



## The Effect of Assessing the Child's Condition on the Deprivation of Custody from the View of Islamic Jurisprudence and Iranian Law

Abbas Ali Salehi ✉<sup>1</sup>

1. Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Arts and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.

Email: [abbasalisalehi@sku.ac.ir](mailto:abbasalisalehi@sku.ac.ir)

 0009-0005-4272-1986

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 4 December 2025

Received in revised form 15

January 2026

Accepted 19 February 2026

Available online 4 April 2026

#### Keywords:

deprivation of child custody,  
child's best interests,  
harm,  
guardian,  
custody in Iranian law.

### ABSTRACT

**Objective:** Deprivation of custody due to committing behaviors against the child's best interests is one of the most important legal guarantees in protecting children. Despite the clarification of Article 1173 of the Civil Code on the instances of deprivation of custody, the legislator has not taken a clear position on the possibility of assessing the child's condition before issuing a custody deprivation order. This ambiguity has led to the formation of different views in Islamic jurisprudence, Iranian law, and judicial practice. The present study was conducted with the aim of examining the legal jurisprudential foundations of determining the child's condition in deprivation of custody and providing a solution to reduce the conflict of judicial decisions.

**Method:** The present study was conducted using a descriptive-analytical method and an argumentative jurisprudence approach. The research data was collected through the study of jurisprudential books, legal sources, scientific articles, and judicial opinions and examined using a documentary analysis method.

**Results:** A review of the views of jurists showed that there are two approaches to assessing the child's condition before taking custody. One group has considered it necessary to assess the child's condition, citing the child's best interests and preventing harm. On the other hand, another group has considered the fulfillment of legal precedents sufficient for taking custody, citing the lack of competence of the guardian, the need to prevent possible harm, and the application of evidence. A review of judicial practice also indicates that the ambiguity in Article 1173 of the Civil Code has led to different opinion.

**Conclusions:** The research findings show that the view that assessing the child's condition is not permissible is more consistent with the jurisprudential principles and protective objectives of the law and prevents the issuance of conflicting opinions. Accordingly, the instances stipulated in Article 1173 of the Civil Code should be considered as a "legal presumption" so that, upon the fulfillment of each of them, the court can make the appropriate decision without the need to re-evaluate the child's condition. It is also suggested that this issue be explicitly stated in the law.

**Cite this article:** Salehi, A. A. (2026). The Effect of Assessing the Child's Condition on the Deprivation of Custody from the View of Islamic Jurisprudence and Iranian Law. *The Islamic Journal of Women and the Family*, 14(1), 103-119. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.21139.2443>



© The Author(s). retain the copyright and full publishing rights.

**Publisher:** Al-Mustafa International University.

**DOI:** <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.21139.2443>

## **Introduction**

Child custody is one of the most important protective institutions in Islamic jurisprudence and Iranian law, the main purpose of which is to ensure the physical, mental, moral and educational health of the child until he reaches adulthood (Ibn Manzur, 1414AH, 13/122; Turaihi, 1416AH, 6/237). In Article 1173 of the Civil Code, the legislator has listed examples such as harmful addiction, reputation for moral corruption, mental illness, child abuse and repeated assault as factors for deprivation of custody. However, the law has not explicitly stated whether the court should also evaluate the child's actual condition after each of these cases is fulfilled or whether merely fulfilling the examples is sufficient for deprivation of custody (Katouzian, 1992; Safaei and Emami, 2016). This legal silence has led to the formation of two different views among Islamic jurists, lawyers, and courts: one group considers it necessary to evaluate the physical, mental, and educational status of the child before issuing a custody deprivation order (Najafi, n.d., 31/287; Sabzevari, 1413AH, 25/276); on the other hand, another group considers the fulfillment of one of the legal instances sufficient for the lapse of the guardian's competence and considers the re-evaluation to lack a jurisprudential and legal basis (Tusi, 1387AH, 6/41; Ameli, 1427AH, 5/463). Since this issue has not been independently and comparatively examined in previous studies, the present study, with the aim of explaining the views of Islamic jurists, analyzing the legal foundations, and examining judicial practice, explores the origin of the difference of opinions and presents a solution to reduce conflict in court decisions.

## **Method**

This research was conducted using a descriptive-analytical method and an argumentative jurisprudence approach. The research data was collected through the study of reliable Imami and Sunni jurisprudential sources, legal works, case laws, scientific articles, and judicial opinions, and was evaluated using the method of documentary analysis. In this process, first, the jurisprudential foundations of each of the two perspectives on assessing the child's condition before deprivation of custody were extracted, then the evidence and documentation of each perspective were analyzed and criticized, and then, the perspective of Iranian law and judicial practice were adapted to these foundations.

## **Results**

The first view (permissibility of assessing the child's condition): According to this theory, the court must examine the child's physical, mental, and educational condition before issuing a decision to revoke custody, and only if harm is found, a decision to revoke custody should be issued. The main document of this view is to observe the child's best interests and prevent him/her from harm (Najafi, n.d., 31/287; Sabzevari, 1413AH, 25/276). From this perspective, some Imami jurists have not considered justice as a condition for custody (Hilli, 1413AH, B,

3/102) and have not even considered the temporary insanity of the guardian to be an obstacle to custody if it is possible to compensate for the shortcomings (Ameli, 1413AH, 8/421). The most important evidence of this group is the application of evidence related to the custody and the survival of the guardianship (Najafi, n.d., 31/283; Tabataba'i, 1412AH, 12/156). However, the author raises some objections to this view: citing the application of evidence is not consistent with the consensus of jurists regarding the necessity of reason in the guardian (Najafi, n.d., 31/268). Also, custody has a personal nature and assigning it to the guardian of an insane person is not consistent with the nature of this right (Ameli, 1413AH, 8/423). In addition, regarding the custody of an infidel, the author has not accepted this view, citing the verse of negation of the domination (Nisa: 141) and the narration of the Prophet Mohammad (Ruhani, 1412AH, 22/306; Ameli, 1427AH, 6/607).

The second view (impermissibility of assessing the child's condition): According to this view, when any of the factors for deprivation of custody are met, the guardian's competence is lost and the court does not need to separately examine the child's condition. Imami and Sunni jurists have ruled to deprive the child custody in numerous cases, without limiting the ruling to assessing the child's condition; including the mother's marriage during the custody period, which has been considered to cause the loss of the right to custody due to the conflict between marital duties and custody responsibilities (Fazel Hendi, 1416AH, 7/552; Ansari, 1429AH, 1/344) and Imami jurists have claimed consensus on this issue (Ameli, 1427AH, 5/463). The most important reason for this group is the necessity of preventing harmful actions against the child; *the Holy Quran* says: "A mother shall not be harmed for her child" (Baqarah: 233) and the rule of "no harm (La Zarar)" implies the negation of any ruling that causes harm (Ansari, n.d., 2/535; Hurr Ameli, 1409AH, 17/61). Also, based on the need to ward off possible harm, entrusting a child to a person who does not have the necessary qualifications due to addiction, illness or disability is not permissible from the point of view of reason (Ansari, 1429AH, 1/344). The author also objects to this view, as the aforementioned consensus is evidence of the famous narration "You have more rights than him unless you get married" (Abi Davoud, n.d., 2/283), and not all jurists have accepted it; some have considered it possible to return the right of custody with the dissolution of the marriage (Hilli, 1408AH, 2/291; Ibn Qudamah, n.d., 9/307).

In the legal section, a review of Article 1173 of the Civil Code shows that the legislator does not have a clear ruling on the necessity of assessing the child's condition after the occurrence of instances of deprivation of custody. This ambiguity has led some jurists to consider the assessment of the child's condition necessary in cases such as contagious diseases, inability to care for the child, or moral degradation (Katouzian, 1992, 2/160-163). A review of judicial practice also reveals the existence of differences in the interpretation of Article 1173; for example, in case number 9309970222600712 of the Seventh Branch of the Shahriar Family Court, the mere commission of an illicit relationship is recognized as a cause for the deprivation of custody of the mother, while in case number 30/7/1393-968 of Branch 101 of the Qom

General Court, the mother's criminal conviction due to illicit relationship is not recognized as an obstacle to the continuation of custody. This difference in opinions is a direct result of the ambiguity in the law and the difference in judges' understanding of the concept of the child's best interests (Article 41 of the Family Protection Law, approved in 2012).

## **Conclusions**

The conclusion of the research shows that the main source of the difference of views and the issuance of different judicial opinions is the silence of Article 1173 of the Civil Code regarding the possibility of assessing the child's condition after the factors for deprivation of custody are fulfilled. The examination of the jurisprudential principles indicates that although there are two approaches among Islamic jurists, the view that the assessment of the child's condition is not permissible is more consistent with the jurisprudential principles, the principle of child protection, and the objectives of the law. This view, by emphasizing the lack of competence of the guardian, the need to ward off possible harm, and prevent the exercise of personal preferences, can prevent the dispersion of judicial opinions. Accordingly, the author concludes that the instances mentioned in Article 1173 of the Civil Code should be considered as a "legal presumption" so that the court, after ascertaining each of these cases, issues the appropriate ruling without re-evaluating the child's condition. Of course, these instances are not exclusive and can also be extended to similar cases. Finally, it is suggested that the legislator clarify this issue in the text of Article 1173 of the Civil Code, thus providing the basis for resolving differences of understanding and establishing uniformity of procedure in the courts.

## **Author Contributions**

All stages of research design, article writing, and editing of the final versions were carried out by the author alone.

## **Data Availability Statement**

Data are available from the authors upon request.

## **Acknowledgements**

The author would like to thank all those who provided him with scientific and spiritual support in writing the article, especially the Department of Islamic Jurisprudence and Law (Faculty of Arts and Humanities, Shahrekord University).

## **Ethical Considerations**

The author emphasizes that all ethical principles have been observed in conducting and publishing this research. This has been confirmed by all authors. Cases such as falsification of data, distortion of results, plagiarism, and any other unethical behavior have been strictly avoided in this study.

***Funding***

This study was conducted without receiving any financial support from government, commercial, or non-profit organizations.

***Conflict of Interest***

The author declares that there are no conflicts of interest in connection with this study. In other words, there were no financial or personal interests that could affect the results of the study. .





## تأثیر ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران

عباسعلی صالحی<sup>۱</sup>

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده هنر و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران. رایانامه: [abbasalisalehi@sku.ac.ir](mailto:abbasalisalehi@sku.ac.ir)

| اطلاعات مقاله                                                                                                                            | چکیده                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>نوع مقاله:</b><br>مقاله پژوهشی                                                                                                        | <b>هدف:</b> سلب حضانت در اثر ارتکاب رفتارهای خلاف مصلحت طفل از مهم‌ترین ضمانت‌اجراهای حقوقی در حمایت از کودک است. با وجود تصریح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به مصادیق سلب حضانت، قانون‌گذار درباره امکان ارزیابی وضعیت کودک پیش از صدور حکم سلب حضانت موضع روشنی اتخاذ نکرده است. این ابهام موجب شکل‌گیری دیدگاه‌های متفاوت در فقه اسلامی، حقوق ایران و رویه قضایی شده است. پژوهش حاضر با هدف بررسی مبانی فقهی حقوقی ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت و ارائه راهکاری برای کاهش تعارض آرای قضایی انجام شد. |
| <b>تاریخ دریافت:</b> ۱۴۰۴/۰۹/۱۳<br><b>تاریخ بازنگری:</b> ۱۴۰۴/۱۰/۲۵<br><b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۴۰۴/۱۱/۳۰<br><b>تاریخ انتشار:</b> ۱۴۰۵/۰۱/۱۵ | <b>روش پژوهش:</b> پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با رویکرد فقه استدلالی انجام شد. داده‌های پژوهش از طریق مطالعه کتاب‌های فقهی، منابع حقوقی، مقالات علمی و آرای قضایی گردآوری و به شیوه تحلیل اسنادی بررسی شد.                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| <b>کلیدواژه‌ها:</b><br>سلب حضانت کودک،<br>مصلحت کودک،<br>ضرر،<br>حاضن،<br>حضانت در حقوق ایران.                                           | <b>یافته‌ها:</b> بررسی دیدگاه‌های فقیهان نشان داد که درباره ارزیابی وضعیت کودک پیش از سلب حضانت، دو رویکرد وجود دارد. گروهی با استناد به رعایت مصلحت طفل و دفع ضرر، ارزیابی وضعیت کودک را لازم دانسته‌اند. در مقابل، گروه دیگر با استناد به فقدان صلاحیت حاضن، لزوم دفع ضرر احتمالی و اطلاق ادله، تحقق مصادیق قانونی را برای سلب حضانت کافی دانسته‌اند. همچنین بررسی رویه قضایی بیانگر آن است که ابهام موجود در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی موجب صدور آرای متفاوت شده است.                                |
|                                                                                                                                          | <b>نتیجه‌گیری:</b> یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد دیدگاه قائل به عدم جواز ارزیابی وضعیت کودک، با مبانی فقهی و اهداف حمایتی قانون سازگارتر بوده و از صدور آرای متعارض جلوگیری می‌کند. براین اساس، مصادیق مقرر در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی باید به مثابه «فرض قانونی» تلقی شود تا با تحقق هر یک از آنها، دادگاه بدون نیاز به ارزیابی مجدد وضعیت کودک، تصمیم مقتضی را اتخاذ کند. همچنین پیشنهاد می‌شود این موضوع به صراحت در قانون مورد تصریح قرار گیرد.                                                     |

**استناد:** صالحی، عباسعلی (۱۴۰۵). تأثیر ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران. پژوهشنامه اسلامی زنان و خانواده، ۱۴(۱)، ۱۰۳-۱۱۹. <https://doi.org/10.22034/ijwf.2025.21139.2443>



### مقدمه

مسئولیت حضانت کودک تا زمان رسیدن به سن رشد و توانایی انجام امور بر عهده والدین اوست. برای سرپرستی، ویژگی‌های خاصی در کتب فقهی و قوانین موضوعه مطرح شده است تا مراحل رشد جسمی و تربیتی کودک به بهترین شکل ممکن طی شود. مسئله نگهداری و تربیت کودکان همواره مورد عنایت خاص قانون‌گذاران و مصلحان اجتماعی بوده است. (صفایی، ۱۳۹۵ ه.ق، ۳۷۸). در صورت ارتکاب اعمال مخالف مصلحت طفل، صلاحیت نگهداری او سلب می‌شود. قانون‌گذار در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، سرپرستی شخصی را که در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی، موجب به خطر افتادن صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل شود، نپذیرفته و اتخاذ تصمیم مقتضی را به دادگاه واگذار کرده است. همچنین، مصادیق سلب صلاحیت را در پنج مورد بیان کرده است: «اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛ اشتها به فساد اخلاق و فحشا؛ ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛ سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضداخلاقی، مانند فساد، فحشا، تکدی‌گری و قاچاق؛ تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف». ظاهر این مقرر دلالی بر سلب صلاحیت سرپرست فقط با تحقق یکی از امور مذکور دارد و در صورت وجود این موانع، ارزیابی وضعیت سرپرستی کودک ضروری به نظر نمی‌رسد، اما در رویه قضایی محاکم دادگستری، آرای متفاوتی در این خصوص صادر شده است. با تتبع در کتب فقهی اسلامی، می‌توان دو رویکرد متفاوت در این مورد مشاهده کرد؛ برخی فقها با استناد به لزوم دفع ضرر از کودک، معتقد به جواز ارزیابی وضعیت سرپرستی شده‌اند. در مقابل، گروهی دیگر با این دیدگاه مخالفت کرده‌اند. این مسئله در کتب فقهی پیشینیان به صورت صریح مطرح نشده است، اما می‌توان حکم آن را از برخی عبارات ایشان در موضوعات مرتبط با حضانت کودک به دست آورد.

با دقت در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، این پرسش مطرح می‌شود که در صورت تحقق یکی از موانع حضانت توسط سرپرست، آیا دادگاه حق بررسی موضوع و سنجش وضعیت سرپرستی طفل را دارد یا اینکه صرف تحقق یکی از مصادیق سلب حضانت، مستلزم صدور حکم به عدم صلاحیت سرپرست است؟ قانون مدنی در این مورد سکوت اختیار کرده و فقط به ذکر مصادیق سلب صلاحیت حضانت بسنده کرده است. این موضع قانون‌گذار سبب ایجاد آرای مختلف در محاکم دادگستری شده است. شایان ذکر است که درباره مسئله مورد بحث، پژوهش مستقلی به صورت تطبیقی ارائه نشده است؛ درحالی‌که پژوهش پیش‌رو، جایگاه ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت را با رویکرد تطبیقی و با تأکید بر رویه قضایی بررسی کرده است؛ موضوعی که در پژوهش‌های پیشین مغفول مانده است. برای تبیین صحیح موضوع، ابتدا لازم است این مسئله از منظر فقهی اسلامی بررسی و سپس با توجه به دیدگاه برگزیده، منشأ اختلاف نظرها تبیین شود.

### روش پژوهش

این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با رویکرد فقه استدلالی انجام شده است. داده‌های پژوهش از طریق مطالعه منابع معتبر فقهی امامیه و اهل سنت، آثار حقوقی، قوانین موضوعه، مقالات علمی و آرای قضایی گردآوری شده و با استفاده از روش تحلیل اسنادی مورد ارزیابی قرار گرفته است. در این فرایند، ابتدا مبانی فقهی هر یک از دو دیدگاه درباره ارزیابی وضعیت کودک پیش از سلب حضانت استخراج شده، سپس ادله و مستندات هر دیدگاه تحلیل و نقد شده و در ادامه، دیدگاه حقوق ایران و رویه قضایی با این مبانی تطبیق داده شده است.

## ادبیات موضوع و چارچوب نظری پژوهش

### ۱. مفهوم‌شناسی حضانت

حضانت در لغت به معنای نگهداری و پرورش دادن (ابن منظور، ۱۴۱۴ ه.ق، ۱۲۲/۱۳) و ولایت بر طفل به منظور تربیت و انجام کارهایی که به مصلحت او باشد، به کار می‌رود (طریحی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۲۳۷/۶). در اصطلاح فقهی، حضانت متضمن معانی مختلفی است که یکی از آنها قرار دادن کودک در آغوش مادر است. از این رو، میان عمل مزبور و تربیت طفل ملازمه برقرار است (انصاری، ۱۴۱۰ ه.ق، ۱۷/۶). برخی از فقهای اهل سنت، حضانت را به معنای اعمالی دانسته‌اند که حاضن برای تربیت طفل انجام می‌دهد (شافعی، ۱۳۷۰ ه.ق، ۶۲/۲). به عبارت دیگر، حضانت مستلزم نوعی ولایت بر طفل است (وجدانی فخر، ۱۴۲۶ ه.ق، ۲۹۹/۱۲). چنین برداشتی از حضانت، مورد پذیرش حقوق‌دانان نیز قرار گرفته و آن را اقتدار ناشی از قانون برای نگهداری و تربیت طفل دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱). بدیهی است که کودک در هر سنی به نوعی از نگهداری متناسب با طبیعت و نیازهای خود احتیاج دارد (امامی، بی‌تا، ۱۸۸/۵).

### ۲. بررسی فقهی تأثیر سنجش وضعیت کودک در سلب حضانت

از آنجا که این موضوع به طور صریح در قوانین موضوعه و کتب فقهی مطرح نشده است، برای انتخاب نظریه صحیح و رفع اختلاف موجود در محاکم دادگستری، باید به تعبیر فقه‌های اسلامی مراجعه کرد. در آثار ایشان، عباراتی وجود دارد که می‌تواند حکم این مسئله را روشن سازد. در مورد مسئله یادشده، دو دیدگاه متمایز وجود دارد. چون هر یک از این دیدگاه‌ها برای اثبات مدعای خود به ادله مختلفی استناد کرده‌اند، لازم است ابتدا صاحبان هر دیدگاه، و ادله آنان مطرح و سپس مورد ارزیابی قرار گیرد.

#### ۱-۲. جواز ارزیابی وضعیت کودک

مطابق این نظریه، در صدور حکم سلب حضانت، ابتدا باید وضعیت جسمانی و تربیتی کودک مورد مذاقه قرار گیرد و سپس تصمیم لازم اتخاذ شود. در برخی متون فقهی، تعبیری وجود دارد که این دیدگاه را تأیید می‌کند. از این منظر، اقدامات سرپرست باید مطابق مصلحت کودک باشد و بروز برخی موانع، مانند جنون و فسق - با در نظر گرفتن شرایطی - خللی به آن وارد نمی‌کند. بدین دلیل، برخی فقه‌های امامیه انجام این مسئولیت خطیر را منوط به عدالت حاضن نکرده‌اند (حلی، ۱۴۱۳ ه.ق. ب، ۱۰۲/۳) و حتی جنون موقتی سرپرست را نیز مانع حضانت ندانسته‌اند. از منظر ایشان، این موضوع شبیه بیماری قابل درمان است که خللی در حضانت کودک ایجاد نمی‌کند (عاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۲۱/۸). بدیهی است امور مربوط به سرپرستی به ولی حاضن (نجفی، بی‌تا، ۲۸۷/۳۱) یا شخص دیگر (طباطبایی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۱۵۶/۱۲) واگذار می‌شود تا ضرری متوجه کودک نشود. بنابراین، در صورت تأمین مصالح کودک، دلیلی بر سلب صلاحیت حاضن وجود ندارد و می‌توان این موضوع را با توجه به شرایط نگهداری و سلامت طفل احراز کرد.

#### اول) بیان ادله جواز ارزیابی وضعیت کودک

الف) اطلاق ادله: برخی فقها، موضوع حضانت را از شئون ولایت دانسته و حق تصرف در امور طفل را با چنین فرضی پذیرفته‌اند. براین اساس در صحت سرپرستی، به اشتراط عقل معتقد نیستند و تفویض مسئولیت به شخص مجنون را - به دلیل قبول مسئولیت توسط ولی او - جایز دانسته‌اند. (نجفی، بی‌تا، ۲۸۳/۳۱) براساس چنین مبنایی، این نوع حضانت پذیرفته شده و نیازی به شرط مباشرت ندارد؛ زیرا خلأ به وجود آمده با مساعدت ولی جبران شده و به دلیل موقتی بودن جنون، ضرری متوجه طفل نمی‌شود (نجفی، بی‌تا، ۲۸۳/۳۱). دلیل حکم مزبور، اطلاق ادله و بقای ولایت شخص سرپرست است؛ زیرا تحقق این موانع پس از پذیرش حضانت و ثبوت ولایت او رخ داده و مقتضای عموم ادله، استمرار ولایت حاضن

است و مانع ایجاد شده با واگذاری امور به ولی مرتفع می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۱۵۶/۱۲). بدیهی است در صورت به خطر افتادن سلامت طفل یا استمرار جنون، حضانت وی سلب می‌شود. (نجفی، بی تا، ۲۸۷/۳۱) همچنین، تمسک به اطلاقات در تفویض سرپرستی به شخص کافر، در صورت نبود مفسده برای کودک، نیز مورد استناد قرار گرفته است (سبحانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۳۳۵/۲). بنابراین، در موارد فوق باید ابتدا مصلحت طفل ارزیابی و سپس اقدام مقتضی انجام شود.

ب) هماهنگی با مصلحت طفل: تصرفات سرپرست منوط به رعایت مصلحت طفل است تا در پرتو آن، سلامت کودک تضمین شود. (نجفی، بی تا، ۲۸۷/۳۱) بدین دلیل، مراقبت از طفل تا هفت سالگی به مادر (کیدری، ۱۴۱۶ ه.ق، ۴۲۲) و پس از آن به پدر تفویض می‌شود (آبی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۲۰/۲). حق مزبور در صورت تحقق این شرط، قابل سلب نخواهد بود؛ اگرچه سرپرست در این مدت مرتکب زنا شود (مغنیه، ۱۴۲۰ ه.ق، ۳۱۴/۵). به عبارت دیگر، در چنین مواردی رعایت مصلحت طفل اولویت دارد؛ چه بسا در اثر مفارقت، آسیب‌های جدی و غیرقابل جبران به کودک وارد شود. بدین سبب، برخی فقهای امامیه به عدم جواز مفارقت معتقدند. دلیل ایشان، لزوم دفع ضرر و رعایت مصالح کودک است (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۲۷۶/۲۵). از همین رو، برخی حقوقدانان به دلیل تأمین مصلحت کودک، از ذکر برخی موانع حضانت، مانند کفر، خودداری کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱).

فقهای اهل سنت نیز جدایی میان مادر و طفلی را که نیازمند مراقبت است، تجویز نکرده و هرگونه اهمال و بی‌توجهی را موجب سلب حق حضانت دانسته‌اند (مغنیه، ۱۴۲۱ ه.ق، ۷۱۰/۴)؛ زیرا چنین رفتاری موجب ورود ضرر به طفل می‌شود و این زیان با قاعده «لاضرر» نفی می‌شود. از این رو، حکم مزبور عمومیت داشته و اختصاص به مورد خاصی ندارد. برخی فقهای امامیه نیز عدالت حاضن را شرط ندانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۰۲/۳) و حتی ارتکاب عمل نامشروع را موجب سلب صلاحیت وی ندانسته‌اند، مشروط بر اینکه سلامت طفل تأمین شود (سبزواری، بی تا، ۵۷۲) و آسیب غیرقابل جبران به وی وارد نشود (انصاری، ۱۴۱۹ ه.ق، ۳۵۸/۱).

## دوم) تحلیل و بررسی دیدگاه قائلین به جواز ارزیابی وضعیت کودک

ادله قائلان به این دیدگاه، اشکالاتی وجود دارد که برای تبیین بیشتر به آنها اشاره و مورد بررسی قرار می‌گیرند.

الف) دلالت اطلاقات بر حضانت مجنون: واگذاری سرپرستی طفل به شخص مجنون، به دلیل اطلاقات ادله، صحیح نیست؛ زیرا اول اینکه، چنین دیدگاهی با اتفاق نظر فقها درباره اشتراط عقل در سرپرست تعارض دارد (نجفی، بی تا، ۲۶۸/۳۱). بدین دلیل، برخی فقهای معاصر نیز تمسک به اطلاق ادله در سلب حضانت طفل را مورد تردید قرار داده‌اند (زنجانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۷۱۶۹/۲۵). دوم اینکه موضوع سرپرستی، امری شخصی است که با توجه به شرایط مراقبت و نگهداری طفل به افراد صلاحیت‌دار تفویض می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۲۳/۸؛ شربینی، ۱۴۲۱ ه.ق، ۴۵۴/۳). سوم اینکه، دلیل اصلی سلب حضانت مجنون، ناتوانی وی در انجام امور طفل است (بحرانی، ۱۴۳۲ ه.ق، ۹۱/۲۵). از این رو، موضوع حضانت نسبت به او خروج موضوعی دارد. افزون بر این، واگذاری حضانت به ولی طفل با شخصی بودن این موضوع سازگاری ندارد.

ب) سلب حضانت مادر به دلیل مسافرت: برخی فقیهان اسلامی، سرپرستی مادر را مشروط به اقامت وی دانسته و سفر مادر به مناطق دور را جایز ندانسته‌اند. دیدگاه مزبور به دلایلی پذیرفتنی نیست: دلیل نخست اینکه، حکم به عدم جواز سرپرستی مادر به دلیل عدم اقامت وی، مستند معتبری ندارد و پذیرش چنین ادعایی نیازمند دلیل خاص است (زنجانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۷۹۶۷/۲۵). دوم اینکه مهم‌ترین دلیل بر عدم جواز سفر مادر، مصلحت و تأمین سلامت طفل است؛ در غیر این صورت، اختصاص حکم اقامت به مادر، سبب ترجیح بلامرجه خواهد شد. بدیهی است اگر طفل تحت سرپرستی مادر باشد، پدر طفل نیز به دلیل ورود زیان به کودک، بدون هماهنگی حق مسافرت ندارد و در صورت نبود ضرر، اصل، جواز سفر است

و در این حکم میان پدر و مادر تفاوتی نیست (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۲۵/۲۸۳).

ج) تفویض حضانت کودک به کافر: واگذاری مسئولیت نگهداری کودک به شخص کافر صحیح نیست؛ زیرا اول اینکه حضانت کافر به دلیل آیه نفی سیل (ر.ک.، نساء: ۱۴۱) جایز نیست (روحانی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۲۲/۳۰۶) و از مصادیق تسلط کفار بر مسلمانان به شمار می‌رود (عاملی، ۱۴۲۷ ه.ق، ۶/۶۰۷) و فقهای امامیه، در مورد این حکم اتفاق نظر دارند (طباطبایی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۱۲/۱۵۵). مستند این حکم، روایت نبوی (ص) است که فرمود: «الإسلام یعلو و لایعلی علیه و الکفار بمنزله الموتی لایحجبون و لایرثون؛ اسلام همچنان به برتری می‌رود و هیچ دینی بر آن برتر نمی‌شود و کافران به منزله مرده‌اند؛ مانع از ارث دیگران نمی‌شوند و خودشان هم ارث نمی‌برند» (ابن بابویه، ۱۴۰۴ ه.ق، ۴/۳۳۴). این حدیث از نظر سندی معتبر بوده و فقهای امامیه در موارد گوناگون بدان استناد کرده‌اند. البته آیه ۱۴۱ سوره نساء، مفاد آن را تأیید کرده و این حدیث، دلیل مستقلی به شمار نمی‌رود (انصاری، ۱۴۲۹ ه.ق، ۱/۳۳۴). دوم اینکه حضانت طفل توسط سرپرست کافر، در صورت خوف فتنه، جایز نبوده و با آیه یادشده تعارض دارد (سبحانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۲/۳۳۵).

## ۲-۲. عدم جواز ارزیابی وضعیت کودک

مطابق این دیدگاه، در صورت بروز یکی از موانع حضانت، صلاحیت حاضن زائل شده و امکان بررسی وضعیت کودک وجود ندارد. دلیل اصلی این مسئله، فقدان صلاحیت لازم برای نگهداری طفل است؛ زیرا ادامه سرپرستی وی به مصلحت کودک نیست. بدین دلیل، فقیهان اسلامی در موارد مختلف، به صورت مطلق - بدون توجه به وضعیت کودک - قائل به سلب حضانت شده‌اند. به عبارت دیگر، ایشان سلب حضانت را مقید به شرطی نکرده‌اند. یکی از این موارد، تزویج مادر است که به دلیل تزاحم با وظایف زوجیت، آن را مخالف مصلحت کودک دانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۷/۵۵۲). به عبارت دیگر، انجام وظایف زوجیت، امکان رسیدگی کامل را از حاضن سلب کرده و استمرار حضانت وی را جایز نمی‌داند (انصاری، ۱۴۲۹ ه.ق، ۱/۳۴۴). از این رو، به محض انعقاد نکاح، حق حضانت او زائل می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق، ۶/۴۱؛ شاهرودی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۳۱/۲۹۲). فقهای امامیه نسبت به این حکم ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، ۱۴۲۷ ه.ق، ۵/۴۶۳). فقیهان اهل سنت نیز با استناد به اصل شفقت، ازدواج مزبور را موجب محرومیت طفل از محبت مادر دانسته و آن را جایز ندانسته‌اند (ابن نجیم، ۱۴۱۸ ه.ق، ۴/۲۸۵؛ شربینی، ۱۴۲۱ ه.ق، ۳/۴۵۵؛ دردیر، بی تا، ۲/۵۲۹).

## اول) بیان ادله عدم جواز ارزیابی وضعیت کودک

الف) جلوگیری از اقدامات زیان بار حاضن: تأمین سلامت کودک و جلوگیری از هرگونه ضرر به هر شخصی، مورد تأکید قرآن کریم و برخی روایات معتبر قرار گرفته است که می‌توان به آیه شریفه «لاتضرار والدیه بولدیه» (بقره، ۲۳۳) و برخی روایات اهل بیت علیهم السلام (ر.ک.، حر عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۱۷/۶۱) اشاره کرد. به عبارت دیگر، هر حکمی که مستلزم ضرر باشد، از سوی شارع جعل نمی‌شود (انصاری، بی تا، ۲/۵۳۵). ادله فوق، به دلیل اطلاق، شامل همه اقسام ضرر می‌شود. بنابراین، حاضن باید هرگونه عمل زیان بار را از طفل دور کند تا آسیبی متوجه او نشود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۳/۷۴). مسئولیت وی، علاوه بر مراقبت و نگهداری، شامل امور تربیتی نیز می‌شود و باید اقدامات لازم را برای ارتقای این امور انجام دهد (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ۲/۱۳). این حکم از آثار و فروعات ولایت سرپرست، بلکه از مهم‌ترین آنهاست و سیره عقلا نیز آن را تأیید می‌کند (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۷/۳۲۷). بنابراین، هرگونه سستی در انجام وظایف - به دلیل ورود ضرر به کودک - موجب سقوط حضانت وی می‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱ ه.ق، ۴/۷۱۰) و استمرار حضانت با مصلحت کودک ناسازگار است؛ از این رو، به بررسی وضعیت کودک نیازی نیست.

ب) اجماع فقها: قائلان دیدگاه عدم جواز ارزیابی وضعیت کودک، برای اثبات نظر خویش در برخی از موانع حضانت، به اجماع فقها استناد کرده‌اند. یکی از این موارد، تزویج مادر در دوران حضانت طفل است که به محض انعقاد نکاح، حضانت

وی زائل می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق، ۱۳۳/۵). از منظر ایشان، این حکم به دلیل اطلاق ادله، مقید به شرط خاصی نشده است (عاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۲۶/۸). افزون بر آن، پس از نکاح، منافع زوجه متعلق به زوج بوده و همین امر می‌تواند مانع استمرار حضانت وی شود (ابن قدامه، بی‌تا، ۳۰۲/۹). همچنین، برخی دیگر از فقها، مسلمان بودن حاضن را شرط دانسته و برای اثبات این حکم به اجماع و عدم اختلاف فقها استناد کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۳۷۲/۲).

ج) لزوم دفع ضرر احتمالی: سپردن مسئولیت نگهداری کودک به فرد فاقد صلاحیت، از نظر عقلی جایز نیست. در برخی موارد، حاضن به دلیل شرایط خاص خود، مانند اعتیاد، توانایی انجام این مسئولیت خطیر را ندارد؛ زیرا وی با اقدامات غیرعقلایی خویش، موجبات ورود ضرر به کودک را فراهم می‌آورد. از این رو، فقیهان اسلامی، قدرت بر نگهداری طفل را از شرایط حضانت دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۹ ه.ق، ۳۴۴/۱). حتی ممکن است علت سلب حضانت وی، فقدان عقل و حواس ظاهری هنگام مصرف مواد مخدر باشد (انصاری، ۱۴۲۹ ه.ق، ۳۶۱/۱). بدیهی است واگذاری مسئولیت نگهداری به چنین شخصی، عقلاً جایز نیست. این حکم، مبتنی بر آیات قرآن کریم (ر.ک.، بقره: ۲۸۶) و روایات اهل بیت علیهم‌السلام، از جمله حدیث رفع، است (صدوق، ۱۳۳۷، ۴۱۷/۲).

ممکن است سلب حضانت به دلیل عجز و ناتوانی حاضن، مانند ابتلا به بیماری مزمن، باشد. (شربینی، ۱۴۲۱ ه.ق، ۴۵۶/۳؛ دردیر، بی‌تا، ۵۲۸/۲؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۲۷۹/۹) حتی ممکن است حاضن از توانایی جسمی برخوردار باشد، اما به دلیل پذیرش مسئولیت دیگر، مانند ازدواج، حضانت وی زائل شده و این حق قابل بازگشت نباشد (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه.ق؛ قرطبی، ۱۴۰۸ ه.ق، ۲۶۰/۱۲؛ حصکفی، ۱۴۲۳ ه.ق)؛ زیرا پذیرش مسئولیت نگهداری طفل با حقوق همسر تزامنی داشته و حق زوجیت، به دلیل اولویت، مقدم می‌شود (طاهری نیا، ۱۳۸۳). دلیل عمده این حکم، دفع ضرر از کودک و تضمین سلامت اوست. شمول این قاعده، موارد احتمال و خوف ضرر را نیز در بر می‌گیرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۴۳۹/۱). بنابراین، براساس دیدگاه عقلی، دفع خطر محتمل لازم است (خراسانی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۳۵۴/۲). حکم یادشده با ظاهر نصوص و فتاوی فقها نیز هم‌خوانی دارد (شاهرودی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۳۸۲/۲؛ حلی، ۱۴۰۷ ه.ق، ۴۲۹/۳).

د) فقدان صلاحیت حاضن: یکی دیگر از ادله قائلان به منع حضانت، فقدان صلاحیت لازم برای سرپرستی است. بدیهی است سپردن چنین مسئولیتی به فردی که مرتکب یکی از موانع حضانت شده است، خلاف مصلحت کودک بوده و با حقوق وی سازگار نیست. از این رو، فرد مزبور در برخی موارد، مانند کفر، به منزله میت تلقی شده و حق هیچ‌گونه تصرفی ندارد و مسئولیت نگهداری کودک به جد پدری تفویض می‌شود. این حکم با مقتضای حضانت و حق اولویت جد پدری سازگار است (طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق، ۴۳/۶). برخی فقیهان اسلامی، حکم یادشده در موضوع کفر را به فسق سرپرست نیز تسری داده‌اند. دلیل ایشان، عدم منفعت کودک و بی‌اعتمادی به شخص فاسق است (عاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۲۴/۸؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۲۹۷/۹؛ ابن شاس، ۱۴۲۳ ه.ق، ۳۱۹/۲). این دیدگاه به برخی از فقهای اهل سنت نیز نسبت داده شده است. حنفیه ضمن تصریح به عدم اعتماد به شخص فاسق، به دو مصداق سرقت و اشتغال به مشاغل پست اشاره کرده‌اند (جزیری، ۱۴۲۴ ه.ق، ۵۹۷/۴). حنابله دلیل آن را عدم وثوق به انجام تکالیف و رسیدن ضرر به طفل دانسته‌اند (ابن قدامه، بی‌تا، ۲۹۷/۹) و برخی دیگر نیز عدم امانت‌داری وی را دلیل منع حضانت دانسته و افراد فاسق، شراب‌خوار و مشهور به زنا را نیز مشمول این حکم قرار داده‌اند (مغنیه، ۱۴۲۱ ه.ق، ۷۱۲/۴). شافعیه نیز در ابتدا قائل به عدم صلاحیت شخص فاسق شده و دلیل آن را عدم انجام صحیح وظایف سرپرستی دانسته‌اند (شافعی، ۱۴۲۱ ه.ق، ۴۵۵/۳).

## دوم) تحلیل و بررسی دیدگاه قائلین به عدم جواز ارزیابی کودک

الف) سلب حضانت مادر به دلیل اجماع فقها: تمسک به اتفاق نظر فقها برای سلب حضانت مادر، به دلایل زیر قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً، اجماع مورد استناد، مدرکی است. از این رو، برای سلب حضانت مادر در فرض مزبور به روایت ولید بن مسلم

استناد شده است. ولید بن مسلم از اوزاعی، از عمرو بن شعیب، روایتی را از پیامبر اسلام (ص) با این مضمون نقل کرده است: «زنی که فرزند خود را شیر میدهد و دامانش، نگهبان اوست درحالی که پدر طفل، این زن را طلاق داده و در صدد جدا نمودن فرزند از مادر است، چه کسی حق سرپرستی دارد؟». حضرت در پاسخ چنین فرمود: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي؛ زن تا زمانی که ازدواج نکرده باشد، نسبت به مرد در حضانت طفل حق اولویت دارد» (ابی داود، بی تا، ۲/۲۸۳). اول اینکه این روایت از نظر سندی حسن است. دوم اینکه، استناد مزبور با دیدگاه برخی فقهای امامیه ناسازگار بوده و با ادعای اجماع سازگاری ندارد. از این رو، برخی فقهای امامیه ضمن اشکال در انتساب این دیدگاه، آن را مخالف روایات متعدد دانسته اند. مؤید این مطلب آن است که معاصران شیخ طوسی در فتاوی خود به این روایت استناد نکرده اند (حلی، ۱۴۱۳ ه.ق. ب، ۷/۳۰۸). ب) اسقاط حق حضانت مادر با ازدواج: این دیدگاه به دلایل زیر پذیرفتنی نیست؛ زیرا اول اینکه این مسئله مورد پذیرش همه فقهای اسلامی نیست بلکه اکثریت فقها نظر مخالف آن را پذیرفته و قائل به بازگشت حضانت در طلاق باین و در طلاق رجعی پس از انقضای عده شده اند (حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ۲/۲۹۱). بدیهی است زوجه در طلاق رجعی در حکم همسر بوده و احکام زوجیت نسبت به او استمرار دارد (نجفی، بی تا، ۳۱/۲۸۹). دوم اینکه، علت اصلی سلب حضانت مادر، ازدواج وی است و با زوال این علت بر اثر طلاق، دلیلی برای محرومیت او از حضانت وجود ندارد. از این رو، شافعیه با استناد به زوال سبب تزویج، معتقد به بازگشت این حق به مادر شده اند (ماوردی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۱۱/۵۱۰). این حکم مورد تأیید حنابله نیز قرار گرفته است (ابن قدامه، بی تا، ۹/۳۰۷).

ج) اخذ مفهوم «ولایت» در حضانت: قائلان به دیدگاه جواز ارزیابی وضعیت کودک در صدور حکم سلب حضانت، با استناد به سیره عقلا (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۷/۳۲۷)، حضانت را از شئون ولایت دانسته و جنون را مخل سرپرستی تلقی نکرده اند (نجفی، بی تا، ۳۱/۲۸۳).

استدلال مزبور به دلایلی قابل مناقشه است که عبارتند از: نخست اینکه دلیل اصلی عدم اشتراط عقل در حضانت شخص مجنون معلوم نیست و احتمال دارد این مطلب از بداهت آن ناشی شده باشد. دوم اینکه تفویض سرپرستی کودک به یکی از والدین، به دلیل وجود شرایط لازم برای حضانت است و واگذاری این مسئولیت به ولی شخص مجنون نیازمند دلیل خاص است (روحانی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۲۲/۳۰۷)؛ زیرا ادله جواز این امر اختصاص به حقوق مالی دارد (زنجانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۲۵/۷۹۶۶) و شامل حضانت نمی شود. سوم اینکه، استناد به بنای عقلا، با توجه به تردید در احراز استمرار این سیره تا زمان ائمه معصومین علیهم السلام، صحیح نیست. افزون بر این، محققین علم اصول برای اعتبار چنین سیره ای وجوه مختلفی بیان کرده اند (عراقی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۳/۳۳؛ نائینی، ۱۴۰۶ ه.ق، ۳/۱۹۳). بر فرض تحقق چنین سیره ای نیز، با وجود دیدگاه مخالف، منع شارع از آن کشف می شود.

## ۲-۳. بیان دیدگاه حقوقی در مورد ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت

مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت طفل هم حق و هم تکلیف ابوبین است؛ بدین معنا که از سویی، نوعی اقتدار و اولویت قانونی برای والدین در نگهداری و تربیت طفل ایجاد می کند و از سوی دیگر، آنان را از طریق ابزارهای قانونی ملزم به انجام این وظایف می سازد، اما در صورت بروز خطر برای سلامت جسمانی کودک، حضانت آنان سلب می شود. در اینجا این پرسش مطرح است که آیا موارد مذکور در ذیل ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی سبب سقوط حق حضانت می شود یا اینکه صرفاً مانع بوده و پس از رفع مانع، صلاحیت شخص بازمی گردد؟ قانونگذار نسبت به این پرسش سکوت کرده و نظر مشخصی ارائه نداده و فقط در این مقرر به مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی اشاره کرده است. بنابراین، دادگاه می تواند در صورت به خطر افتادن سلامت جسمی یا روحی طفل، حضانت را از پدر یا مادر سلب کرده و آن را به دیگری یا شخص ثالث واگذار کند. مبنای این حکم، رعایت مصلحت طفل است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵) تا از ورود آسیب به کودک جلوگیری شود.

این موضوع مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته و در قانون حمایت خانواده به رعایت آن در تمامی تصمیمات دادگاه‌ها تصریح کرده است. از آنجا که ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، کلی و قابل برداشت‌های مختلف است، قانون‌گذار برای حمایت بیشتر از کودکان تحت حضانت، این ماده را اصلاح و مصادیق آن را تصریح نمود (اصلاحی ۱۱ آبان ۱۳۷۶). افزون بر این، عبارت «موارد ذیل از مصادیق...» در ذیل این ماده، دلالت بر تمثیلی بودن موارد مزبور دارد؛ بدین معنا که ممکن است دادگاه حکم این ماده را به موارد مشابه نیز تسری دهد. در صورت تحقق برخی مصادیق مانند جنون، حضانت ساقط شده و نگهداری طفل بر عهده شخص دیگری خواهد بود (ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی). در برخی موارد دیگر نیز با رفع مانع، شخص می‌تواند به وظایف خود ادامه دهد. در چنین مواردی، بررسی میزان تأثیر مانع حضانت بر وضعیت طفل توسط دادگاه ضروری است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۶۳/۲). برخی از مصادیقی که نیازمند ارزیابی دادگاه است عبارت‌اند از: ناتوانی در نگهداری طفل، ابتلا به بیماری‌های ساری، انحطاط اخلاقی و اعمال خشونت خارج از حد متعارف (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۶۰/۲). با وجود تصریح قانون‌گذار، آرای متناقضی در برخی محاکم قضایی صادر شده است که با مواد قانونی هم‌خوانی ندارد. برای رعایت اختصار، فقط به یک نمونه از مصادیق مذکور در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی اشاره می‌شود: براساس این ماده، صلاحیت سرپرست در اثر اشتباه به فساد زائل می‌شود، اما مفاد این حکم در دادنامه شماره «۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۷۱۲» شعبه هفتم دادگاه خانواده شهریار رعایت نشده است. در این دادنامه، حضانت مادر به دلیل ارتکاب رابطه نامشروع سلب شده و حتی در مرحله تجدیدنظرخواهی نیز ایراد ماهوی یا شکلی نسبت به رأی، وارد ندانسته شده است. براساس این رأی، ارتکاب یک بار این جرم سبب سلب حضانت شده است؛ در حالی که قانون‌گذار از واژه «اشتهار» استفاده کرده است و ظاهر این واژه دلالت بر تکرار رفتار دارد. در مقابل، برخی محاکم، آرای مغایر صادر کرده‌اند از جمله در دادنامه شماره «۹۶۸ - ۳۰/۷/۱۳۹۳» شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی قم، محکومیت کیفری مادر به دلیل رابطه نامشروع، مانع حق حضانت وی شناخته نشده است. ممکن است این تعارض در آرای قضایی از طریق مصلحت‌اندیشی دادگاه مرتفع شود؛ از این رو، دادگاه در صورت تشخیص مفسده در توافقات انجام شده، می‌تواند اقدامات لازم را مطابق مصلحت طفل انجام دهد (ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱). با این حال، دیدگاه مزبور به دلیل نبود تعریف مشخص از مفهوم «مصلحت» و نیز تفاوت برداشت قضات در پرونده‌های مختلف، می‌تواند موجب صدور آرای متفاوت شود.

به نظر می‌رسد این تعارض با تلقی مصادیق مذکور در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به عنوان «فرض قانونی» مرتفع شود. اصطلاح «فرض قانونی» به معنای «از پیش انگاشتن امری توسط قانون‌گذار» است. مقصود از «قانونی» آن است که این فرض در منابع حقوق، مانند قانون مدون یا رأی وحدت رویه، صراحتاً پیش‌بینی شده باشد (خالقی و همکاران، ۱۳۹۴). در این صورت، دادرس به صرف احراز تحقق یکی از مصادیق مقرر در این ماده، باید اقدام مقتضی را برای سلب حضانت اتخاذ کند؛ زیرا قانون‌گذار در ذیل این ماده، موارد مزبور را صریحاً از مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی دانسته و آن را مشروط به بررسی وضعیت کودک نکرده است. در مقابل، اگر مقصود قانون‌گذار از این موارد، اماره قانونی باشد، باید از طریق قرائن قانونی این مقصود را بیان می‌کرد. افزون بر این، تفسیر مقرر بر مبنای اماره قانونی و وابسته کردن آن به ارزیابی وضعیت طفل، زمینه صدور آرای متعارض را فراهم کرده و مشکل موجود را برطرف نخواهد کرد.

### نتیجه‌گیری

با بررسی ادله دو دیدگاه درباره ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت طفل، مشخص شد که دلیل اصلی تعارض آرای قضایی، ابهام موجود در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی و عدم تصریح قانون‌گذار نسبت به امکان ارزیابی وضعیت کودک است. فقهای مسلمان در کتب و آثار فقهی خویش به دو دیدگاه اشاره کرده‌اند و هر یک برای اثبات مدعای خود به ادله مختلفی استناد کرده‌اند.

دیدگاه قائلان به عدم جواز ارزیابی وضعیت کودک در سلب حضانت، از استحکام بیشتری در تأمین مصالح کودک برخوردار است؛ ضمن آنکه می‌تواند از بروز دیدگاه‌های متفاوت میان دادرسان جلوگیری کند. به نظر می‌رسد راهکار رفع تعارض و جلوگیری از تشتت آرای قضایی، تلقی مصادیق این مقرر به عنوان «فرض قانونی» است. در این صورت، به محض تحقق یکی از موارد مصرح در این مقرر، صلاحیت حاضن سلب شده و پرونده کودک برای تعیین سرپرست قانونی به مراجع ذی صلاح ارجاع می‌شود. براساس چنین فرضی، دادرس پرونده حق اعمال نظر شخصی در موضوع را نداشته، بلکه باید مطابق نظر قانون‌گذار تصمیم مقتضی اتخاذ کند. بدیهی است این مصادیق جنبه حصری نداشته، بلکه تمثیلی است (صفایی، ۱۳۹۵). در مقابل، اماره دانستن مصادیق این مقرر با عبارات صدر ماده سازگاری نداشته و نمی‌تواند از صدور آرای قضایی متفاوت جلوگیری کند. براین اساس، پیشنهاد می‌شود «قید فرض قانونی» این موارد به این مقرر، توسط قانون‌گذار ملحق شود تا از بروز اختلاف در آرای محاکم قضایی جلوگیری شود.

### پیشنهادهای پژوهشی

با توجه به یافته‌های این پژوهش، پیشنهاد می‌شود:

با انجام پژوهش‌های فقهی و حقوقی، معیارهای تشخیص «عدم صلاحیت حاضن» و قلمرو مصادیق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مورد بازنگری قرار گیرد تا زمینه ارائه معیارهای روشن‌تر برای تفسیر و اجرای این ماده فراهم شود.

پژوهشی مستقل با محوریت تحلیل آرای محاکم خانواده در خصوص سلب حضانت انجام شود تا عوامل مؤثر در اختلاف رویه قضایی و نحوه استناد دادگاه‌ها به «مصلحت کودک» و مصادیق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی تبیین شود.

آثار پذیرش هریک از دو نظریه «فرض قانونی» و «اماره قانونی» در خصوص مصادیق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، از منظر فقه امامیه، حقوق موضوعه و رویه قضایی، در پژوهشی مستقل بررسی شود تا مبنای مناسب‌تری برای اصلاح قانون و ایجاد وحدت رویه قضایی ارائه شود.

با انجام مطالعات تطبیقی میان حقوق ایران و سایر نظام‌های حقوقی و نیز اسناد بین‌المللی مرتبط با حقوق کودک، راهکارهای تقنینی و قضایی مؤثر برای حمایت هرچه بیشتر از مصلحت کودک در دعاوی حضانت و سلب حضانت ارائه شود.

پژوهشی درباره شرایط و آثار اعاده حضانت پس از زوال عوامل سلب حضانت و معیارهای احراز بازگشت صلاحیت حاضن انجام شود تا خلأهای موجود در قوانین و رویه قضایی در این زمینه شناسایی و برطرف گردد.

### ملاحظات اخلاقی

#### پیروی از اصول اخلاق پژوهش

نویسندگان تأکید می‌کنند که کلیه اصول اخلاقی در انجام و انتشار این پژوهش رعایت شده است. این موضوع توسط تمامی نویسندگان تأیید شده است.

#### عدم سوء رفتار علمی

مواردی مانند جعل داده‌ها، تحریف نتایج، سرقت ادبی و هرگونه رفتار غیراخلاقی دیگر در این پژوهش به‌طور جدی پرهیز شده است.

#### مشارکت نویسندگان

تمامی نویسندگان به‌صورت مساوی در طراحی پژوهش، نگارش مقاله و ویرایش نسخه‌های نهایی مشارکت داشته‌اند.

## تعارض منافع

نویسندگان عدم وجود تعارض منافع (Conflict of Interest) را در ارتباط با این پژوهش اعلام می‌کنند. به عبارت دیگر، هیچ‌گونه منافع مالی یا شخصی که بر نتایج تحقیق تأثیرگذار باشد، وجود نداشته است.

## حامی مالی

این پژوهش بدون دریافت هرگونه حمایت مالی از سازمان‌های دولتی، تجاری یا غیرانتفاعی انجام شده است.

## سپاسگزاری

نویسنده مقاله، از همه کسانی که ایشان را در نگارش مقاله حمایت علمی نمودند، تشکر می‌نماید.

## منابع

- قرآن کریم (۱۳۸۰). مترجم: مکارم شیرازی، ناصر. قم: انتشارات دارالقرآن الکریم.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۴ ه.ق). من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ابن شاس، عبدالله بن محمد (۱۴۲۳ ه.ق). عقد الجواهر الثمينة فی مذهب عالم المدینة. بیروت: دارالغرب الإسلامی.
- ابن قدامه، عبدالرحمن بن محمد (بی‌تا). المغنی. بی‌جا: دار الکتاب العربی للنشر والتوزیع.
- ابن منظور، محمد (۱۴۱۴ ه.ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ابن نجیم، زین الدین (۱۴۱۸ ه.ق). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ ه.ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- امامی، سید حسن (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیة.
- انصاری، قدرت‌الله (۱۴۲۹ ه.ق). موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (عج).
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ ه.ق). المکاسب (المحشی). قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب.
- انصاری، مرتضی بن محمد (بی‌تا). قاعدة لاضرر والبد والصحة والقرعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- جزیری، عبدالرحمن بن محمد (۱۴۲۴ ه.ق). الفقه علی المذاهب الأربعة. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل‌البيت (عج).
- حصکفی، محمد بن علی (۱۴۲۳ ه.ق). الدر المختار شرح تنویر الأبصار وجامع البحار. بی‌جا: دارالکتب العلمیة.
- حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ ه.ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: انتشارات اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق). قواعد الأحکام. قم: انتشارات اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق). ب. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خالقی، ابوالفتح، و درودی، علی (۱۳۹۴). فرض قانونی علم و اطلاع نسبت به امور حکمی. فصلنامه حقوق اسلامی، ۱۲ (۴۶)، ۶۲-۸۴.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ ه.ق). کفایة الأصول. قم: مؤسسه آل‌البيت (عج) لإحياء التراث.
- دردیر، ابوالبرکات (بی‌تا). الشرح الكبير. بی‌جا: دارالإحياء العربی.
- روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ ه.ق). فقه الصادق (عج). قم: دارالکتاب، مدرسة الإمام الصادق (عج).
- زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ ه.ق). کتاب النکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ ه.ق). نظام النکاح فی الشریعة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (عج).
- سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ ه.ق). مذهب الأحکام. قم: دارالتفسیر.
- سبزواری، سید عبدالأعلى (بی‌تا). جامع الأحکام الشرعیة. قم: مؤسسه المنار.
- شافعی، أبوالحسین، یحیی بن أبی‌الخیر (۱۴۲۱ ه.ق). البیان فی مذهب الإمام الشافعی. جدة: دارالمنهاج.
- شافعی، أبوعبدالله، محمد بن إدريس (۱۳۷۰ ه.ق). مسند الإمام الشافعی. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- شربینی، محمد بن أحمد (۱۴۲۱ ه.ق). مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج. بیروت: دارالکتب العلمیة.

- صدوق، محمد بن علی (۱۳۳۷). الخصال. تهران: نشر کتابچی.
- صفایی، سید حسین، و امامی، اسدالله (۱۳۹۵). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
- طاهری نیا، احمد (۱۳۸۳). پژوهشی در حضانت کودک. کاوشی نو در فقه اسلامی، ۱۱ (۴۱)، ۸۵-۱۱۴.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۷ ه.ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲ ه.ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ ه.ق). مجمع البحرین. تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه.ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه.ق). الخلاف. قم: انتشارات اسلامی.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه.ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۲۷ ه.ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: دارالتفسیر.
- عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ ه.ق). الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة. قم: دارالفقه للطباعة والنشر.
- فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶ ه.ق). كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- قرطبی، محمد بن أحمد (۱۴۰۸ ه.ق). البیان والتحصیل والشرح لمسائل المستخرجة. بیروت: دارالغرب الإسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). دوره حقوق مدنی: خانواده. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی: خانواده. تهران: نشر میزان.
- کیدری، قطب الدین، محمد بن حسین (۱۴۱۶ ه.ق). إصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- ماوردی، أبوالحسن، علی بن محمد (۱۴۱۹ ه.ق). الحاوی الکبیر. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۰ ه.ق). فقه الإمام الصادق علیه السلام. قم: انتشارات انصاریان.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ ه.ق). الفقه علی المذاهب الخمسة. بیروت: دارالتیاری.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۱). تحریرالوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نجفی، محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- وجدانی فخر، قدرت الله (۱۴۲۶ ه.ق). الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة. قم: انتشارات سماء قلم.