



Proctorship and Custodianship of the Transsexual Parents' Children Based on their Expediencies

Mansooreh Fasih Ramandi¹

1. Department of Institute for the Culture, Art and Communication, Tehran, Iran.

ABSTRACT

Background and Aim: In the discussions about the legal status of the transsexual individuals following gender reassignment, not only the verdicts pertinent to the individual him or herself but also those pertaining to the other individuals who are entitled to certain rights due to familial relationships would undergo changes. Amongst the numerous legal discussions about this subject, the proctorship and custodianship statuses of the children are of great importance due to the sensitivity of their positions with an emphasis on the principle of expediencies and exigencies.

Methods: This is a theoretical research using a descriptive-analytical method; the information has been gathered through documentary library studies.

Ethical Considerations: The documentations and the investigations of them have been carried out in adherence to the ethical considerations in all the study stages, including data gathering and analyses.

Results: Some rights are influenced by the gender but, of course, with the observance of fairness between men and women; so, the specific rights of each of the spouses should be specified based thereon in the families hence they are variable. Amongst the parents (spouses)' acquired rights is the proctorship and custodianship of the children and the decision-making in this regard is based in every legal system on the perceptions of that system about the children and the concept of childhood as well as the enjoyment of certain effective scales. In Iran's legal system, this scale has been considered under the title of "expediencies".

Conclusion: Considering the fact that the primary pivot of the discussions about the children's proctorship and custodianship is their expediencies, each of the parents can keep on holding their children's custodianship and proctorship in case that gender reassignment does not cause any physical damages to the children otherwise these rights are aborted. In case that the gender reassignment is found not causing harms to the children, there would remain no reason for the abortion of such a right. Of course, the abortion would be ruled if otherwise is proved.

Keywords: Transsexual; Gender Reassignment; Proctorship; Custodianship; Child

Corresponding Author: Mansooreh Fasih Ramandi; **Email:** fasih_fasih@yahoo.com

Received: May 11, 2022; **Accepted:** May 26, 2023; **Published Online:** July 11, 2023

Please cite this article as:

Fasih Ramandi M. Proctorship and Custodianship of the Transsexual Parents' Children Based on their Expediencies. *Medical Law Journal*. 2023; 17(58): e21.



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مجله حقوق پزشکی

دوره هفدهم، شماره پنجاه و هشتم، ۱۴۰۲

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>

انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

تبیین وضعیت سرپرستی و حضانت کودکان والدین تراجنسی بر مبنای مصلحت کودک

منصوره فصیح رامندی^۱

۱. پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، تهران، ایران

چکیده

زمینه و هدف: در بحث از وضعیت حقوقی افراد تراجنسی پس از تغییر جنسیت، نه تنها احکام مربوط به خود شخص، بلکه افراد دیگری نیز که به واسطه روابط خانوادگی محق در برخوردای از حقوق خاصی هستند، دستخوش تغییرات خواهد بود. در میان مباحث حقوقی متعدد این موضوع، وضعیت سرپرستی و حضانت کودکان به جهت حساسیت جایگاه آنان با تأکید بر اصل مصلحت، از اهمیت زیادی برخوردار است.

روش: این پژوهش از نوع نظری با روش توصیفی - تحلیلی است و گردآوری اطلاعات آن با شیوه کتابخانه‌ای اسنادی صورت پذیرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل پژوهش اعم از مطالعه و گردآوری داده‌ها، مستندسازی و تحلیل آن‌ها ملاحظات اخلاقی رعایت شده است.

یافته‌ها: برخی حقوق، متأثر از جنسیت با اتصاف فرد به مرد یا زن، است و به تبع آن حقوق اختصاصی هر یک از زوجین در خانواده بر این اساس مشخص و متغیر خواهد بود، از جمله حقوق مکتسبه والدین (زوجین)، سرپرستی و حضانت کودکان است که در هر نظام حقوقی تصمیم‌گیری در خصوص آن، مبتنی بر برداشت نظام مذکور از کودک و مفهوم کودکی و بهره‌گیری از معیارهای مشخص و کارآمد است. در نظام حقوقی ایران، این معیار تحت عنوان، مصلحت در نظر گرفته شده است.

نتیجه‌گیری: با توجه به اینکه محور اصلی در بحث سرپرستی و حضانت کودک، بر مصلحت وی شکل گرفته، اگر تغییر جنسیت بر کودک آسیب و صدمه جسمی وارد نکند، حق سرپرستی و یا حضانت برای هر یک از پدر و یا مادر، باقی است و در غیر این صورت، حق ساقط می‌شود. اگر تغییر جنسیت اثر زیانباری برای کودک نداشته باشد، دلیلی بر اسقاط این حق وجود ندارد، البته در فرض عکس این قضیه، حکم به اسقاط این حق خواهد شد.

واژگان کلیدی: تراجنسی؛ تغییر جنسیت؛ سرپرستی؛ حضانت؛ کودک

نویسنده مسئول: منصوره فصیح رامندی؛ پست الکترونیک: fasih_fasih@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۰۵؛ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰

خواهشمند است این مقاله به روش زیر مورد استناد قرار گیرد:

Fasih Ramandi M. Proctorship and Custodianship of the Transsexual Parents' Children Based on their Expediencies. Medical Law Journal. 2023; 17(58): e21.

مقدمه

در چند دهه اخیر پیشرفت علم پزشکی آنچنان شتابان شده است که هر روز مسائل حقوقی جدیدی را وارد مطالعات حقوقی می‌کند. یکی از مهم‌ترین مصداق‌های این مسائل، بحث تغییر جنسیت به معنی دگرگونی جنسیت، شخصیت و هویت مرد و یا زن است. از گذشته تا کنون همواره افرادی با اختلالات جنسی مواجه بوده‌اند، شاهد بر این مدعی اطلاق واژه «خنثی» برای این افراد در ابواب مختلف فقه و در متون متقدم فقهی است. امروزه این افراد که از نظر پزشکی روان‌پزشکی در طیف وسیعی قرار می‌گیرند، در دسته‌های خاصی با نام‌هایی نظیر تراجنسی، ترنس سکشوال، همجنس‌گرایان، مبدل‌پوش‌ها، دوجنسی‌ها و... با تعاریف خاص خود، قرار می‌گیرند. امکان تغییر جنسیت با اتکا به یافته‌های علم پزشکی، بیش از هر حوزه دیگری، حوزه علم حقوق و فقه را با مأموریت مهمی مواجه می‌سازد، چراکه جنسیت یکی از مهم‌ترین و محوری‌ترین موضوعاتی است که هر شخص از ابتدای خلقت تا پایان زندگی خود با آن مواجه است و بسیاری از احکام و قوانین، بر اساس جنسیت هر فرد طرح‌ریزی شده و در واقع قائم به شخصیت است، چنانچه برخی حقوق، منحصر و متأثر از جنسیت بوده و به تبع آن حقوق اختصاصی هر یک از زوجین در خانواده بر این اساس مشخص و متغیر است، در عین اینکه در ارتباط حقوقی با دیگران، آثار مختلفی خواهد داشت. با این وصف، پس از تغییر جنسیت، نه‌تنها احکام مربوط به خود شخص، بلکه افراد دیگری نیز که به واسطه روابط خانوادگی محق و ذی‌نفع در برخوردای از حقوق خاصی هستند، دستخوش تغییرات قابل توجهی خواهد بود.

در میان مباحث حقوقی متعدد این موضوع، وضعیت سرپرستی و حضانت کودکان به جهت حساسیت جایگاه آنان از اهمیت زیادی برخوردار است. تا زمانی که خانواده سیر طبیعی خود را طی می‌کند و فرزندان در کنار پدر و مادر خویش زندگی می‌کنند، نگهداری و تربیت طفل حق مشترک آنان است (ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی). همچنین مقدمه «کنوانسیون حقوق کودک» خانواده را به عنوان جزء اصلی

جامعه و محیط طبیعی برای رشد و رفاه تمام اعضای خود خصوصاً کودکان معرفی کرده و تأکید می‌کند: «کودکان برای رشد کامل و متعادل شخصیتی خود، می‌بایست در محیط خانواده و در فضایی مملو از خوشبختی، محبت و تفاهم بزرگ شوند.» بر این اساس می‌توان گفت نگهداری کودک در محیط خانواده و نزد پدر و مادر جز در شرایط خاص (مانند بیماری، اعتیاد و...) همواره به عنوان هدف حمایتی قانون از کودکان، مورد نظر بوده است. در مجموع برای تعیین مسئول حضانت از فرزندان، در نظام‌های حقوقی مختلف، معیارهای متفاوتی مد نظر قرار می‌گیرد، از قبیل سن، جنس، مصلحت کودکان، یا تلفیقی از همه این معیارها و البته شرایط پدر و مادر. هدف اصلی و فلسفه حضانت، حفظ مصلحت کودکان است و هرچه برخلاف این هدف باشد، مانع حضانت است. از موارد اساسی که مصلحت در اجرای احکام نقش اساسی داشته و تشخیص و کارسازی آن به مکلفین وانهاده شده است، ولایت و سرپرستی بر کودکان است. با آنکه ولایت و سرپرستی کودکان به دلیل محجوریت آنان گستره وسیعی دارد، لیکن تنها عنصر مصلحت است که این دامنه را محدود می‌سازد و نظام ولایت و سرپرستی را موجه جلوه می‌دهد. با این وصف از اهمیت نهاد سرپرستی کودک با تمرکز بر مصلحت وی، بدیهی است که یکی از چالش‌برانگیزترین ابعاد این موضوع، به وضعیت سرپرستی و حضانت کودکان در صورت تغییر جنسیت یکی از والدین تراجنس، اختصاص خواهد یافت. لازم به ذکر است که افراد تراجنس (ترنس سکشوال)، افرادی هستند که از ساخت آنومیک بدن خود ناراضی هستند، این افراد هویت جنسیتی خود را با جنسیت فیزیکی و ظاهری خویش، هماهنگ و یکسان نمی‌بینند و خود را متعلق به جنس مخالف می‌دانند. این افراد را می‌توان در زمره گروهی قرار داد که دسترسی‌شان به حقوق مساوی با دیگر افراد جامعه، نیازمند یاری از سوی قانونگذار است. ذیل این رویکرد و همچنین رعایت مصلحت کودک، واکاوی وضعیت سرپرستی کودک، در صورت تغییر جنسیت یکی از والدین تراجنس خود، از اهمیت زیادی برخوردار است.

مبتنی بر برداشت نظام مذکور از کودک و مفهوم کودکی و بهره‌گیری از معیارهای مشخص و کارآمد است. در نظام حقوقی ایران، این معیار تحت عنوان، مصلحت در نظر گرفته شده است.

بحث

۱. **ترنس سکشوال و اصلاح جنسیت:** هویت جنسی به مثابه بنیادی‌ترین عنصر هویتی از آغاز تا پایان زندگی همراه انسان است و از طریق فرایند جامعه‌پذیری در انسان ایجاد می‌شود (۱)، اما گاه در این مسیر اختلالاتی به وجود می‌آید. در یکی از موارد شایع این اختلالات، فرد از نظر زیستی ویژگی‌های یک جنس خاص را داراست، اما از جهت روحی و روانی خود را به آن جنسیت متعلق نمی‌داند (۲). این افراد که با مفاهیمی همچون ترنس سکشوال یا تراجنسیتی شناخته می‌شوند، آن دسته از افرادی هستند که بین جنس و جنسیت خود دچار تعارض شدیدی هستند (۳). عوامل متعددی همچون نارسایی‌های هورمونی، ویژگی‌های روحی و روانی، در شکل‌گیری اختلال ترنس سکشوال اثرگذار هستند، هرچند آمار دقیقی از مبتلایان به این اختلال در جهان وجود ندارد، اما محققان معتقدند از هر ۱۰۰ هزار تولد ۱ تا ۳ نوزاد ترنس سکشوال هستند (۴). در ایران نیز آمار رسمی از این افراد در دسترس نیست، اما در آخرین مصاحبه مسئولین بهزیستی در این خصوص، آمار ترنس سکشوال‌های ایران را جمعیتی بین ۱۲۰ تا ۱۵۰ هزار نفر اعلام کرده‌اند (۵).

با توجه به مبتلابودن جوامع به این موضوع، به منظور ابهامات و اختلالات جنسی این افراد، اقدام‌های پزشکی مؤثری در جهت رفع مشکلات این افراد از طریق تغییر جنسیت به واسطه عمل جراحی و با کسب مجوزهای قانونی، صورت پذیرفته است.

مراد از تغییر جنسیت قطع آلت تناسلی و ایجاد حفره‌ای به جای آن نیست تا مرد بعد از عمل جراحی شبیه زن شود و یا زن شبیه به مرد شود، بلکه مقصود از تغییر جنسیت آن است که هویت زن یا مرد به طور کلی تغییر پیدا کند.

تاکنون پژوهش‌های متعددی در خصوص جواز تغییر جنسیت و مبنای فقهی و حقوقی آن انجام شده است. به عنوان مثال محمد روشن در مقاله‌ای با عنوان «جواز تغییر جنسیت و آثار وضعی و تکلیفی آن، ۱۳۹۰»، بر این عقیده است که از منظر رعایت اولیه حقوق انسانی و موازین حقوق بشری، نمی‌توان فردی را برای تمام عمر، محبوس در خود نمود. بر اساس نتایج مقاله «بررسی تغییر جنسیت زنان از دیدگاه فقهی و حقوقی در ایران، ۱۳۹۷»، تغییر جنسیت باید منوط به اضطرار باشد و تشخیص این امر نیز با قاضی است. یافته‌های مقاله ندا نیازمند و علی نجفی توانا، «سیاست جنایی ایران در قبال بزه‌کاری افراد ترنس سکشوال، ۱۳۹۴» حاکی از آن است که اتخاذ سیاست جنایی در سه سطح تقنینی، قضایی و اجرایی در قبال این اشخاص، ضروری است.

هدف اصلی در این پژوهش، بررسی اثر تغییر جنسیت هر یک از والدین، بر حق سرپرستی و حضانت است. در عین حال تلاش شده است که به این پرسش پاسخ اساسی داده شود که مبنای حاکم در این روند بر چه اصلی قابل اثبات است؟

ملاحظات اخلاقی

در پژوهش حاضر جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

روش

این پژوهش از نوع نظری با روش توصیفی - تحلیلی است و گردآوری اطلاعات آن با شیوه کتابخانه‌ای اسنادی صورت پذیرفته است.

یافته‌ها

برخی حقوق، متأثر از جنسیت با اتصاف فرد به مرد یا زن، است و به تبع آن حقوق اختصاصی هر یک از زوجین در خانواده بر این اساس مشخص و متغیر خواهد بود، از جمله حقوق مکتسبه والدین (زوجین)، سرپرستی و حضانت کودکان است که در هر نظام حقوقی تصمیم‌گیری در خصوص آن،

کودک در نظر گرفته شده است. بدیهی است ساختار حق سرپرستی و حضانت از کودک، باید با توجه به مبنا و هدف آن یعنی حفظ بالاترین مصلحت کودک، تنظیم شود. کاملاً مشخص است که تغییر جنسیت یکی از والدین به واسطه اختلال هویت جنسی، این حق را تحت تأثیر قرار داده و آثار قابل توجهی را نسبت به حفظ حقوق کودک بر مبنای لزوم رعایت مصلحت عالییه او، در پی خواهد داشت.

۱-۲. **مصلحت:** اصل بنیادین مصلحت در گفتمان اسلامی به سه صورت کلامی، فلسفی و فقهی به کار رفته است. مصلحت در مقام فقهی گاه در مقام استنباط و گاه در مقام امتثال، رخ می‌نماید که در تشخیص آن‌ها، دیدگاه شارع ملاک قرار می‌گیرد، زیرا شارع مقدس با توجه به نگرشی که از دنیا و ارتباط آن با آخرت و از انسان و هدف خلقت دارد، تفسیری از مصلحت ارائه می‌دهد که با پندار عموم از جهت مفهوم متباین و از جهت مصداق، عموم و خصوص من وجه است (۱۰). در گفتمان فقهی امامیه، مصلحت مأخوذ در حقوق کودک، مصلحت در مقام امتثال و نه استنباط است و در میان کارکردهای چهارگانه این مقام، به عنوان «قید متعلق حکم شرعی» ایفای نقش می‌کند. بنابراین ولایت و حضانت در مقام اجرا، مقید به تأمین مصلحت کودک است و شارع مقدس اقدام همراه با مصلحت را از ولی و سرپرست طلب می‌کند. در واقع حکم شرعی به ولایت و حضانتی تعلق گرفته که مصلحت جزئی از آن است ظهور ادله اقتضا دارد اعمالی که در آن‌ها رعایت مصلحت نشده است، صحیح تلقی نشوند (۱۱). علاوه بر مواد متعدد قانون مدنی در این خصوص نظیر ۱۱۸۴ و ۱۰۴۱، ماده ۷۹ قانون امور حسبی اشعار می‌دارد قیّم باید در تربیت و اصلاح حال محجور اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید.

کنوانسیون حقوق کودک نیز در بند ۱ ماده ۳ اعلام می‌دارد در تمام اقدام‌های مربوط به کودکان، منافع کودک از مهم‌ترین ملاحظات است. مبنای این ماده قاعده کلی تعیین مصلحت کودک در تمام امور مرتبط با او به عنوان اساسی‌ترین عامل در حوزه حقوق کودک است. کمیته حقوق کودک در بند ۶ از

دوجنسه‌بودن به معنای خاص آن حالتی ویژه و غیر معمول است که در آن فرد در زمان تولد، نشانه‌های جنسی هر دو جنسیت مرد و زن را به میزانی دارد (۶). در یک مفهوم کلی و در اصطلاح پزشکی، تغییر جنسیت دارای یک معنای روشن است و آن عبارت است از عمل جراحی در آلت تناسلی که تبدیل مرد به زن، یا تبدیل زن به مرد یا تبدیل دوجنسی یا افراد خنثی به مرد یا زن (۷). با این وصف تغییر جنسیت ممکن است در افراد سالم، خنثی، مسموح (شخصی که نه آلت زنان دارد نه مردانه) و تراجنسیتی صورت گیرد. همچنین تراجنسیتی به بیماری روحی که خود را متعلق به جنس مخالف می‌داند نیز گفته شده است (۸).

به نظر می‌رسد که تعبیر «اصلاح جنسیت» رساتر از تعبیر «تغییر جنسیت» است، چون به اعتقاد برخی پزشکان «تغییر جنسیت» در مورد مرد کامل یا زن کامل که هیچ‌گونه نقضی نداشته باشند، نه تنها وجود ندارد، بلکه غیر ممکن است. تنها کاری که عمل جراحی در این خصوص انجام می‌دهد، این است که در مورد فرد خنثی که دارای دو آلت است، یکی را حذف می‌کنند تا دیگری تقویت شود و این عمل در اصل «اصلاح جنسیت» است نه «تغییر جنسیت»، به هر حال علاوه بر افراد ترنس سکشوال، افرادی نیز که از بدو تولد، دارای اختلال دوجنسیتی بوده، یعنی دارای آلت تناسلی از هر دو جنس (مذکر و مؤنث) هستند، نیز در زمره کسانی قرار می‌گیرند که مجاز به تغییر جنسیت خواهند بود (۹).

۲. **اثر تغییر جنسیت بر حق سرپرستی و حضانت:** تا زمانی که کانون خانواده سیرطبیعی خود را طی می‌کند و فرزندان در کنار پدر و مادر خویش زندگی می‌کنند، نگهداری و تربیت طفل حق مشترک آنان است (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی) و زن و مرد مکلف به تشیید مبانی خانواده هستند (ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی). با این حال ممکن است این سیر طبیعی به واسطه جدایی والدین از یکدیگر، قادر به تأمین مصالح و حقوق کودک نباشد. برای تعیین مسئول سرپرستی و حضانت از کودک جهت تأمین حقوق او، در نظام‌های حقوقی مختلف معیارهای متفاوتی از قبیل، سن، جنس و مصلحت

است، ولی اعتبار ندارد، زیرا موقعیت این ضوابط کشف و تحدید است، نه استثنا و تضییق (۱۵).

۲-۲. تأثیر مصلحت در اعمال ولایت و سرپرستی یا

نسبی بودن ولایت به اقتضای مصلحت: بسیاری بر این باورند که ولایت اختصاص به اداره اموال و حقوق مالی مولی علیه دارد (۱۶)، ولی به نظر می‌رسد تفکیک میان قلمرو حضانت از ولایت نیاز به دقت و واکاوی بیشتری دارد. نباید از نظر دور داشت که بحث از سرپرستی و حضانت کودک، مطلق نیست. به این معنی که در همه موارد تابع خواست و اراده سرپرست نیست. در واقع بر مبنای مصلحت، فلسفه و حکمت مبانی سرپرستی کودک، حد و مرز اختیارات را مشخص می‌کند. به رغم عمومیت و فراگیری دامنه سرپرستی بر کودکان، سرپرست کودک موظف است در تدابیر و تصرفات خویش، مصلحت کودک را رعایت کند و نباید عملی را برخلاف مصلحت و غبطه وی انجام دهد (۱۷). بنابراین اگر رعایت مصلحت را شرط اقدام و تصرف سرپرست در امور کودک بدانیم، باید دامنه اختیارات ولایت قهری را بر غبطه و مصلحت کودک، محدود سازیم، البته در خصوص این نظریه در فقه، دیدگاه یکسانی حاکم نیست و در مورد اینکه ولی قهری در تصرف‌هایش باید مصلحت مولی علیه را در نظر بگیرد یا اینکه صرف نبودن مفسده در اقدام و تصرف‌های وی کفایت می‌کند، بحث و اختلاف نظرهای بسیاری وجود دارد. بسیاری از فقهای متقدم از جمله شهید اول و دوم، شیخ طوسی و علامه حلی، رعایت صلاح و مصلحت را در تصرفات سرپرست بر کودک، شرط لازم دانسته‌اند و از مرحوم فاضل اصفهانی نقل شده که فقهای متقدم، بدون استثنا، قائل به اعتبار مصلحت و تصرف ولی هستند (۱۶)، حتی برخی بر معتبر بودن مصلحت و غبطه مولی علیه در مشروعیت اقدامات ولی، ادعای اجماع کرده‌اند (۱۸).

در حقوق نیز شرط رعایت مصلحت مولی علیه به خوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی و نیز مواد ۷۹، ۸۰، ۸۱ و ۸۳ قانون امور حسبی احصا می‌شود. همچنین می‌توان در این خصوص به ملاک ماده ۶۶۷ قانون مدنی راجع به وکالت نیز

ملاحظات کلی خود به شماره ۱۴ مورخ ۲۰۱۳ در خصوص مصالح عالیله کودک، آن را به عنوان حق، اصل و قاعده اجرایی معرفی می‌کند. همچنین کنوانسیون با تعبیر «ملاحظه نخستین»، از آن حمایت می‌کند. مطابق با بند ۳۶ ملاحظات کلی یادشده، مقصود از ملاحظه نخستین این است که مصالح عالیله کودک هم‌سطح ملاحظات دیگر نیست. برابر با بند ۴ هیچ ترتیب هرمی شکل میان حقوق کودک قرار ندارد، بلکه همه حقوق مذکور در کنوانسیون در خدمت مصالح عالیله وی خواهد بود. هدف تدوین‌کنندگان از تصریح بر لزوم رعایت مصلحت کودکان به عنوان یک ملاحظه اولیه، حداکثری نمودن قلمرو شرایط زمانی و مکانی و اوضاع و احوالی است که مصلحت کودک باید در آن رعایت شود (۱۲).

با وجود تلاش برای تبیین جایگاه و ماهیت مصلحت مأخوذ در حقوق کودک، در نظام حقوقی ایران و کنوانسیون حقوق کودک، مفهوم و مصادیق مصلحت کودک هنوز در حاله‌ای از ابهام قرار دارد. به عقیده برخی محققان، پیرامون مصلحت در دانش فقه، اصطلاح خاصی وجود ندارد و تتبع در متون فقهی شیعه و سنی به طور قطع ثابت می‌کند که مصلحت به همان معنای لغوی و عرفی، خیر و صلاح به کار رفته است (۱۰). از دیدگاه بین‌المللی نیز پاسخ دولت‌ها و فرهنگ‌های مختلف در مورد چیستی مصلحت کودک در هر اقدام یکسان نیست. برخی از صاحب‌نظران ابراز خشنودی نموده‌اند که ابهام بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون، عمودی و خوشایند است که ایجاد تنوع فرهنگی و شکوفایی هنجارهای حقوق بشری را به منظور تطبیق با شرایط مختلف اجازه می‌دهد (۱۳).

با توجه به این ابهام، باید ضوابطی برای ارزیابی مصلحت مطمح نظر قرار داد. مراد از ضوابط، تعیین شروط یا قیودی برای آن یا استثناکردن بعضی از مصالح و تضییق آن نیست، بلکه مراد، یافتن چارچوب‌هایی است که بر پایه آن بتوان در هر موردی مصلحت مورد نظر قانونگذار را تشخیص داده و به کار بست (۱۴). مطابق این معنا، آنچه در ورای این ضوابط باشد، اصولاً در قلمروی مصلحت نمی‌آید، نه آنکه مصلحت

را بر عهده کشورهای عضو می‌گذارد. در همین راستا کمیته اعلام می‌دارد که مصالح عالی‌ه کودک مفهومی سه وجهی است:

۱- یک حق ماهوی است؛ به این معنا که توجه به مصالح عالی‌ه کودک به عنوان یک ملاحظه برتر در کلیه ارزیابی‌ها و تصمیمات از جمله حقوق کودک است، بنا بر پارگراف اول ماده ۳، این حق یک تعهد ذاتی برای دولت‌ها ایجاد می‌کند، تعهدی که قابل مطالبه و در برابر دادگاه قابل استناد است؛

۲- یک اصل بنیادین قانونی و تفسیری است؛ به این معنا که اگر مقرره‌ای قانونی قابلیت چند تفسیر را داشته باشد، تفسیری که به طور کارآمدتری مصالح عالی‌ه کودک را تأمین کند، باید در اولویت قرار گیرد، حقوق مندرج در کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی نیز چارچوب تفسیر را مشخص می‌کند؛

۳- یک قاعده رویه‌ای است؛ به این معنا ارزیابی تأثیر مثبت یا منفی تصمیم‌گیری مؤثر بر کودکان یا کودکی خاص و گروه خاصی از کودکان، امری ضروری است (۲۰). به علاوه توجیه یک تفسیر باید نشان دهد که این حق صراحتاً مورد توجه قرار گرفته است و دول عضو چگونه این حق را در تصمیم‌گیری خود مورد توجه قرار داده‌اند. به عبارت دیگر، مصالح عالی‌ه کودک در این تصمیم چه بوده و بر چه معیارهایی استوار بوده و چگونه در مقایسه با سایر مصالح چه در قالب سیاست‌ها و چه در پرونده‌های موردی انتخاب شده است (۲۱). کمیته حقوق کودک و همچنین برخی از نظریه‌پردازان در این حوزه، بدون اینکه تعریف مشخصی از مصالح عالی‌ه کودک ارائه دهند، دو دسته معیار را برای مصالح عالی‌ه کودک عنوان نموده‌اند: دسته نخست، معیارهایی هستند که نوعاً در خصوص کلیه کودکان لازم‌الاجراست؛ دسته دوم معیارهایی که برای تضمین مصالح، ضروری به نظر می‌رسد.

۲-۳-۲. معیارهای تعیینی: کمیته حقوق کودک در گام نخست تبیین بهترین مصطلح کودک، معیارهای را در ارتباط با زیست اجتماعی کودک، تعیین کرده است. این معیارها بر اساس وضعیت خاص کودک از حیث بلوغ و تکامل او، وابستگی به خانواده و هویت او، توجیه می‌شود:

استناد کرد (۱۷)، البته باید توجه داشت که مصلحت و غبطه، ضابطه منظم و معیار دقیقی ندارد، بلکه در حقیقت مفهومی متغیر و نسبی است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص می‌شود و مرجع صلاحیتدار نیز در تشخیص آن عرف و بنای عقلا خواهد بود. گوناگونی اوضاع و احوال و تفاوت عرف و فرهنگ در جوامع سبب می‌شود تا مصلحت جنبه‌های مختلفی به خود گیرد، چه بسا عرف جامعه‌ای، انجام عملی را به مصلحت کودک نداند، در حالی که همان عمل در جامعه‌ای با فرهنگ دیگر، عین مصلحت است.

۲-۳. مبنا و لزوم مصلحت کودک در رویه بین‌المللی و قوانین موضوعه داخلی: معیارهای مادی و معنوی در رعایت بالاترین مصلحت کودک در ملاحظات کنوانسیون حقوق کودک و کمیته حقوق کودک مورد بحث قرار گرفته‌اند و در مقام مقایسه، خلأ و ضعف نظام حقوقی ایران در خصوص این دسته از ضوابط مشهود است، چنانچه در رویه قضایی ایران، جز در موارد معدودی انعکاسی از این معیارها، مشهود نیست.

۲-۳-۱. کنوانسیون و کمیته حقوق کودک: مصالح عالی‌ه کودک یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ و همچنین معیار سنجش تصمیم‌گیری اولیای کودک است. در کنوانسیون حقوق کودک، هدف از بیان مفهوم مذکور، تضمین بهره‌مندی کامل کودک از کلیه حقوق به رسمیت شناخته‌شده در آن و نیل به «رفاه» و «توسعه» است و در سیاقی به کار رفته است که تکلیف تعارض بین حقوق متفاوت و متعارض کودک را تعیین می‌کند (۱۹). کمیته حقوق کودک مصالح عالی‌ه کودک را مفهومی پویا و منعطف می‌داند؛ امری که دائماً در حال تکامل بوده و از این رو نیازمند بررسی موردی است، زیرا موقعیت‌ها و زمان‌های مختلف، اقتضای مصالح مختلفی را برای هر کودک دارد. همچنین کمیته به صورت عمدی، تمامی معیارهای مربوط به مصلحت را عنوان نمی‌کند تا تصمیم‌گیرندگان محدود به آن‌ها نشوند و بتوانند سایر ملاحظات را نیز مورد توجه قرار دهند. به عبارت دیگر کمیته مزبور درصدد بیان مصالح نوعیه کودک و چارچوب‌های اساسی است و چگونگی تبیین این مصالح در شرایط متفاوت

همین راستاست. این روابط باید به صورت مداوم، منظم و همراه با ملاقات‌های معقول و مناسب این افراد با کودک باشد (۲۴).

- استمرار و ثبات: یکی از معیارهای مصالح عالییه مفهوم «استمرار» و «ثبات» است. منظور از استمرار، تداوم وضعیت مطلوبی است که کودک در آن قرار داشته و بیشتر در موارد مربوط به حضانت و پس از طلاق مورد استفاده است. برای مثال، اگر مادر کودک را از مدرسه می‌آورد، او را به کلاس‌ها ورزشی می‌برد و... تمامی این امور باید بعد از طلاق نیز ادامه داشته باشد. معیار دیگر نیز «ثبات» است و به این معنی که کودک تغییر فاحشی در شرایط خود احساس نکند. از این رو جا به جایی کودک و انتقال او به محل دیگری برای زندگی، ثبات او را بر هم می‌زند و خلاف مصالح عالییه تلقی می‌شود.

- مراقبت، حمایت و امنیت کودک: به دو واژه «مراقبت» و «حمایت» در ماده ۳ کنوانسیون اشاره شده است. با توجه به اینکه این دو مفهوم در متن کنوانسیون مقید به امر دیگری نشده است، باید آن را به طور موسع و در راستای رفاه کودک تفسیر کرد. توسعه و رفاه نیز در معنای گسترده خود شامل رفع نیازهای اولیه مادی، جسمی، آموزشی، احساسی و نیاز به محبت و امنیت است. در این میان، مراقبت احساسی یک نیاز مبنایی برای کودک است که باید توسط والدین یا مراقبان اولیه تأمین شود. در صورتی که ایشان نتوانند این نیاز را مرتفع سازند، باید اقداماتی در راستای ایجاد یک رابطه امن صورت گیرد، زیرا ارتباط کودک با یک فرد مراقب در معنای عام و در اوایل زندگی از ضروریات اولیه است. این ارتباط باید در طول زمان حفظ شود تا بتواند برای کودک محیطی ثابت و پایدار فراهم کند. تأمین امنیت نیز از جمله مصالح کودک است. به این معنا که باید از او در برابر کلیه اشکال خشونت‌های جسمی، روحی، صدمه، آزار و اذیت، خشونت جنسی، اقتصادی و انواع استعمار، مخاصمات مسلحانه و... محافظت نمود. در این راستا ارزیابی مصالح عالییه کودک نیز در قالب ارزیابی امنیت کودک در زمان تصمیم‌گیری و همچنین تا حدی ارزیابی

- توجه به نظرات کودک به موجب ماده ۱۲ کنوانسیون، این مسأله باید متناسب با میزان پختگی و فهم کودک، باشد، سن پایین کودک و عدم بلوغ او نباید سبب کم‌اهمیتی گفتارهایش شود و او را از حق شنیده شدن محروم نماید (۲۲).

- طرفیت در حال تکامل کودک: هرگونه تبیین مصالح عالییه کودک باید با عنایت به سن خاص او و همچنین نیازهای در حال توسعه وی همراه باشد. از این رو این مصالح به تناسب سن کودک و دوره رشدی که در آن است، متفاوت خواهد بود. همچنین میزان وابستگی کودک به هر یک از والدین، توانایی آن‌ها برای رشد و پرورش کودک، مدت زمانی که کودک می‌تواند جدایی از هر یک از والدین را تحمل کند و این امر که آسایش کودک با کدام یک از والدین بیشتر تأمین می‌شود، همگی نمونه‌هایی از موارد قابل توجه در تعیین مصالح عالییه او در یک موضوع خاص (حضانت) است (۲۳).

- هویت کودک: کودکان اساساً گروه‌های مشابه نیستند و هر یک از ایشان باید به طور مجزا مورد توجه قرار گیرند. هویت کودک شامل ویژگی‌هایی چون جنسیت، گرایش‌های جنسی، ریشه‌های ملی - مذهبی، اعتقادات هویت فرهنگی و شخصیت او است، اگرچه کودکان و نوجوانان در نیازهای ابتدایی و اولیه مشترک هستند، ولی بیان آن نیازها بسته به سطح گسترده‌ای از جنبه‌های اجتماعی، فرهنگی، فیزیکی و شخصیتی و ظرفیت‌های در حال تکامل ایشان، متفاوت است. توجه به هویت فرهنگی و مذهبی در موضوع تعیین «خانواده مراقب» نیز قابل توجه است.

- حفظ محیط خانوادگی و ارتباطات: خانواده اولین محیطی است که کودک در آن رشد و نمو می‌کند. خانواده را باید به صورت گسترده معنا کرد تا خانواده بیولوژیکی، خانواده متشکل از طریق فرزندخواندگی، خانواده مراقب، خانواده گسترده و... را که به موجب عرف داخلی یک کشور مورد پذیرش قرار گرفته است، دربر گیرد. حفظ نهاد خانواده و جلوگیری از برهم‌خوردن این نهاد امری مهم در نظام حمایتی کودک است. در زمان جدا شدن کودک از خانواده نیز حفظ رابطه با خواهر، برادر و سایر روابط و علایق خانوادگی نیز در

تصمیم‌گیری برای کودک اختلاف وجود دارد، او نیازمند یک نماینده قانونی برای ارائه نظرات و تبیین منافعش است.

۲-۳-۴. معیارهای مصلحت کودک در قانون مدنی و

قانون حمایت از خانواده: قانونگذار در مصوبات و مواد قانونی متعددی به حقوق کودک پرداخته است. تاز زمانی که پدر و مادر با هم زندگی مشترک دارند، سرپرستی و نگهداری کودکان هم حق و هم تکلیف آنان است (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی)، اما زمانی که پدر و مادر به هر دلیلی، از جمله طلاق یا فوت، از هم جدا شدند، کودکان نیز به تبع با پدر یا مادر خود، زندگی خواهند کرد. برای تعیین مسئول حضانت بر کودکان معیارهای متعددی از جمله سن کودک و رعایت مصلحت وی، مورد نظر است. با توجه به رویه‌ای که اسناد بین‌المللی در این زمینه در پیش گرفته‌اند، نیز می‌توان گفت، باید بر اساس منابع غنی فقهی برخی قوانین اصلاح شوند. در واقع در متون قانونی ایران، آنچه اعمال می‌شود حضانت از نوع منفرد آن است و حضانت در نوع مشترک آن، عملاً اتفاق نمی‌افتد. همچنین نفقه کودک در حالت کلی، حتی در شرایطی که حضانت با پدر نیست، بر عهده او خواهد بود. نباید از نظر دور داشت که اگر چه مفهوم «مصلحت کودک» و برخی معیارهای آن در قوانین مختلف مورد توجه قرار گرفته است، اما مبنای واحدی در تعیین مصلحت لحاظ نشده و اساساً رویکرد کودک‌محوری در آن دیده نمی‌شود.

قانون مدنی به عنوان یکی از مبنایی‌ترین قوانین، در موضوع حضانت با رویکرد مصلحت کودک، رویکرد واحدی را اتخاذ نکرده است. نمونه بارز خلأ را می‌توان در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، ملاحظه کرد، حتی با وجود اصلاح این ماده در سال ۱۳۸۲ مبنی بر کنارگذاشتن تفاوت در جنسیت در زمان حضانت از جانب مادر، این رویکرد نمی‌تواند در راستای مصلحت کودک باشد. به عنوان مثال ممکن است مادر در اوایل زندگی کودک در شرایط روحی نامناسبی قرار داشته باشد و نتواند به درستی به وظایف والدینی خود عمل کند. به همین دلیل به نظر می‌رسد توجه به نیازهای کودک و نه والدین او، می‌تواند تأمین‌کننده مصالح کودک باشد (۲۱). در

مخاطرات، صدمات و سایر پیامدهای مربوط به تصمیم فعلی در آینده است (۲۵).

۲-۳-۳. **معیارهای تضمینی:** در تضمین اجرای صحیح حقوق کودک و مراعات مصالح عالییه او به عنوان ملاحظه اولیه، باید مراقبت‌های رویه‌ای خاصی که موسوم به «رویه‌های دوستدار کودک» است، مورد توجه قرار گیرند. کمیته حقوق کودک موضوعات زیر را به عنوان معیارهای تضمین اجرای صحیح و مناسب مصالح عالییه کودک پیشنهاد داده است:

- بیان نقطه‌نظرات کودک: یکی از معیارهای اساسی در دادرسی، تعامل و مکالمه با کودک به منظور تسهیل مشارکت فعال کودک در دادرسی و تعیین مصالح عالییه وی است. گاهی خود و گاهی نماینده او به بیان نظرات کودک می‌پردازند؛ در حالت دوم بر عهده نماینده است که به درستی نقطه نظرات کودک را متوجه شود و آن را به سمع دادگاه برساند (۲۱).

- بیان واقعیات: واقعیات و اطلاعات مربوط به پرونده باید توسط افراد متخصص و آموزش‌دیده به منظور تنظیم صحیح معیارهای ضروری برای ارزیابی مصالح عالییه به دست آیند. به این منظور می‌توان با افراد نزدیک به کودک، افرادی که روزانه با کودک در تماس هستند و در موارد خاص، شهود مصاحبه کرد. این اطلاعات باید بیش از ارزیابی مصالح عالییه کودک مورد بازبینی و تحلیل قرار گیرند (۲۵).

- توجه به زمان: گذر زمان برای کودکان و بزرگسالان یکسان، نیست. از این رو طولانی‌شدن مراحل رسیدگی و تصمیم‌گیری، تأثیر معکوس بر کودکان خواهد داشت. پیشنهاد شده است که رویه‌های مربوط به کودک در اولویت قرار گیرند و در کوتاه‌ترین زمان ممکن به نتیجه برسند، البته توجه به سرعت در انجام فرایند دادرسی کودکان، نباید به گونه‌ای باشد که مانع درک کودک نسبت به منافعش شود و تصمیم مربوطه باید در فرصتی معقول و بنا بر تکامل ظرفیت‌ها و نظرات کودک مورد بازبینی قرار گیرد.

- حضور نماینده قانونی کودک: زمانی که باید مصالح عالییه کودک به صورت رسمی توسط دادگاه یا نهادهای مشابه ارزیابی و تعیین شود. همچنین زمانی که بین اعضا درباره

حالی که زندگی با پدر در شرایط نامطلوب به ضرر کودک خواهد بود.

با وجود عدم اتخاذ رویکرد واحد نسبت به رعایت مصلحت کودک در روند تقنینی، برخی معیارهای تعیین‌کننده در امر حضانت از قانون مدنی و همچنین قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱، به صورت پراکنده قابل توجه است. به عنوان مثال ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده، حکم مطلق را به رعایت مصلحت کودک داده است. طبق این ماده «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است.» اطلاق این ماده دربردارنده تصمیمات مربوط به حضانت کودکان نیز هست. همچنین در جهت تحقق زمینه مراقبت و حمایت از کودک در جهت آرامش روحی و روانی او به عنوان یکی از مصادیق مصالح عالییه کودک، ماده ۲۹ قانون حمایت از خانواده اعلام می‌کند که دادگاه باید با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۲۷ قوه قضاییه در ماده ۲۳ مقرر می‌دارد در مواردی که طفل به هر دلیل از ملاقات امتناع می‌کند، اجرای احکام باید با هماهنگی دادگاه و تدابیر لازم از جمله ارجاع موضوع به مددکار اجتماعی و مرکز مشاوره خانواده برای جلب تمایل طفل به ملاقات اقدام نماید. اگر برای دادگاه محرز شود اجرای حکم حضانت یا ملاقات به سلامت روانی کودک لطمه وارد می‌سازد، اجرای احکام می‌تواند با موافقت دادگاه تا فراهم شدن آمادگی طفل، اجرای احکام را به تأخیر بیندازد.

۲-۳-۵. وضعیت حق مکتسبه ولایت و حضانت پس از تغییر جنسیت: مقصود از حقوق مکتسبه، حقوقی است که در زمان تحقق و ایجاد، طبق قانون صالح و با رعایت تمام شرایط تحقق آن، کاملاً محقق شده است (۲۶). بنابراین منظور از حقوق مکتسبه در این بحث حقوقی است که شخص قبل از تغییر جنسیت به لحاظ جنسیت سابق طبق قانون به دست آورده است. به عنوان مثال فردی که جنسیت او مذکر بوده، ازدواج کرده و از این ازدواج فرزندی متولد شده، این فرد حق

راستای عدم اتخاذ رویکرد واحد قانون مدنی، نسبت به رعایت مصلحت کودک در مسأله حضانت، می‌توان ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی را مصداق بارز محوریت مصلحت کودک برای تعیین حضانت دانست. در صورتی که دادگاه به این تشخیص برسد که ماندن طفل در کنار خانواده به سلامت و تربیت او لطمه می‌زند و به مصلحتش نیست، می‌تواند درمورد حضانت او تصمیم دیگری بگیرد. در جهت تأمین همین هدف قانونگذار در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مقرر داشت: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر نباشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیم را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.»

مصادیقی که در قسمت دوم ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی ذکر شده است، جنبه تفسیری دارد و حصری نیست. در واقع ممکن است قاضی بنا بر مورد رفتارهای دیگری را مشمول عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی دارنده حضانت بداند (۱۷). آنچه در اینجا به نظر می‌رسد، این است که ماده ۱۱۷۳ با ماده ۱۱۷۰ در تعارض است. به این ترتیب که ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی از مادری که ازدواج مجدد کرده است، سلب حضانت می‌کنند و ماده ۱۱۷۳ هم از پدر یا مادری که صلاحیت اخلاقی ندارد، سلب حضانت می‌کند. حال اگر مادر طفل ازدواج مجدد کند و پدر فاقد صلاحیت اخلاقی باشد، بدیهی است که مصلحت کودک، تأمین نخواهد شد. با توجه به اینکه تا زمان اثبات شایستگی این مادر جهت حضانت فرزند خویش و عدم شایستگی پدر، مدتی قابل توجه می‌گذرد که می‌توان صدمات غیر قابل جبرانی را برای کودک در پی داشته باشد. از سوی دیگر اسقاط حق حضانت مادر در صورت ازدواج مجدد وی، به این معنی است که پیش‌فرض قانونگذار، خلاف مصلحت بودن صرف ازدواج مجدد، مادر با دیگری است، بدون آنکه به سایر شرایط و عوامل توجه کند (۲۵)، مانند آنکه خانواده جدید مادر، شرایط مناسب‌تری را برای رشد کودک فراهم کند، در

به عقیده برخی از فقها «اگر جنس مادر به مرد تغییر کند، برای او ولایت بر کودکان ثابت نمی‌شود، بلکه ولایت برای جد پدری است و اگر جد پدری نداشت، به عهده حاکم شرع است (۲۹). همچنین از مواد ۱۱۸۱، ۱۱۸۲ و ۱۱۸۵ قانون مدنی نیز می‌توان به این نتیجه رسید که ولایت بر عنوان پدر، صادق است. به عنوان نمونه ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود، ولایت دارند.

۲-۳-۵-۲. تغییر جنسیت پدر به زن: در این حالت دو نظر وجود دارد: ۱- سقوط ولایت؛ ۲- بقای آن.

به نظر برخی فقها، چنانچه جنس مرد به جنس مخالف تغییر کند، ظاهر آن است که ولایتش بر کودکان ساقط می‌شود (۳۰). دو دلیلی برای این نظر ارائه شده است: دلیل اول ولایت بر عنوان «اب» یا «پدر» مترتب است و بر این مرد بعد از تغییر جنسیت عنوان «پدر» مترتب نیست (۲۹)؛ دلیل دوم ولایت برای پدری ثابت است که باقی بر صفت رجولیت (مردبودن) باشد و با تغییر جنسیت این صفت از بین رفته است. بنابراین ولایت او بر کودکان ساقط است. دلیل این دو قید (اب - رجولیت) روایاتی است که در مورد ازدواج پسر نابالغ با دختر نابالغ و نیز وصیت به وصایت مردی در مورد فرزندان و اموالش و موارد دیگر وارد شده است (۹).

برای نمونه می‌توان به روایت محمدبن مسلم از امام صادق (ع) اشاره کرد. از امام (ع) در مورد مردی سؤال شد که به مرد دیگر در مورد فرزندان و اموال آنان وصیت کرد و هنگام وصیت اجازه داد که با آن مال کار کند و سود را بین خود و آنان تقسیم کند. آیا چنین وصیتی نافذ است؟ فرمودند مانعی ندارد، زیرا پدر در حالی که زنده است، در این کار به او اجازه داده است (۳۱)، چنانچه ملاحظه می‌شود، در روایت مزبور، هم به عنوان «مرد» اشاره شده است و هم به عنوان «پدر» (۲۸). در صورتی که مرد به جنس مخالف تغییر جنسیت دهد، این شخص همچنان نسبت به فرزندان ولایت دارد، چون: ۱- بر این مرد که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان «پدر» همچنان صادق است و فرزند او می‌تواند بگوید که این شخص پدر من است که اکنون به جنس مخالف تبدیل شده است، به

ولایت بر فرزند مذکور را خواهد داشت. همچنین کسی که دارای جنسیت ظاهری مؤنث بوده و ازدواج کرده، نسبت به فرزند حاصل از این ازدواج حق حضانت خواهد داشت. با توجه به اینکه این حقوق به اعتبار جنسیت سابق به هر یک از زوج و زوجه تعلق گرفته، ضروری است تا بررسی شود که اثر تغییر جنسیت بر این حقوق، چه خواهد بود؟ آیا حقوق مکتسبه مذکور به واسطه تغییر جنسیت یکی از والدین، تغییر خواهد یافت؟

ممکن است گفته شود که با تغییر جنسیت، موضوع عوض شده و با تغییر موضوع حکم نیز عوض می‌شود و در نتیجه حقوق شخص ساقط می‌گردد، ولی این احتمال موجه نیست، زیرا حقوق والدین نسبت به فرزند نسبی است، یعنی علاوه بر آنکه حقوق آنان است تعهد آنان نیز محسوب می‌شود. بنابراین اقتضای حق کودک و حمایت از او در این است که اگر آنان ضرری نسبت به کودک نداشته باشند، حقوق مزبور باقی بماند. همان‌گونه که در قانون مدنی، بقای حق حضانت والدین از هم جدا شده را بر مبنای مصلحت کودک قرار داده‌اند و در نتیجه حقوق مزبور ساقط نمی‌شود (۲۷). جهت تبیین بحث، ضروری است تا دو فرض مختلف تبدیل جنسیت و آثار آن، مورد واکاوی قرار گیرد.

۲-۳-۵-۱. تغییر جنسیت مادر به مرد: در این فرض، مادری که تغییر جنسیت داده است ولایت بر اولاد صغار پیدا نمی‌کند. در واقع عنوانی که ولایت بر آن ثابت می‌شود، عنوان پدر است که از منی او فرزند به وجود آمده است و عنوان پدر و مادربودن از عناوین خاص است که با تغییر جنسیت این عنوان، همچنان باقی است، زیرا عنوان پدر، وصف کسی است که «تطفه» از او بوده و عنوان مادر نیز در وصف کسی است که وضع حمل کرده است. کسی که شأن او حامله‌شدن و وضع حمل کردن است، پدر نیست (۲۸)، چراکه خداوند متعال در آیه ۲ سوره مجادله می‌فرماید: «إن امهاتهم ألا ألی ولدنهم؛ مادران آنها تنها کسانی هستند که آنها را به دنیا آورده‌اند.» بنابراین مادر به محض تغییر جنسیت، پدر نمی‌شود، بلکه همچنان عنوان مادر بر او صدق می‌کند.

نتیجه‌گیری

آنچه که افراد را از یکدیگر متفاوت می‌سازد، عوامل طبیعی و محیطی است. «جنسیت» از جمله این عوامل بوده و حسب اینکه جنسیت فرد، مرد یا زن باشد، در عرصه‌ها، موقعیت‌ها و جوامع مختلف حقوق و تکالیف متعددی بر او بار می‌گردد. در این میان اشخاصی هستند که جنسیت آن‌ها تحت تأثیر عوامل مختلف طبیعی و محیطی دچار اختلال می‌گردد، به نحوی که گمان می‌کنند به اشتباه در کالبد جنس مخالف خود اسیر شده‌اند، زیرا از نظر روحی و روانی به جنسیتی تعلق دارند که با جسم آن‌ها مطابقت ندارد، در حالی که ظاهر جسمانی مشترکی نیز با جنس مخالف خود ندارند. به این نوع اختلال روانی، «تراجنسی یا ترنس سکسوال»، گفته می‌شود. در موارد متعدد از این دست، فردی که دچار این اختلال هویت جنسی است، به دلایل فیزیکی، تشخیص پزشک، یا متخصصین علوم روانی به این نتیجه می‌رسد که باید تغییر جنسیت دهد بدیهی است که این تغییر تنها منحصر در آثار روانی و فیزیکی نخواهد بود و آثار حقوقی قابل توجهی را در پی خواهد داشت. تغییر جنسیت هر یک از زن و مرد آثار حقوقی متفاوتی را به واسطه تعلق برخی از حقوق به وصف مذکر یا مؤنث بودن، برای آنان در پی خواهد داشت، از جمله این آثار، وضعیت سرپرستی و حضانت کودک، به واسطه انفساخ عقد نکاح فیما بین زوجین بعد از تغییر جنسیت یکی از آن‌ها است؛ از سوی دیگر، بحث از حضانت کودک را نمی‌توان خارج از دایره «مصلحت کودک» دانست. مصلحت کودک از یکسو معیاری برای اتخاذ تصمیم و ارزیابی تصمیمات پیرامون کودک است و از سوی دیگر به دلیل قابلیت تفاسیر متعدد و موسع، نیازمند معیارها و مؤلفه‌هایی است تا حدود و ثغور آن را مشخص کند. مسأله سرپرستی و حضانت کودکان به ویژه به جهت تأثیرپذیری آن از مبنای «مصلحت کودک»، نیازمند معیارهایی است تا مسیر صحیح را به تصمیم‌گیرندگان در این خصوص نشان دهد. در این راستا معیارهای متفاوتی در نظام حقوقی ایران مطرح شده است که البته در قیاس با معیارهای مطرح در کمیته حقوق کودک و کنواسیون حقوق کودک، دارای خلأهای ملموسی است.

عبارت دیگر، عنوان ابوت یا پدری بر فردی صادق است که فرزند از اسپرم او ایجاد شده است (۲۹)، برای مثال اگر مردی با همسرش آمیزش کند و سپس مرد برای ابد غایب گردد و فرزندی به وجود آید، شکی نیست که آن مرد، پدر فرزند محسوب می‌شود و در حالی که هیچ نقشی نداشته، مگر ادخال منی در رحم مادر بچه و همین مقدار برای صدق عنوان پدر کافی است، اگرچه جنسیت او تغییر پیدا کند؛ ۲- از ادله شرعی مانند روایات نمی‌توان استظهار کرد که ولایت به حالت «رجولیت» اختصاص دارد، بلکه این معنا قابل استظهار است که ولایت برای «پدر» است، یعنی آن کسی که در زندگی زناشویی فرزند از منی او ایجاد شده است. از طرفی بعد از تغییر جنسیت، بقای ولایت به وسیله استصحاب قابل اثبات است و نمی‌توان گفت موضوع تغییر کرده است، چون بدیهی است که این شخص همان کسی است که ولایت بر کودکانش برای او ثابت بود و بعد، استصحاب می‌شود (۷).

مسأله حضانت نیز به همین ترتیب خواهد بود، یعنی مادر تا هفت سالگی نسبت به حضانت فرزندان خود اولویت دارد، زیرا عنوان «مادر» بعد از تغییر جنسیت همچنان باقی است و تغییر نمی‌کند و بر این زن که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان مادر همچنان ملحق است (۲۸).

در بعضی از کشورها، ملاک بقا یا سقوط حقوق مذکور، رعایت غبطه و مصلحت کودک است. به این معنا که اگر تغییر جنسیت بر کودک، آسیب و صدمه جسمی وارد نسازد، حق باقی است و در غیر این صورت، حق ساقط می‌شود (۲۱). در حقوق ایران، فلسفه این حقوق بیشتر حفظ مصلحت کودک است و والدین به این مورد ملزم هستند (۳۲). بنابراین اگر تغییر جنسیت اثر زیانباری را برای کودک نداشته باشد و آسیبی به او وارد نکند، دلیلی بر سقوط این حقوق وجود ندارد، ولی اگر متضمن وجود آسیب به کودک باشد، می‌توان به استناد فلسفه وجودی آن، حکم به سقوط حضانت و ولایت دارنده حق کرد. همان‌گونه که در ماده ۱۱۸۴ نیز سلب حق ولایت ولی یا عزل وی پیش‌بینی شده است.

با توجه به اینکه محور اصلی در بحث سرپرستی و حضانت کودک، بر مصلحت وی شکل گرفته، اگر تغییر جنسیت بر کودک آسیب و صدمه جسمی وارد نکند، حق سرپرستی و یا حضانت برای هر یک از پدر و یا مادر، باقی است و در غیر این صورت، حق ساقط می‌شود، البته در فرض عکس این قضیه و وارد شدن ضرر و آسیب به کودک، حکم به اسقاط این حق خواهد شد، چنانچه در ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی نیز، در صورت عدم رعایت غبطه و مصلحت کودک از سوی ولی قهری، به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رییس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید.

مشارکت نویسندگان

منصوره فصیح رامندی تمامی مراحل پژوهش را به انجام رسانده و ضمن تأیید نسخه نهایی، مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته است.

تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

تضاد منافع

نویسنده هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده است.

تأمین مالی

نویسنده اظهار می‌نماید که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده است.

References

1. Javaheri F, Kasma'ei M. Social outcomes of gender identity disorder (investigation of the social capital and life quality of the individuals willing for gender reassignment in Iran). *Journal of Iran's Social Studies*. 2011; 5(3): 3-22. [Persian]
2. Movahhed M, Kasma'eizadeh M. The relationship between the gender identity disorder and quality of life. *Seasonal Scientific and Research Journal of Social Welfare*. 2010; 12(44): 111-142. [Persian]
3. American Psychological Association. What does transgender mean?. 2014. Available at: <https://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>.
4. Fisher AD, Castellini G, Ristori J, Casale H, Cassioli E, Sensi C, et al. Cross-sex hormone treatment and psychological changes in transsexual persons: Two-year follow-up data. *The Journal of Clinical Endocrinology and Metabolism*. 2016; 101(11): 4260-4269.
5. Tawhidi AR. The right place for delegating the proctorship children with no parents or bad parents (child fostering) to transgendered individuals in the light of the child rights convention and Iran's laws. *Medical Journal of Ghanoun Yar*. 2019; 25(4): 53-61. [Persian]
6. Ja'afari Langarudi MJ. Family laws. Tehran: Ganj-e-Danesh; 2007. [Persian]
7. Kariminia MM. The effect of gender reassignment on the persistence of marriage. *Seasonal Journal of Medical Jurisprudence*. 2010; 2&3(5&6): 121-149. [Persian]
8. Ghodsi E, Mir Hussein SK. Gender reassignment in the penal and criminal laws. *Seasonal Journal of Jurisprudence and Islamic Law Studies*. 2016; 12(45): 121-144. [Persian]
9. Kariminia MM. Gender reassignment with an emphasis on Imam Khomeini's perspectives. Tehran: Oruj; 2012. [Persian]
10. Alidoust AA. Religion, canon and expediencies. *Seasonal Scientific and Research Journal of Ghabasat*. 2011; 16(6): 5-40. [Persian]
11. Rahbar M. Analyzing the applications of expediency and exigency in Imâmiyyeh Jurisprudence. PhD dissertation. Tehran: Imam Sadegh (PBUH) University; 2003. [Persian]
12. Elisabet AM. The best interest of the child. Edited by Todres J, Wojcik ME, Revaz CR. The UN convention on the rights of the child. No Place: Transnational Publishers; 2006.
13. Parsapour MB, Nourbakhsh S. Scales for evaluating the children's rights in Imâmiyyeh Jurisprudence, Iran's laws and convention on child rights. *Seasonal Journal of Comparative Research on Islamic and Western Laws*. 2015; 2(3): 1-23. [Persian]
14. Izaddehi SS. Criteria of the expediencies in Shiites' jurisprudence. *Transcendentalism Policies*. 2013; 1(1): 29-58. [Persian]
15. Bu Ali MSR. *Zawâbit al-Maslaha fi Shari'ah al-Eslâmiyyeh* [criteria for the expediencies in the Islamic canon]. Damascus: Dar al-Fikr; 2005. [Arabic]
16. Meghdadi MM. The position and effect of expediency in regard of the children's proctorship from the perspective of jurisprudence and laws. *Women's Strategic Studies*. 2011; 14(53): 175-210. [Persian]
17. Safa'ei SH, Emami A. A brief summary of family laws. Tehran: Mizan Publications; 2012. [Persian]
18. Makarem Shirazi N. *Anwâr al-Fiqâha, Kitâb al-Bay'e*. Qom: Amir al-Mo'menin School; 2002. [Persian]
19. Roshan M, Ghadiri M. Child fostering and their family rights in the light of the children's sublime expediencies. *Legal Studies*. 2013; 14(Special Version): 73-102. [Persian]
20. Committee on the rights of children, general comment no.14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. 2013. Art.3 para.1 p.4.
21. Ghanizadeh Bafghi M, Ghanizadeh Bafghi Z. Determining Custody Criteria in the Context of the Best Interest of the Child. *Legal Research Quarterly*. 2049; 21(84): 299-324. [Persian]
22. Children's Bureau Determining the best interests of the Child, Department of Health and Human Services and Child Welfare Information Gateway. 2016. p.3. Available at: <https://www.Childwelfare.Gov>.
23. Kelly JB. The Best Interests of the Child a Concept in Search of Meaning. *Family and Conciliation Cours Review*. 1997; 35(4): 377-387.
24. Available at: <https://www.acf.hhs.gov/childrens-bureau>.
25. Saie SMH, Kamyab Mansouri N. Remarriage of the mother, custody and the best interest of the child. *Public Law Studies Quarterly*. 2017; 46(4): 771-801. [Persian]
26. Tabatabaie A. Riyaz Almasal. Qom: Islamic Publishing Institute; 1996. [Persian]

27. Bariklo AR. Legal effects of gender reassignment. *Journal of Lecturer in Humanities*. 2004; 9(3): 107-129. [Persian]
28. Asghari AghaMashhadi F, Abdi Y. The Rules and Effects of Changing Gender. *Comparative law Research Quarterly*. 2008; 3(12): 1-24. [Persian]
29. Moemen Qomy M. Solid foundations on new issues. Qom: Jame Modaresin; 1995. [Persian]
30. Mousavi Khomeini R. *Tarir al-Vasile*. Tehran: Institute for the Regulation and Publication of Imam Khomeini's Works; 2013. [Persian]
31. Hor Ameli M. *Vasael al-Shia*. Qom: Ahl al-Bayt Institute; 1992. [Persian]
32. Katooziyan N. *Family Rights*. Tehran: Majd Publications; 2022. [Persian]