، ص٣١٢

١١– محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ط٧، ج٣٩، دار أحياء التراث العربي، بيروت –لبنان١٩٨١، ص٢٧٧–٢٧٨

١٢–القرطبي، أبو عبد الله الأنصاري، الجامع لا حكام القرآن، لبنان، دار الكتب العلمية، ط٥، ١٩٩٦، ص٥٢ .

[١٣] -الدكتور مصطفى الزلمـــي، (احكام الميراث والوصية وحق الانتقال) في الفقه الاسلامي والمقارن، احسان للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٤ ، ص,١٦٦

١٤- علاء عمر محمد الجاف، أحكام ميراث الخنثى (دراسة فقهية قانونية مقارنه) ، المجلد ٢، العدد الرابع، بحث منشور، في مجلة جامعة ذي قار، ٢٠٠٧، ص١٤٨

١٥ - عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية والمعاصرة، مصدر سابق،ص

١٦ - الدسوقي، محمد عرفة : حاشية الدسوقي على شرح الكبير، لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٦، مج٤ ص٤٩٠ .

١٧-ابي احمد ابن محمد ابن قدامة ، المقدسي، المغني _الشرح الكبير، دار الكتاب، لبنان، بيروت، ط٧، بدون سنة نشر، (ص ١١٥_ ١١٦)

١٨- محمد بن محمد الخطيب، الشربيني، مغني المحتاج، الى معرفة الفاض المنهاج ، ج ٤، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص٥١ .

١٩-علي بن سليمان، المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط١، ج٧، مطبعة السنة المحمدية، بلا مكان نشر، ١٩٥٦، ص ٣٤١ .

-٢٠ - الماوردي، علي بن حبيب، الحاوي الكبير ، ج٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٩٩٤.

٢١ - احمد بن محمد الصاوي، الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك، ج٤، دار المعارف، القاهرة، بلا سنة نشر،

٢٢ - صالح بن فوزان بن عبد الله ، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ط٣، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٦، ص٢٠٨ .

٢٣- د. فواز صالح ، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس البشري، مجلد ١٩، العدد الثاني، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، ٢٠٠٣، ص٥٧ .

٢٤-محمد بن محمد بن عبد الرحمن، الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ط١ ج٨، دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان، ١٩٩٥، ص٦١٠

-محمد بن أحمد السرخسي

٢٥-الماوردي، علي بن حبيب، الحاوي الكبير ' ج٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٩٩٤، ص ١٦٨ .

٢٦-أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر، ٢٠٠٣، ص ٤٢٨

٢٧ - طيبي حمزة ومحمد بن يطو، (احكام ميراث الخنثى في الفقه والقانون المقارن) رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ جامعة زيان عاشور بالجلفة، ٢٠١٧-ص١١

٢٨- احمد بن محمد الصاوي، الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك، ج٤، دار المعارف، القاهرة، بلا سنة نشر، ص,٧٢٦

٢٩ - عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة فلسطين، ٢٠٠٨، ص ١١.

List of sources and references:

First - the Holy Quran

Secondly, the sources

1 -- Ibn Manzoor 'Jamal al-Din ibn Makram al-Ansari - Lisan al-Arab al-Muheet - Lebanon, Dar al-Jabal, 1988 - Volume Two, 176.

2- Ahmed bin Muhammad bin Ali Al-Muqri Al-Fayoumi, Al-Misbah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir, The Scientific Library - Beirut - without a year of publication, Vol. 1, p. 183

3- Abu Al-Hassan Ali bin Ismail bin Sayeda Al-Mursi, Al-Muhakkim wa Al-Muhit Al-A'zam, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, without a year of publication, Vol. 5, p. 164

4- Abu Bakr Jaber Al-Jazaery, Minhaj Al-Muslim, Graphic Art Press, Fifth Edition, 1983, pg. 492

5- Muhammad bin Muhammad bin Abd al-Rahman, Al-Hattab, Talents of Al-Jalil to explain Mukhtasar Al-Khalil, 1st edition, Part 8, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya - Beirut - Lebanon, 1995, p. 610

6- Muhammad bin Ahmad al-Sarkhasi, al-Mabsout, vol. 30, Dar al-Ma'rifah, Beirut - without a publishing year, pg. 91

7- Imam Alaeddin Ibn Masoud Al-Kasani Al-Hanafi, Bada'i Al-Sana'i fi Tartib Al-Sharia', vol.

8- Izz al-Din Othman bin Ali al-Lai'i, Explanation of Facts, Explanation of the Treasure of Accuracies, Dar al-Ma'rifah for Printing and Publishing, Beirut - without a year of publication, p. 104

9- Abi Muhammad Abdullah bin Ahmed bin Qudamah Al-Maqdisi, Al-Mughni Al-Sharh Al-Kabir, Dar Al-Kitab Al-Arabi for Publishing and Distribution, without a year of publication, 7th Edition, p. 114

10- Bin Mufleh Ibrahim Bin Muhammad, Chapter of Branches House, International Ideas, - Lebanon - Beirut, 2005, p. 312

11- Muhammad Hassan al-Najafi, Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam, 7th edition, vol. 39, Arab Heritage Revival House, Beirut - Lebanon 1981, pp. 277-278

12- Al-Qurtubi, Abu Abdullah Al-Ansari, Al-Jami La Hukam Al-Qur'an, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Alami, 5th edition, 1996, p. 52.

13 - Dr. Mustafa Al-Zalmi, (Provisions of inheritance, wills, and the right to transfer) in Islamic and comparative jurisprudence, Ihsan for publication and distribution, 1st edition, 2014, p. 166.

14- Alaa Omar Muhammad Al-Jaf, Rulings of Inheritance of the Shemale (Comparative Jurisprudential Study), Volume 2, Issue 4, published research, in Dhi Qar University Journal, 2007, p. 148

15 - Abd al-Hamid Hassan Sabah, The Inheritance of the Hermaphrodite in the Light of Scientific and Contemporary Facts, previous source, p

16 - Al-Dasouki, Muhammad Arafa: Al-Dasouki's footnote on Sharh Al-Kabeer, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya, 1st Edition, 1996, Vol. 4, p. 490.

17- Abi Ahmed Ibn Muhammad Ibn Qudama, Al-Maqdisi, Al-Mughni _ Al-Sharh Al-Kabeer, Dar Al-Kitab, Lebanon, Beirut, 7th edition, without a year of publication, (pp. 115_ 116)

18- Muhammad bin Muhammad Al-Khatib, Al-Sherbiny, Mughni Al-Muhtaj, To Know the Fad Al-Minhaj, Part 4, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya, Beirut, Lebanon, 2000, p. 51.

19- Ali bin Suleiman, Al-Mardawi, Al-Insaf fi Ma'rifah fi Ma'rifah al-Rajih min al-Khalaf, vol. 1, vol. 7, Al-Sunnah al-Muhammadiyah Press, without a place of publication, 1956, p. 341.

-20 - Al-Mawardi, Ali bin Habib, Al-Hawi Al-Kabir, Part 8, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya, Beirut, Lebanon 1994

21 - Ahmed bin Muhammad Al-Sawy, Al-Dardir, The Small Explanation on the Closest Path to the Madhab of Imam Malik, Part 4, Dar Al-Maarif, Cairo, without a year of publication,

22- Salih bin Fawzan bin Abdullah, "The Pathological Investigations in the Hypothetical Investigation," 3rd edition, Al-Ma'arif Library, Riyadh, 1986, p. 208.

23- Dr. Fawaz Salih, 'Intersex Surgery and Changing the Human Sex', Volume 19, Number Two, research published in the Journal of Damascus University, 2003, p. 57.

24- Muhammad bin Muhammad bin Abd al-Rahman, Al-Hattab, Talents of Al-Jalil to explain Mukhtasar Al-Khalil, 1st edition, part 8, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya - Beirut - Lebanon, 1995, p. 610

- Muhammad bin Ahmed Al-Sarkhasi

25- Al-Mawardi, Ali bin Habib, Al-Hawi Al-Kabir, Part 8, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya, Beirut, Lebanon - 1994, p. 168.

26- Ahmad bin Al-Hussein Al-Bayhaqi, Al-Sunan Al-Kubra, Part 6, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, without a publishing place, 2003, p. 428

27- Tibi Hamza and Muhammad bin Yato, (Provisions of Hermaphrodite Inheritance in Jurisprudence and Comparative Law) Master Thesis, Faculty of Law and Political Sciences - Zayan Ashour University in Djelfa, 2017- p.11

28- Ahmed bin Muhammad Al-Sawy, Al-Dardir, The Small Explanation on the Closest Path to the Madhab of Imam Malik, Part 4, Dar Al-Maarif, Cairo, without a year of publication, p. 726.

29- Abdul Hamid Hassan Sabah, The Inheritance of the Female in the Light of Contemporary Scientific Facts, Master Thesis, Islamic University, College of Sharia and Law, Gaza Palestine, 2008, p. 11.