

## أحكام زواج الخنثى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي<sup>(\*)</sup>

د. قيسى عبد الوهاب عيسى      م.م. عامر مصطفى أحمد  
 أستاذ قانون الأحوال الشخصية المساعد      مدرس قانون الأحوال الشخصية المساعد  
 كلية الحقوق / جامعة الموصل      كلية الحقوق / جامعة الموصل

### المستخلص

شرح الباري ﷺ الزواج وجعل من أهم أركانه اختلاف نوع الجنس بين طرفيه فبهذا الاختلاف تتكامل الأدوار وتتحقق المقاصد المرجوة من الزواج، ولكن لما كان الخنثى له ما للرجال والنساء او ليس ما لهما فإن حكم زواجه يبني على التحوط لوجود الشك في اختلاف نوع الجنس بين طرفيه غير أن هذا الاختلاف يكون محققاً عند الخنثى الواضح وغير متحقق عند الخنثى المشكل ولهذا جاز زواج الخنثى الواضح عند الفقهاء المسلمون ولم يجيز زواج الخنثى المشكل وبالتطور الحاصل في المجال الطبي استطاع الأطباء اخلاص نوع الجنس في الخنثى الواضح والمشكل، كذلك بتصحيح جنسه وهذا التصحيح لا يؤثر على أحقية الزواج وعلى مصير الزواج، ولكن إن الخنثى الواضح نوع جنسه إلى النوع الآخر فإن يحرم فقهاً من الزواج ويبطل زواجه إن كان متزوج لأسباب شرعية وطبيعية.

الكلمات المفتاحية: نوع الجنس، الخنثى، الزواج.

### Abstract

(Allah) is status the marriage and made the most important elements of gender difference between the two extremes. In this difference roles are integrated and achieve the desired purposes of marriage, but since the female has no male or female, it is the rule of marriage is built on the hedge of the existence of doubt about the difference in gender between the two extremes That this difference is achieved when the herpes is clear and unverified in the case of herpes bacillus, and so it is permissible to marry a clear hermaphrodite Muslim jurists did not permit the marriage of the female genital herpes and the development in the field of

(\*) أستلم البحث في ٢٨/١١/٢٠١٨ \*\*\* قبل للنشر في ٣/٣/٢٠١٩.

medical doctors were able to sincerely gender in the female genital clear and problematic, as well as correct his sex and this correction does not affect the right Marriage, and the fate of marriage, but the obvious hermaphrodite type of sex to the other type, deprives her of her marriage and annuls his marriage if he is married for legitimate and natural reasons.

**Keywords: gender, female, marriage.**

## إفئدة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي محمد ﷺ المصطفى وعلى آله وأصحابه أجمعين صلاةً وسلاماً دائماً متلازمين إلى يوم الدين، أما بعد فسنتناول مقدمة بحثنا الموسوم (( أحكام زواج الخنثى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي )) من خلال تقسيمها إلى الفقرات الآتية:

**أولاً. مدخل تعريفى بموضوع البحث.**

يعد اختلاف نوع الجنس بين طرفي العلاقة الزوجية أول وأهم ركن يلزم توافره لانعقاد الزواج واستمراره صحيحاً، وهذا الركن يلزم تحققه حتى وإن لم ينص عليه شرعاً وقانوناً " لأنه يمثل فطرة بشرية راسخة في النفوس والعقول، منذ أن خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان، فإذا اتضح أن الزوجين رجلان أو امرأتان فقد اختل الركن الأساسي والأهم للقول بمشروعية وصحة العلاقة الزوجية، ولما كان الخنثى له ما للرجال وما للنساء أو ليس له مالهما أو له احدهما وغلب على الآخر فإن القول في زواجه بني على التحوط والاجتهاد لعدم ورود دليل ولو ظني الثبوت بشأن جواز أو عدم جواز زواجه ومصير زواجه من هذا التحوط من جانب تصحيح جنس الخنثى الواضح والمشكل وزال الوضوح الجنسي بتغيير نوع جنس الخنثى الواضح والإنسان السوي.

**ثانياً. أسباب اختيار الموضوع.**

١. قلة الدراسات الخاصة بهذا الموضوع.
٢. خلو التنظيم التشريعي من نصوص قانونية تعالج زواج الخنثى بشكل واضح وآثار تصحيح جنسه وتغييره على أحقيته بالزواج ومصير زواجه إن كان متزوج.
٣. إن الفقهاء المسلمون تناولوا تكييف زواج الخنثى من حيث الصحة وتركوا كثيراً من أحكامه المتعلقة بالأحوال الشخصية والسبب في ذلك يرجع إلى أن الكثير من أحكام

الأحوال الشخصية يتوقف حكمها على صحة الزواج فالطلاق والخلع والظهار والإيلاء والميراث مثلاً لا يعتبر حكمهم صحيح ابتداءً ما لم يكن الزواج صحيحاً.

٤. إن المجمع الفقهي الإسلامي ومجالس الإفتاء الكبرى في الدول الإسلامية أفتت بجواز تصحيح الجنس بالنسبة للخنثى وحرمة التغيير فحسب ولم توضح أحكام هذا التصحيح والتغيير في الأحوال الشخصية والأحوال الأخرى.

**ثالثاً. نطاق البحث:** ينحصر مكان البحث في حدود الفقه الإسلامي والقواعد الفقهية وقانون الأحوال الشخصية العراقي مع اشارة طفيفة على القوانين الأخرى في بحث حكم زواج الخنثى الواضح المشكل وأثر تصحيح جنسه وتغييره على حقه بالزواج وعلى مصير زواجه إن كان متزوج.

**رابعاً. منهجية البحث:** سنعتمد في منهجية هذا البحث على المنهج التحليلي التأصيلي للآراء الفقهية والنصوص القانونية حيث سنحلل النصوص التي أوردها الفقهاء القدامى والمعاصرين وتأصيل آراءهم بالقواعد الفقهية والأدلة الشرعية.

**خامساً. مشكلة البحث:** تكمن مشكلة البحث بعدم وجود تنظيم قانوني يعالج أحكام زواج الخنثى وأثار تصحيح جنسه وتغييره على أحييته بالزواج ومصير زواجه إن كان متزوج.

**سادساً. فرضيات البحث:** تكمن فرضيات البحث بما يأتي:

١. إن الخنثى الواضح له الحق بالزواج على ما غلب عليه من علامات من النوع الآخر لجنسه
٢. إن تصحيح جنس الخنثى أجازته الشريعة والقانون وهذه الإجازة تجعل له الحق بالزواج بصفته بعد التصحيح ولم تبطل زواجه إن كان متزوج.
٣. إن تغيير جنس الخنثى الواضح يجعل زواجه غير جائز شرعاً وقانوناً بالإحالة إلى الشرع ويبطل زواجه إن كان متزوج بعد التغيير لمحرمية فعل التغيير وتماثل الجنسين بين طرفي العلاقة الزوجية.
٤. إن الفقهاء المسلمون اختلفوا في صحة زواج الخنثى المشكل إلى عدة آراء.
٥. إن تصحيح جنس الخنثى المشكل له أثر واضح على أحييته بالزواج ومصير زواجه إن كان متزوج سيما إن كان التصحيح على عكس ظاهره الذي تزوج عليه.

سابعاً. الهدف من البحث: تقديم دراسة فقهية وقانونية واضحة لأحكام زواج الخنثى وأثر تصحيح وتغيير جنسه عليه تكون عون للقضاة والباحثين تغنيهم عن الرجوع إلى الكتب الفقهية والفتاوى الحديثة المتفرقة بهذا الموضوع.

### ثامناً. هيكلية البحث

- المبحث الأول: ماهية الزواج.
- المطلب الأول: تعريف الزواج والحكمة منه وأركانه.
- المطلب الثاني: شروط عقد الزواج.
- المبحث الثاني: زواج الخنثى الواضح.
- المطلب الأول: مدى صحة زواج الخنثى الواضح
- المطلب الثاني: أثر تصحيح الجنس وتغييره على زواج الخنثى الواضح.
- المبحث الثالث: زواج الخنثى المشكل.
- المطلب الأول: مدى صحة زواج الخنثى المشكل.
- المطلب الثاني: زواج الخنثى المشكل على عكس ظاهره الذي تزوج عليه.
- المطلب الثالث: أثر تصحيح جنس الخنثى المشكل على أحكام الزواج.
- الخاتمة.
- المصادر.

## المبحث الأول

### ماهية الزواج

شرع الباري ﷻ الزواج لمقاصد حميدة وجعل تلك المقاصد غريزة في نفس العبد لتحقيقها برغبته و أحاطه بأركان وشروط يستشف منها تبصير الزوجين والأولياء بأهمية هذا الرباط المقدس الذي وصفه الله سبحانه بالميثاق الغليظ. وللإحاطة بتلك المقاصد والأركان والشروط لعقد الزواج سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول منه لتعريف الزواج والحكمة منه وأركانه أما المطلب الثاني فسيكون من نصيب شروط عقد الزواج.

## المطلب الأول

### تعريف الزواج والحكمة منه وأركانه

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نجعل الفرع الأول منه لتعريف الزواج والحكمة منه أما الفرع الثاني سيكون أركان الزواج وذلك على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

### تعريف الزواج والحكمة منه

سنتناول في هذا الفرع مقصدين الأول لتعريف الزواج والثاني للحكمة منه وذلك على النحو الآتي:

#### المقصد الأول

### تعريف الزواج

الزواج في اللغة مادة زوج، والزوج خلاف الفرد، ويقال زوجان للاثنين وهما زوج، والزوج مفرد الذي له قرين، والزوج الاثنان وزوج الاشياء تزويجاً وزواجاً قرن بعضهما ببعض، والزواج اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى<sup>(١)</sup>، قال تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾<sup>(٢)</sup> أي قرناهم والأزواج القرناء.

أما الزواج في الاصطلاح فقد عرف بتعريفات عديدة اختلفت باللفظ واتحدت بالمقصد والزواج المقصود عند الفقهاء المسلمون والقوانين هو ميثاق ترابط شرعي وقانوني على وجه التأييد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً هدفه العفاف والنسل وإنشاء الأسرة على أساس تكفل لهما السكينة والمودة والرحمة<sup>(٣)</sup>.

(١) ابن منظور، لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، ج٢، (تحقيق: عامر أحمد حيدر)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م، ص ٢٩١.

(٢) سورة الدخان الآية (٥٤).

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، ط٥، مركز دراسات برلمان كردستان، اربيل - العراق، ٢٠١٢، ص ١٦.

وعرفه قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنه "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"<sup>(١)</sup>.

## المقصود الثاني

### الحكمة من الزواج

إن الحكمة من الزواج إذا نظرنا إليها من جهة الشارع كانت الحكمة المقصود الأصلي من تشريع الشارع للزواج، وإذا نظرنا إليها من جهة العبد كانت القصد من إرادة الفرد من الزواج، وأن الشارع الحكيم إذا أراد مقصد ما وضع في نفس العبد ما يرغب به لتحقيق مقصده ولهذا قسم الفقهاء المسلمون مقاصد الزواج إلى مقاصد أصلية ومقاصد تبعية فالأصلية هي مقصود الشرع من النكاح وتتنحصر في ابتغاء النسل وحفظه من الاختلاط وحفظ الفروج أي حفظ العرض وحفظ النسل، أما المقاصد التبعية فهي التي يكون فيها حظ للمكلف وما جلبت عليه نفسه، وتكون خادمة للمقاصد الأصلية فالمكلف يرغب في إشباع غريزته الجنسية وابتغاء الولد وتحقيق السكن والمودة<sup>(٢)</sup>. إذن مقاصد الزواج هي حفظ النسل وحفظ العرض وبهذين المقصدين يحفظ الدين "لأن الأصل أن الزواج يعف الزوجين من الزنا ويحفظ نسلهما من الاختلاط".

## الفرع الثاني

### أركان عقد الزواج

الركن في اللغة له معانٍ عدة منها أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها ومنها انه جزء من أجزاء حقيقة الشيء يقال ركن الصلاة وركن الموضوع<sup>(٣)</sup>.

(١) المادة (٣) فقرة (١)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م وتعديلاته.

(٢) د. حسين السيد حمد خطاب، مقاصد النكاح وآثارها، دراسة فقهية مقارنة، جامعة طيبة، المدينة المنورة، السعودية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، ص ١٠ - ١١.

(٣) ابراهيم مصطفى وحمد الزيات وحماد عبدالقادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، الناشر دار الدعوة، دون مكان نشر، دون سنة طبع، ص ٣٧٠ - ٣٧١.

والركن في الاصطلاح: هو ما يقوم به ذلك الشيء من التقويم، إذ قوام الشيء بركنه لا من القيام وإلا يلزم انه يكون الفاعل ركنًا للفعل والجسم ركنًا للعرض والموصوف للصفة، وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شروطه وهو خارج منه<sup>(١)</sup>.

وأركان عقد الزواج وفقاً للرأي الراجح في الفقه ركنين وهما الإيجاب والقبول وهذا ما قال به الحنفية قال ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق "الشرع يعتبر الإيجاب والقبول أركان عقد النكاح"<sup>(٢)</sup> وقال الكاساني "وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول"<sup>(٣)</sup>. وبناءً على ذلك جاء نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي بـ "ينعقد الزواج بإيجاب يفيد له لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

والإيجاب هو أول كلام يصدر من طرفي انشاء الزواج سواء أكان زوجاً أم زوجة أم من ينوب عنهما. أما القبول فهو ما صدر عن الطرف الثاني بعد الإيجاب فصيغة الزواج مركبة مكونة من هذين الجزأين<sup>(٤)</sup>.

أما ما ذهب اليه الشافعية<sup>(٥)</sup> والمالكية<sup>(٦)</sup> من أن أركان الزواج خمسة الأول الصيغة (الإيجاب والقبول) والثاني الولي والثالث الزوج والرابع الزوجة الخامس الشهود، وكذلك الحنابلة بأن أركان الزواج ثلاثة الأول الزوجان والثاني الإيجاب والثالث القبول

(١) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٩٢ .

(٢) زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، ج٣، دار المعرفة، بيروت - بيروت، بلا سنة نشر، ص ٢٨.

(٣) علاء الدين الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٢، دار الكتاب العربي بيروت- لبنان، ١٩٨٢، ص ٢٢٩ .

(٤) مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٥) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٣ دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، ص ١٩٣.

(٦) محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعييني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط٢، ج٥، دار الفكر بيروت - لبنان، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٧م، ص ٤٢.

والجعفرية فغير صائب لأنه يصطدم مع المنطق السليم الذي يرجع اليه موضوع الكلية والجزئية أو الكل والجزء، فالزواج سواء اعتبر عقداً كما يقول الفقهاء أو ميثاقاً كما يقول القرآن فهو عبارة عن صيغة مكونة من الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup> لأنه تصرف شرعي مركب من جزئيين يدل على مجموعهما دلالة مطابقية وعلى أحدهما ضمن المجموع دلالة تضمينية وعلى الحقوق والالتزامات الزوجة دلالة التزامية إذن كيف تكون الصيغة ركنًا لنفسها وكيف يعتبر الولي ركنًا مع قول أكثر الفقهاء بجواز تزوج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها وهو كفؤ لها وبمهر المثل، وبوجه خاص إذا كانت ثيباً أو كان الولي عاضلاً وكان الزواج قد تم أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط عقد الزواج

الشرط في اللغة العلامة<sup>(٣)</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>(٤)</sup> أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني: ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفّة دون ان يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود<sup>(٥)</sup>.  
**وشروط عقد الزواج أربعة هي:** شروط الانعقاد، وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم، ونتناول كل نوع من هذه الشروط في نقطة مستقلة وعلى النحو الآتي:

(١) مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج ٧، ص ٣٢٩.

(٣) سورة محمد، الآية (١٨).

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ٢٢، مطبعة شهاب، اربيل - العراق، ٢٠١٠، ص ٢٨٠.



**أولاً: شروط الانعقاد:**

وهي الشروط التي يتم العقد بوجودها وينعدم بانعدامها أي يكون العقد باطلاً وهذه الشروط تأتي في الأهمية بعد الأركان وهي منها ما يتعلق بالعاقدين ومنها ما يتعلق في صيغة الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup> فما يتعلق بالعاقدين شرطان هما:

١. أن يكون للعاقدين أهلية الأداء.

٢. عدم ثبوت مانع من موانع الزواج ثبوتاً قطعياً كالقربة والمصاهرة والرضاعة.

والذي يتعلق بالإيجاب والقبول:

١. أن يتحد الإيجاب والقبول في مجلس واحد حقيقة أو حكماً.

٢. مطابقة الإيجاب والقبول بأن يتفقا في الأمور الجوهرية ولا يؤثر الاختلاف إذا كان لفظاً أو في مصلحة الزوجة.

٣. سماع وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الآخر ولا يؤثر اختلاف من اللغة إذا علم كل منهما أن ما يصدر عن الآخر يُقصد به إنشاء الزواج<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً: شروط الصحة**

هي الشروط التي يعتبر العقد بتحققها صحيحاً، صالحاً لترتب الأحكام التي انبثقت به وبدونها يكون العقد فاسداً<sup>(٣)</sup> وهذه الشروط هي:

١. عدم وجود مانع ثابت بدليل ظني كزواج الأخت الثانية بعد وفاة الأولى أو بعد تطليقها.

٢. حضور شاهدين بالغين مسلمين في زواج مسلم ومسلمة أن وجداء، فإن عمّ الفسق يجوز

أن يكونا فاسقين للضرورة والضروقات تجيز المحظورات يكون الزواج بحضور رجل

(١) د. احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، شركة العائل لصناعة الكتب، القاهرة- مصر، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م، ص٥٥.

(٢) د. احمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص٧٤ ؛ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، مصدر سابق، ص٦١.

(٣) عبدالعزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، ط١، دار الفكر العربي، بيروت- لبنان، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، ص٣٩.

وامرأتين عند عدم وجود رجل اخر عند الحفية، وأما عند الجمهور فلا يجوز إلا شاهدة رجلين.

٣. عدم التوقيت: فكل زواج يكون مؤقتاً كزواج المتعة وزواج التحليل، يكون فاسداً عند جمهور فقهاء الشريعة<sup>(١)</sup> ما عدا بعض الجعفرية فزواج المتعة عندهم صحيح<sup>(٢)</sup>.

٤. عدم وجود شرط فاسد ومفسد فإذا وجد مثل هذا الشرط يكون الزواج فاسداً كما في زواج الشغار وهو ان يزوج الرجل ابنته لأخر على ان يزوجه ابنته وليس بينهما صداق<sup>(٣)</sup>.

٥. ان تكون صيغة العقد منجزة أي غير معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص٤٩؛ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط١، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م، ص١١٩؛ ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المذهب في الفقه الشافعي، ج٢، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر، ص٤٦؛ عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط١، ج٧، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م، ج٧، ص٥٧٢-٥٧٣.

(٢) السيد جعفر مرتضى، زواج المتعة، ط١، دار السيرة، بيروت- لبنان، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، ص١٣١.

(٣) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢ (تحقيق محمد عlish)، دار الفكر، بيروت-لبنان، بلا سنة نشر، ص٢٣٩؛ علاء الدين الحصفكي، الدر المختار، ط٢، ج٢، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٦، ص١١٦؛ الشيرازي، المذهب، مصدر سابق، ج٢، ص٤٦؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٧، ص٥٦٨.

(٤) عبدالعزيز عامر، مصدر سابق، ص٣٧.

٦. عدم كون الولي أو الزوجة أو الزوج في الإحرام لقوله ﷺ "لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب"<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: شروط النفاذ

وهي الشروط التي يترتب على وجودها نفاذ أحكام العقد وتترتب آثاره عليه بالفعل، وإذا تخلفت كان العقد موقوفاً على اجازة من له حق إجازته<sup>(٢)</sup> وهذه الشروط هي:

١. إن كون كل من العاقدين كامل الأهلية بالفعل والبلوغ والحرية، بأن يكون بالغاً عاقلاً، وذلك حال اجراء عقد نفسه أو توكيله آخر لإجرائه.

٢. أهلية مباشرة للتصرف بدون اذن خارجي فاذا زوج الولي ولو كان أباً أو جدّاً البالغة العاقلة الرشيدة بدون علمها أو اذنها يكون الزواج موقوفاً على إذنها وإجازتها ولو كان الزوج كفوّاً والزواج بمهر المثل، لأن الرسول ﷺ نهى عن تزويجها بدون اذنها صراحة إذا كانت ثيبية وضمناً إذا كانت بكرّاً فقال " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال ان تسكت"<sup>(٣)</sup>.

### رابعاً: شروط اللزوم

وهي الشروط التي إذا توفرت لا يحق لأي من الطرفين وغيرهما فسخ العقد بإرادته المنفردة أو عن طريق القضاء ولكن يجوز الفسخ باتفاق الطرفين كما في الخلع.

(١) مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، (تحقيق محمد فؤاد عبد

الباقي)، ج٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر، باب تحريم نكاح وكراهة خطبت، ص ١٠٣٠، الحديث رقم (١٤٠٩).

(٢) د. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج١، مصدر سابق، ص ٧٩؛ عبدالعزيز عامر، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٨، مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٣) أخرجه: محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح المختصر، ط٣، ج٥، (تحقيق: د. مصطفى ديب البغا)، دار ابن كثير، بيروت- لبنان، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م. كتاب النكاح، باب لا ينكح الاب وغيره البكر والثيب الا برضاها، ص ١٩٧٤، الحديث رقم (٤٨٤٣).

وأهم تلك الشروط:

١. أن لا يكون أحد الزوجين عديم الأهلية بالصغر أو الجنون حين إنشاء العقد وكان الولي المزوج لهما غير الأب والجد.
  ٢. أن لا يكون الزواج من غير الكفاءة وبأقل من مهر المثل.
  ٣. عدم وجود عيب في احد الزوجين من العيوب التي تبرر التفريق القضائي<sup>(١)</sup>.
- وقد عالج المشرع العراقي شروط عقد الزواج بشكل معيب ناقص غير محدد لطبيعة تلك الشروط فنصت المادة السادسة من "قانون الأحوال الشخصية العراقي" على أنه "١. لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:
- أ. اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.
  - ب. سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابها بأن المقصود منه عقد الزواج.
  - ج. موافقة الإيجاب والقبول.
  - د. شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.
  - هـ. أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة".

## المبحث الثاني

### زواج الخنثى الواضح

سنتناول في هذا المبحث مطلبين المطلب الأول نجعله لمدى صحة زواج الخنثى الواضح أما المطلب الثاني فسيكون لأثر تصحيح الجنس وتغييره على زواج الخنثى الواضح وذلك على النحو الآتي.

#### المطلب الأول

#### مدى صحة زواج الخنثى الواضح

الخنثى غير المشكل (الخنثى الواضح) هو من بانث فيه علامة الذكورة أو الأنوثة وغلبت فيه علامات الذكورة على الأنوثة أو بالعكس، فهذا النوع من الخنثى يكون زواجه

(١) عبدالعزيز عامر، مصدر سابق، ص ٣٩؛ د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، مصدر سابق، ص ٥٩.

جائز فقهاً وقانوناً بحسب ما يغلب عليه من العلامات، فإذا كانت العلامات الغالبة فيه علامات الذكورة وتزوج من أنثى كاملة الأنوثة ، وكذلك الحال إذا كانت العلامات الغالبة فيه علامات الأنوثة وتزوجت من ذكر كامل الذكورة فزواجه صحيح إذا توافرت شروطه وانتفت موانعه، وبهذا الصدد قال الامام الشافعي (رحمه الله): "وإذا كان الخنثى يبول من حيث يبول الرجل فتنكح على انه رجل فالنكاح جائز.... وإذا نكح المرأة... ولم تنكح بانها رجل فالنكاح جائز"<sup>(١)</sup> كما ذكر الماوردي في الحاوي الكبير بانه "فإن بال (أي الخنثى) من الذكر كان رجلاً وكان الفرج عضواً زائداً وأجري عليه حكم الرجال في جميع أحواله، وإن بال من الفرج كان امرأة وكان الذكر عضواً زائداً، وأجري عليها حكم النساء في جميع أحوالها" لأن وجود منفعة العضو فيه دليل على أنه مخلوق له"<sup>(٢)</sup>. وترجع إباحة الفقهاء المسلمون لزواج الخنثى الغير مشكل بأن اتضح وتغليب احدى العلامات عليه من الذكورة أو الأنوثة والزواج بمقتضى الغالب فيه من النوع الأخر لجنسه يوافق الفطرة البشرية ومبنى العلاقة الزوجية التي تقتضي بوجود اختلاف نوع الجنس بين طرفيه، فزواجه على هذا النحو يكون موافق لقوانين الفطرة البشرية التي تقضي بميل الذكر إلى الأنثى وبالعكس وموافق

(١) محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج٥، ط٢، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م، ص٤١ .

(٢) علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط١، ج٩ (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م ، ص٣٧١؛ وقد ورد هذا المعنى في كثير من كتب الفقه منها؛ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ط٣، ج٣، تحقيق (عبد اللطيف محمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص٤٣؛ الحصفكي، الدر المختار، مصدر سابق، ج٦، ص٧٢٧؛ ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج٨، ص٥٣٨؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٦، دار الكتب الإسلامي، القاهرة- مصر، ١٣١٣هـ، ص٢١٤؛ شمس الدين الأسيوطي، جواهر العقود، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص٣٤٥؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والأكاليل لمختصر خليل، ط٢، ج٦، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٣٩٨هـ، ص٤٣٠.

لحكم الشريعة الإسلامية المقررة بوجود اختلاف النوع الجنسي بين طرفي العلاقة الزوجية وهذا الأمر واضح جلي وبديهي ومؤكد بالتعريفات الفقهية القانونية لعقد الزواج التي غالباً ما ركزت على هذا الجانب بالقول أن عقد الزواج هو عقد بين رجل وامرأة وعليه ما دامت الخنوثة الواضحة لم يؤثر في ذكورة الزوج وانوثة الزوجة فإن الزواج يكون صحيحاً لتحقق أهم أركانه وهو اختلاف نوع الجنس بين طرفيه، متى ما تحقق أركانه الأخرى وتوافرت شروطه وانتفت موانعه. وكون زواج الخنثى الغير مشكل صحيحاً فإنه يترتب عليه جميع آثار عقد الزواج الصحيح من مهر ونفقة ونسب وجميع الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق طرفيه منذ لحظة انعقاده، غير ان هذا لا يعني ان زواج الخنثى غير المشكل جائز وصحيح في الأحوال جميعها، فإذا ما أراد هذا الخنثى ان يتزوج على عكس ما غلبت فيه من علامات فلا يجوز له ذلك وان تزوج فزواجه يعد باطلاً، وصور هذا الزواج الباطل تكمن بما يأتي:

**الصورة الأولى:** زواج خنثى غلبت فيه علامات الذكورة (خنثى كاذب ذكري) من ذكر كامل الذكورة.

**الصورة الثانية:** زواج خنثى غلبت عليها علامات الأنوثة (خنثى كاذبة أنثوي) من أنثى كاملة الأنوثة.

**الصورة الثالثة:** زواج خنثى غلبت فيه علامات الذكورة من خنثى نفسه أي زواج (خنثى ذكري كاذب من خنثى ذكري كاذب).

**الصورة الرابعة:** زواج خنثى غلبت فيها علامات الأنوثة من خنثى نفسها أي زواج خنثى أنثوي كاذب من أنثى انثوية كاذبة.

فجميع هذه الصور يكون فيها الزواج باطلاً ولا يترتب أي أثر شرعي وقانوني لأنه لم يصادف محله، ومخالفاً للفطرة البشرية، وحكم الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية خصوصاً قوانين البلدان العربية الإسلامية والتي تقتضي بوجود اختلاف نوع الجنس بين طرفي العلاقة الزوجية، أما إذا تم الدخول بهذه الصور الأربعة فيكون الحكم كالاتي:

ففي الصورة الأولى والثالثة ولا حياء مع العلم إذا ادخل الخنثى الواضح ذكره في دبر من كان كامل الذكورة تحققت جريمة اللواط والحكم عينه إذا ادخل الذكر الكامل

الذكورة ذكره في دبر الخنثى<sup>(١)</sup>، أما إذا ادخل من كان كامل الذكورة ذكره في فرج الخنثى الذكري الكاذب فلا يقام عليه حد الزنا“ لأنه فرج غير أصلي بل زائد ولا يأخذ حكمه ويجب التقرير على حسب ما قرره الفقهاء المسلمون<sup>(٢)</sup>.

أما الحكم في الصورة الثانية والرابعة فهي إذا ادخل الخنثى ذكره الكاذب في الفرج الاصلي للخنثى الواضحة الأنوثة أو في دبرها فلا يعتبر ذلك زناً لأن الذكر فيها عضو زائد غير أصلي فلا يأخذ ولكن يترتب على هذا الفعل السحاق المحرم شرعاً<sup>(٣)</sup>.  
وتعد هذه الصور الأربعة زواجاً مثلياً<sup>(٤)</sup> لاتحاد الجنس بين طرفي العلاقة الزوجية وهو باطل بالشرع والقانون ومستوجباً للعقاب.

والجدير بالذكر إن العلم النفسي نفسه يعارض زواج المثليين ويعتبر بأن كل من الرجال والنساء مخلوقين نفسياً وعاطفياً لتكميل أحدهما الآخر، ويقول علماء النفس بشأن العائلة إن الاتحاد بين الرجل والمرأة يكون المثال الجيد للأدوار المختلفة وهو افضل بيئة لتنشئة أطفال اسوياء، كما أن من الواضح أن الطبيعة الجسدية للرجال والسيدات قد صُممت لكي تتواءم معاً جنسياً، وبما أن الهدف الأساسي للعلاقة الجنسية هو الإنجاب فمن

(١) احمد بن غنيم سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، ج١، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤١٥هـ، ص١١٨.

(٢) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع للحجاوي، ط١، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص٣٢٤؛ الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٩، ص٣٨٠.

(٣) السحاق: هو اتيان المرأة المرأة بوضع الفرج فوق الفرج وسحقهما وهو محذور كالزنا وان خلفه في حده، الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج١٣، ص٢٢٤.

(٤) وللأسف ان هذا الزواج مباح في الدولة الغربية والأدهى من ذلك انه شرعن قانوناً ومن الدول التي أجازته أمريكا الشمالية وهولندا وبلجيكا واسبانيا وكندا وجنوب افريقيا والنرويج والبرتغال وايسلندا والأرجنتين والأوروغواي ونيوزلندا والبرازيل وكولومبيا وفرنسا والمملكة المتحدة عدا (ايرلندا الشمالية) ولوكسمبورغ والمانيا ومالطا واستراليا وتعترف كل من أرمينيا وإستونيا وإسرائيل بالزواج المثلي شريطة أن يكون قد تم عقده في بلدان أخرى تسمح به ولكنها لا تعقده على أراضيها. مقال منشور على الأنترنيت على الرابط [ar.m.wikipedia.org](http://ar.m.wikipedia.org) تاريخ الزيارة ١٠/١١/٢٠١٨ الساعة الواحدة ظهراً.

الواضح أنه فقط العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة هي التي يمكن أن تحقق هذا الهدف فالطبيعة الجسدية أيضاً تعارض زواج المثليين<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة لموقف القوانين الوضعية من زواج الخنثى الواضح فإنه لا يوجد نص في قوانين الأحوال الشخصية واضح ينص على اباحة أو منع زواج الخنثى الواضح وبهذه الحالة يجب الرجوع إلى نصوص الإحالة، والمحال إليه في اغلب ان لم يكن جميع قوانين الأحوال الشخصية العربية الشريعة الإسلامية إما بقواعدها العامة<sup>(٢)</sup> أو بالفقه الإسلامي<sup>(٣)</sup> وقد بينا أن حكم الشريعة الإسلامية بصورة عامة والفقه الإسلامي بصورة خاصة هو اباحة زواج الخنثى الواضح متى ما تزوج على الغالب من امره من النوع الآخر لجنسه، اما إذا تزوج على عكس ظاهره فإن زواجه يكون باطلاً لتماثل الجنسين.

(١) مقال منشور على الأنترنت على الرابط الآتي: [www.gotquestions.org](http://www.gotquestions.org) تاريخ

الزيارة ٢٠١٧/٢/١١، الساعة التاسعة مساءً.

(٢) كقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م المادة (١/٣) ؛ وقانون الاسرة الجزائري ٨٤- ١١ والمؤرخ في (٩) رمضان ١٤٠٤ هـ الموافق (٩) يونيو ١٩٨٤م بالأمر رقم ٥- ٢ في فبراير ٢٠٠٥ المادة (٢٢٢) وقانون الأحوال الشخصية العماني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م المادة (٢٨١) فقرة (د).

(٣) كقانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ والمعدل بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥م المادة (٣٠٥). وقانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م والمعدل بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م المادة (٣٧١) وقانون اجراءات التقاضي المصري المتعلق بإجراءات التقاضي بمسائل الأحوال الشخصية المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المادة (٣) منه حيث أن جميع هذه القوانين أحالت إلى الراجح في الفقه الحنفي، وكذلك قانون الأحوال الشخصية القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ المادة (٣) حيث أحالت هذه المادة منه إلى الرأي الراجح بالمذهب الحنبلي ما لم ترى المحكمة الأخذ بغيره على أن تبين ذلك في أسباب حكمها وان لم يوجد رأي راجح في الفقه الحنبلي في القضية لمعروضة فالتقاضي ان يختار أيًا من المذاهب الأربعة وأن تعذر ذلك أخذ بالقواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية.



## المطلب الثاني

### مشروعية تصحيح الجنس وتغييره وأثره

#### على أحكام زواج الخنثى الواضح

سنتناول في هذا المطلب فرعين نجعل المطلب الأول لمشروعية تصحيح الجنس وتغييره أما المطلب الثاني فسيكون لأثر تصحيح جنس الخنثى الواضح وتغييره على أحكام الزواج.

## الفرع الأول

### مشروعية تصحيح الجنس وتغييره

سنتناول في هذا الفرع مقصدين المقصد الأول لمدى مشروعية تصحيح الجنس وتغييره في الفقه الإسلامي أما المقصد الثاني نجعله لمدى مشروعية تصحيح الجنس وتغييره في القانون العراقي وذلك على النحو الآتي:

## المقصد الأول

### مدى مشروعية تصحيح الجنس وتغييره في الفقه الإسلامي

هناك الكثير من الفتاوى المعاصرة الخاصة بهذا الشأن وسنقتصر على بيان قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي<sup>(١)</sup> لأن الفتاوى الأخرى تحمل نفس المعنى ويلفظ مختلف فقد جاء في نص القرار "الحمد لله والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد ﷺ وعلى اله وصحبه، أما بعد: فأن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من يوم الاحد ١٣ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩ م إلى يوم الاحد ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ٢٦ فبراير ١٩٨٩ م، قد نظر في موضوع تحويل الذكر إلى الأنثى وبالعكس. وبعد البحث والمناقشة بين اعضائه قرر ما يلي:

(١) القرار السادس عن الدورة الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م بشأن تحويل الذكر إلى الأنثى وبالعكس، مجلة الفقه الإسلامي، السنة العاشرة، ط١، العدد ١٢، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، ص ١٥٧.

**أولاً:** الذكر الذي كملت أعضائه ذكوره والأنثى التي كملت أعضائها أنوثتها لا يجوز تحويل أحدهما إلى النوع الآخر ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير في خلق الله. وقد حرم سبحانه هذا التغيير بقوله مخبراً عن قول الشيطان ﴿وَأَصْلُهُمْ وَلَأْمَنِيَّهِمْ وَلَا مَرْتَبَهُمْ فَلْيَبْتِكُنْ أَذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْتَبَهُمْ فَلْيُغَيِّرْ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا﴾ النساء / ١١٩ فقد جاء في صحيح مسلم عن أبي مسعود قال: لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات (خلق الله عز وجل) ثم قال الا لعن من لعن رسول الله ﷺ وهو في كتاب الله عز وجل. يعني قوله: ﴿مَا أَقَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَالرُّسُولِ وَكَذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ الحشر / ٧

ثانياً: أما من اجتمع في اعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله فإن غلبت عليه الذكورة حاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في ذكوره ومن غلبت عليه علامات الأنوثة حاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه وليس تغييراً لخلق الله ﷻ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه و سلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين" يتضح من القرار الآتي

١. اباحة تصحيح الجنس بالنسبة للخنثى الواضح وذلك بإزالة المغلوب عليه من علامات وإبقاء الغالب.
٢. تحريم تغيير الجنس بالنسبة للإنسان السوي من الذكر إلى الأنثى أو بالعكس ويشمل ذلك الخنثى الواضح الذكورة ويغير جنسه على الأنوثة وبالعكس.
٣. لم يبين القرار إجازة وعدم إجازة أو كيفية علاج الخنثى المشكل الذي تتساوى فيه علامات الذكورة والأنوثة بالغلبة.

## المقصد الثاني

### مدى مشروعية تصحيح الجنس وتغييره في القانون العراقي

جاء في "التعليمات رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ تصحيح جنس الإنسان استناداً إلى أحكام المادتين (١) و(١٠٥) من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١.

المادة (١): تشكل لجنة مختصة في مستشفى حكومي حصراً في كل دائرة صحة ودائرتي مدينة صدام الطبية واليرموك الطبية مهتمهما دراسة طلبات تصحيح الجنس المقدمة من ذوي العلاقة أو ذويهم لمن يقل عمره عن ١٨ سنة من الاختصاصات الآتية:

أولاً : جراحة المجاري البولية

ثانياً : نسائية وتوليد

ثالثاً : الطب النفسي

رابعاً : وراثه خلوية

خامساً: موظف قانوني تكون مهمته توجيه مقدم الطلب وذويه عن الآثار القانونية للتغيير ومعاونة اللجنة في المسائل القانونية بهذا الخصوص.

المادة (٢): يجب على مقدم الطلب تقديم تقرير طبي من طبيب اختصاص الذي يروم فيه إجراء العملية ويتضمن الرأي العلمي في نوع عملية تصحيح الجنس بشكل تفصيلي.

المادة (٣): على مقدم الطلب إجراء الفحوص التالية وتقديم نتائجها إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة (١) من هذه التعليمات.

أولاً: التقييم النفسي

ثانياً: الفحص السريري الظاهري phenotype للأعضاء التناسلية الخارجية

ثالثاً: فحص بأمواج فوق الصوتية أو الوسائل الأخرى مثل الرنين المغناطيسي للأعضاء التناسلية الداخلية وتحديد نوعية الغدد التناسلية.

رابعاً: فحص الهرمونات الآتية:

وموجودة لدى الذكر والأنثى هرمونات تفرز من الغدد النخامية لتنشيط عمل الغدد الجنسية:

١ . FSH

٢ . LH

٣ . هرمون ذكري TESTOSTERON

٤ . هرمون أنثوي PROGESTERON

٥ . OESTROGEN

٦ . نتيجة افرازات الهرمونات 21-6 HYDROXYTOSE

خامساً: فحص الكروموسومات الصبغيات الوراثية لتحديد الجنس الوراثي.

**المادة (٤):** اذا ثبت بعد التقييم النفسي والسريري بأن الحالة نتيجة اضطراب هوية الجنس TRANSEXUALISM فيحال المريض إلى اللجنة الطبية النفسية الأولية ومن ثم إلى اللجنة الاستئنافية النفسية وفي حال موافقتها على إجراء عملية التصحيح يخضع المريض إلى برنامج علاجي تأهيلي لمدة تقررها اللجنة الطبية للتعايش مع التصحيح.

**المادة (٥):** يجوز اجراء العملية في مستشفى حكومي وأهلي بناءً على رغبة صاحب العلاقة أو ذويه بعد الانتهاء من مدة التأهيل التي تقررها اللجنة.

**المادة (٦):** تكون ادارة المستشفى والطبيب الجراح مسؤولين عن إجراء أي عملية تصحيح جنس خلافاً لأحكام القانون وهذه التعليمات.

**المادة (٧):** تقوم دائرة الصحة بإبلاغ دائرة التجنيد ودائرة الأحوال المدنية بتصحيح جنس صاحب العلاقة.

**المادة (٨):** تنفذ هذه التعليمات من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية".

يلاحظ من هذه النصوص ان موقف المشرع العراقي من جراحة الخنوثة غامض ووجه الغموض أن المشرع العراقي استخدم تارةً مصطلح تصحيح الجنس وذلك في المادة الأولى من التعليمات المشار إليها أعلاه، وتارةً أخرى استخدم مصطلح التغيير في الفقرة خامساً من المادة الأولى.

غير أن ما يصرف الأذهان إلى أن المشرع العراقي أراد تغيير الجنس وليس تصحيحه هو نص المادة الرابعة من هذه التعليمات ، وهذا ما يظهر لنا بتحليل هذه المادة بالشكل الآتي:

إن مطلع المادة يقرر أنه إذا ثبت بعد التقييم النفسي والسريري بأن الحالة هي نتيجة اضطراب الهوية الجنسية فيحال المريض إلى اللجنة الطبية النفسية الأولية ومن ثم إلى اللجنة الطبية الاستئنافية.. والنص إلى هذا الحد يظهر فيه عدة أمور:

أولاً: إن مرض اضطراب الهوية الجنسية مرض نفسي بحت وبالتالي فإن علاجه يجب أن يكون علاجاً نفسياً وهذا ما أشارت إليه الأبحاث الحديثة لعام (٢٠١١) إذ جاء في توصيات هذه الأبحاث التأكيد على ضرورة الاهتمام بالعلاج النفسي للمصاب بمرض اضطراب الهوية الجنسية.<sup>(١)</sup>

(١) مقال منشور على الانترنت على الرابط الآتي: <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ

الزيارة الخميس الموافق ٢٠١٧/٣/٣٠ الساعة الحادية عشر واثنان وعشون دقيقة مساءً.

ثانياً: مما يزكي هذه النظرة أن المشرع العراقي أحال مضطرب الهوية الجنسية إلى اللجان الطبية النفسية، وهذا التوجه من المشرع العراقي جيداً إلى هذا الحد.

ولكن استئناف قراءة هذا النص نجد أن المشرع أعطى اللجنة الطبية الاستئنافية في حال عجزها عن معالجة هذا المريض، بحسب مفهوم نص القرار في إجراء عملية تصحيح الجنس، والحق أن هذا ليس تصحيحاً للجنس بل تغييراً له مادام لم يصاحب الاضطراب في الهوية الجنسية خلل في الأعضاء التناسلية ، وعلى أية حال فإن كان قصد المشرع العراقي تغيير الجنس فيجب أن يعدل عن هذا الموقف لمخالفته لإحكام الشريعة الإسلامية وإذا كان قصده تصحيح جنس الخنثى فإن ترك النصوص بهذه الحالة يفتح باب التذرع لكل من تسول له نفسه تغيير جنسه التمسك بظاهرها، وفي الحالتين كلتيهما يتعين على المشرع العراقي أن يعدل هذه النصوص لتكون موافقة لإحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك نقترح أن تكون بالصياغة الآتية:

أولاً: تعديل الفقرة خامساً من المادة الأولى من هذه التعليمات لكي تكون بالصياغة الآتية موظف قانوني تكون مهمته توجيه مقدم الطلب وذويه عن الآثار القانونية الناتجة عن تصحيح جنس الخنثى ومعاونة اللجنة في المسائل القانونية بهذا الخصوص.

ثانياً: تعديل المادة الرابعة وهي الأهم لتكون بالصياغة الآتية:

أولاً: إذا ثبت بعد التقييم النفسي السريري بأن الحالة نتيجة اضطراب هوية الجنس وإن أعضائه التناسلية هي أعضاء الذكر الكامل الذكورة أو أعضاء الأنثى الكاملة الأنوثة فيحال المريض إلى اللجنة الطبية النفسية الأولى ومن ثم إلى اللجنة الاستئنافية النفسية لتتولى علاجه.

ثانياً: أما إذا ثبت بعد التقسيم النفسي والسريري بأن الحالة نتيجة اضطراب هوية الجنس وصاحب ذلك خلل بالأعضاء التناسلية الذكرية والأنثوية كتساويها أو انعدامها أو وجودهما مع تغليب علامات الذكورة على الانوثة أو بالعكس فيحال المريض إلى لجنة طبية جراحية لتصحيح جنسه بإزالة العلامات المغلوبة وتنشيط الغالبة إذا كانت العلامات غير متساوية في الغلبة، ومما تراه اللجنة الطبية لتصحيحه على نوع جنس معين إذا كانت علامات الذكورة والأنوثة متساوية في الغلبة أو منعدمة.

## الفرع الثاني

### أثر تصحيح الجنس وتغييره على زواج الخنثى الواضح

إذا كان الشرع والقانون أعطى الخنثى الغير مشكل (الخنثى الكاذب) الحق في تصحيح جنسه فإن هذا الحق ليس حقا مطلقا بالنسبة له بل مقيد بان يكون بإزالة المغلوب عليه من علامات وبقاء الغالب فيه فإن كان الغالب عليه علامات الذكورة فلا يحق له أن يطلب تحويله إلى أنثى بدافع مرض الخنثوة وكذلك الحال إذا كان الغالب عليه علامات الأنوثة فلا يحق أن تطلب تحويلها إلى ذكر وهذا حالة مسندة بمفهوم قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي والذي جاء فيه " ... ثانيًا: أما من اجتمع في اعضائه علامات النساء والرجال، فينظر إلى الغالب في حاله فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في ذكورته ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق الله (ﷻ)، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين"<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا إذا ما تم تصحيح جنس الخنثى الواضح وفقاً للغالب من علاماته جاز له الزواج من النوع الآخر من جنسه وزواجه صحيحاً نافذاً تترتب عليه جميع الحقوق والالتزامات والحكم عينه إذا كان متزوج، فزواجه يكون صحيحاً وباقٍ ما دام أنه قد تزوج على الغالب ما فيه من علامات من النوع الآخر لجنسه وتترتب عليه جميع آثاره من لحظة انعقاده. أما إذا طلب تغيير جنسه على المغلوب فيه من علامات على الغالب أي كان الغالب فيه الذكورة وطلب تغييره إلى الأنوثة أو كان الغالب فيه الأنوثة وطلب تغييره إلى الذكورة فالمفروض هنا الايجاب إلى طلبه " لأن ذلك يعد تغييراً للجنس على خلاف ما كان عليه وهو محرم شرعاً، ولكن قد يحدث ان تُجرى لهذا الخنثى عملية جراحية أو يعالج بالهرمونات على عكس ما هو غالب عليه من علامات بأن كانت العلامات الغالبة فيه هي الذكورة وتغيير إلى أنثى أو بالعكس بان كانت العلامات الغالبة فيه هي الأنوثة وتغيير إلى ذكر فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل يجوز لهذا الخنثى المغير جنسياً

(١) ينظر : ص ١٢-١٣ من هذا البحث.

الزواج؟ وإذا تزوج فما مصير هذا الزواج؟. أن الإجابة على هذا السؤال تقتضي التفريق بين أمرين:

**الأمر الأول:** إذا كان للخنثى الواضح المغير لجنسه غير متزوج وكان قبل تغيير جنسه خنثى كاذب ذكري أي ان العلامات الغالبة فيه هي الذكورة أو كان خنثى كاذب انثوي أي ان العلامات الغالبة فيه هي الأنوثة وبعد التغيير أصبح الخنثى الكاذب الذكري أنثى وأصبحت الخنثى الكاذب الأنثوي ذكر، وأراد ان يتزوج فلا يحق له ان يتزوج بصفته الجديدة" لأن ما ينتج عن هذا التغيير من صفة الذكورة أو الأنوثة يكون مصيرها البطلان وعدم الاعتراف بها ومن ثم عدم جواز الزواج بمقتضاها ويعضد ذلك القواعد الفقهية الآتية:

**أولاً:** القاعدة الفقهية "اليقين لا يزال بالشك"<sup>(١)</sup> فالذكورة أو الأنوثة قبل التغيير يقين، أما ما اكتسبه من صفة الذكورة أو الأنوثة بعد التغيير يعتبر شك، فما ثبت باليقين من صفته قبل التغيير لا يزال بالشك بعد التغيير.

**ثانياً:** القاعدة الفقهية "الأصل بقاء ما كان على ما كان"<sup>(٢)</sup>، وبما أن ذكورته أو انوثته تعتبر هي الأصل قبل التغيير فيجب الحكم بمقتضاها.

**ثالثاً:** القاعدة الفقهية "الأصل في الصفات العارضة العدم"<sup>(٣)</sup> فالصفة التي اكتسبها الخنثى الواضح بعد التغيير من الذكورة أو الأنوثة تعتبر صفة عارضة لا أصلية فيحكم عليها بالأحكام بالعدم.

(١) د. محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الاصل والتوجيه، ط١، دار المنار، بيروت- لبنان، ١٩٩٧، ص٥٥.

(٢) وتسمى هذه القاعدة بالاستصحاب وهو استدامة حكم سابق في زمان لاحق على اساس عدم ثبوت مزيله، د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص٣٥٨.

(٣) محمد عميم الاحسان المجددي البركني، قواعد الفقه، ط١، دار الصدف، كراتشي، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م، ص٥٩؛ د. احمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط٢، تحقيق: مصطفى احمد الزرقا، دار القلم، دمشق- سوريا، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩، ص١١٧.

رابعاً: القاعدة الفقهية "الأصل في الإبضاع التحريم ما لم يرد دليل على جوازه"<sup>(١)</sup>، والدليل على جواز زواجه بالصفة التي صار عليها بعد التغيير منعدم بالإجماع والإجماع لا تجوز مخالفته بالإجماع.

خامساً: القاعدة الفقهية "ما كان قديماً يترك على حاله ولا يتغير إلا بحجة"<sup>(٢)</sup>، وبما ان تغيير جنسه يفتقد إلى الحجة كونه فعل محرم فلزم ان يترك حاله على ما كان عليه قديماً قبل التغيير بالتالي عدم جواز زواجه بحسب حاله بعد التغيير.

سادساً: القاعدة الفقهية "ما اجتمع مبيح ومحرم إلا وغلب المحرم"<sup>(٣)</sup>، فعلى الفرض جدلاً ان امر جواز زواجه دائر بين الحل والحرمة فالحرمة تقدم لأنها الأحوط في الأنكحة استناداً إلى قاعدة "الأصل في الابضاع التحريم".

سابعاً: لو فرضنا جدلاً ان امر زواجه يخرج من دائرة التحريم، فإنه من غير الممكن خروجه عن دائرة الشبه، فإنه أمرنا الرسول ﷺ بتوقيرها فعن عامر قال سمعت رسول الله محمد ﷺ يقول: "الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في المشبهات كراع يرمى حول الحمى يوشك ان يواقعه الا وان لكل ملك حمى ألا إن حمى الله في أرضه محارمه ألا وأن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب"<sup>(٤)</sup>.

وبعد اتضح الحكم بعدم احقية زواج الخنثى الواضح بحسب وضعه الجديد بعد التغيير، قد يتبادر إلى الذهن الحكم بأحقية زواجه بحسب وضعه قبل تغيير جنسه،

- 
- (١) بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزكشي، البحر المحيط في اصول الفقه، ج ٤، ط ١، تحقيق: د. محمد محمد ثامر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص ٣٣٢، وللمؤلف نفسه، المنشور في القواعد، ج ١، ط ٢، (تحقيق د. تيسير فائق احمد محمود)، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ، ص ١٧٧.
- (٢) د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، مصدر سابق، ص ٦، د. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط ٢، ج ١، تحقيق (صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا)، دار القلم، دمشق - سوريا، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ٩٦.
- (٣) محمد عميم الاحسان المجددي البركني، قواعد الفقه، مصدر سابق، ص ١١٤.
- (٤) اخرجه البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ج ١، كتاب الايمان، باب فضل من استبرأ لدينه، ص ٢٨، الحديث رقم (٥٢).



بالاستناد إلى الاعتداد بوضعه السابق عن تغيير جنسه كما وضحنا سابقاً ولكن سرعان ما يزول هذا الحكم إذا ما علمنا أن زوجه أصبح محال بحسب وضعه قبل التغيير، فلو اعتبرنا أصله ذكر وأراد أن يتزوج من أنثى فإن ذلك محال لأنه آلة الذكورة والمنسل أزيلت بفعل التغيير ولا يستطيع القيام بدوره كذكر في الحياة الزوجية.

وكذلك إذا اعتبرنا أصله أنثى وأراد ان يتزوج من ذكر فإن ذلك محال لأن الطبيعة الجسدية التي آل إليها بعد تغيير جنسه تحول دون القيام بدوره كأنتى في الحياة الزوجية فعلايات الأنوثة قد ماتت فيه ويصبح زواجه ذكر من ذكر وهذا غير جائز شرعاً وقانوناً ومخالفاً للفطرة البشرية.

### الأمر الثاني: مصير زواج الخنثى الواضح بعد تصحيح جنسه وتغييره

وهنا نفترض ان الخنثى الواضح تزوج على وفق الغالب فيه من علامات بأن كان مثلاً خنثى واضح الذكورة وتزوج من أنثى كاملة الأنوثة أو خنثى واضحة الأنوثة أو بالعكس فالزواج هنا صحيحاً لموافقته لمحله متى ما تحققت أركانه الأخرى وتوافرت شروطه وانتفت موانعه.

وبناءً على ذلك إذا صحح الخنثى الغير مشكل جنسه على وفق ما صح به زواجه شرعاً، فإن هذا التصحيح لا يؤثر على صحة الزواج وامكانية استمراره وترتيب آثاره الشرعية والقانونية منذ لحظة انعقاده.

أما إذا غير جنسه على عكس ظاهره الذي تزوج عليه فإن زواجه يبطل منذ لحظة التغيير المتماثل الجنسين في العلاقة الزوجية، أما آثار هذا الزواج قبل التغيير فالأصل أن تبقى صحيحة ونافذة من لحظة انعقاد العقد إلى حين التغيير. وتغيير جنس الخنثى الواضح بعد الزواج يكون مبطلاً للزواج حتى ولو غير كل من الزوجين جنسهما على عكس ظاهرهما الذي تزوجا عليه أي أصبح الزوج بعد التغيير أنثى وأصبحت الزوجة ذكر لمحرمية هذا الفعل هذا من جانب ومن جانب آخر فعلى الفرض جدلاً أن ذلك لا يبطل الزواج ما دام اختلاف الجنسين بين طرفي العلاقة الزوجية متحقق غير أن هذا الفعل يخالف الاستصحاب "لأن أصل الزواج كان على غير هذه الصفة وحتى ولو تجاوزنا دليل الاستصحاب فإنه وبحسب اعتقادي ألا تتوافق اللحظة الزمنية بالتغيير فإذا تغير من الزوج قبل الزوجة أو بالعكس وسبق أحدهما الآخر بتغيير جنسه ولو بلحظة تحقق التماثل بين الجنسين وبطل الزواج والله تعالى أعلى أعلم.

أما بالنسبة للموقف القانوني من تصحيح جنس الخنثى وتغييره فإن تصحيح الجنس بالنسبة للخنثى الواضح لم يؤثر على حقه الزواج متى ما صحح جنسه على وفق ما غلب عليه من علامات وهذا الحكم أيضاً يؤخذ من نصوص الإحالة كما أشرنا سابقاً. أما إذا غير الخنثى الواضح جنسه على عكس ما غلب فيه من علامات فإنه لا يحق له ان يتزوج لا بصفته بعد التغيير لمخالفته للشرع والاستمالة استكمال صفة الذكورة الكاملة أو الأنوثة الكاملة ولا بصفته قبل التغيير لأن طبيعته الجسدية تحول دون زواجه من الذكر أو من الأنثى.

أما إذا كان الخنثى متزوج على وفق ما غلب عليه من علامات من النوع الآخر لجنسه ثم غير جنسه على عكس ما صح زواجه بموجبه فإن القوانين محل الدراسة لم تنص على بطلان الزواج في هذه الحالة مما يوجب الرجوع إلى نصوص الإحالة باستثناء "قانون الأحوال الشخصية الإماراتي" إذ انه جاء بنص عام تدرج تحته هذه الحالة إذ نصت المادة (٩٨) منه على انه "١. يفسخ عقد الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى ومقتضياته أو طراً عليه ما يمنع استمراره شرعاً".

### المبحث الثالث

#### مدى صحة زواج الخنثى المشكل

لم يكن زواج الخنثى المشكل محل اتفاق بين الفقهاء المسمون بل اختلفت الآراء الفقهية بشأن صحة زواجه من عدمه وكان لهذا الاختلاف أثره الواضح في القوانين محل الدراسة باعتبار ان تلك القوانين أحالت هذه المسألة إلى الفقه الإسلامي، وبناءً على هذا فإنني سأتناول مدى صحة زواج الخنثى في الفقه الإسلامي وفي القوانين محل الدراسة وعلى النحو الآتي:

## المطلب الأول

### مدى صحة زواج الخنثى المشكل في الفقه الإسلامي

وهو الذي التبس أمره ولم تتضح ذكورته أو انوثته بعلامة معتبره<sup>(١)</sup>، وسمي المشكل "لأن ما لم يعلم تذكره ولا تأنيته الأصل فيه التذكير"<sup>(٢)</sup>، ويرجع التبس أمر الخنثى المشكل إلى أمرين:

١. وجود آلي الذكر والأنثى وتعارضت عنده العلامات أو تساوت<sup>(٣)</sup>.

٢. ليس له أي من الألتين، وهذا الصنف ينقسم إلى أربعة أقسام.

القسم الأول: من ليس له مخرج لا ذكر ولا انثى، ولكن له لحمه ناتئة كالريوة يرشح البول منها رشحاً على الدوام<sup>(٤)</sup>.

القسم الثاني: من ليس له إلا مخرجاً واحداً فيما بين المخرجين يتغوط ويبول منه<sup>(٥)</sup>.

القسم الثالث: من ليس له مخرج أصلاً، لا قبل ولا دبر، وإنما يتقيماً ما يأكله ويشربه<sup>(٦)</sup>.

القسم الرابع: من ليس له آلة الذكر ولا آلة الانثى، ويخرج من سرتة كهيئة البول الغليظ الخنثى المشكل المقصود هنا هو الخنثى المشكل عضوياً وقد اختلف الفقهاء المسلمون في مدى صحة زواجه إلى ثلاثة آراء:

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤، ص٤٩٠.

(٢) زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج٨، ط٢، ص٥٣٨.

(٣) علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج١، د/ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤١٢هـ، ص١٧٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٦، ص٢٢٤.

(٥) ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج٦، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ١٤٠٠هـ، ص٢٢٦.

(٦) علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، الانصاف الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، ج٧، (تحقيق: أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧، ص٣٤٤.

الرأي الأول: يذهب بالقول إلى عدم جواز زواج الخنثى المشكل عضويًا مطلقاً ولا يقبل منه اختيار لجنس معين للنزاج بمقتضاه وان تنوج يكون زواجه باطلاً درءً لمفسدة الرجل بالرجل والمرأة بالمرأة<sup>(١)</sup> لأنه ان تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة وإن تزوج رجلاً لم يؤمن أن يكون رجلاً، فالخنثى المشكل وفقاً لهذا الرأي لا ينكح ولا يُنكح لاشتباهه من تحل بمن لا تحل أي لاشتباه المباح والمحظور في حقه فيقدم المحظور لأنه الأحوط بشأن النكاح وهذا ما ذهب اليه المالكية<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثاني: يذهب هذا الرأي إلى ان زواج الخنثى المشكل موقوف ولا يحكم بصحته ولا ببطلانه ولا يفيد الحل إلى ان تتضح حقيقته فإن ظهرت فيه علامات الذكورة وكان قد تزوج أنثى حكم بصحة نكاحه من حين العقد لأنه تبين ان تصرفه صادف محله، وان كان قد تزوج بذكر تبين بطلان العقد لأنه لم يصادف محله، وكذلك لو تزوج خنثى مشكل من خنثى مشكل على ان احدهما ذكر والاخر أنثى، فإن العقد يظل موقوفاً ولا يحكم بإجازته ولا بإبطاله حتى يتبين أمرهما<sup>(٣)</sup> لأن العقد صدر من الوليين فلا يحكم ببطلانه ما لم يعلم انه لم يصادف محله ولا يحكم بجوازه لتوهم كونهما انثيين أو ذكريين أو على عكس ما قدره الوليان، وهذا ما ذهب اليه الحنفية<sup>(٤)</sup>.

يفهم من رأي الحنفية ان عقد الخنثى المشكل صحيح<sup>(٥)</sup> لأن العقد الصحيح عند الحنفية ينقسم إلى نافذة وموقوف، والنافذ يقسم إلى لازم وغير لازم، ولكن الوقوف هنا بالعقد غير معلق على اجازة شخص لكي يكون العقد نافذاً ولكن تعليقه على مصادفة العقد لمحله أي مصادفة اختلاف نوعي الجنس في طرفي العلاقة الزوجية.

(١) شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، ج٤، (تحقيق: محمد حجي)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٩٩٦، ص٢٠٤؛ محمد بن احمد بن جزي المالكي، القوانين الفقهية، د/ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص٣٣؛ النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج٢، ص٥؛ الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٦، ص٤٣٢ .

(٢) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المشهور بحاشية ابن عابدين، ج٣، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص١١٧؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٣، دار المعرفة، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر، ص١١٣-١١٤؛ ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٣، ص٨٣؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٧، ص٣٢٩-٣٣٠.

الرأي الثالث: وهو للحنابلة والشافعية ولديهم تفصيل في ذلك وجه هذا التفصيل يكون بثلاث أمور:

الأمر الأول: إذ لم يختار جنس معين للزواج بمقتضاه فلا يحق له انه يتزوج وان تزوج يكون زواجه باطلاً وبهذا يكون رأي الحنابلة<sup>(١)</sup> والشافعية<sup>(٢)</sup> موافق لرأي المالكية.

وهذا ما نص عليه ابن قدامه بقول: "عن احمد في رواية الميموني... لأنه (الخنثى المشكل) لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبيح له... وكما لو لم يقل اني رجلاً ولا امرأة، ولأن قوله لا يرجع اليه في شيء من احكامه في الميراث والدية وغيرهما في نكاحه ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرف غيره ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم"<sup>(٣)</sup>. الأمر الثاني: إذا اختار جنس معين فله أن يتزوج بما اختار حتى ولو كان عضواً خنثى مشكل حقيقته وهنا يكون رأي الحنابلة والشافعية موافق لرأي الحنفية من حيث الصحة ومن النصوص الفقهية المؤكدة لهذا المعنى ما قاله الخرقى بانه "إذا قال الخنثى المشكل انا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له ان ينكح بغير ذلك وكذلك لو سبق فقال انا امرأة لم ينكح الا رجلاً"<sup>(٤)</sup>.

كما قال الشافعي في الام بانه: "ينكح بأبيهما شاء فبأبيهما نكح لم أجز له غيره ولم أجعله ينكح بالآخر"<sup>(٥)</sup>.

الامر الثالث: إذا رجع باختباره إلى الجنس الآخر وهنا فرق الفقهاء بين حالتين:

(١) بن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مصدر سابق، ج٧، ص٧٨؛ البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج٤، ص٤٦٩.

(٢) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج٢، ص٤٢؛ الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص١٤٤.

(٣) ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٧، ص١٥٩.

(٤) عمر بن الحسين الخرقى، مختصر الخرقى من مسائل الامام احمد بن حنبل، ج١، ط٣، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ١٤٠٣هـ، ص٩٩؛ الزركشي، شرح الزركشي، مصدر سابق، ج٢، ص٤١٧؛ ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٧، ص١٥٨.

(٥) الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج٥، ص٣٦؛ الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج١١، ص٤١٠.

الحالة الأولى: إذا عاد على اختياره قبل الزواج فله ذلك وله ان يتزوج باختياره الاخير وبهذا الصدد قال العقابي معلقاً على رأي الامام الشافعي ولعله يريد (أي الامام الشافعي) إذا اختار واحداً وفعله، اما مجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغي ان يمنعه من اختيار الطرف الاخر"<sup>(١)</sup>.

وذكر المرادوي معلقاً على كلام الخرقى بأنه: على قول الخرقى لو لم يكن متزوجاً ورجع عن قوله الأول بأن قال أنا رجل ثم قال أنا امرأة أو عكسه فظاهر كلام الخرقى والأصحاب أن له نكاح ما عاد اليه"<sup>(٢)</sup>.

الحالة الثانية: ان رجع عن اختياره بعد الزواج فزواجه يبطل ولا يحق له بعد ذلك النكاح من الجهتين وبهذا الصدد قال ابن قدامه في الكافي "... فعلى هذا ان عاد بعد نكاح المرأة فقال انا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره ببطلانه.... ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح لأنه أقر بقوله انا رجل بتحريم الرجال وأمر انا امرأة بتحريم النساء"<sup>(٣)</sup>.

**يفهم مما تقدم ما يأتي:**

أولاً: ان الحنفية والمالكية لم يأخذوا بالمعيار النفسي للخنثى المشكل لتحديد جنسه قبل الزواج ومع هذا يكون الزواج منعقداً وصحيحاً ولكنه موقوف عند الحنفية وباطلاً عند المالكية.

ثانياً: ان الشافعية والحنابلة اعتمدوا المعيار النفسي لتحديد جنس الخنثى المشكل قبل الزواج وأجازوا له الزواج باختياره وزاجه يكون صحيحاً ونافذاً ولكنه غير لازم، اما إذا لم يختار جنس معين قبل الزواج فلا يحق له ان يتزوج وان تزوج يكون زواجه باطلاً.

ثالثاً: ان زواج الخنثى المشكل بالاختيار عند الحنابلة والشافعية صحيح نافذ غير لازم، وعند الحنفية صحيح ولكنه موقوف وغير لازم، وعند المالكية باطلاً سواء اختار جنس معين قبل الزواج ام لهم يختار.

(١) الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج ٦، ص ٤٣٢.

(٢) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج ٨، ص ١٥٣.

(٣) عبدالله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الامام المبجل احمد بن حنبل، ج ٣، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص ٥٤؛ مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى غاية المنتهى، ج ٥، المكتب الإسلامي، مشق- سوريا، ١٩٦١، ص ١١٨؛ البهوتي، كشاف الفناع، مصدر سابق، ج ٥، ص ٩٠.

رابعاً: ان زواج الخنثى المشكل يبطل عند الحنابلة والشافعية بإقرار الزوج بعد الزواج بالأنوثة وبالعكس أو باتضح حاله على عكس ظاهره الذي تزوج عليه، اما عند الحنفية فالزواج لا يبطل الا باتضح حالته الجسدية فقط انها على عكس ظاهره الذي تزوج عليه.

## الفرع الثاني

### زواج الخنثى المشكل على عكس ظاهرهما الذي تزوجا عليه<sup>(١)</sup>

ان اختلاف نوع الجنس في طرفي العلاقة الزوجية لا يكفي للحكم على صحة الزواج حتى وان توافرت الاركان وتحققت الشروط وانتفاء موانع الزواج، بل يجب للحكم بصحة الزواج تحديد من هو الذكر ومن هو الأنثى في هذا الزواج ولما كان جنس الخنثى المشكل دائرياً بين الأنوثة والذكورة ومع تصور امكانية زواجه قد نجد ان الخنثى المشكل متزوج على أنه ذكر ثم يتبين انه أنثى، وقد يحدث العكس بان يتزوج على انه أنثى ثم يتبين انه ذكر، وهذه الفروض افترضها فقهاؤنا الاجلاء ووضع الحلول لهما، وقد يحدث ذلك بعد تصحيح جنسهما على عكس ظاهرهما الذي تزوجا عليه بتقرير الاطباء وأقصد من ذلك بجواز أو لزوم شرعي ومن أقوال الفقهاء بهذا الصدد ما قاله ابن الهمام رحمه الله في شرح فتح القدير: "وفي النوازل قال ابو بكر: خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضا الولي فلما كبرا إذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي لأنه قوله زوجته يستوي من الجانبين، وفي صغيرين قال أبو احدهما زوجتك بنتي هذه من ابنك هذا وقيل الاخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز ذلك أيضاً وقال العتابي لا يجوز"<sup>(٢)</sup>، ويذهب احد الباحثين<sup>(٣)</sup> بالقول بعد عرض هذه المسألة.

يتضح من أقوال الفقهاء ان هناك رأيين في عرض هذه المسألة:

الرأي الأول: يقول بصحة هذا الزواج والرأي الثاني يذهب إلى بطلان هذا الزواج، وعقب على الرأيين بالقول بان نأخذ بالرأيين معاً فنأخذ بالرأي الثاني الذي يقول بالبطلان إذا توافرت

(١) نظراً لخصوصية هذه الحالة أفردنا لهما فرعاً مستقلاً .

(٢) كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص ١٩٢ .

(٣) الشهابي ابراهيم الشراوي ، تثبيت الجنس واثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١ ، جامعة القاهرة، القاهرة - مصر ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م ، ص ٤٥٠ .

سوء النية عند طرفي عقد الزواج ولم يوجد بينهما أولاد ونأخذ بالرأي الأول إذا توافر حسن النية عند طرفي عقد الزواج أي بعدم علمها بحالهما عند انعقاد الزواج ووجود الأولاد ويسترسل قائلاً ونكتفي هنا بتعديل عقد الزواج بحسب الوضع الجديد فيصح وضع المهر والنفقة وباقي الحقوق والواجبات الزوجية<sup>(١)</sup>. ومع احترامنا لهذا الرأي إلا أننا لا نتفق معه ولا مع الرأي القائل بالصحة مطلقاً، بل نؤيد الرأي القائل ببطلان هذا الزواج وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: إن الفقيه أبو بكر والذي قال بالصحة له قول آخر يناقض هذا القول وذكر قوله ابن قدامة في المغني بخصوص زواج الخنثى المشكل بأنه "وقال أبو بكر لا يجوز أن يتزوج حتى يتبين أمره"<sup>(٢)</sup> وبما أنه لا يجوز له الزواج فإنه إن تزوج يكون زواجه باطلاً.

ثانياً: ان تحديد صفة الذكورة للزوج والأنوثة للزوجة يُعد من الأمور الجوهرية في العقد لأن هذه الصفة تعد محل اعتبار في هذا الرباط المقدس، وبهذا الصدد قال الرملي "ولابد من تعيين كل من الزوجين والعلم بذكورة الزوج وأنوثة الزوجة فالخنثى المشكل لا يصح ان يكون زوجاً وان اتضحت بعد العقد ذكورته ولا زوجة وان اتضحت بعده أنوثته"<sup>(٣)</sup> فإذا كان زواج الخنثى المشكل لا يصح وحتى أن تبين أن زواجهما موافق لظاهرهما فمن باب أولى أن لا يصح إن تبين أنهما على عكس ظاهرهما الذي تزوجا عليه.

ثالثاً: إن الإيجاب والقبول يعتبر غير مترابط فيما إذا قال رجل لأخر زوجتك ابنتي على مهر قدره كذا فقال الرجل قبلت الزواج على اقل مما أوجبه الولي فكيف ينعد الزواج يكون فيه ما على الزوج له وما على الزوجة لها؟!.

رابعاً: إن الرأي الذي قدمه الباحث المذكور لم يقدم لنا الحل فيما إذا توافر حسن النية ولم يوجد بينهما أولاد أو وجد بينهما أولاد ولكن كانا سيئاً النية.

خامساً: وعلى الفرض جدلاً ان هناك من الفقهاء المسلمون من يبيح استمرار الزواج في هذا الغرض فإن الحكم اللازم اتخاذه لهذه الحالة هو بطلان الزواج استناداً إلى القاعدة الفقهية

(١) المصدر نفسه، ص ٤٥٠-٤٥١ .

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٥٨ .

(٣) محمد بن احمد الملي الأنصاري، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، ج ١، دار المعرفة،

بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص ٢٤٩ .



"إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"<sup>(١)</sup>، ويعضد ذلك القاعدة الفقهية القاضية بأن الأصل في الإيضاع التحريم<sup>(٢)</sup>.

سادساً: إذا كانت الغاية من القول بصحة هذا العقد حال وجود الأولاد الحفاظ على نسبهم، فإن هذه الغاية متحققة أيضاً بالزواج الباطل "لأن الباطل والفاسد في النكاح عند الجمهور سواء من حيث آثار الزواج إلا في حالات معينة يختلف فيها الأثر في الزواج الفاسد عنه في الزواج الباطل، ولما كان النسب يثبت الزواج الفاسد وكان الباطل كالفاسد فإن ثبوت النسب بالزواج الباطل متحقق كثبوته بالزواج الفاسد، وبهذا الصدد قال الحموي في غمز عيون البصائر "إن الفاسد والباطل في باب النكاح مترادفان" لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي وإنما يثبت ضرورة تحقق المقاصد في حل الاستمتاع للتوالد والتناسل فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد فلا يثبت الملك فإن قلت فإذا كان باطلاً كيف.

### المطلب الثالث

#### اثر تصحيح الجنس<sup>(٣)</sup> على زواج الخنثى المشكل

يظهر اثر تصحيح جنس الخنثى المشكل على الزواج في مسألتين الأولى إذا صح جنسه قبل الزواج وهنا البحث يقتصر على احقيته بالزواج والثانية إذا صح جنسه بعد الزواج والبحث هنا يكون حول مصير الزواج بعد التصحيح وسأبين هذه المسألتين تباعاً وعلى النحو الآتي:

وستتناول في هذا الفرع مسألتين في المقصدين الآتيين:-

- (١) السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ج١، ص ١٠٥ .
- (٢) الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق، ج١، ص ١٧٧ ، ولنفس لمؤلف البحر المحيط في اصول الفقه، مصدر سابق، ج٤، ص ٣٣٢؛ السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ج١، ص ٦١ .
- (٣) ذكرت تصحيح الجنس ولم أذكر تغيير الجنس؛ لأن الخنثى المشكل لا يعتبر مغيراً لجنسه بعد جراحته أو علاجه بالهرمونات لأن جنسه سيثبت على احد الجنسين بعد ان كان متأرجح بين الذكورة والأنوثة، اما تغيير الجنس فإنه يخص الإنسان السوي والخنثى الواضح؛ لأن جنسهما ثابت بالأساس على جنس معين ثم يؤول إلى غيره بعد جراحته أو علاجه بالهرمونات.

## المقصود الأول

### تصحيح جنسه قبل الزواج

إذا كان الخنثى مشكل غير متزوج وصحح جنسه على الذكورة أو الأنوثة بالجراحة أو بالهرمونات جاز له ان يتزوج بما آل إليه جنسه بعد التصحيح من النوع الاخر لجنسه“ لأنه صفا إلى الذكورة أو الأنوثة بعد ان كان جنسه متأرجح بينهما، واجد هنا أنه إذا ما تعذر على الطب تحديد جنسه بان يؤخذ بالمعيار النفسي لتصحيح جنسه على وفق ما يختاره الخنثى المشكل بشرط ان لا يكون اختياره للجنس الذي يروم ان يؤول اليه بعد الجراحة ضاراً به ضراراً يفوق الضرر إذا ما صحح جنسه على عكس اختياره فحينئذ لا تأخذ بالمعيار النفسي وتأخذ بما يقرره الأطباء أنه أصلح له فإن امتنع عن تصحيح جنسه وفقاً لاختيار الاطباء فلا يجبر قانوناً على اجراء الجراحة وربما يكون آثم شرعاً“ لأن الخنوثة مرض فعن ابي الدرداء قال قال رسول الله ﷺ: **”أن الله انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام“**<sup>(١)</sup> فإن حمل الامر على الوجوب فهو آثم وان حمل على الندب لا يؤثم والله اعلم. ولعل من المفيد هنا ان نبحت مسألة ما إذا اختار جنس معين للزواج به وآل جنسه إلى عكس اختياره بعد تدبير جراحته أو معالجته بالهرمونات مع هذه الحالة نركن إلى ما آل اليه جنسه بعد التصحيح للتعويل عليه بمسألة الزواج وليس على جنسه المختار قبل التصحيح، وهذا ان دل على شيء فإنما يدل على امكانية القياس من باب أولى على رأي الحنابلة<sup>(٢)</sup> والشافعية<sup>(٣)</sup> القاضي بقبول رجوعه عن اختيار لجنس معين قبل الزواج“ لأن الحالة التي نحن أمامها بعد التصحيح تحمل اليقين فيجب ان تقدم على الشك المحمول في قوله قبل التصحيح.

(١) اخبره سليمان بن الأشعث السجستاني الازدي، سنن ابي داؤد ج٤، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر، كتاب الطب، باب في الادوية المكروهة، ص٧، الحديث رقم (٣٨٧٤).

(٢) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج٤، ص٤٦٩.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص١٤٤.

## المقصود الثاني

### تصحيح جنس الخنثى المشكل بعد زواجه

وهنا نفترض ان الخنثى المشكل متزوج على وفق الجنس الذي اختاره ثم صح جنسه وهنا أمامنا فرضين:

**الفرض الأول:** ان يصح جنسه على حسب ظاهره الذي تزوج عليه وهنا يبقى على زواجه ويكون مرتباً لآثاره منذ لحظة انعقاده.

**الفرض الثاني:** ان يصح جنسه على عكس ظاهره الذي تزوج عليه فهنا يبطل عقد الزواج لتمائل الجنسين بين طرفي العلاقة الزوجية، بل ويبطل إذا قرر الاطباء ان جنسه الغالب على عكس ظاهره الذي تزوج عليه.

غير ان السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو ماذا لو قرر الاطباء ان جنس المراد تصحيحه هو خنثى مشكل حقيقي فهنا الزواج لا يبطل عند الحنابلة والشافعية لأنهم زالوا اشكاله باختياره ولا يبطل عند الحنفية لأنه لم يعلم بعد مصادفته لحله من عدمه وباطل عند المالكية ابتداءً ولكي افتح باب النقاش سأسترسل برأي الحنابلة والشافعية والحنفية بهذا الخصوص وأتساءل مرة اخرى سؤال مفاده هل يبطل عقد الزواج بتقرير الاطباء بان جنسه يقبل فقط التصحيح على عكس ظاهره الذي تزوج عليه ام لا بد من التصحيح على عكس ظاهره حتى يبطل الزواج؟ للإجابة على ذلك أقول انه وفقاً لرأي الحنابلة والشافعية والحنفية لا يبطل الزواج إلا بعد ثبوت جنسه بعد الجراحة على عكس ظاهره الذي تزوج عليه لأن ذلك اليقين الذي يبني عليه الحكم بحسب ما ترده. ولكن لتتوقع هنا ان الخنثى المشكل الحقيقي عندما علم بان جنسه سيؤول بعد الجراحة إلى عكس ظاهره وان زواجه سيبطل يمتنع عن اجراء الجراحة له لئتمسك بزواجه سيما إذا رضي الزوج الاخر بخنوثته المشكل وأقصد من ذلك ان خنوثته حقيقة وقائمة من الناحية العضوية وزائلة من الناحية النفسية وبعبارة اخرى ان خنوثته المشكل قائمة طبياً وزائلة فقهيّاً ففي هذه الحالة يمكننا الركون إلى رأي الحنفية ونجعل زواجه موقوف على مصادفته لمحله" لأن لم يؤمن من ان يكون نوع جنسه نفس نوع جنس زوجه ومع قيام الشك لا تبني الأحكام القطعية للخنثى بل يجب ان يحتاط بشأنه والحيطة هنا هي لزوم إيقاف زواجه والله تعالى أعلى واعلم.

وبعد هذا العرض المصحوب بالتحوط والاختلاف بشأن صحة زواج الخنثى وامكانية استمراره فضلاً عن انه مهده بالزوال بإرادة الزوج الحالي منه بطلب التفريق لعدم لزوميته، كما انه قد يستمر بالرغم من بطلانه بحكم الطبيعة الجسدية عندما يخفي الزوجين خنوثتهما المشكلة خاصة التي لا يؤمن من اتحاد الجنسين فيها وبهذا نكون قد أدركنا أهمية الفحص الطبي قبل الزواج وعند تثبيته بعد انعقاده " لأن ذلك يحفظ الدين وحق العبد وحق المجتمع بصورة عامة ويتحقق حفظ الدين بالفحص الطبي قبل الزواج وكذلك منذ تثبيته لكي لا تستمر العلاقة الزوجية على غير هدي الفطرة البشرية التي تقضي بوجود اختلاف نوع الجنس بين طرفي العلاقة الزوجية.

كما انه يحفظ مال العبد سيما ان كان الزوج لا يعلم بخنوثة زوجه الاخر فإن جعل العقد غير لازم وبالتالي المطالبة بالتفريق يكلفه جهد ومال لكي يتخلص من هذا الزواج. وهذه الايجابية<sup>(١)</sup> للفحص الطبي قبل الزواج وعند تثبيته تهدم كل سلبياته التي قيلت بشأنه " لأن اختلاف نوع الجنس ركن ضروري للقول بمشروعية الزواج ولا يمكن التنازل عنه ادعاءً بالحق والحرية الشخصية ويلزم كل من علم بتماثل الجنسين أو شك في ذلك الا يعقد هذا العقد ويبطله إن عقد ويوقفه إن شك في ذلك.

## الخاتمة

بعد ان انتهينا من متن البحث توصلنا إلى النتائج والتوصيات التي نعرضها كالآتي:  
أولاً:-

- ١- إن زواج الخنثى الواضح جائز شرعاً وقانوناً بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذا تزوج على ما غلب عليه من علامات من النوع الآخر لجنسه.
- ٢- لا يجوز شرعاً للخنثى الواضح الذكورة أن يتزوج كأنثى ولا للخنثى الواضح الأنوثة ان يتزوج كذكر
- ٣- إن تصحيح جنس الخنثى الواضح على وفق الغالب عليه من علامات لا يؤثر على أحقيته بالزواج ولا على مصير زواجه إن كان متزوج.

(١) ينظر في إيجابيات وسلبيات الفحص الطبي قبل الزواج كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المجلد الثالث، ج٣، ط٩، دار التوفيقية للتراث، القاهرة - مصر، ٢٠١٠، ص١١٧-١١٨.

٤- إذا غير الخنثى الواضح الذكورة نوع جنسه الى الأنوثة فلا يحق له إن يتزوج بصفته كأنتى ولا العكس لأن الصفة المكتسبة بعد التغيير تعتبر صفة عارضة يكون حكمها في الأحكام العدم.

٥- إن زواج الخنثى المشكل كان محل خلاف عند الفقهاء المسلمون من حيث صحته فمنهم من اعتبره زواجا منعقد ولكنه موقوف على بيان مصادفته لمحلهم ومنهم من اعتبر زواجه باطلاً ومنهم من أعطاه حق اختيار نوع جنس معين للزواج بمقتضاه فإن تزوج بمقتضى اختياره كان زواجه صحيحاً وناظراً وإن تزوج عكس اختياره أو تزوج من غير اختيار لنوع جنس معين كان زواجه باطلاً.

٦- لا يكفي لانعقاد الزواج اختلاف نوع جنس طرفيه فحسب بل لا بد من تحديد من هو الذكر (الزوج) ومن هي الأنثى (الزوجة).

٧- إن تصحيح جنس الخنثى المشكل قبل الزواج يجعل له الحق بأن يتزوج بحسب ما خلص إليه نوع جنسه بعد التصحيح، أما تصحيح جنسه بعد الزواج فإن ليس لهذا التصحيح أي أثر في رفع وصف البطلان على زواجه عند المالكية والجعفرية وكذلك عند الشافعية والحنابلة عندما يتزوج عكس اختياره من نوع الجنس قبل الزواج او كان قد تزوج بدون اختيار، أما عند الحنفية فإن التصحيح إن كان على حسب ظاهره الذي تزوج عليه رفع وصف الوقف عن العقد واصبح صحيحاً نافذاً منذ لحظة انعقاده لمصادفته لمحلهم أما إن كان التصحيح على عكس ظاهره أو ظاهرهما الذي تزوجا عليه كان العقد باطلاً لعدم مصادفته لمحلهم.

#### ثانياً:- التوصيات

١. نظراً لتعلق الكثير من أحكام الأحوال الشخصية بتكييف الزواج من حيث الصحة نوصي المشرع العراقي أن ينص على صحة زواج الخنثى الواضح والمشكل بنص مفاده (يجوز للخنثى الواضح الزواج إذا تزوج على الغالب فيه من علامات من النوع الآخر لجنسه).

٢. لا يؤثر تصحيح جنس الخنثى الواضح على حقه بالزواج ولا على استمراره بعده.

٣. لا يحق للخنثى الواضح والإنسان السوي الزواج بعد تغيير نوع جنسه.

٤. يبطل الزواج بعد تغيير أحد الزوجين أو كلاهما نوع جنسه .
٥. ينعقد زواج الخنثى المشكل صحيحاً موقوفاً على مصادفته لمحلّه .
٦. يجوز للخنثى المشكل إذا صحح جنسه قبل الزواج أن يتزوج بصفته الجديدة بعد التصحيح .
٧. إذا تزوج الخنثى المشكل وصحح جنسه على وفق ظاهره الذي تزوج عليه نفذ العقد لمصادفته لمحلّه أما إذا صحح جنسه على عكس ظاهره الذي تزوج عليه يبطل زواجه ويجوز له أن يتزوج مرة أخرى بصفته بعد التصحيح .
٨. نصي المشرع العراقي أن يعدل بعض النصوص الخاصة بتعليمات رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ المتعلقة بتصحيح الجنس .
٩. تعديل الفقرة خامساً من المادة الأولى من هذه التعليمات تكون بالصياغة الآتية "موظف قانوني تكون مهمته توجيه مقدم الطلب وذويه عن الآثار القانونية الناتجة عن تصحيح جنس الخنثى ومعاونة اللجنة في المسائل القانونية بهذا الخصوص".
١٠. تعديل المادة الرابعة وهي الأهم لتكون بالصياغة الآتية:  
**أولاً:** إذا ثبت بعد التقسيم النفسي السريري بأن الحالة نتيجة اضطراب هوية الجنس وإن أعضائه التناسلية هي أعضاء الذكر الكامل الذكورة أو أعضاء الأنثى الكاملة الأنوثة فيحال المريض إلى اللجنة الطبية النفسية الأولى ومن ثم إلى اللجنة الاستئنافية النفسية لتتولى علاجه .  
**ثانياً:** أما إذا ثبت بعد التقسيم النفسي والسريري بأن الحالة نتيجة اضطراب هوية الجنس وصاحب ذلك خلل بالأعضاء التناسلية الذكرية والأنثوية كتساويها أو انعدامها أو وجودهما مع تغليب علامات الذكورة على الانوثة أو بالعكس فيحال المريض إلى لجنة طبية جراحية لتصحيح جنسه بإزالة العلامات المغلوبة وتنشيط الغالبة إذا كانت العلامات غير متساوية في الغلبة، ومما تراه اللجنة الطبية لتصحيحه على نوع جنس معين إذا كانت علامات الذكورة والأنوثة متساوية في الغلبة أو منعدمة .

**أصادر****القران الكريم****أولاً: الحديث:**

١. اخرجہ سليمان بن الأشعث السجستاني الازدي، سنن ابي داؤد ج٤، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر.
٢. محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح المختصر، (تحقيق: د. مصطفى ديب البغا)، ط٣، ج٥، دار ابن كثير، بيروت - لبنان، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
٣. مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر.

**ثانياً: اللغة:**

٤. ابن منظور، لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، (تحقيق: عامر أحمد حيدر)، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م.
٥. ابراهيم مصطفى وحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، النار دار الدعوة، دون مكان نشر، دون سنة طبع.

**ثالثاً: الفقه الإسلامي****أ. الفقه الحنفي:**

٦. زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، ج٣، دار المعرفة، بيروت - بيروت، بلا سنة نشر.
٧. علاء الدين الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٢، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ١٩٨٢.
٨. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط١، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
٩. علاء الدين الحصفي، الدر المختار، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٦.
١٠. عبد الله بن محمو بن مودود الموصل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ط٣، ج٣، تحقيق (عبد اللطيف محمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

١١. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٦، دار الكتب الإسلامي، القاهرة- مصر، ١٣١٣هـ.
١٢. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المشهور بحاشية ابن عابدين، ج٣، د/ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
١٣. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٣٠، دار المعرفة، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر.
١٤. كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة طبع.

### ب. الفقه المالكي:

١٥. احمد بن غنيم سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، ج١، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤١٥هـ.
١٦. حمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط٢، ج٥، دار الفكر بيروت - لبنان، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٧م.
١٧. شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، ج٤، تحقيق: محمد حجي، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٩٩٦.
١٨. علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج١، د/ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤١٢هـ.
١٩. محمد بن احمد بن جزي المالكي، القوانين الفقهية، د/ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة طبع.
٢٠. محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة طبع.
٢١. محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والاكاليل لمختصر خليل، ط٢، ج٦، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٣٩٨هـ.
٢٢. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (تحقيق محمد عليش)، دار الفكر، ج٢، بيروت-لبنان، بلا سنة نشر.

### ج. الفقه الشافعي:

٢٣. ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، ج٢، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر.



٢٤. علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط١، (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، ج٩ بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٢٥. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج٥، ط٢، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م.
٢٦. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع.
- د. الفقه الحنبلي:
٢٧. ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج٧، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٠٠هـ.
٢٨. عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط١، ج٧، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
٢٩. عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط١، ج٧، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
٣٠. عبدالله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الامام المجل احمد بن حنبل، ج٣، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، دون سنة طبع.
٣١. علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، ج٧، (تحقيق: أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٣٢. عمر بن الحسين الخرقى، مختصر الخرقى من مسائل الامام احمد بن حنبل، ج١، ط٣، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٠٣هـ.
٣٣. محمد بن احمد الملي الأنصاري، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، ج١، د/ط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، دون سنة طبع.
٣٤. مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى غاية المنتهى، ج٥، المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا، ١٩٦١.

٣٥. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع للحجاوي، ط١، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م.

#### هـ. الفقه الجعفري:

٣٧. السيد جعفر مرتضى، زواج المتعة، دار السيرة، بيروت- لبنان، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، ط١.

٣٨. شمس الدين الاسيوطي، جواهر العقود، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون سنة طبع.

#### رابعاً: أصول الفقه:

٣٩. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزكشي، البحر المحيط في اصول الفقه، ج٤، ط١، تحقيق: د. محمد محمد ثامر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص٣٣٢، اصول فقه.

٤٠. وللمؤلف نفسه، المنثور في القواعد، ج١، ط٢، تحقيق د. تيسير فائق احمد محمود، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ، ص١٧٧.

#### خامساً-الكتب العامة

٤١. د. احمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط٢، ج١، تحقيق (صححه وعلق عليه مصطفى احمد الزرقا)، دار القلم، دمشق- سوريا، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

٤٢. د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، شركة العائل لصناعة الكتب، القاهرة- مصر، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.

٤٣. د. احمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

٤٤. الشهابي ابراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس واثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، جامعة القاهرة، القاهرة - مصر، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

٤٥. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزكشي، البحر المحيط في اصول الفقه، ج٤، ط١، تحقيق: د. محمد محمد ثامر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

٤٦. وللمؤلف نفسه، المنثور في القواعد، ج١، ط٢، (تحقيق د. تيسير فائق احمد محمود)، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ.

٤٧. د. حسين السيد حمد خطاب، مقاصد النكاح وآثارها، دراسة فقهية مقارنة، جامعة طيبة، المدينة المنورة، السعودية، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م.

٤٨. علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.
٤٩. عبدالعزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، ط١، دار الفكر العربي، بيروت- لبنان، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٥٠. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط٢٢، مطبعة شهاب ، اربيل - العراق، ٢٠١٠.
٥١. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن، ط٥، مركز دراسات برلمان كردستان، اربيل - العراق، ٢٠١٢.
٥٢. د. محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الاصاله والتوجيه، ط١، دار المنار، بيروت- لبنان، ١٩٩٧.
٥٣. كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المجلد الثالث ، ج٣، ط٩، دار التوفيقية للتراث، القاهرة - مصر، ٢٠١٠.

#### سادساً: القوانين:

٥٤. قانون إجراءات التقاضي المصري المتعلق بإجراءات التقاضي بمسائل الأحوال الشخصية المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.
٥٥. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م.
٥٦. قانون الأحوال الشخصية العماني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م المادة (٢٨١) فقرة (د).
٥٧. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ والمعدل بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥م.
٥٨. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ والمعدل بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م.
٥٩. قانون الأسرة الجزائري ٨٤- ١١ والمؤرخ في (٩) رمضان ١٤٠٤ هـ الموافق (٩) يونيو ١٩٨٤م بالأمر رقم ٥- ٢ في فبراير ٢٠٠٥.
٦٠. قانون الأحوال الشخصية القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦.
٦١. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م.

سابعاً: المجلات

٦٢. مجلة الفقه الإسلامي ، السنة العاشرة ، ط١ ، العدد ١٢ ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

ثامناً: الانترنت:

٦٣. مقال منشور على الانترنت على الرابط الآتي [www.gotquestions.org](http://www.gotquestions.org) تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/١١ ، الساعة التاسعة مساءً.

٦٤. مقال منشور على الانترنت على الرابط الآتي: <https://ar.wikipedia.org> ، تاريخ الزيارة الخميس الموافق ٢٠١٧/٣/٣٠ الساعة الحادية عشر واثنان وعشون دقيقة مساءً.

٦٥. مقال منشور على الانترنت على الرابط [ar.m.wikipedia.org](http://ar.m.wikipedia.org) تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١١/١٠ الساعة الواحدة ظهراً.