أثر المستجدات الطبية في ضبط ميراث الخنثى

THE IMPACT OF MEDICAL ADVANCES ON DETERMINING THE INHERITANCE OF INTERSEX INDIVIDUALS

أميرة بلعيفة[1]، نجية رحماني [2]

[1]جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)، مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والاقتصاد الإسلامي، amira.belaifa@univ-msila.dz

[2]جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)، مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والاقتصاد الإسلامي، nadjia.rahmani@univ-msila.dz

تاريخ الإرسال: 2025/01/03 تاريخ القبول: 2025/04/10 تاريخ النشر: مارس/2025

الملخص:

تتناول هذه الدراسة تأثير المستجدات الطبية الحديثة على ميراث الخنثى، وذلك من خلال إبراز دور التحاليل الجينية والفحوصات الهرمونية في الكشف الدقيق عن الهوية البيولوجية لثنائي الجنس، مما يمثل تطورًا مقارنةً بالمعايير الظاهرية التي اعتمدها الفقهاء سابقًا بناء على الوسائل المتوفرة في عصرهم. وتتم معالجة هذه الحالات من خلال التدخل الطبي الجراحي للتوحيد بين حقيقة الجنس وظاهره، بحيث يُمنح الخنثى نصيبه من الميراث وفقًا لمركزه القانوني الجديد الذي تحدده الخبرة الطبية. تأتي أهمية هذا الموضوع من كونه يسلط الضوء على التحديات القانونية والشرعية التي تواجه القضاة والفقهاء على حد سواء، بهدف تحقيق العدالة في توزيع الحقوق وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، وبما يتناسب مع الحالة البيولوجية الحقيقية للفرد، مع الاستفادة من المعطيات العلمية الحديثة.

الكلمات المفتاحية: الميراث، الخنثى، المستجدات الطبية، عمليات تصحيح الجنس ...

Abstract:

This study focuses on how modern medical techniques are changing the inheritance of hermaphrodites. Most importantly, it shows the role of genetic tests and hormonal tests in correctly identifying intersex people. This is much more than the previous external criteria used by jurists based on the methods available at that time. In these circumstances, surgical medical interventions are implemented, which entail a procedure to match the true sex with its external appearance. In such cases, the share of the hermaphrodite, as determined by a medical expert, will be based on these legal definitions. The importance of this topic is to show and explain the legal and religious problems through which the judge and jurist try to achieve justice in the distribution of rights, according to the teachings of Islamic law, so it befits the true biological condition of the individual in the light of the beneficial modern scientific data.

KEY WORDS: Inheritance, hermaphrodite, medical advancements, sex reassignment surgeries.

المؤلف المرسل: أميرة بلعيفة، الإيميل المهني: amira.belaifa@univ-msila.dz

مقدمة:

جعل الله تعالى البشر قسمين أساسيين، الذكور والإناث، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا التنوع في قوله: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ ٱلزَّوۡجَيۡنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلۡأُنثَىٰ 45﴾ [النجم: 45] وجعل هذا التصنيف هو الأساس الذي بنيت عليه الكثير من الأحكام الشرعية، ومنها أحكام الميراث.

ومع هذا، قد تظهر في بعض الأفراد صفات تجمع بين الذكورة والأنوثة، يصعب معها تحديد الجنس بدقة، أطلق الفقهاء على هذه الحالة تسمية " الخنثى". ولتحديد جنسه اعتمدوا على معايير ظاهرية وفقا لما كان متاحا في زمانهم من وسائل، إلا أن هذه الوسائل قد تكون غير مجدية في بعض الحالات، مما أوجد ما يعرف بالخنثى المشكل. ولعدم وضوح جنسه، فقد راعوا في بناء أحكامه جانب الاحتياط لضمان عدم ضياع الحقوق. وفي الميراث يقدر نصيب الخنثى بناء على افتراض كلتا الحالتين ذكرا و أنثى، للتأكد من حصوله على الحد الأدنى من حقوقه.

وفي ظل التقدم العلمي في الطب، أصبح من الممكن تحديد جنس الخنثى بسهولة ورده إلى صنفه الأصلي. الأمر الذي يسهم بشكل فعال في حل العديد من الإشكالات الفقهية والقانونية المتعلقة به، من ذلك ميراثه. لكنه في المقابل أثار الكثير من الإشكالات الفقهية، حيث أدى إلى ظهور عمليات تؤثر على جنس الإنسان وتغيره، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن مدى تأثير عمليات تصحيح وتغيير الجنس على ميراث الخنثى والمحول جنسيا.

هذا، ويعدّ الموضوع من النوازل المعاصرة التي لم يرد بشأنها نص، وأمام الفراغ التشريعي وإغفال المشرع لهذا الجانب من المستجدات الطبية، تظهر الحاجة الماسة لبيان أحكام هذه المسائل. على اعتبار أن كل ما لم يرد فيه نص يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، من هنا تبرز أهمية البحث في هذا الموضوع الذي يعكس مرونة الشريعة الإسلامية وقابلية فروعها للتطور ومواكبة العصر، وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان وعدم جمود أحكامها.

تأسيسا على ما سبق، كيف يمكن التوفيق بين الاجتهادات الفقهية لميراث الخنثى والمعطيات الطبية الحديثة، لضمان العدالة في توزيع الحقوق دون الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية؟

ولتحليل هذه الإشكالية تحليلا عميقا، وتسليط الضوء على مختلف جوانب الموضوع، يمكن طرح التساؤلات الفرعية التالية:

- ما المقصود بالخنوثة، وماهي المعايير الفقهية المعتمدة للكشف عنها؟
- ما هي الوسائل الطبية الحديثة المستخدمة للكشف عن جنس الخنثى وما مدى دقتها؟
- ما هو حكم عمليات تصحيح الجنس، وما موقف المشرع الجزائري منها؟
- وكيف تؤثر هذه العمليات في تقسيم الميراث؟

وعلى اعتبار أن هذا البحث من البحوث الفقهية القانونيّة الطبيّة، فقد اقتضت الدراسة الاعتماد على عدة مناهج، متمثلةً في المنهج الاستقرائي، المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، وذلك من خلال استقراء أقوال فقهاء الشريعة المعتمدة في المذاهب الفقهية الأربعة، وما ورد من نصوص قانونية في المسألة، ومن ثمّ تحليلها في ظلّ ما كشفت عنه المستجدات الطبية الحديثة.

ومن أجل الإحاطة الدقيقة بمحاور هذا الموضوع، ارتأينا تقسيم الدراسة وفق الخطة التالية: مقدمة تتناول الإطار العام للموضوع وتبرز أهميته، يليها العنصر الأول الذي يعرض حقيقة الخنثى وأحواله، ثم العنصر الثاني الذي يوضح كيفية الكشف عن الخنثى في ظل المستجدات الطبية، وأخيرا العنصر الثالث والذي يركز على طريقة توريث الخنثى وأثر المستجدات الطبية في ضبطها. لتختتم الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

1-تعريف الخنثى و أحواله:

قبل التطرق إلى أحكام ميراث الخنثى لا بد من معرفة حقيقة الخنثى، وقد خصصنا هذا العنصر لتعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية ومن ثم بيان أحواله.

1.1- تعريف الخنثى:

1.1.1- تعريف الخنثى لغة:

الخنثى من خنث خنثا بمعنى التكسر والتثني ومن هذا سمي المخنث لتكسره في حركاته،[1] جاء في لسان العرب: الخنثى هو الذي لا يخلص لذكر ولا لأنثى،[2] أي الذي له ما للنساء وما للرجال جميعا والجمع خناثى.[3]

2.1.1- تعريف الخنثى اصطلاحا:

1.2.1.1- في الفقه الأسلامي:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الخنثى على النحو التالي:

- **عرف الحنفية** الخنثى أنه : "من له آلة الرجال والنساء، والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقة، فإما أن يكون ذكراً، وإما أن يكون أنثى".[4]
- **وعرف المالكية** الخنثى سواء كان مشكلا أم لا بأنه: "من له آلة ذكر وآلة امرأة." وقيل بوجود نوع ليس له واحدة منهما وله مكان يبول منه.[5]
- **وقال الشافعية:** "الخنثى هو الذي له ذكر كالرجال، وفرج كالنساء، أو لا يكون له ذكر ولا فرج ويكون له ثقب يبول منه."[6]
- **وذهب الحنابلة** إلى أن الخنثى هو:" من له ذكر وله فرج امرأة، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول".[7]

من خلال استقراء تعريفات الفقهاء للخنثى، نجد أنهم يتفقون جميعا على أنه يشمل كل من لديه أعضاء الذكورة والأنوثة معا، ومن ليس لديه أعـــضاء تناسلية ظاهرة، بل يمـلتلك ثقبا لا يشبه ما هو للذكر ولا للأنثى، وهو الخنثى المشكل.

2.2.1.1- الناحية الطبية:

يعرف الخنثى طبيا بأنه: "الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة، فلا يعرف هل هو ذكر أم أنثى."[8] كما عرفت الخنوثة بأنها:"تشوه خلقي يحدث في جسم الإنسان، حيث يتواجد عند الشخص أعضاء تناسلية ذكرية وأنثوية أو بعض الخصائص من كلا الجنسين معا مما يجعل من الصعب تحديد جنسه البيولوجي."[9]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام ثنائي الجنس في مختلف نصوصه ولعل هذا مرده إلى ندرة وقوع مثل هذه الحالات أو لإمكانية الكشف عنها طبيا –إن وجدت– عند الولادة، وفي حالة عدم معالجتها فإنه يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يخص الخنثى من أحكام تطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج[10].

استنادا إلى ما تم ذكره، يمكن القول بأن **الخنثى هو شخص اشتبه في جنسه لاجتماع الخصائص الجنسية الذكرية والأنثوية فيه، أو انعدامهما معا لعيب في خلقه فيجهل تكوينه البيولوجي.**

2.1- أحوال الخنثى:

1.2.1- في الفقه الإسلامي:

ينقسم الخنثى من حيث الظهور عند الفقهاء إلى قسمين:

1. **الخنثى غير المشكل:** فمن ظهرت عليه علامات الرجولة أو الأنوثة بشكل واضح سواء عند ولادته أو بعد البلوغ فيعلم أنه ذكر أو أنثى ليس بمشكل، إنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة. والمعتبر في تحديد جنسه مباله،[11] لقوله صلى الله عليه وسلم: "الْخُنْثَى مِنْ حَيْثُ يَبُولُ." [12]
2. **الخنثى المشكل:** وهو الذي لا تظهر عليه علامات الذكورة أو الأنوثة ولا يعلم هل هو رجل أو امرأة، أو تكون العلامات ظاهرة ولكنها متناقضة في الوقت ذاته فعندئذ يكون مشكلا.[13] والخنثى المشكل يشمل: من كان له آلة الذكر وآلة الأنثى، ومن ليس له شيء منهما ولكن له ثقب يبول منه.[14]

2.2.1- من الناحية الطبية:

يميز الأطباء بين نوعين من الخنوثة استنادا إلى ما توصل إليه الطب الحديث من تقنيات ووسائل مكنت من الفحص الداخلي لجسم الإنسان، تتمثل في:

1. **الخنوثة الحقيقية:** وتعرف من خلال النظر في الغدد التناسلية للخنثى، فإذا كانت تتكون من جهاز تناسلي أنثوي كامل وجهاز ذكوري كامل في الوقت نفسه فهو خنثى حقيقي، ومثل هذه الحالات نادرة الوجود.

2. **الخنوثة الكاذبة:** وهي التي تكون فيها الغدد التناسلية إما غددا أنثوية أو غدد ذكرية، بينما تكون الأعضاء التناسلية الظاهرة غامضة لا توافق ما هي عليه الغدد الداخلية. فإذا ظهر عند النظر والفحص الطبي أن الغدة التناسلية مبيض والأعضاء الخارجية الظاهرة ذكرية نكون أمام خنوثة كاذبة أصلها أنثى، والعكس.[15]

2- كيفية الكشف عن الخنثى في ظل التطورات الطبية:

سنبين في هذا العنصر طريقة الفقهاء في معرفة جنس الخنثى قديماً، ومن ثم نتطرق إلى كيفية الكشف عنه من الناحية الطبية.

1.2- من الناحية الفقهية:

اعتمد الفقهاء في تمييز جنس الخنثى على مجموعة من العلامات الظاهرة، وقد فرقوا بين العلامات التي تظهر قبل البلوغ والتي تظهر بعده:

1.1.2- إزالة الاشكال عن الخنثى قبل البلوغ:

ويكون بأحد الأمور التالية:

1. **المبال:** هو أعم العلامات لأنه موجود عند الصغير والكبير، فإذا بال الخنثى من آلة الذكر، فإنه يعتبر رجلا، أما إن بال من آلة الأنثى فهو أنثى، لأن خروج البول يكون من العضو الأصلي الصحيح والآخر يعتبر عيبا. وإذا حدث أن بال منهما معا فالحكم للأسبق في عملية الإخراج،[16]فإن استويا في السبق ففي ذلك أقوال:

- **ذهب الحنفية**[17] إلى أن استواء خروج البول من الآلتين معا يدل على أنه خنثى مشكل ولا عبرة للكثرة لأن مردها إلى ضيق الآلة أو اتساعها لا لكونها الأصل.
- **وخالف في ذلك الصاحبان** حيث اعتدا بالكثرة، فإن كان أكثر البول يخرج من آلة الذكر فهو ذكر والعكس، لأن ذلك يدل على أنه العضو الأصلي ولأن للأكثر حكم الكل،[18] **وهو مذهب المالكية وقول للشافعية والحنابلة.**[19] فإن استويا في الكثرة فهو عندئذ مشكل إلى أن تظهر العلامات الأخرى عند بلوغه.

2. **عدد الأضلع:** ذهب الحسن البصري إلى القول بأن الخنثى إذا أشكل حاله تحسب أضلاعه فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل. وهذا لا أصل له لاجماعهم على تقديم المبال على ما سواه[20].

2.1.2- إزالة الاشكال عن الخنثى بعد البلوغ:

العلامات التي تظهر على الخنثى عند البلوغ نوعان :

1. علامات تختص بالرجال: هي نبات اللحية وخروج المني من ذكره، فإذا ظهرت هذه العلامات على الخنثى بعد بلوغه كان ذكرا وتبين حاله.
2. علامات خاصة بالنساء: وتتمثل في الحيض والحمل وبروز الثديين فإذا ظهرت عليه هذه العلامات اتضح

أنه أنثى وزال إشكاله.[21]

3. الميل النفسي: في حالة تعذر معرفة جنس الخنثى من خلال العلامات السابقة فإنه يلجأ إلى معيار نفسي وهو معيار الميل إلى أحد الجنسين، فإن مال إلى النساء فهو رجل والعكس صحيح. وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية[22] والشافعية[23]، وخالفهم في ذلك الحنابلة[24] اذ لم يعتدوا به إذا كان لزيادة حصته في الميراث.

تجدر الإشارة إلى أن اللجوء الى هذا المعيار لا يكون إلا بعد البلوغ والعجز عن كشف الهوية الجنسية من خلال الأمارات الظاهرية.

بناء على ما سبق، يظهر أن المعايير التي اعتمدها الفقهاء في الكشف عن الجنس الفعلي للخنثى وإزالة اشكاله هي معايير ظاهرية في مجملها، بعيدة عن التكوين البيولوجي للشخص، وأغلبها يتحقق بعد البلوغ وفي حالة تعذر الكشف عن جنسه استنادا الى العلامات الظاهرة يلجأ الى معيار باطني وهو معيار الميل.

2.2- من الناحية الطبية:

يتم الكشف عن جنس الخنثى طبيا من خلال :

1.2.2- الكشف عن جنس الخنثى من خلال الفحوصات والتحاليل الطبية:

من خلال التحاليل الطبية والمخبرية أصبح بالإمكان التعرف على التكوين الجنسي لحامل الصفات الجنسية المزدوجة والتأكد من كونه ذكرا أو أنثى وذلك من خلال:

1. **الكشف عن الأعضاء التناسلية:** حيث يتم تمييز جنس الفرد ذكرا كان أو أنثى من خلال فحص أعضاءه الخارجية الظاهرة وكذا الداخلية بحكم أنها تختلف في الذكر عنها في الأنثى وذلك من خلال التحليل الطبي للأنسجة التي تتكون منها.[25]
2. **تحليل الكروموزومات:** وذلك من خلال أخذ خلايا من كريات الدم البيضاء أو الخلايا المبطنة للفم لفحصها[26]. حيث تتكون كل خلية من خلايا الانسان على اختلاف جنسه من ستة وأربعين كروموزوما نصفها من الأب والنصف الاخر من الأم، تحمل الأنثى كروموزومين متماثلين (XX) بينما يحمل الذكر كروموزومين مختلفين(xy). وعند الفحص المخبري لهذه العينة يتضح جنس الخنثى ويزول إشكاله. هذا وقد يحدث خلل في تركيب الكروموزومات فنجد الفرد يحمل الكروموزوم الذكري والأنثوي معا فعندئذ يتم تشخيص الحالة على أنها خنثى حقيقي وهذا يستدعي اللجوء إلى تحاليل أكثر دقة.[27]
3. **تحليل الهرمونات:** عند وجود خلل في تركيب الكروموزومات وكان الفرد يحمل الكروموزوم الذكري والأنثوي معا فإنه يتم اللجوء إلى فحص الهرمونات، حيث يفرز جسم الإنسان هرمونات عديدة من بينها الهرمونات الجنسية ووظيفتها تثبيت الذكورة والأنوثة وهي نوعان:

أ. هرمونات جنسية ذكرية وتتمثل في : التستسترون والأندروجين.

ب. هرمونات جنسية أنثوية وهي: الأستروجين والبروجستيرون، وهرمون الأندروجين بنسبة أقل مما هو موجود عند الذكر.[28]

وعلى أساس هذه الهرمونات يمكن تحديد ذكورة الفرد أو أنوثته.

2.2.2- عمليات تصحيح جنس الخنثى وتثبيته:

بعد إجراء التحاليل والفحوصات الطبية اللازمة والتحقق من جنس الخنثى -سواء كانت حقيقية أو كاذبة- يمكن تصحيح ذلك التشوه من خلال القيام بعمليات طبية دقيقة للتوفيق بين الأعضاء الظاهرة وحقيقة الجنس البيولوجي، أو ما يعرف بعمليات تصحيح الجنس. والتي يقصد بها: "**التدخل الطبي الجراحي أو الهرموني لعلاج الإختلاف في الأعضاء التناسلية الظاهرة وحقيقة الجنس، كما تدل عليها الدلائل الطبية المعاصرة.**"[29]

ومثل هذه العمليات جائز شرعا بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، أمثال: الدكتور محمد علي البار[30] والدكتور يوسف القرضاوي[31]، وكذلك الدكتور ناصر فريد واصل في فتواه التي أكدت على مشروعية هذا الإجراء عند التحقق من ضرورته الطبية. سواء كان هذا العلاج بالهرمونات أو بواسطة التدخل العلاجي الجراحي. وفي هذا الصدد جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر بمكة المكرمة: "من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال, فينظر فيه إلى الغالب من حاله, فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجهً طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته, ومن غلبت عليه علامات الأنوثة, جاز علاجه طبيا, بما يزيل الاشتباه في أنوثته, سواء أكان العلاج بالجراحة, أم بالهرمونات, لأن هذا مرض, والعلاج يقصد به الشفاء منه, وليسً تغييرا لخلق الله عز وجل".[32]

ومستندهم في ذلك :

- أن الله تعالى خلق الناس على صنفين، ذكورا و إناث لا ثالث لهما، يقول تعالى:" ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ ﴾ [النساء: 1] فهذه الآية تدل على أن الخنثى إنسان فيه عيب خلقي، ولكنه لا يعدو أن يكون إما ذكرا أو أنثى، وهذه العمليات كفيلة بتحديد جنسه.
- الأمر بالتداوي بشكل عام، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ، فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللهِ عز وجل"[33]. فالخنوثة مع كونها عيبا معنويا فهي تشوه حسي أيضا، وهي نوع من الأمراض التي يجوز علاجها شرعا لإزالة تلك التشوهات.
- عموم أدلة جواز الجراحة العلاجية، وعمليات تصحيح الجنس تدخل في هذا العموم، لأنها تهدف إلى علاج تشوه خلقي في الشخص وإعادته إلى حالته السوية.
- للخنثى أحكام شرعية خاصة به وهي قائمة على الاحتياط، وفي أغلبها يعامل معاملة الأنثى، وبعضها يبقى معلقا إلى بلوغه وبيان جنسه، وفي هذا تعطيل للكثير من الأحكام الشرعية وضياع لحقوقه أو اكتسابه

حقوقا لا يستحقها شرعا إلزامه بواجبات لا تجب عليه، والكشف عن جنسه طبيا وتصحيحه من خلال هذه العمليات يحول دون ذلك.

- القاعدة الفقهية: **الضرر يزال**، ووجه الاستدلال بالقاعدة أن ضررا بالغا سيحدث للخنثى في حالة تركه على حاله وهذا الضرر يكون معنويا حيث لا يشعر نفسه ذكرا و لا أنثى، وحسيا وماديا بحيث يأخذه نصيبه في الميراث ناقصا.

في ضوء ما تم ذكره، فإنه يمكن القول بجواز إجراء عمليات تصيح الجنس من الناحية الشرعية لأنها من العمليات العلاجية التي تهدف إلى إصلاح تشوه خلقي في الشخص من أجل استجلاء حقيقة جنسه تفاديا لمفاسد كثيرة سواء من ناحية الحقوق أو الواجبات أو من الجانب الأخلاقي.

ويشترط لإجراء هذه العمليات الشروط العامة المتعلقة بالجراحة الطبية، بالإضافة الإلى ضوابط خاصة بهذه الجراحات نظرا لخصوصيتها، تتمثل في:

- التأكد من وجود الخنوثة المرضية، سواء كانت كاذبة أو حقيقية. ويتم ذلك بإجراء الفحوصات والتحاليل الطبية الضرورية.
- أن تكون الجراحة هي الوسيلة الوحيدة للعلاج، فإذا أمكن علاج الخنوثة من خلال حقن الهرمونات والعقاقير الطبية فلا يجوز إجراءها.
- أن يغلب على ظن الطبيب ان هذه العملية ستحقق المصلحة المرجوة من إجراءها والمتمثلة في إزالة التشوه وتصحيح الجنس، فإن غلب على ظنه عدم جدوى العلاج لم يجز له القيام بها لما سيترتب على ذلك من مفاسد. لقاعدة درأ المفاسد أولى من جلب المصالح.

هذا وتجده الإشارة إلى أن ما توصل العلم إليه من إمكانية تغيير الشخص لجنسه من ذكر إلى أنثى استجابة لميولاته النفسية دون اعتبار لتكوينه البيولوجي، أو ما يعرف بالتحول الجنسي، والذي يقصد به: "العملية التي يتم من خلالها تحويل المرء من الذكورة إلى الأنوثة تحويلا كاملا بإنقاص بعض الأعضاء أو زيادتها أو تغيير بنية أعضائه بجراحة أو علاج."[34] لا تدخل في مفهوم الخنثى وهي عملية محرمة شرعا لما فيها من تغيير لخلق الله على وجه العبث، وتشبه الرجال بالنساء والعكس. وكذلك لما ينجم عنها من أضرار نفسية وأخلاقية واجتماعية.

جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة :"الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير الخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا التغيير بقوله تعالى مخبراً عن قول الشيطان: ﴿وَلَأٓمُرَنَّهُمۡ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلۡقَ ٱللَّهِۚ﴾ [النساء: 119]، فقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود أنه قال: « لَعَنَ اللَّهُ ٱلْوَاشِمَاتِ وَٱلْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَٱلنَّامِصَاتِ وَٱلْمُتَنَمِّصَاتِ، وَٱلْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ ٱلْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ ٱللَّهِ عَزَّ وَجَلَ »، ثُمَّ قَالَ: « أَلَا أَلْعَنُ مَنْ لَعَنَ رَسُولُ ٱللَّهِ وَهُوَ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ – عَزَّ وَجَلَّ – يعني قوله : ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ

ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ [الحشر: 7] .[35]

بالتالي لا تترتب عليها أي آثار قانونية أو شرعية، ومن ذلك الميراث استنادا إلى الجنس الجديد، فيعطى المحول جنسيا نصيبه من تركة مورثه استنادا إلى جنسه الأصلي دون اعتبار إلى ما آل إليه.[36]

3.2.2- موقف المشرع الجزائري:

من خلال استقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يتطرق إلى مسألة تصحيح جنس الخنثى بعد الكشف عنه طبيا، كما لم يبين موقفه من عمليات تغيير الجنس أو التحول الجنسي على الرغم من ولوجها إلى مختلف الدول العربية والإسلامية، ومخالفتها لقواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام. لذا وجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج.[37] فإذا طرحت على القاضي مثل هذه القضايا فإنه يلجأ إلى تطبيق الأحكام الشرعية التي جاءت بها المجامع الفقهية الإسلامية على اعتبار أنها المصدر الشرعي في وقتنا الحالي في المسائل المستجدة، من ذلك عمليات تصحيح الجنس وتغييره. وفي هذا السياق، نجد أن القرار الصادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2018/7/4، تحت ملف رقم **1258812**، قد اعتبر أن طلب تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن محكمة غرونوبل الفرنسية بتاريخ 2004/1/19، القاضي بتغيير نوع الجنس من ذكر إلى أنثى، **مخالف للشريعة الإسلامية والنظام العام في الجزائر**[38].

وقد ورد في نص القرار أن تصحيح الجنس يكون جائزًا بناء على أحكام الشريعة الإسلامية خاصة في ظل غياب نص قانوني صريح، وذلك وفقًا للمادة 222من القانون الجزائري، التي تُحيل في المسائل غير المنصوص عليها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يكون الهدف من التصحيح إظهار الجنس الغالب بما يحقق مصلحة مشروعة للمعني في حالات معينة، منها:

- إذا كان سببه عيوب خلقية، حيث يكون الشخص مصابًا بخلل جنسي يستلزم عملية جراحية لإصلاحه.
- إذا حصل تغير في الجنس بشكل طبيعي نتيجة لتطور الجسم دون تدخل صناعي، كتناول الهرمونات، وأصبح مظهر الشخص مختلفًا عن الجنس الذي ولد عليه، مما يستوجب تصحيح الهوية دفعًا للحرج والالتباس والسخرية والاستهزاء.
- إذا كان التغيير لأسباب عضوية يعاني منها الخنثى.

وكان بالأحرى على المشرع تنظيم هذه المسائل ضمن نصوص قانونية صريحة وأن يبين موقفه منها، ويعتمد ما توصلت إليه الخبرة الطبية كطريق لكشف جنس الخنثى وإزالة اشكاله، بضوابط وشروط صارمة لتجنب مختلف المشاكل القانونية التي يمكن أن تنجم عن هذه العمليات، كأن يشترط الحصول على ترخيص قضائي مبني على نتائج الفحوصات الطبية اللازمة بهدف التأكد من أن هذه العمليات ستجرى بهدف إزالة التشوه الخلقي الذي حال دون معرفة جنس الخنثى، والتوفيق بين حقيقة الجنس والأعضاء الظاهرية لا لمجرد هوى أو ميل نفسي. ووضع آليات تضمن تطبيق الفحوصات الطبية في القضاء الشرعي بشكل فعال ومنظم، من بينها:

- تشكيل لجان طبية شرعية متخصصة تتألف من أطباء متخصصين في علم الوراثة، الغدد الصماء، والأعضاء التناسلية، إلى جانب فقهاء وعلماء شرعيين، تكون مهمتها تقييم الحالات بناءً على الفحوصات الطبية، وإصدار تقارير طبية شرعية معتمدة من الجهاز القضائي، بما يضمن الدقة العلمية والشرعية في تحديد الجنس.

- وضع بروتوكولات واضحة ومعتمدة من الجهات الطبية والشرعية، تحددأنواع الفحوصات المطلوبة (الجينية، الهرمونية، أو التشريحية)، والمعايير الشرعية لقبول نتائج الفحوصات، بحيث يتم التأكد من مطابقتها للضوابط الشرعية مع اشتراط الدقة العلمية في إجراء الفحوصات، لضمان عدم الوقوع في الأخطاء التي قد تؤثر على القرارات القضائية المتعلقة بتحديد الجنس.

وفي مصر أُثيرت قضية تحول الجنس لأول مرة عام 1988 عندما تقدم طالب بجامعة الأزهر بطلب لإجراء عملية تصحيح جنس. وردًا على ذلك، أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى تضمنت ما يلي" :إن الأحاديث النبوية الشريفة تجيز إجراء جراحة يتحول بها الرجل إلى امرأة، والمرأة إلى رجل، متى انتهى رأي الطبيب الثقة إلى وجود دواعي خلقية في ذات الجسد، كأن تكون هناك علامات أنوثة مطمورة أو علامات ذكورة مغمورة، باعتبار أن هذه الجراحة تُظهر الأعضاء المطمورة أو المغمورة، وذلك تداويًا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة".

ويتضح من هذه الفتوى أنه يشترط وجود الأعضاء التناسلية للجنس الذي سيتم التحول إليه، بحيث تكون الجراحة مجرد إظهار للأعضاء المخفية وليست عملية زرع أعضاء جديدة .ومن ثم، فإن إجراء الجراحة يكون جائزًا لغرض علاجي بحت، في حالة وجود خلل جسدي حقيقي، لكنه لا يجوز في حالات الاضطرابات النفسية فقط دون وجود مبررات عضوية واضحة.[39]

رغم وجود العديد من القضايا المرفوعة إلى المحاكم بشأن تصحيح الجنس، لم أجد أي تشريع عربي ينص صراحة على الاعتماد على الخبرة الطبية في تحديد جنس الخنثى. ومع ذلك، فإن بعض الدول تعتمد في ممارساتها القضائية على التقارير الطبية في مثل هذه القضايا، دون وجود نص قانوني واضح يُلزم بذلك.

هذا الفراغ التشريعي يجعل الاجتهاد الفقهي والقضائي هو الأساس في التعامل مع مثل هذه الحالات، حيث يتم الرجوع إلى رأي الخبراء الطبيين والتشريعات العامة المتعلقة بالأحوال الشخصية، بالإضافة إلى الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية في البلدان التي تأخذ بها كمصدر رئيسي للتشريع.

ويظل وضع إطار قانوني واضح مسألة ضرورية لضمان التوافق بين الفقه الإسلامي والتطورات الطبية، مما يسهم في تحقيق العدالة والوضوح القانوني في قضايا تحديد الجنس وما يترتب عليها من آثار، من ذلك الميراث.

3- كيفية توريث الخنثى في ظل المستجدات الطبية:

في هذا العنصر سنبين مذاهب الـفقهاء في توريث الخنثى، وأثر التقنية الطبـية الحديثة في ضـبط ميراثه

وحصر تقديراته.

1.3- من الناحية الفقهية:

1.1.3- توريث الخنثى غير المشكل:

سبقت الإشارة إلى أن الخنثى ينقسم إلى نوعين: خنثى مشكل وخنثى غير مشكل، هذا الأخير هو الذي ظهرت عليه علامات الرجولة أو الأنوثة فاتضح حاله، والمعتبر في ذلك كما ذكرنا مباله، فإن بال من آلة الذكر يحكم عليه بأنه ذكر ويعامل معاملة الذكور في الميراث. وإن بال من آلة الأنثى ورث ميراث الأنثى وعومل معاملتها . ولا خلاف بين الفقهاء في هذا.[40]

ومستند الفقهاء في هذا، الحديث المروي ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود ولد له قبل وذكر من أين يورث، فقال:"يُوَرَّثُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ"[41] فدل هذا الحديث على أن المعتبر في توريث الخنثى غير المشكل مباله.

2.1.3- توريث الخنثى المشكل:

الخنثى المشكل هو الذي لا تظهر عليه علامات الذكورة أو الأنوثة ولا يعلم أذكر هو أم أنثى فلا يمكن إلحاقه بأحد الوصفين. وتجدر الإشارة أن الخنثى المشكل لا يمكن أن يكون أبا أو أما أو جدا أو جدة لأن حالاتهم واضحة ومحددة. كما لا يكون زوجا ولا زوجة أنه لا يصح تزويجه مادام مشكلا.[42] وبناء عليه لايرث إلا من جهة البنوة أو الأخوة أو العمومة.

وميراث الخنثى المشكل يكون على حالتين:

1. **إذا كان ميراثه لا يتغير على اعتبار ذكورته أو أنوثته،** بحيث لا يؤثر جنسه على نصيبه في الميراث فإنه يستحق نصيبه كاملا دون انتظار زوال إشكاله.[43] وتأخذ هذه الحالة عدة صور :

- كأن يكون الخنثى وارثا نصيبا واحدا لا يتغير في جميع أحواله وكان جنسه لا يؤثر في نصيب غيره ومثال ذلك إذا كان الخنثى ولد أم غير محجوب، ففي هذه الحالة يكون له السدس دون اعتبار لجنسه.
- أو يكون محجوبا في كل حالاته فلا فائدة في اعتباره ذكرا أو أنثى فيحجب ولا يستحق شيئا من الميراث، ومثال ذلك: من مات وترك أبا وبنت وأخا خنثى شقيقا ، فلا يرث الأخ شيئا على التقديرين لأنه محجوب أصلا بالأب ذكرا كان أم أنثى.
- من صور هذه الحالة أيضا، أن يكون الخنثى حاجبا لغيره من الورثة في كل الأحوال كما لو كان وارثا للتركة كلها، أو ما تبقى وحاجبا لبقية الورثة، فيحجب الخنثى الورثة ويعطى نصيبه بصرف النظر عن كونه ذكرا أو أنثى كمن مات عن ولد خنثى وأخ أو أخت لأم فهنا يحجب الإخوة لأم بغض النظر عن جنس الفرع الوارث ويأخذ الخنثى التركة كلها .

2. **إذا كان ميراث الخنثى يتغير باعتبار ذكورته أو أنوثته:** اختلف الفقهاء في توريث الخنثى المشكل حال تغير ميراثه حسب وصفه وجنسه إلى الأقوال التالية:

أ. **ذهب الحنفية** إلى توريث الخنثى الأقل من نصيبه على فرض الذكورة أو الأنوثة فيعامل بالأضر، ويعطى بقية الورثة أوفر الأنصبة ولا يوقف شيء من التركة.[44] وعلى هذا كان مذهب القاضي أبو يوســـف ثم رجع عنه.[45]

ب. **ذهب المالكية** الى القول بإعطاء الخنثى نصف النصيبين، فيعطى نصف نصيب الذكر على فرض أنه ذكر، ونصف نصيب الأنثى على فرض أنه أنثى. وإن ورث بأحد التقديرين فقط فله نصف نصيبه.[46] وإلى هذا القول رجع أبو يوسف من الحنفية.[47]

ج. **ذهب الشافعية** إلى أن يعامل الخنثى ومن معه بالأضر، فيعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي إلى حين اتضاح حاله ببلوغه، وكذلك لو كان يرث على أحد الفرضين دون الآخر فلا يعطى شيئا ويوقف نصيبه حتى يتبين حاله[48]، أو يصطلح الورثة فيما بينهم بالتساو أو التفاضل.[49]

د. **فرق الحنابلة** بين الخنثى المشكل الذي يرجى اتضاح حاله وبين من لا يرجى اتضاح حاله: فذهبوا في الأول مذهب الشافعية فيعامل الخنثى ومن معه بالأضر وتوقف التركة إلى حين اتضاح حاله. وذهبوا في الآخر مذهب المالكية، فإذا لم يتبين حال الخنثى بأن مات قبل البلوغ أو بلغ مشكلا، يعطى نصف النصيبين. [50]

وبهذا يتضح حاله فيعطى النصيب الذي يستحقه بناء على ما اتضح من ذكورته أو أنوثته.

2.3- أثر المستجدات الطبية في توريث الخنثى:

1.2.3- حجية الفحوصات الطبية:

تعتبر الفحوصات الطبية المُشار إليها قرينة قوية ذات دلالة يقينية في تحديد جنس الخنثى، الأمر الذي يُفضي إلى إمكانية تصحيح هويته البيولوجية ومعالجته طبيًا، ومن ثمّ ترتب الأحكام الشرعية، كالميراث بناءً على جنسه الذي تكشف عنه هذه الفحوصات.

إلا أن الإشكال يثور حول مدى حجية هذه الفحوصات وإمكانية الاستعاضة بها عن الضوابط التي قررها الفقهاء في توريث الخنثى. وقد اختلف الفقهاء في اعتبار القرائن القوية، كالفحوصات الطبية، من وسائل الإثبات الشرعي، فانقسموا في ذلك إلى قولين:

أ. ذهب جمهور الفقهاء من **الحنفية**[51]، و**المالكية**[52]، و**الحنابلة**[53]، إلى القول بجواز العمل بالقرائن القوية في إثبات الأحكام الشرعية، ومنها الفحوصات الطبية في تحديد جنس الخنثى، وتوريثه وفقا لما كشفت عنه. واستدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع:

- فمن الكتاب: قول الله تعالى: ﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ﴾ [يوسف: 18]، **ووجه الدلالة:** أن إخوة يوسف عليه السلام لما جاؤوا بقميصه إلى أبيهم يعقوب عليه السلام وعليه

دمٌ، تأمله فوجده سليمًا لا أثر فيه لتمزيق أو أثر أنياب، فاستدل بذلك على كذب دعواهم بأن الذئب أكله. وهذا يدل على أن القرائن قد يُستند إليها في إثبات الحقائق وردّ الادعاءات الباطلة. كما أن كل ما أنزله الله تعالى من آيات إنما أنزله لحكمة وفائدة، لقوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱ ۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقۡتَدِهۡۗ﴾ [الأنعام: 90] فآية يوسف عليه السلام دليل على مشروعية العمل بالقرائن القوية، وهي مقتدى معمول به في الاستدلال الشرعي[54].

- ومن السنة: ما ثبت عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ"، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: "أَنْ تَسْكُتَ".[55] **وجه الدلالة** :أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل سكوت البكر قرينة على رضاها بالنكاح، مع أنه لم يصدر منها لفظ صريح بالموافقة، وهذا يدل على أن الشريعة تأخذ بالقرائن القوية في إثبات الأحكام. ويُعتبر هذا من أقوى الأدلة على جواز الحكم بالقرائن، لأن الشريعة قد اعتدّت بالسكوت قرينة معتبرة في أمر عظيم، وهو عقد النكاح، مما يؤكد حجية القرائن في الاستدلال والإثبات[56].
- وقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على الاحتجاج بالقرائن والعمل بها في الأحكام الشرعية، وقد نقل ابن قدامة في "المغني "هذا الإجماع عند ذكره إقامة حد الزنا بالحمل، حيث اعتُبر الحمل قرينة على وقوع الفعل الموجب للحد، مما يدل على اعتماد القرائن في الإثبات.[57] ومن الأمثلة على عمل الصحابة بالقرائن أيضًا حكم عمر بن الخطاب، وابن مسعود، وعثمان رضي الله عنهم بوجوب الحد على من وُجدت فيه رائحة الخمر، وذلك بناءً على القرينة الظاهرة، وهي وجود الرائحة، دون الحاجة إلى إقرار أو بينة صريحة.[58]وهذا يؤكد أن العمل بالقرائن القوية، ومنها الفحوصات الطبية، أمرٌ معتبر في الشريعة.
- تدخل القرائن القوية، ومنها الفحوصات الطبية، في مفهوم البينة، والبينة اسمٌ لكل ما يُبيِّن الحق ويوضحه ويُظهره. ولهذا سمّى النبي صلى الله عليه وسلم شهادة الشهود بينة، لأن الحق يظهر بها، لكن البينة ليست مقصورة على الشهادة وحدها، بل يُراد بها كل ما يقوم مقام الحجة والدليل والبرهان في إظهار الحق. وبناءً على ذلك، متى وُجدت القرائن والإمارات التي تكشف الحق وتوضحه، وجب العمل بها شرعًا، لأن المقصود من الإثبات في الشريعة هو الوصول إلى الحق بأي وسيلة معتبرة، سواءً كانت شهادة، أو إقرارًا، أو قرائن قوية تُفيد القطع أو غلبة الظن[59].

ب. ذهب بعض فقهاء **الحنفية**[60]، والقرافي من **المالكية**[61]، **إلى** عدم جواز العمل بالقرائن في إثبات الأحكام الشرعية حيث يرون أن القرائن غير صالحة لبناء الأحكام الشرعية عليها، وذلك لأن طرق الإثبات قد وردت في الشريعة على سبيل الحصر، ولم تكن القرائن من بينها.واستدل أصحاب هذا القول على مذهبهم بعدة أدلة، منها:

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم في قصة المتلاعنين، حيث قال :أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ" فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: "لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ".[62] **وجه الدلالة :** أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعمل بقرينة الشَّبَه، ولم يُثبت نسب الولد من أبيه بناءً على تلك الصفات، مما يدل على أن القرائن ليست دليلاً مستقلاً لإثبات الأحكام. **ورد على هذا الدليل** بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتدّ بقرينة الشبه لوجود اللعان، وهو دليل شرعي أقوى من القرينة، فكان موجب اللعان نفي النسب، ولذلك لم يُعمل بقرينة الشبه. وهذا لا يدل على إبطال العمل بالقرائن مطلقًا، وإنما يدل على عدم العمل بها إذا عارضها دليل أقوى[63].
- القرائن ليست مطّردة الدلالة، وذلك لاختلافها من حيث القوة والضعف. فقد تبدو في البداية قوية وقاطعة، ثم يتبين ضعفها لاحقًا، مما يجعلها غير صالحة لأن تكون دليلًا معتمدًا في بناء الأحكام القضائية، إذ إن الأحكام الشرعية تحتاج إلى أدلة ثابتة ومستقرة، لا تتغير قوتها بمرور الزمن أو باكتشاف معطيات جديدة.

– تم **الرد على هذا الاستدلال** بأن القضاء لا يعتمد إلا على القرائن القوية التي لا يُشك في دلالتها على المقصود، أما القرائن الضعيفة، فغايتها الاستئناس ولا يُبنى عليها حكم قاطع.كما أن احتمال ضعف القرينة بعد قوتها ليس قاصرًا عليها وحدها، بل هو أمر يعتري كل أنواع البينات، حتى الشهادات والإقرارات، إذ قد يُكتشف لاحقًا ما يطعن في مصداقيتها، ورغم ذلك لم يُمنع الاعتماد عليها في القضاء[64].

من خلال هذا العرض، يظهر أن القول الأول في جواز العمل بالقرائن هو الراجح، وذلك بسبب قوة الأدلة التي استند إليها أصحابه، ولأن الاعتماد على القرائن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها .كما أن القرائن قد تكون في بعض الأحيان أقوى من الشهادة والإقرار، خاصة عندما تكون قوية وقطعية في دلالتها.

ومع ذلك، يُشترط لجواز العمل بالقرائن أن تكون قد بلغت حد اليقين، بحيث لا تحتمل الشك، وأن تكون قطعية في دلالتها على الأمر المقصود أو الواقعة المطلوب إثباتها .كما يجب أن تكون متوافقة مع العقل والمنطق، وألا يوجد ما يعارضها من أدلة أو قرائن أخرى[65].

بالنسبة للفحوصات الطبية، فهي قرينة قوية توفرت فيها جميع الضوابط التي تجعلها دليلاً مقبولًا شرعًا. وبناءً على ذلك، الأولى العمل بها في تحديد جنس الخنثى بدلاً من الاعتماد على أقوال الفقهاء، خاصة إذا كانت الفحوصات العلمية قد أثبتت حقيقة بيولوجية واضحة لا تتنازعها الشكوك. وقد صرّح بعض الفقهاء في قضايا مشابهة بأن هذه المسائل تُعد من باب الطب، وليست محض قضايا فقهية، إذ يرون أن الاعتماد على الجوانب الفقهية وحدها دون مراعاة الرؤية الطبية لا يستقيم. وهذا يؤكد أهمية الاعتداد بالجانب الطبي

في مثل هذه المسائل، والاعتماد على أهل الخبرة والتخصص، حتى يتمكن الفقيه من إصدار الفتوى برؤية واضحة. وهذا هو النهج الذي تسير عليه المجامع الفقهية المعاصرة، حيث تعهد بهذه القضايا إلى الخبراء والمختصين لتقديم صورة دقيقة وواضحة عنها، قبل أن يتناولها الفقهاء بالبحث والاستنباط، مما يمكنهم من إصدار الحكم الشرعي بناءً على معطيات علمية موثوقة.[66] وفي هذا السياق يقول الإمام ابن القيم" :ولا يمكن للمفتي ولا للحاكم أن يفتي أو يحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علمًا، والثاني فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر....".[67]

2.2.3- أثر المستجدات الطبية في توريث الخنثى:

في ضوء ما تم ذكره من إمكانية تحديد الهوية البيولوجية للخنثى وعلاجه طبيا، فإنه أصبح من الواجب الاعتماد على نتائج الخبرة الطبية والاعتداد بها في توريثه إذا تم ذلك قبل القسمة، والاستعاضة بها عن أقوال الفقهاء المبنية على الاجتهاد وفقا لما كان متوفرا في زمانهم.

لكن الاشكال يثار في حالة عدم خضوع الخنثى للفحص الطبي إلا بعد وفاة المورث وتقسيم التركة على الورثة بالاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية، أو الجنس الظاهري للخنثى، الذي قد يكون مغايرا لما أظهره العلاج الطبي، فهل تنقض القسمة في هذه الحالة ويعاد توزيعها اسنادا إلى ما تم الكشف عنه طبيا؟

1.2.2.3- تصحيح جنس الخنثى قبل القسمة:

من الناحية القانونية لا يعترف بتسجيل جنس المولود على أنه خنثى في شهادة ميلاده، إنما يسجله ضابط الحالة المدنية ذكرا أو أنثى بناء على ما هو مدون في شهادة ميلاده. فإذا تبين جنسه طبيا بعد اجراء الفحوصات والتحاليل اللازمة، وتم تصحيحه، وكان مطابقا لمركزه القانوني قبل التدخل الطبي فإنه يرث بناء عليه ولا إشكال في ذلك. إنما يثور الإشكال إذا أظهر التدخل الطبي أن جنس الخنثى مغاير لما هو عليه في وثائق الحالة المدنية. في هذه الحالة وجب أخذ هذه النتائج بعين الاعتبار والاعتداد بها في تحديد جنس الخنثى ومن ثم اللجوء إلى القضاء لاثبات جنس الخنثى الذي كشفت عنه الخبرة الطبية، وفق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية المتعلقة بتصحيح العقود الخاطئة.[68]

وعليه إذا تمت هذه الإجراءات قبل القسمة، وجب الاعتداد بها وأخذها بعين الاعتبار عند تقسيم التركة وتقديمها على أقوال الفقهاء المبنية على الاجتهاد وفقا لما توفر في زمانهم من وسائل. . وهذا لأن التشخيص المستند إلى الفحوصات الطبية يعتمد على حقائق علمية دقيقة، وبالتالي لا يحتمل الخطأ. فإذا أكد الأطباء أن الشخص ذكر، فإنه يُعامل على هذا الأساس، وإن جزموا بأنه أنثى، فإنه كذلك. شريطة أن يكون التشخيص مبنيًا على أدلة طبية موثوقة، بعد إجراء الكشف الطبي وإتمام التحاليل والفحوصات اللازمة للتحقق من الأمر[69].

بالتالي فإن الخـنثى يرث وفقا لمركزه القانوني الجديد وتقـسم التركة مرة واحدة مما يـحصر تقديرات ميراثه إلى

حالة واحدة فقط.

مثال ذلك : توفي شخص وترك زوجة، أم، ولد خنثى، عم فالولد هنا قد يكون ذكرا أو أنثى وعليه **تكون قسمة التركة على مذهب الفقهاء** كالتالي:

		24_2		24_2		24	48	24
زوجة	8/1	3	8/1	3	3	3	6	3
أم	6/1	4	6/1	4	4	4	8	4
ولد خنثى	الباقي	17	2/1	12	12	12	29	12
عم	-	-	الباقي	5	5	5	5	-
		على فرض الذكورة		على فرض الأنوثة		مذهب الحنفية	مذهب المالكية وقول الحنابلة عند اتضاح حال الخنثى	5 موقوف
								مذهب الشافعية وقول الحنابلة عند عدم اتضاح حال

المصدر: من إعداد الباحث

وبالاعتماد على نتائج الخبرة الطبية في تحديد جنس الخنثى وعلى فرض أنها أثبتت أنه ذكر فإن طريقة القسمة تكون كالآتي:

		24
زوجة	8/1	3
أم	6/1	4
ولد خنثى (ذكر)	الباقي	17
عم	-	-

المصدر: من إعداد الباحثة

2.2.2.3-التدخل الطبي بعد القسمة:

ذكرنا أن جنس الخنثى إذا تحدد بعد التدخل الطبي قبل القسمة فإنه يرث وفقا له. لكن قد لا يتم ذلك إلا بعد قسمة التركة على الورثة بناء على الجنس الظاهري للخنثى المغاير لما أثبتته الخبرة الطبية، فهل تنقض القسمة في هذه الحالة وتعاد بناء على هوية الخنثى الجديدة المثبتة طبيا؟

من الناحية العملية، فإنه يصعب إعادة توزيع التركة من جديد على اعتبار أن الورثة قد أخذوا أنصبتهم من التركة بطريقة شرعية وقانونية دون غش أو تدليس. إلا أنه لا بد من إعادة القسمة كلما كان ذلك ممكنا لتحقيق العدالة بين الورثة ويأخذ كل ذي حق حقه غير منقوص. وهذا قياسا على حالة المفقود الذي ظهر حيا بعد توزيع ماله، فله أن يسترد جميع أمواله أو ما تبقى منها بأيدي ورثته.

خاتمة:

وفي الختام، وبعد التطرق إلى مختلف جوانب الموضوع، يمكن استخلاص النتائج التالية:

1- الخنوثة مرض عضوي وتشوه خلقي، حيث تجتمع في الشخص ذاته صفات الذكورة والأنوثة فيصعب تحديد جنسه.

2- اعتمد الفقهاء في تمييز جنس الخنثى على مجموعة من المعايير، أهمها المبال، لكنها تبقى أمورا ظاهرية لا تعكس التكوين البيولوجي للشخص ومع التطور الطبي أصبح من الممكن معرفة جنس الشخص من خلال الفحوصات والتحاليل المخبرية وأهمها تحليل الكروموزومات والهرمونات وبناء عليها يتم تحديد الجنس الفعلي لثنائي الجنس وتصحيحه عبر التدخل الطبي الجراحي.

3- عمليات تصحيح الجنس الهادفة إلى التوفيق بين حقيقة الجنس والأعضاء الظاهرية جائزة باتفاق الفقهاء المعاصرين لأنها تدخل في إطار التداوي.

4- عمليات التحول الجنسي محرمة شرعا، لا تدخل في مفهوم الخنوثة ولا يترتب عليها أي أثر شرعي أو قانوني، فيعطى المحول جنسيا نصيبه من الميراث بناء على وصفه الأصلي.

5- تُعدّ الفحوصات الطبية قرينة قوية في إثبات جنس الخنثى، نظرًا لنتائجها الدقيقة التي تصل إلى درجة اليقين، مما يجعل الاعتماد عليها أولى من غيرها في تحديد الجنس.

6- إذا تم تصحيح جنس الخنثى بناء على الفحوصات الطبية، وكان ذلك قبل القسمة، فإن الخنثى يرث وفقا لمركزه القانوني الجديد الذي أظهرته الخبرة الطبية.

7- في حالة اتضاح جنسه بعد القسمة، يمكن للخنثى استرداد أمواله أو ما تبقى منها في يد الورثة الآخرين قياسا على حالة المفقود إذا ظهر حيا.

8- لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة ميراث الخنثى ولعل مرد ذلك إلى تطور الطب وإمكانية الكشف عن نوعه، فبإمكان القاضي الرجوع إلى أهل الاختصاص في مثل هذه القضايا، دون إهمال أو إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية التي تـــضل المرجع في حال عدم ورود نص في ق. أ. ج طبقا لأحـــكام المادة 222 من ق.أج.

التوصيات:

- من المهم أخذ المستجدات الطبية بعين الاعتبار في حل ومعالجة بعض المسائل الفقهية المبنية على الاجتهاد.
- من المهم أن يواصل المشرع الجزائري إدراج المستجدات الطبية كآلية لمعالجة مسألة ميراث الخنثى، كما تم ذلك في مسألة إثبات النسب بالبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي.
- ضرورة غرس القيم الدينية و الأخلاقية في الشباب وتوعيتهم بمخاطر عمليات التحول الجنسي وتجريم مثل هذه العمليات.

الهوامش:

1 -أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري: تهذيب اللغة، الدار المصرية للتأليف والترجمة، دت، ج7، ص335.

2 -ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، دط، دت، ، ج2، ص145.

3- الفيروز ابادي مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، دط، 1429-2008، ص503.

4- الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424-2003، ج10، ص461.

5 -الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دت ، ج4، ص489.

6- الماوردي أبو الحسن علي محمد ابن حبيب المصري البغدادي: الحاوي الكبير،دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ج8، ص168.

7- ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد: المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1418هـ-1997م ج9، ص108.

8 -محمد علي البار: مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد السادس، ص351-352.

9-Yves morin ,la rouse medical, n p, n e, n d, page 439. -9

10- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد:15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

11- ابن قدامة: المرجع السابق، ج9، ص109.

12- أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب ميراث الخنثى، رقم الحديث12518. البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين: السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424-2003، ج6، ص428.

13- أحمد محمود الشافعي: أحكام المواريث، مصر، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دط، دت ، ص211.

14- الماوردي: المرجع السابق، ج8، ص168.

15- محمد علي البار: مشكلة الخنثى بين الفقه والطب، ص 353-356،354 .

16- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، الرياض، مكتبة المعارف، ط3، 1407-1986، ص 207.

17 - الكاساني: المرجع السابق، ص 462.

18- المرجع نفسه، ص462.

19 -ابن قدامة: المرجع السابق، ص109.

20 - الماوردي: المرجع السابق، ص168.

21 - صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: المرجع السابق، ص208.

22- الدسوقي: المرجع السابق، ج4، ص496.

23-النووي: المرجع السابق، ج1، ص78.

24- ابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص208.

25- أحمد محمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، بيروت، دار النفائس، ط1، 2000-1420، ص440.

26- محمد علي البار: المرجع السابق: ص354.

27- حازم أبو الحمد حمدي الشريف: ميراث الحمل والخنثى في ضوء المستجدات الطبية، المجلة العلمية، العدد الثالث والثلاثون الإصدار الثاني، 2021، ص66.

28- وهيبة مكرلوف: الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2015-2016، ص19.

29 - الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية: الفقه الطبي، المملكة العربية السعودية، دط،2010، ص141.

30- محمد علي البار، زهير أحمد السباعي: الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، ط1، 1413-1993، ص 324.

31- يوسف القرضاوي: فتاوى معاصرة، المكتب الإسلامي بيروت، ط1، 1424-2003، ج3، ص 358-360.

32-قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الإصدار الثالث، ص291.

33-أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، رقم الحديث:2204. أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم: الجامع الصحيح، دار الطباعة العامرة، تركيا، دط، 1334، ج7، ص81.

34- الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية: المرجع السابق، ص 139.

35- : قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، ص291.

36- عيسى أمعيزة: الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر01 -بن يوسف بن خدة-، 2011-2012، ص 145.

37- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد:15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

38- نقلا عن محمد الصديق تواتي: قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارت المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، دط، دت، ج2، ص222-223.

-39 -بديعة أحمد علي: الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، المجلد الرابع والعشرين لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، دت، ص436.

40- ابن المنذر أبو بكر محمد ابن إبراهيم: الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405-1958، ص36.

41- حديث سبق تخريجه، ص4.

-42 -بن فوزان بن عبد الله الفوزان: المرجع السابق، ص206

43 المرجع نفسه: ص 209.

44- الكاساني: المرجع السابق، ج10، ص461.

45- محمد محي الدين عبد الحميد: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية على مذهب الأئمة الأربعة، مصر، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، دط، 1362-1943، ص194.

46 -الدسوقي: المرجع السابق، ص490.

47- محمد محي الدين عبد الحميد: المرجع السابق،ص195.

48- النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف: المجموع، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، دط، دت، ج17، ص 174.

49- بن فوزان بن عبد الله الفوزان: المرجع السابق، ص210.

50- ابن قدامة: المرجع السابق، ص 111،112.

51- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419-1999، ص 247. ابن عابدين محمد أمين: حاشية رد المحتار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط2، 1387- 1966، ج5، ص 354.

52- ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406- 1986، ج2، 117. ابن جزي أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله: القوانين الفقهية، د م ن، دط، دت، ص 194.

53-ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار ابن حزم ، بيروت، ط4، 1440- 2019، ج2، ص516.

54- ابن فرحون: المرجع السابق، ج2، ص117-118.

55-أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم 4843. البخاري: المرجع السابق، ج5، ص1974.

56--ابن فرحون: المرجع السابق، ج2، ص 120.

57- ابن قدامة: المرجع السابق، ج9، ص73.

58- ابن فرحون: المرجع السابق، ج2، ص120.

59-ابن القيم: المرجع السابق، ج2، ص 510.

60-ابن نجيم : المرجع السابق، ص248.

61- القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، عالم الكتب، دط، دت، ج4، ص 65.

62- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب "ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات با أنه لمن الكاذبين" حديث رقم 4470. البخاري، المرجع السابق، ج4، ص1772.

63-ابن القيم: المرجع السابق، ج2، ص587.

64- الزحيلي محمد مصطفى: وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية مكتبة دار البيان، بيروت، ط1، 1402- 1982، ص 510-511.

65- محمد محمود شحاتة: أثر القرينة الطبية في إثبات الإرث، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، د ع، ص5660.

66 -محمد نعمان: المرجع السابق، ص 12.

67 -ابن القيم أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب: إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار عطاءات العلم، الرياض، دط، دت ، ج1، ص 189.

68- قانون رقم 14-08 مؤرخ في 9 غشت 2014 يعدل و يتمم الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية. ينظر المواد 49 -54 .

69 -بديعة أحمد علي: المرجع السابق، ص 366.