إشكالية توريث الخُنثى المُشكل في قانون الأسرة الجزائري

د. سامي بن حملة
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

الملخص:

يعالج هذا المقال موضوع ميراث الخنثى المشكل وإشكالية توريثه في قانون الأسرة الجزائري. حيث لم يُبيّن المشرع الجزائري ضمن أحكام الميراث كيفية توريثه خلافا لعلماء الفرائض الذين تصدوا لهذا الموضوع الذي أفرز الكثير من الاشكالات النظرية والعملية بالرغم من اختلافهم حول كيفية توريثه ومن معه من الورثة، على اعتبار أن تقدير فريضة الخنثى المشكل تخضع لحل مسألته كذكر وحلها كأنثى على أن يتم تحديد نصيبه بعد ذلك إما من خلال متوسط النصيبين أو معاملته بالأضر واليقين، هو أو من معه من الورثة.

وفي هذا الاطار تظهر اشكالية اعتماد الرأي الفقهي الذي يستند عليه في توريث الخنثى المشكل على اعتبار أن المشرع الجزائري أحال إلى أحكام الشريعة الاسلامية في المسائل التي لم ينص عليها قانون الأسرة.

Abstract:

This article treated the problem of Hermaphrodite legacy problem in the Algerian Family law. Where did not indicate the Algerian legislature within the provisions of the inheritance how Heritable Unlike scientists statutes who fought for this subject, which produced a lot of shenanigans theoretical and practical in spite of their differences on how to passing it and of him from the heirs, on the grounds that the estimate of duty Hermaphrodite problem subject to resolve Msolth as male and resolved a female that is determined by its share after either through average Nasepen or treated Balodhar and certainty.

In this context problematic adoption Juristic appear on the grounds that the Algerian legislature referred to the provisions of Islamic Sharia law in matters not provided for by the Family Law.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

نظم المشرع الجزائري أحكام التركات والمواريث ضمن قانون الأسرة ابتداء من المادة 126 إلى المادة 183[1]. حيث بيّن أصناف الورثة الشرعيين وطرق إرثهم وكيفية حجبهم وعول المسائل وردها وأحوال ميراث الجد وميراث ذوي الأرحام وكذلك أحكام التنزيل، فضلا عن بيان كيفية توريث الحمل.

ولكن بالمقابل لم يُبيّن المشرع الجزائري كيفية توريث الخنثى المشكل بالرغم من اهتمام علماء الفرائض بموضوع ميراثه، حيث بحثوا كيفية توريثه ومن معه من الورثة، في الوقت الذي يفرز فيه هذا الموضوع عدة إشكالات نظرية وأخرى عملية عند قسمة التركة وتحديد نصيبه أهو ذكر أم أنثى ؟ ونصيب من معه من الورثة ؟.

هذا، وإذا كان المشرع الجزائري لم يضع أحكاما لميراث الخنثى المشكل ضمن قانون الأسرة فإنه أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل بيان كيفية توريثه استنادا لنص المادة 222[2]، التي يرجع فيها القاضي إلى أحكام الشريعة الاسلامية كلما انعدم نص ضمن أحكام قانون الأسرة الجزائري.

وبالرغم من الاحالة إلى أحكام الشريعة الاسلامية، يبقى الاشكال مطروح في كون أن المادة 222 لم تحدد المذهب الفقهي الذي يعتمد عليه القاضي في توريث الخنثى المشكل في ظل اختلاف علماء الفرائض حول موضوع ميراثه.

وعليه، ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع سوف نتطرق أولا لبيان ماهية الخنثى المشكل ثم نُبين ثانيا أراء الفقهاء حول كيفية توريثه، وأخيرا نحاول استخلاص موقف المشرع الجزائري حول موضوع ميراثه.

أولا: ماهية الخنثى المشكل

---

[1]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فيفري 2005.

[2]- تنص المادة 222: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد حاول علماء الفرائض وضع تعريف للخنثى المشكل وبيان أقسامه استنادا لعلامات الذكورة أو الأنوثة التي تظهر في الخنثى، وهذا ما تجلّى في حادثة ظهوره.

1- تعريف الخُنثى المُشكل

الخُنثى لُغة مأخوذ من خنث خنثا. وهو الرجل الذي فيه لين وتكسّر وتثنّ فكان على صورة الرجال وأحوال النساء فهو خنث، والخُنثى جمع خُناثى وخناث، وهو من له عُضو الرجال والنساء معا[1] .و الخنثى: من الحيوان والنبات ما له أعضاء الأنوثة والذكورة جميعا. والخنوثة : أن تظهر في أحد الجنسين صفات من الجنس الآخر[2].

وسُمي المخنث لتكسره كما يخنث فم السقاء والجوالق إذا عطفته وانخنث من قبل نفسه، ويُقال للمخنث : يا خناثة ويا خنثية ويا خناث. والخنثى من الرجال : له ما للرجل وما للمرأة ومنه اشتق المخنث وسمي لتكسره [3].

كما يعرف الخُنثى بأنه الذي لا يخلص لذكر ولا لأنثى وجعله كراع وصفا، فيقال، رجل خُنثى: له ما للذكر وما لأنثى، والخنثى الذي له ما للرجال والنساء جميعا والجمع خناثى مثل الحبالى وخناث. والانخناث: التثني والتكسر[4].

ومنه سُمي المخنث وهو المتكسر في حركاته المتشبه بغير جنسه. والخُنثى مخلوق فيه نوع شذوذ في خلقه، بأن ولد وله آلة ذكر وآلة أنثى أو ليس له شيء منهما أصلا لأن الله جعل بني آدم صنفين متمايزين ذكورا وإناثا لكل منهما آلة خاصة به وعلامات فارقة تميزه عن غيره .

والذكورة والأنوثة صنفان مُتضادان لا يجتمعان خلقهما الله على ذلك لحكمة التناسل وعمارة الأرض قال تعالى : "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفو"[1].

---

[1]- المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة، 41 دار المشرق، بيروت، 2005، ص، 197.

[2]- أحمد بوحاقة، معجم النفائس الوسيط. دار النفائس.2007.بيروت. ص353.

[3]- الطالقاني، المحيط في اللغة، المجلد الثاني . دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010، ص 562.

[4]- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005، ص 874.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه، يتضح من خلال تعاريف اللغويين أن للخنثى مدلول التكسر واللين والاختلاط والتشبه بالجنس الآخر، بأن تكون له علامات الذكورة وعلامات الانوثة معا أو ليس منهما شيئ.

واصطلاحا عند الفقهاء من له ذكر الرجال وفرج المرأة أو من ليس له واحد منهما فيكون له ثقب بين فخديه يبول منه لا يشبه واحد من الفرجين[2].

وقد بيّن المولى عزّ وجّل حكم الذكور والإناث وما يخص كل واحد منهما من التركة في آيات المواريث ولو كان هناك قسم آخر غير الذكور والإناث لبينه.

والخُنثى المشكل منحصر في أربع جهات من جهات القرابة وهي جهات الأبوة، الأخوة، العمومة، الولاء. فإذا تبيّن أن هذا المخلوق من أحد الصنفين بدليل مرجح كان فيه وأخذ أحكامه، فإذا نبت شاربه ولحيته ترجح كونه رجلا، وإذا كان له ثديان أو حاض ترجح كونه أنثى وعن لم يتبين أمره كان مشكلا فالإشكال لم يأت له الامر عدم البيان، وعليه فالإشكال ليس صفة أصلية في الخنثى[3].

وبهذا، يتوافق المدلول اللغوي للخنثى مع ما اصطلح عليه علماء الفرائض في كون أن الخُنثى أو الخُنثى المشكل هو الذي يجمع بين علامات الذكورة والانوثة معا أو ليس له منهما شيء، بالرغم من أن الاول يعتبر واضحا في حين يبقى الاشكال مطروحا بالنسبة للمُشكل لعدم اتضاح حاله.

2- أقسام الخُنثى

بالنسبة للخُنثى لا اشكال في أمره، وذلك بأن ترجح فيه جانب الذكورة على جانب الأنوثة كأن يبول من الموضع الذي يبول منه الرجال أو ثبت له لحية أو نحو ذلك أو

---

[1]- الحجرات الآية 13.

[2]- مُحَمَّد بن أحمد بنيس، بهجة البصر في شرح فرائض المختصر: كتاب في التركات والمواريث، تحقيق مُحَمَّد محدة، دار الهدى، عين مليلة، 1991، ص 195.،

[3]- عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث في المذاهب الاسلامية والقوانين العربية. المجلد الثالث، دار النهضة العربية.2006. ص1424- 1425.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يترجح فيه جانب الأنوثة على جانب الذكورة كأن يبول من الموضع الذي يبول منه النساء أو يظهر له ثدي أو يحيض أو يحمل أو نحو ذلك.

أما الخُنثى المشكل وهو الذي لا يدري أذكر أم أنثى بأن لم تظهر عليه علامة من العلامات السابقة أو ظهرت عليه ولكنها تعارضت كأن يبول مما يبول منه الرجال والنساء معا او تظهر له لحية وثديان في وقت واحد[1].

لذلك يظهر للخنثى المشكل قسمان: قسم له آلة النساء وآلة الرجال جميعا وقسم له ثقبة يخرج منها البول لا تشبه آلة من الآلتين فيعتبر الثاني شكل لا يتضح ما دام صبيا فإذا بلغ أمكن اتضاحه، أما الأول قد يتضح وإن كان صبيا[2].

ويُسمى مُشكل لأن الأصل في الإنسان يكون ذكرا أو أنثى ولكل واحد حكمه الخاص ويميز الذكر عن الأنثى بوجود عضو الذكورة فيه، فإذا وجد العضوان معا أو عري منهما معا فعند ذلك يقع الإشكال ويلتبس الأمر، غير أن الإشكال يزول أحيانا وذلك بطريق معرفة مكان البول.

فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى وإن كان يبول منهما ولا سبق لأحدهما على الآخر فهو الخنثى المشكل.

ويبقى مُشكلا إلى وقت البلوغ، فإن احتلم كما يحتلم الرجل فهو ذكر وإن ظهر له ثدي أو حاض فهو امرأة وإن لم تظهر هذه العلامات فهو خنثى مشكل.

3- أصل ظهور الخنثى المشكل:

اختلف الفقهاء[3]، في وجود الخُنثى المشكل فذهب البعض إلى أنه لا يوجد خنثى مشكل مثلما ذهب إليه الحسن البصري فلم يكن الله ليُضيق على عبيدة حتى لا يدري أذكر هو أم أنثى وكذلك القاضي اسماعيل من المالكية فلابد من علامة تزيل إشكاله.

---

[1]- عبد الودود مُحَمَّد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية. بيروت.1997. ص398.

[2]- مُحَمَّد بن مُحَمَّد سبط المارديني، شرح الرحبية، مؤسسة قرطبة، الاندلس، 1996، ص 116 .

[3]- مُحَمَّد بن أحمد بنيس، المرجع نفسه، ص 195 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فليس الخنثى خلق ثالث مغاير للذكر والأنثى وذلك لقوله تعالى: "وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى"[1]. فلو كان هناك خلق ثالث لذكره وقوله: "وبث منهما رجالا كثيرا ونساءا"[2].

وقوله أيضا: "يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور"[3]. ومنه ذلك الجمهور إلى أن الخنثى هو أحد الصنفين ولكن خفية علاماته.

وأول من عرضت عليه مسألة الخنثى المشكل أحد حكماء العرب في الجاهلية سمي عامر بن الظرب، فجاءه ؟اناس من قومه يسألونه عن حادثة امرأة ولدت غلاما له عضوان، فتحير، وجعل يقول: هو رجل وامرأة، فلم يتقبل العرب منه ذلك، فسهر ليلته فقالت له خادمة سخيلة راعية غنمه ما أسهرك يا سيدي؟ فقال : لا تسأليني عما لا علم لك به، ليس هذا من رعي الغنم، فذهب ثم عادت وأعادت السؤال، فأعاد جوابه فراجعته وقالت لعل عندي مخرجا، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى فقالت : اتبع المبال، ففرح.

وجاء الإسلام وأقر هذا الحكم، فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لما سئل كيف يورث مولود له هذه الصفة، فقال عليه الصلاة والسلام : "من حيث يبول". وقد حكم به في الإسلام علي بن أبي طالب بأن جعل الحكم للمبال[4].

ثانيا: اختلاف الفقهاء في حكم الخنثى المشكل وتحديد نصيبه في الميراث

اختلف علماء الفرائض حول كيفية توريث الخنثى المشكل، وهذا ما تجّلى في اختلافهم حول بيان الحكم عليه على أساس المبال. ومنها ما يتعلق باختلافهم على تحديد نصيبه في الميراث ومن معه من الورثة.

1 – اختلاف الفقهاء في تحديد حكم الخنثى المشكل في الميراث

---

[1]– سورة النجم الآية 45.

[2]– سورة النساء، الآية 1

[3]– سورة الشورى، الآية 49.

[4]– محمّد على الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار رحاب للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 195 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اختلف علماء المالكية[1]، في تقدير حكم الخنثى المشكل سواء تعلق الأمر بالنكاح أو الميراث أو غيرها، بالرغم من أن الجميع يرى بأن الحكم في الخنثى بمخرج البول في حين رأى البعض غير ذلك على اعتبار أن مخرج البول غير مخرج الحيض الذي هو مخرج الولد ومحل الوطء. غير أن الإشكال إذا بال من أحد الفرجين، فإن بال من المحلين اعتبر الأكثر والأسبق وهذا محل الخلاف.

فإن بال من واحد إذا كان أكثر أو أسبق فلا إشكال، فإن بال منهما فالعبرة بالسبق عند بعض المالكية (اللخمى، ابن يونس، أبو الحسن، ابن الحبيب)، فإن لم يسبق من أحدهما فالعبرة بمن يخرج الأكثر، فإن لم يكن أحدهما أسبق ولا أكثر وكانت لحية كان على حكم الغلام، وإن تكن لحية وكان ثدي فعلى حكم المرأة فإن لم يكونا أو كانا كان له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ولا يجوز له نكاح.

وخلاف ذلك ذهب آخرون (العقباني) من حيث تقديم الكثرة على السبق وهذا ما أخذ به الحنفية أن يكون الحكم بالكثرة.

أما الشافعية فالحكم عندهم بالمتأخر إذا استويا في الخروج وأما إذا سبق أحدهما فالحكم له لو تأخر الآخر ولو بال من أحدهما مرة ومن الآخر أخرى أو سبق أحدهما فالحكم له ولو تأخر الآخر.

ولو بال أحدهما مرة ومن الآخر أخرى أو سبق أحدها تارة والأخرى أخرى فالعبرة بالأكثر، فإن استويا فمشكل والله أعلم. فإن لم يتبيّن في البول أمر أمهل إلى البلوغ، فإن أمنى من أحد الفرجين فواضح أو حصل حيض أو حمل أو نبتت لحية أو ثدي حكم له[2].

وروى البيهقي أن الحسن بن كثير سمع أباه قال، شهدت عليا ﷺ في خنثى قال: "أنظروا مسيل البول فورثوه منه".

---

[1]- مُحَمَّد بهنيس، المرجع السابق، ص 213-214.

[2]- مُحَمَّد بهنيس، المرجع السابق، ص214.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالنظر إلى مخرج البول في الخنثى حكم جاهلي وقد أقره الإسلام بحديث الرسول ﷺ الذي رواه مُحَمَّد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، فعن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ﷺ لما سئل كيف يورث مولود كذلك قال: "من حيث يبول" .

فإن كان يبول من الآليتين معا فالحكم لما هو أسبق خروجا لأنه لما خرج من أحدهما حكم حلل الخروج بأنه على تلك الصفة، فلا يتغير هذا الحكم بخروجه من الأخرى، كما إذا قام رجل بنية على نكاح امرأة فقضى له بها، ثم أقام آخر بنية أخرى لم يلتفت إليها.

وإن لم يكن هناك سبق في خروج البول من أي الآليتين، فقال ابو حنيفة لا علم لي بذلك، أما الصاحبان وجمهور الفقهاء والشافعي ومالك وأحمد يعتبر أكثرهما بولا لأن الكثرة تدل على زيادة القوة.

وقد رد أبو حنبفة ذلك على أبو يوسف، فكثرة الخروج لا تدل على القوة لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر، أما إذا استويا في المقدار فقد قال الصاحبان لا علم لنا بذلك.

وإذا بلغ الأنثى فلا بد أن يزول ذلك الإشكال بظهور العلامات المميزة لكل من الذكر والأنثى لأنه إذا جامع بذكره أو نبت له شارب ولحية أو احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل على قول الإمام أبي حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد.

وعند الشافعي لا يستدل بنبات لحيته بل لابد من علامة أخرى فإن لم توجد علامة أخرى يتبين بها حاله فهو مشكل.

وأجمعوا على أنه إذا نبت له لحية ونبت له مع ذلك ثدي فهو مشكل ما لم تظهر فيه علامة أخرى يتبين بها حاله[1].

2- اختلاف الفقهاء في تحديد نصيب الخنثى المشكل في الميراث

اختلف علماء الفرائض في كيفية توريث الخنثى المشكل ومن معه من الورثة، والآكد أن تجعل للخنثى فريضين، واحد على أنه ذكر وأخرى على أنه أنثى، وفي هذا الاطار يظهر رأيين:

[1]- عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص1426 - 1427.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأول يرى إعطاء الخُنثى المشكل أقل النصيبين المتيّقن منهما، والثاني يرى إعطاء الخُنثى المشكل متوسط النصيبين.

أ- إعطاء الخنثى المُشكل أقل النصيبين:

و هو مذهب الحنفية والشافعية وكذلك الحنابلة في أحد أقوالهم، الذين ذهبوا إلى اعطاء الخنثى المشكل أقل النصيبين إلا أن الحنفية والشافعية اختلفا في معاملة باقي الورثة في مسألة الخنثى المشكل.

فبالنسبة للحنفية:

يعامل الخنثى وحده بأضر حالتيه حتى لو كان يرث بأحد التقديرين ولا يرث بالآخر. فلا يعطى شيئا ويقسم المال أو الباقي على باقي الورثة ولا يوقف شيء لأن سبب استحقاقهم ثابت، فلا ينقصون ولا يحجبون بإشكال حال الخنثى، أي أسوأ الحالتين لأن اعتبار الشك الواقع في الخنثى يوجب اعتبار الأضر بناء على اليقين ولا يمتد إلى جميع الورثة، فيعامل الخنثى وحده بالنقص أو المنع من الارث.

وفي شرح المشكاة: الخنثى المشكل لا يجعل عصبة ولا صاحب فرض جزما بل له القدر المتيقن وهو على الاقل على تقدير الذكورة والانوثة. فالخنثى لا يعصب أخته أصلا وأن الضرر هو خاص بالخنثى وحده لان المال لا يثبت بالشك وأما باقي الورثة فسبب استحقاقهم للإرث متيقن فلا ينقصون ولا يمنعون بالشك الواقع في ذكورة الخنثى وأنوثته[1].

لذلك يعامل الخنثى المشكل في الميراث بأسوأ الأمرين بالنسبة له، فإن كان لا يرث على تقدير كونه رجلا أو على تقدير كونه انثى لم يعط شيئا من الميراث أصلا، وإن كان يرث على إحدى التقديرين أقل مما يرث على التقدير الآخر أعطي أقل النصيبين، وإن كان

[1]- إبراهيم ابن عبد الله بن ابراهيم بن سيف بن عبد الله الفرضي المشرقي الحنبلي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض على منظومة عمدة كل فارض في علم الوصايا والفرائض المعروفة بألفية الفرائض، دار الكتب العلمية. بيروت. 1999. ص 72-73.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يرث على أحد التقديرين مثل الذي يرثه على التقدير الآخر أعطي ميراثه على أحدهما ولا يوقف شيء من المال ويعامل بقية الورثة الذين مع الخنثى من غير إلحاق ضرر بأحدهم [1].

بمعنى أنه إذا كان وارثا على اعتبار دون آخر اعتبر غير وارث ولا يستحق شيئا وتوزع التركة على غيره لأنه يرث على أحد الاحتمالين والملك لا يثبت بالاحتمال بل لابد أن يكون سببه مقطوعا، وإن كان وارثا على اعتبار أنه أنثى فيكون له أقل النصيبين لأنه المتيقن وما زاد مشكوك فيه والملك لا يثبت بالشك، وهذا قول عامة الصحابة وجمهور الفقهاء والحنفية[2].

أما بالنسبة للشافعية:

كما عند الأحناف يعطى أقل النصيبين وهذا ما كان عليه أحد قولي الشافعي وقول عامة الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين. وعند الشافعية للخنثى ومن معه من الورثة لكل واحد منهم نصيبه الأقل على أن يوقف الباقي إلى ظهور الحال[3].

فيعامل الخنثى المشكل بأشر الأمرين فيما يتعلق بنفسه وكذلك من معه من الورثة ويوقف الباقي من التركة إلى أن يتضح حال الخنثى أو أن يقر الخنثى أنه ذكر أو أنثى أو يصطلح هو ومن معه أو يموت فيرد المال الموقوف إلى باقي الورثة[4].

والراجح أن يعامل الخنثى ومن معه من الورثة بالأضر من ذكورة الخنثى وأنوثته فيعطى كل واحد الأقل المتبقى عملا باليقين ويوقف الباقي إلى اتضاح حال المشكل فيعمل بحسبه أو إلى أن يصطلحوا، فلو مات عن ابن وولد خنثى مشكل، فبتقدير ذكورة الخنثى يكون المال بينه وبين الابن بالسوية لكل واحد منهما نصف المال وبتقدير أنوثته يكون للخنثى الثلث وللابن الثلثان فيقدر الخنثى في حق نفسه فيأخذ الثلث فقط. ويقدر ذكرا في

---

[1]- عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص 1428.

[2]- عبد الودود مُحَمَّد السريتي، المرجع السابق ص398.

[3]- علي بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن علي القرشي البسطي الأندلسي المالكي (أبو الحسن) الشهير بالقلصادي: إرشاد المتعلم وتنبيه المعلم لفرائض الشيخ الخليل، تحقيق منير بن المختار التليلي، منشورات ELGA فاليتا مالطا، 2001، ص 96.

[4]- عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص 1430.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حق الابن فيأخذ الابن النصف لأنه متيقن به، ويوقف السدس الباقي بينهما حتى يتضح حال المشكل أو يصطلحا، فلو لم يختلف نصيب الخنثى لم يختلف نصيب غيره ممن معه من الورثة[1].

فيعطي للخنثى أقل النصيبين لأنه المتيقن ان اختلف نصيبه بذكورته وأنوثته وكذلك من معه من الورثة، وهو الأضر ويوقف الباقي إلى أن ينكشف إشكاله وظهور حال الخنثى أو الصلح في الذي وقف بتساو أو تفاضل[2] .

أما عند الحنابلة، فإن كان يرجى اتضاحه بأن يكون صبيا مُشكلا فإنه يعامل بالأضر في حق نفسه ومن معه من الورثة كذلك مثل الشافعية[3].

و بهذا يتوافق الحنابلة مع الشافعية في معاملة الخنثى المشكل ومن معه من الورثة الآخرين بالأضر واليقين خلافا للحنفية الذين يقصرون ذلك على الخنثى المشكل وحده دون بقية الورثة.

قال ناظم الرحبية[4]:

وإن تجد في مستحق المال خُنثى صحيح بيّن الاشكال
فاقسم على الأقلّ واليقين تحظ بحق القسمة والتّبيّن

هذا، وقد لا يأخذ الخنثى شيئا لأن الأقل والمتيقن هو لا شيء وكذلك من معه من الورثة في الميراث بالتعصيب، فلو توفيت وتركت زوجا وولد أخ خنثى مشكل وعما، فللزوج النصف والباقي للخنثى بتقدير ذكورته يحجب العم، أما بتقدير أنوثته فلا يأخذ الخنثى شيء لأن بنت الأخ تسقط لوجود العم الذي يأخذ الباقي تعصيبا. لذلك لا يأخذ الخنثى

---

[1]- مُحَمَّد بن مُحَمَّد سبط المارديني، المرجع السابق، ص 116-117.

[2]- ابراهيم ابن عبد الله بن ابراهيم بن سيف بن عبد الله الفرضي المشرقي الحنبلي، المرجع السابق، ص75 .

[3]- عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص 1432.

[4]- انظر متن الرحبية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعم شيء لأن النصف المتبقى وقف حتى ظهور حال الخنثى، فإن تبين أنه ذكر أخذ الخنثى وإن تبين بأنه أنثى أخذه العم[1].

ب- إعطاء الخنثى المشكل متوسط النصيبين:

وهو مذهب المالكية، فيعامل الخنثى المشكل بالتقديرين جميعا، فيعطى نصف نصيب رجل ونصف نصيب أنثى إذا كان يرث على كلا التقديرين وكان إرثه على أحدهما أكثر من إرثه على الآخر. ويعطى نصف ما يستحقه إذا كان يرث على أحد التقديرين فقط، وإذا كان يرث على كلا التقديرين وكان إرثه على كل منهما مساويا لإرثه على التقدير الآخر فإنه يعطى أحد التقديرين[2].

فيعطى للخنثى متوسط النصيبين، حيث يجمع النصيب في الحلين ويقسم على اثنين الذي يكون نصيب الخنثى[3]. فيعطى للخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى [4].

فعند المالكية وأبو يوسف في قوله الأخير بعض نصف النصيبين اعتبار للحالين وهو مذهبين عباس والشعبي والأوزعي[5].

أما عند الحنابلة، فإذا كان لا يرجى اتضاح حال الخنثى المشكل بعد بلوغه ولم يتبّين حاله فإنه يعطى نصف نصيب رجل ونصف نصيب امرأة مثل المالكية[6].

وعليه، يعطى للخنثى المشكل متوسط النصيبين أي نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى إن كان يرث على التقديرين معا، كما يأخذ نصف نصيبه إن كان يرث على أحد التقديرين دون الآخر.

3- الحالات التي لا يتصور فيها ميراث الخنثى المشكل

---

[1]- مُحَمَّد بن مُحَمَّد سبط المارديني، المرجع نفسه، ص 116-117.

[2]- عبد اللطيف فايز دريان، مرجع سابق، ص1429.

[3]- مُحَمَّد على الصابوني، المرجع السابق، ص 195 .

[4]- القلصادي: المرجع السابق، ص 96.

[5]- عبد الودود مُحَمَّد السريتي، المرجع السابق، ص399.

[6] - عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص1432.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهي الحالات التي يستوي فيها نصيب الخنثى المشكل سواء قدر كذكر أو قدر كأنثى. وقد بيّن علماء الفرائض هذه الحالات[1].

فلا يتصور الخنثى المشكل في الزوجين ولا الأبوين سواء تعلق الأمر بالأب والأم أو الجد والجدة، لأنه يمنع نكاحه وإلا صار واضحا وبالمقابل يأتي في الأولاد وأولاد الأولاد والإخوة والعصبة.

كما لا يتغير ميراث الخنثى المشكل إذا ظهر في الإخوة لأم على اعتبار أن الأخت لأم ترث مثل الأخ لأم.

كما لا يتغير ميراثه كذلك في صورة الأخوات إذا وجدن مع البنات، حيث ترث الأخت أو الأخ مع البنات الباقي تعصيبا. هذا عن حالات ميراث الخنثى المشكل بسبب.

أما ميراثه بالنكاح أنه يحكم في الخنثى بمخرج البول في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك ولم يسئل مالك عنه.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من توريث الخنثى المشكل

لم يتطرق المشرع الجزائري لميراث الخنثى المشكل ضمن أحكام الميراث، إلا أنه أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الاسرة. التي يرجع فيها القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد فيها نص، وهذا ما ينطبق على موضوع الخنثى المشكل.

غير أنه وبالرجوع لنص المادة 222، لم يُبيّن المشرع الجزائري الرأي الفقهي الذي يعتمد عليه في توريث الخنثى المشكل أمام الاختلاف الفقهي الذي ظهر بين الحنفية والشافعية والحنابلة على أحد اقوالهم من جهة والمالكية والحنابلة في قولهم الاخر من جهة اخرى، حول كيفية توريثه في ظل غياب اجتهاد قضائي حول الموضوع ليبقى موقف المشرع الجزائري حول ميراث الخنثى المشكل غير واضح.

فهل يفرض للخنثى المشكل أقل النصيبين ويعامل بالأضر واليقين هو فقط مثلما ذهب اليه الحنفية، أو من معه من الورثة كذلك مثلما ذهب إليه الشافعية وكذلك الحنابلة

[1]- مُحَمَّد بن مُحَمَّد سبط المارديني، المرجع السابق، ص 116.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في أحد حالاته. أم يفرض له متوسط النصيبين مثلما ذهب إليه المالكية وكذلك الحنابلة ؟، فضلا عن بيان المعيار الذي يعتمد عليه في مخرج البول، هل يعتد بالمخرج الاسبق أم بالأكثر؟.

لذلك تبقى للقاضي السلطة التقديرية في اتباع الرأي الفقهي الذي يستند إليه في تحديد نصيب الخنثى المشكل وباقي أنصبة الورثة، فضلا عن ما يملكه من سلطات في مجال التحقيق، لاسيما في مجال الخبرة سواء ما تعلق بإجراء الخبرة الطبية أو التحقق من مخرج البول من حيث السبق أو الكثرة.

وهذا ما قد يؤدي إلى تضارب الاحكام القضائية في ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا حول الموضوع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة:

يتضح من خلال ما سبق بيانه حول اشكالية توريث الخنثى المشكل في قانون الاسرة الجزائري مدى اختلاف علماء الفرائض حول كيفية توريث الخنثى المشكل وبيان نصيبه في الميراث، هو ومن معه من الورثة، في ظل صعوبة التيقن من حاله.

هذا الاشكال قد يكون السبب في عدم تطرق المشرع الجزائري لهذا الموضوع والنص على كيفية توريثه من خلال الاستناد إلى ما ذهب اليه علماء الفرائض في هذا الاطار، سواء تعلق الأمر برأي الحنفية والشافعية من جهة أو المالكية من جهة أخرى. أو حتى الحنابلة الذين جمعوا بين رأيي الشافعية والمالكية.

ومهما يكن، يظهر بأن ما ذهب إليه الشافعية الأقرب للأخذ به في توريث الخُنثى المشكل، فيعامل الخنثى المشكل ومن معه من الورثة بالأضر واليقين احتياطا. فيأخذ كل وارث نصيبه المتيقن، وما بقي يوقف حتى يتجلّى حال الخنثى المشكل فإذا تيّقنت ذكورته أخذ الباقي وإن تيقنت أنوثته انتقل الباقي إلى الورثة الذين يرثون معه. بحيث يفرض للخنثى المشكل مسألتين أو فريضتين الأولى كأنه ذكر والثانية كأنه أنثى. ثم يعطى للخنثى المشكل أقل النصيبين ومن معه من الورثة على أن يوقف النصيب المتبقي حتى يتضح حاله على اعتبار أن الميراث لا يستحق إلا باليقين.

ومهما يكن من مبررات، يبقى المشرع الجزائري مُطالب بوضع أحكام تُبيّن كيفية توريث الخنثى المشكل على غرار باقي التشريعات العربية. وتوضيح مفهوم الخنثى المشكل وبيان صوره وكيفية توريثه والحالات التي لا يختلف فيها نصيبه. وهذا من أجل تفادي الإشكالات العملية التي تفرزها المسائل التي يظهر فيها الخنثى المشكل، أو تمكين القاضي من اللجوء إلى الخبرة الطبية للتيقن من جنسه والاستعانة بما استحدته التطور الطبي في هذا المجال للكشف عن جنس الخنثى المشكل ورفع الاشكال عن ميراثه طالما أن التطور العلمي يمكنه تحقيق ذلك بطريقة دقيقة ويقينية.

قائمة المراجع:

1- النصوص القانونية:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

❖قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة.

❖ الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الاسرة.

2- الكتب:

❖عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث في المذاهب الاسلامية والقوانين العربية. المجلد الثالث، دار النهضة العربية. 2006.

❖عبد الودود مُحَمَّد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية. بيروت. 1997.

❖إبراهيم ابن عبد الله بن ابراهيم بن سيف بن عبد الله الفرضي المشرقي الحنبلي. العذب الفائض شرح عمدة الفارض على منظومة عمدة كل فارض في علم الوصايا والفرائض المعروفة بألفية الفرائض، دار الكتب العلمية. بيروت. 1999.

❖ مُحَمَّد على الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار رحاب للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

❖ مُحَمَّد بن مُحَمَّد سبط المارديني، شرح الرحبية، مؤسسة قرطبة، الاندلس، 1996.

❖ مُحَمَّد بن أحمد بنيس، بهجة البصر في شرح فرائض المختصر: كتاب في التركات والمواريث، تحقيق مُحَمَّد محدة، دار الهدى، عين مليلة، 1991.

❖علي بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن علي القرشي البسطي الأندلسي المالكي (أبوالحسن) الشهير بالقلصادي: إرشاد المتعلم وتنبيه المعلم لفرائض الشيخ الخليل، تحقيق منير بن المختار التليلي، منشورات ELGA فاليتا مالطا، 2001.

❖متن الرحبية.

3- المعاجم:

❖المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة41، دار المشرق، بيروت، 2005.

❖أحمد بوحاقة، معجم النفائس الوسيط. دار النفائس.بيروت.2007.

❖الطالقاني، المحيط في اللغة، المجلد الثاني . دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010.

❖ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com