

بررسی فقهی پیامدهای تغییر جنسیت والدین بر مسائل ولایت و حضانت فرزندان آنان

سیدمحمد حسینی^۱ محمد مهدی کریمی نیا^۲

تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۰۳/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۰

چکیده:

ولایت به معنای سرپرستی و حضانت به معنای پرورش، دو مقوله‌ای مهم در زندگی فرزندان در نهاد خانواده می‌باشند. در فقه امامیه، ولایت فرزند در وهله نخست به عهده پدر و حضانت در وهله نخست بر عهده مادر قرار داده شده است. بر این اساس، این پرسش مطرح می‌شود، که تغییر جنسیت چه تأثیری بر ولایت و حضانت فرزندان دارد؟ این پژوهش با به کارگیری روش توصیفی-تحلیلی، در پاسخ به پرسش مذکور، دو دیدگاه را واکاوی می‌کند. نخست آنکه از آن جهت که پدر از عنوان پدری و مادر از عنوان مادری با تغییر جنسیت، خارج می‌شوند، حضانت و ولایت آن‌ها نسبت به فرزند ساقط می‌شود. در مقابل برخی از نظرگاه دیگر نیز این احتمال را می‌دهند که ولایت و حضانت آن‌ها همچنان باقی و ثابت می‌باشد. چرا که در عرف به پدر و مادری که تغییر جنسیت داده‌اند، پدر و مادر اطلاق می‌شود، چون پدر مادر از عناوینی هستند که با تغییر جنسیت زایل نمی‌شوند.

کلیدواژه‌ها: تغییر جنسیت، ولایت، حضانت.

۱. استادیار دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران، (نویسنده مسئول)

sm.hoseini@razi.ac.ir

۲. استادیار دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم، قم، ایران.

Kariminia@quran.ac.ir

مقدمه

بررسی‌ها نشان می‌دهد که افراد نادری به عنوان خنثی یا دو جنسیتی در جامعه بشری وجود داشته‌اند و این امر دارای سابقه طولانی در زندگی بشر است. بر این اساس، در صدر اسلام گاه از ائمه (علیهم السلام) در باره کیفیت تعیین جنسیت این افراد پرسش می‌شد و در کتب فقهی نیز مباحث در مورد افراد خنثی موجود است که مورد بحث و بررسی فقها گرفته است. بنا بر این می‌شود گفت که از آغاز خلقت همواره افرادی وجود داشته‌اند که با مشکلات جنسیتی مواجه بودند و این یک امری نو ظهوری محسوب نمی‌شود.

آن چه امروزه به اهمیت این موضوع افزوده است، امکان تغییر جنسیت به وسیله عمل جراحی است. بر این اساس، اشخاص با عمل جراحی به یکی از دو جنس مخالف مرد یا زن تبدیل می‌شوند. با واکاوی نظری تغییر جنسیت مذکور، پرسش‌های مهمی از قبیل ولایت و حضانت فرزندان مطرح می‌شود و چنین ایجاب می‌کند که از نظرگاه فقهی مورد بررسی قرار گرفته و دیدگاه‌های فقها در پاسخ به سؤالات مزبور، برای رفع مشکلات و تعیین نمودن تکلیف مکلفین بیان شود.

در مورد اصل علقه زوجیت، نظر مشهور فقها این است که با تغییر جنسیت، وضعیت جدید ایجاد شده و علقه زوجیت از بین می‌رود به گونه که زندگی زوجین سابق به زندگی (دو زن) یا (دو مرد) تبدیل می‌شود و حال آنکه در عقد نکاح، اختلاف واقعی جنسیت زوجین در تمام مدت نکاح شرط صحت و بقای علقه زوجیت است. باتوجه به عدم بقای علقه زوجیت، سوال اصلی پژوهش حاضر این است که موضوع ولایت و حضانت آن‌ها چه خواهد شد، ضرورت پاسخ به پرسش چنین ایجاب می‌کند که این امر مهم مورد بحث و بررسی قرار گرفته و تمام جوانب و زوایای آن روشن گردد.

روش شناسی

در این پژوهش با به کارگیری روش توصیفی-تحلیلی، نخست، به جمع آوری آرای مرتبط با مسائل حق ولایت و حضانت هرکدام از پدر و مادر پس از تغییر جنسیت اقدام شده است و در گام پسینی، ادله هر یک از آرای متقابل واکاوی شده است.

(۱) تغییر جنسیت در اصطلاح پزشکی

واژه «تغییر جنسیت» در اصطلاح پزشکی با معنای لغوی و آنچه میان مردم شایع است تفاوت چندانی نداشته و منظور از آن تبدیل یا اصلاح آلت تناسلی است به گونه‌ای که جنس زن به مرد و یا برعکس تبدیل گردد. همچنین تبدیل خنثی یا دو جنسیتی^۱ به یکی از دو جنس مرد یا زن به معنای تغییر جنسیت است. در یک کلام، می‌توان گفت: هر گونه تبدیل، اصلاح و یا تغییری که در جنس فرد بوجود آید، به گونه‌ای که وضعیت فعلی او از نظر زن یا مرد بودن با حالت سابق او دارای تفاوت باشد، تغییر جنسیت به حساب می‌آید.

بنابراین، تغییر جنسیت، با تغییر کروموزوم‌ها متفاوت است؛ چه این که در این گونه اعمال، جنسیت فرد تغییر نمی‌کند، بلکه تغییرات یا اصلاحاتی نسبت به ژن یا کروموزوم افراد صورت می‌پذیرد. البته بدیهی است که با تغییر یا اصلاح ژن‌ها دگرگونی‌هایی در رفتار، اخلاق و حالات فرد پدید می‌آید؛ اما هیچ‌گاه به وضعیت جدید به وجود آمده، تغییر جنسیت اطلاق نمی‌شود.

به عبارت دیگر، تغییر جنسیت در اصطلاح پزشکان، همراه با عمل جراحی آلت تناسلی است که این امر هم در تغییر جنسیت خنثی‌ها و دو جنسیتی‌ها صادق است و هم در تغییر جنسیت تراجنسیتی‌ها^۲ جریان دارد؛ به گونه‌ای که در این افراد تنها با عمل جراحی آلت تناسلی، تغییر جنسیت حاصل می‌شود. در واقعیت خارجی هم، تغییر جنسیت با تاریخچه عمل جراحی مدرن پیوند خورده است و ارتباط نزدیکی با آن دارد.

آنگاه که عمل جراحی قلب، کلیه، چشم، معده و مانند آن رایج شد، چنین پدیده‌ای در «عمل جراحی تغییر آلت تناسلی» هم اتفاق افتاد؛ ولی عمل جراحی در آلت تناسلی بیماران، با یک حساسیت و توجه خاصی همراه بوده است، چه این که با این کار، جنس فرد از مرد بودن یا زن بودن تغییر می‌کرده است. به طور خلاصه، می‌توان گفت که تغییر جنسیت در اصطلاح پزشکی عبارت است از: عمل جراحی در آلت تناسلی، به گونه‌ای که مرد به زن یا زن به مرد تبدیل گردد و یا فرد خنثی و دو جنسیتی به جنس مرد یا زن تبدیل گردد. (کریمی نیا، ۱۳۹۱، ۲)

۱ . Hermaferodit

۲ . Transsexualism

۲) تغییر جنسیت در اصطلاح فقهی

فقیهانی که درباره تغییر جنسیت سخن گفته‌اند، معمولاً درباره معنای فقهی آن به طور خاص سخنی بیان نداشته‌اند و در حقیقت منظور آن‌ها از تغییر جنسیت همان معنای لغوی و عرفی آن بوده است. از این رو، آیت الله مشکینی در این باره چنین می‌گوید: «عنوان تغییر جنسیت در مفهوم لغوی آن، روشن و آشکار است و غرض از آن بیان حکم شرعی مردی است که تغییر کرده و به زن تبدیل شده است و نیز بیان حکم شرعی زنی که به مرد تبدیل شده است» (مشکینی، ۱۴۳۴، ۱۵۳)

تنها عده کمی از فقیهان درباره معنای فقهی تغییر جنسیت سخن گفته‌اند که در زیر به چند مورد آن اشاره می‌شود. آیت الله محمد آصف محسنی در این باره می‌گوید: «تغییر جنسیت عبارت است از تبدیل مرد به زن یا برعکس. در مورد اول، یعنی تغییر جنسیت مرد به زن، این گونه است که عضو تناسلی مرد برداشته می‌شود و به جای آن مهبل قرار داده می‌شود و نیز پستان‌ها بزرگ می‌شود و در مورد دوم، یعنی تغییر جنسیت زن به مرد، این گونه است که پستان‌ها با عمل جراحی برداشته می‌شود و به جای آن، آلت تناسلی مردانه قرار داده می‌شود. همراه با عمل جراحی در هر کدام از موارد فوق، روان درمانی و هورمون درمانی نیز صورت می‌پذیرد.» (محسنی، ۱۴۲۴، ج ۱، ۱۱۱)

برخی از فقیهان از تغییر جنسیت به تبدیل جنسیت یاد کرده‌اند. آیت الله سید محمد صدر در این باره می‌گوید: «تبدیل جنسیت گاهی از طریق عمل جراحی طبی جدید به وجود می‌آید، به این که مرد به زن تبدیل شود یا این که زن به مرد تبدیل شود که ما از آن به تبدیل جنس یاد کردیم.» (صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ۱۳۳)

در جای دیگر، ایشان تبدیل جنسیت را این گونه تعریف می‌کند: «منظور ما از تبدیل جنسیت، این است که شخص خودش را از مرد بودن به زن بودن تبدیل کند و یا برعکس.» (صدر، ۱۴۱۵، ج ۳، ۶۴۲)

البته که عبارت تغییر جنسیت در مفهوم اعم و گسترده‌ی آن شامل تبدیل خنثی به مرد، یا تبدیل خنثی به زن نیز می‌شود؛ ولی تعریفی که از فقها ارائه شد، تعریف اخص و محدود آن بود که شامل تبدیل مرد به زن یا تبدیل زن به مرد می‌شد.

از آنجایی که در عمل جراحی پزشکان، گاه افراد دو جنسیتی (خنثی) به مرد یا زن تبدیل می‌شوند، باید تعریف فقهی طوری باشد که این قسم از تغییر جنسیت را نیز شامل گردد. بنابراین، تعریف فقهی بیان شده توسط این تعداد از فقیهان، جامع افراد نیست و تنها شامل بخشی از تغییر جنسیت رایج میان پزشکان جراح می‌باشد. با این توضیح می‌توان

تغییر جنسیت را این چنین تعریف کرد: تغییر جنسیت عبارت است از تبدیل یا تغییر جنسیت یک فرد از مذکر به مؤنث، یا از مؤنث به مذکر، یا از خنثی به مذکر، یا از خنثی به مؤنث، یا از مذکر به خنثی و یا از مؤنث به خنثی؛ البته دو مورد اخیر یعنی تبدیل مذکر به خنثی یا تبدیل مؤنث به خنثی، خیلی کم اتفاق می‌افتد و هیچ انگیزه عقلایی برای این نوع تغییر جنسیت وجود ندارد. (کریمی نیا، ۱۳۹۱، ۷)

۳) مفهوم ولایت و پدر بودن در فقه

هر چند در فقه معنای اصطلاحی برای ولایت ذکر نشده است، ولی معنایی را که فقها به کار گرفته‌اند از معنای لغوی آن دور نیافتاده است. مثلاً در کتاب «مصطلحات فقه» آمده است: «ولایت اصطلاح خاصی در شرع و فقه ندارد و در احادیث و کلمات فقها به معنای ولایت بر شیء یا بر شخص و به معنای قیام کننده به امر شخصی و نیز به معنای کسی که تسلط در تصرف چیزی دارد، زیاد استعمال شده است.» (مشکینی، ۱۴۳۴، ۵۷۲)

آیت الله سید تقی طباطبایی قمی در تعریفی ولایت بیان نموده است: «ولایت گرفته شده است از «ولی یلی» مانند «وقی یقی» و حقیقت ولایت عبارت است از این که زمام امر چیزی یا کسی به دست شخصی باشد.» (طباطبایی، بی تا، ج ۳، ۳۳)

گفتنی است، منظور از ولایت در بحث ما عبارت است از سرپرستی و تسلطی می‌باشد که پدر یا جد پدری و در رتبه‌ی بعد از آن‌ها برای مادر بر کودک و سفیه یا مجنون ثابت است.

بر این اساس، از نظر شرعی پدر به کسی اطلاق می‌شود که فرزند از منی او به وجود آمده باشد (صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ۱۴۵) و این عنوان برای کسی که فرزند را در شکم خود حمل کرده و سپس او را به دنیا آورده است صدق نمی‌کند، بلکه عرفاً پس از تغییر جنسیت، همچنان به عنوان مادر شناخته می‌شود. (مؤمن قمی، ۱۳۸۵، ۱۵۹)

همچنین، متفاهم از ادله ولایت، ثبوت ولایت بر صغار ذیل عنوان «أب» یعنی پدر است و مادری که تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده است، عرفاً به عنوان پدر شناخته نمی‌شود، از سوی دیگر مقتضای اصل استصحاب نیز عدم ثبوت ولایت برای مادر می‌باشد. (مؤمن قمی، ۱۳۸۵، ۱۵۹)

۶) مفهوم حضانت در فقه

در فقه امامیه اصطلاح «حضانت» این گونه تعریف شده است: «حضانت عبارت است از تربیت و نگهداری و قرار دادن کودک در بستر، برداشتن او از بستر، سرمه کشیدن برای بچه، روغن مالی کردن وی، و پاکیزه کردن و شستن جامه‌های

او و مانند آن.» (حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ۹۳) این حق در فقه امامیه در مرتبه اول به عهده مادر واگذار شده است و برای مادر نسبت به سایر نزدیکان، اولویتی برای حضانت کودک قائل شده است. (حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ۹۳)

۳- تغییر جنسیت و مسأله ولایت فرزندان

۳-۱) تغییر جنسیت مادر و مسأله ولایت و سرپرستی فرزندان

یکی از پرسش‌های مهم این است که هرگاه مادر تغییر جنسیت دهد بر اثر آن جنسیت مادر تغییر کرده و به جنس مخالف یعنی مرد تبدیل شود، در صورتی پدر یا جد پدری، وجود نداشته باشد، آیا آن مادر بر کودکان ولایت پیدا می‌کند؟ در پاسخ به این مسأله دو دیدگاه مطرح شده است:

الف) احتمال عدم ثبوت ولایت برای مادر

برخی از فقها بر این عقیده‌اند که مادر بعد از تغییر جنسیت ولایت بر فرزند ندارد. برای نمونه به دیدگاه چند تن از فقهای شیعه در این زمینه اشاره می‌شود: امام خمینی (ره) می‌فرماید: «اگر جنسیت زن تغییر کند و به مرد تبدیل شود، برای وی ولایت کودکانش ثابت نمی‌شود، بلکه ولایت کودکان برای جد پدری است و در صورت نبود جد پدری، ولایت برای حاکم خواهد بود.» (موسوی خمینی، بی تا، ۶۲۷) و یا مثلاً آیت الله محمد مؤمن قمی می‌فرماید: «تردید نیست که اگر مادری تغییر جنسیت دهد و تبدیل به مرد شود، ولایتی بر فرزندان نابالغ خود پیدا نمی‌کند، اصولاً عنوانی که برای ثبوت ولایت لازم است، عنوان پدری است، و مادر به صرف تغییر جنسیت، عنوان پدر نمی‌یابد، زیرا پدر کسی است که از نطفه او فرزند به وجود آمده باشد و این عنوان بر کسی که فرزند را در شکم خود حمل کرده و سپس او را به دنیا آورده، صدق نمی‌کند، چه بسا ادعا شود که پس از تغییر جنسیت مادر، باز هم وی مادر فرزندانش خوانده شود. دلیل این مدعا عرف است.» (مؤمن قمی، ۱۳۸۵، ۱۵۹)

در سخنان آیت الله سید محسن خرازی آمده است: «بعد از تغییر جنسیت، ولایت پدر باقی نمی‌ماند و برای مادر

نیز بعد از تبدیل شدن به مرد، ولایت ثابت نمی‌شود.» (خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۹)

ب) احتمال ثبوت ولایت بر فرزندان در صورت نبود پدر

با توجه به این که در عرف متشرعه صفت مرد بودن، در ثبوت ولایت برای پدر نقش دارد، الان پس از تغییر جنسیت

که مادر تبدیل به مرد شده است، گرچه به لحاظ حقیقی پدر فرزندان خویش محسوب نمی‌شود، ولی می‌تواند به منزله

پدر آن‌ها باشد و در صورت نبود پدر نیز می‌تواند سرپرستی و ولایت فرزندان صغیر خویش را به عهده بگیرد، زیرا با تأمل در ادله ثبوت ولایت پدر بر فرزند فهمیده می‌شود که از جمله عوامل مؤثر در ثبوت ولایت، ویژگی «رجولیت» یعنی مرد بودن و «اقربیت» است و مادر پس از تغییر جنسیت از این دو ویژگی برخوردار است و با نبود پدر، نسبت به جد پدری اولویت بیشتری به ولایت بر فرزندان خویش دارد. چرا که قرابتش به فرزندان از جد پدری بیشتر است.

بر این اساس، این که فقها گفته‌اند ولایت برای عنوان پدر ثابت است (مؤمن قمی، ۱۳۸۵، ۱۵۹) سبب آن این است که پدر دارای ویژگی رجولیت است و این ویژگی است که این حکم «ولایت» را بر وی بار می‌کند.

۲-۳) تغییر جنسیت پدر و مسئله ولایت فرزندان

یکی از پرسش‌های مهم که در موضوع تغییر جنسیت می‌تواند مطرح شود این است که هر گاه پدر تغییر جنسیت دهد و به جنس مخالف خودش یعنی زن تبدیل گردد، این امر چه تأثیری بر ولایت وی بر فرزندان دارد؟ در پاسخ به این پرسش دو دیدگاه مطرح شده است:

الف) سقوط ولایت پدر

برخی از فقها از جمله امام خمینی (ره) معتقدند، که تغییر جنسیت پدر موجب سقوط ولایت وی بر فرزندان می‌شود. وی در این باره می‌گوید: «هرگاه جنس مرد به زن تغییر کند، ظاهر آن است که ولایت وی بر کودکانش ساقط می‌شود.» (موسوی خمینی، بی تا، ۶۲۷) آیت الله سید صدر نیز در این باره می‌فرماید: «هرگاه مرد به زن تغییر جنسیت دهد، ولایتش باطل می‌شود.» (صدر، ۱۴۱۵، ج ۳، ۶۴۴) هم چنین آیت الله سید محسن خرازی ولایت پدر بر فرزندان را پس از تغییر جنسیت ثابت نمی‌داند، ایشان در این باره چنین گفته است: «بعد از تغییر جنسیت ولایت پدر باقی نمی‌ماند» (خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۹)

از جمله موافقان دیدگاه مذکور مرحوم آیت الله محمد فاضل لنکرانی می‌باشد که در این باره بیان می‌دارد: «اگر مرد تغییر جنسیت داد و زن شد، دیگر بر کودکانش ولایت ندارد، هم چنین اگر زن تغییر جنسیت داد و مرد شد، بر کودکانش ولایت پیدا نمی‌کند بلکه ولایت آنان با پدر و در صورت نبودن او با جد پدری است و اگر او هم نباشد ولایت اولاد به ولی امر می‌رسد.» (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۴۴) مستندات این دیدگاه ادله ذیل می‌باشد که به صورت مختصر بیان می‌گردد:

دلیل اول: ترتب ثبوت ولایت بر عنوان پدر

بدون شک ولایت پدر بر فرزندان، از امور واضح و روشن در فقه اسلامی است و قرآن کریم (نساء/۶) و روایات متعددی بر آن دلالت می‌کنند (بروجردی، ۱۳۸۶، ۳۱۶) از سوی دیگر ولایت بر عنوان پدر مترتب است و با تغییر جنسیت پدر دیگر این عنوان بر او صدق نمی‌کند، (مؤمن قمی، ۱۳۸۵، ۱۵۹) به عبارت دیگر، هر گاه پدر تغییر جنسیت دهد، موضوع او تغییر پیدا کرده و احکامی که برای آن موضوع ثابت بودند نیز تغییر می‌یابند، حکم به ثبوت ولایت برای پدر با عنوان موضوع پدر بودن، ثابت بود و هر گاه عنوان پدر بودن زایل گردد، حکم مربوط به آن نیز از بین می‌رود، هر چند به لحاظ قبل از تغییر جنسیت، پدر فرزندان خویش محسوب می‌شود.

اگر بر دلیل مذکور اشکال شود مبنی بر اینکه معیار صدق «پدر» صرف ریختن منی در رحم مادر بچه و بودن نطفه از منی او می‌باشد و پدر بودن با تغییر جنسیت تغییر نمی‌کند. زیرا بعد از تغییر جنسیت هم این شخص، همان است و عنوان پدر در حال حاضر یعنی بعد از تغییر جنسیت نیز حقیقتاً بر او صدق می‌کند، از باب صدق مشتق بر کسی که به مصدر این مشتق الان متصف است؛ زیرا اگر فرزند این زن بگوید: «پدر من همین زن است، سخن او کاملاً درست است و هیچ کسی نمی‌تواند آن را انکار کند.

در پاسخ به این ادعا گفته می‌شود، مرد بعد از تغییر جنسیت، با توجه به این که دارای عنوان زن است، درحال حاضر عنوان «پدر» بر او صدق نمی‌کند. لذا، این که این زن پیش از تغییر جنسیت، پدر آن بچه بوده است، درست است، اما اکنون که عنوان «پدر» بر او صادق نیست، ولایت پدر باقی نمی‌ماند؛ زیرا که موضوع آن از بین رفته است. (خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۸-۱۲۷)

دلیل دوم: اختصاص ولایت به پدر

به نظر می‌رسد که اختصاص ولایت به پدر، مشروط به این است، که ویژگی مردانگی و عنوان مرد بودن، برای او باقی بماند، وقتی پدر به جنس مخالف خود یعنی زن تغییر جنسیت می‌دهد، عنوان مرد بودن او از بین رفته و به تبع آن، احکامی از جمله ولایت که به شرط دارا بودن این عنوان برای او ثابت بودند، نیز از بین می‌روند. ممکن است در رد مدعی فوق این گونه گفته شود که اختصاص ولایت به حالت مردانگی از روایات منع می‌شود. بنابراین پس از تغییر جنسیت و از بین رفتن مردانگی با توجه به این که موضوع، همین شخص است می‌توان بقای ولایت را با استصحاب ثابت کرد.

در پاسخ به این ادعا می‌توان قائل شد که آنچه در اذهان مسلمانان یعنی متشرعه مسلم است، دخالت مردانگی در ثبوت ولایت می‌باشد، بنابراین مردانگی را از احوال و موضوع را ذات شخص قرارا دادن اگر چه زن باشد خلاف ارتکاز متشرعه است و دست کم شک داریم که موضوع، ذات شخص است یا مرد، و با وجود این شک، استصحاب ولایت جاری نیست. چون موضوع آن احراز نشده است و با استصحاب نیز نمی‌توان موضوع را ابقاء کرد. زیرا شک ما در موضوعیت باقی است. عنوان «مرد» در این مقام از دید عرف جزء احوال نیست؛ مثل تغییر آب با نجاست در آب متغیّر، پس باتوجه به دخالت مردانگی در ولایت، قیاس عنوان «مرد» با عنوان تغییر درست نیست، بلکه این مورد مانند فروش «اسب» است که بعد معلوم می‌شود که الاغ است، در این جهت که بین مبیع و موجود مابینت است و مانند موردی نیست که اسب عربی فروخته شود بعد معلوم شود غیر عربی است. (خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۸-۱۲۷)

ب) عدم سقوط ولایت پدر

دیدگاه دوم این است که در صورتی که پدر به جنس مخالف تغییر جنسیت دهد، این شخص هم چنان نسبت به فرزندان ولایت دارد. چون اولاً بر این مرد که به جنس مخالف تبدیل شده است، عنوان پدر هم چنان صادق است و فرزند او می‌تواند بگوید که این شخص پدر من است که اکنون به جنس مخالف تبدیل شده است. به عبارت دیگر، عنوان اَبوت یا پدری بر فردی صادق است که فرزند از اسپرم او ایجاد شده است.

برای مثال اگر مرد با همسرش نزدیکی کند و سپس برای همیشه غایب گردد و فرزندی به وجود آید، شکی نیست که آن مرد، پدر فرزند محسوب می‌شود، درحالی که هیچ نقشی نداشته مگر ادخال منی در رحم مادر بچه و همین مقدار برای صدق عنوان «أب» کافی است. اگرچه جنسیت او تغییر یابد. (مؤمن قمی، ۱۳۸۵، ۱۶۱-۱۶۰)

همچنین، از ادله شرعیه مانند روایات نمی‌توان استظهار کرد که ولایت به حالت «رجولیت» اختصاص داشته باشد. بلکه بر عکس آنچه از روایات فهمیده می‌شود این است که ولایت برای پدر است؛ یعنی آن کسی که در زندگی زناشویی، فرزند از منی او ایجاد شده است. از طرفی دیگر بعد از تغییر جنسیت، بقای ولایت به وسیله استصحاب قابل اثبات است و نمی‌توان گفت موضوع تغییر کرده است؛ چون بدیهی است این شخص همان کسی است که ولایت بر کودکانش، برای او ثابت بوده و الان استصحاب می‌گردد. (کریمی نیا، ۱۳۸۹، ۳۴۰)

۴) تغییر جنسیت و مسأله حضانت فرزندان

۴-۱) تغییر جنسیت مادر و مسأله حضانت کودکان

طبق قول مشهور فقها، حضانت کودک اگر پسر باشد تا دو سال و اگر دختر باشد تا هفت سال بر عهده مادر گذاشته شده است، (حلی، علامه، ۱۳۹۹، ج ۳، ۱۰۲) چنانچه اگر در این مدت مادر تغییر جنسیت دهد، وضعیت حضانت چگونه خواهد شد؟

برخی این گونه پاسخ داده‌اند که چون مادر با تغییر جنسیت از عنوان «مادر بودن» خارج نمی‌شود و پس از تغییر جنسیت نیز عنوان «مادری» عرفاً بر او صادق است و آنچه عوض شده است تنها «زن بودن» مادر است و نمی‌توان گفت که با زوال صفت «انوثیت»، صفت «مادری» نیز تغییر کرده است، بنابراین تغییر جنسیت مادر، تاثیری در حق حضانت وی بر کودکان خردسالش نخواهد داشت. (کریمی نیا، ۱۳۸۹، ۳۴۱)

اما به نظر می‌رسد با تأمل در ادله‌ای که اولویت مادر برای حضانت کودکان را بیان می‌کنند (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ۴۷۱) و همین طور کلام فقها، (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ۲۹۸-۲۸۳) جنسیت و انوثیت مادر در استحقاق وی برای حضانت نقش داشته است و به ویژه این که در علت اولویت مادر برای حضانت بیان شده است که چون مادر به خاطر ویژگی زنانه دارای عطف و مهربانی بیشتری است، نسبت به حضانت کودک در اولویت است، حال پس از تغییر جنسیت، اگر نگوئیم صلاحیت حضانت کودکان را ندارد ولی می‌توان گفت از اولویت سابق یعنی قبل از تغییر جنسیت نسبت به حضانت کودکان دیگر برخوردار نیست.

دلیل گفتار فوق الذکر این است که جنسیت مادر که همان زن بودنش می‌باشد، برای اولویت و سزاوار بودنش نسبت به حضانت نقش داشته است و حال که تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده است دیگر از آن اولویت برخوردار نیست. باید توجه داشت چنانچه مادر تغییر جنس داده، ازدواج نماید، صلاحیت حضانت کودکان را از دست می‌دهد و همین طور است اگر عوامل دیگری که صلاحیت او را برای حضانت سلب می‌نماید از قبیل: جنون و ... پیش آید، دیگر تردیدی در عدم صلاحیت او برای حضانت کودکان وجود نخواهد داشت.

۴-۲) تغییر جنسیت پدر و مسأله حضانت کودکان

فرض این است که مادر فوت کرده است یا از پدر جدا شده و ازدواج نموده است یا صلاحیت حضانت کودکان را از

دست داده است. در این صورت است که پدر عهده دار حضانت کودک می‌شود، حال پرسش این است که اگر پدر در مدتی که دارای حق حضانت و نگهداری کودک است، تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل گردد، این امر چه تاثیری در امر حضانت وی دارد؟

در پاسخ می‌توان قائل شد که گرچه پدر تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شده است، اما رابطه نسبی او با فرزند قطع نگردیده و بلکه با تبدیل شدنش به جنس مخالف می‌توان گفت برای حضانت سزاوارتر گردیده است. پس هم چنان می‌تواند حضانت فرزند خویش را عهده دار باشد. مگر این که با تبدیل آن به زن اقدام به ازدواج نماید که در این صورت است که حضانت فرزند به شخصی غیر از او واگذار می‌شود.

۵. نتیجه

از بررسی صورت گرفته به این نتیجه می‌شود دست یافت، هر گاه مادر تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود، فقها ولایتی برای او نسبت به فرزندان قایل نیستند. زیرا ثبوت ولایت بر صغار، برای کسی ثابت است که معنای پدر شرعی بر او صدق کند.

دیدگاه مقابل می‌گوید، گرچه بر اساس ارتکاز عقلاء و متشرعه، صفت «مرد بودن» در ثبوت ولایت برای پدر نقش دارد، حالا مادر که تغییر جنسیت داده و تبدیل به مرد شده است گرچه به لحاظ حقیقی پدر فرزندان خویش محسوب نمی‌شود ولی به لحاظ حکمی «تنزیلی» می‌تواند در حکم پدر آنها باشد. همچنان که در صورت نبود پدر نیز می‌تواند سرپرستی و ولایت فرزندان صغیر خویش را به عهده بگیرد. زیرا با تأمل در ادله ثبوت ولایت پدر بر فرزند فهمیده می‌شود که از جمله عوامل مؤثر در ثبوت ولایت، ویژگی «رجولیت» «مرد بودن» و «اقرابت» است و مادر پس از تغییر جنسیت از این دو ویژگی برخوردار است و با نبود پدر، نسبت به جد پدری اولویت بیشتری به ولایت بر فرزندان خویش دارد، زیرا قرابتش به فرزندان از جد پدری بیشتر است.

بنا بر این دلیلی که ولایت مادر را پس از تغییر جنسیت و تبدیل شدن او به مرد، بر فرزندان را نفی کند، وجود ندارد، در صورت تغییر جنسیت پدر، یک نظریه بر سقوط ولایت پدر است. زیرا ترتب ثبوت ولایت بر عنوان پدر است. از سوی دیگر ویژگی رجولیت، که شرط ثبوت ولایت پدر بوده باید ثابت و پا برجا باشد. حال که موضوع حکم یعنی عنوان پدر بودن، از بین رفته است، حکم «ولایت» نیز ساقط می‌شود.

در مورد حضانت مادر نسبت به فرزند گفتنی است از آنجا که «مادر» با تغییر جنسیت از عنوان مادر بودن خارج نمی‌شود و تنها انوثیت وی زائل شده است. هم‌چنان می‌تواند عهده دار حضانت کودکانش باشد. البته به نظر می‌رسد که گفته شود چون که جنسیت مادر و صفت انوثیت وی در استحقاق و اولویت او برای حضانت نقش داشته است، حال اگر نگوئیم مادر صلاحیت خویش را برای حضانت از دست می‌دهد، ولی می‌توان گفت اولویت وی، بر حضانت کودکان را از دست می‌دهد و اگر ازدواج کند صلاحیت حضانت را نیز از دست خواهد داد.

منابع

- بروجردی، آقا حسین. (۱۳۸۶ش). جامع احادیث الشیعه. تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۹۹ش). قواعد الاحکام فی معرفة الحرام و الحلال. بی جا.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- خرازی، سید محسن. (۱۳۷۹ش). تغییر جنسیت. قم: مجله فقه اهل بیت، ش ۲۳، پاییز.
- شیخ حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- صدر، سید محمد. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
- صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق). ما وراء الفقه. بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۵ش). احکام پزشکان و بیماران. قم: نشر مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- کریمی نیا، محمد مهدی. (۱۳۸۹ش). تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- کریمی نیا، محمد مهدی. (۱۳۹۱ش). تغییر جنسیت با تأکید بر دیدگاه امام خمینی. قم: نشر عروج.
- محسنی، محمد آصف. (۱۴۲۴ق). الفقه و مسائل الطبیه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- مشکینی، میرزا علی. (۱۴۳۴ق). مصطلحات الفقه. بی جا.
- موسوی خمینی، سید روح الله. بی تا. تحریر الوسیلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۳۸۵). فقه و احکام پزشکی. (محمد مهدی بهداروند). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع اسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

**Jurisprudential investigation of the consequences of changing parents' gender
on the issue of guardianship and custody of their children**

Sayyed Mohammad Hoseini¹ & Mohammad Mahdi Kariminia²

Abstract

Guardianship of children and their custody are two important things in the family institution. According to Shia jurisprudence, the guardianship of children is the responsibility of the father and their custody is the responsibility of the mother. Now we have to answer the question, what effect does change the gender of parents have on guardianship and custody of children? In response to this question, this research investigates two points of view with a descriptive-analytical method. First, because the father loses the title of a father by changing gender and the mother loses the title of mother by changing gender, their custody and guardianship over the child are lost. On the other hand, some jurists consider it possible to remain in their guardianship and custody. Because in the social context, people call those who were parents before the gender change because the title of each parent cannot be taken away from them by gender change.

Keywords: gender change, guardianship, custody.

¹ . Assistant Professor at Razi University, Kermanshah, Iran. sm.hoseini@razi.ac.ir

² . Assistant Professor at University of Sciences and Education of the Holy Quran, Qom, Iran. Kariminia@quran.ac.ir