



## The Role of Communicable Diseases in Parental Custody Deprivation

Mahmoud Akbari<sup>1\*</sup>, Ahmad Ommi<sup>2</sup>, Mohammad Zarei Mahmoudabadi<sup>3</sup>

1. Department of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah Boroujerdi University, Borujerd, Iran.

2. Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

3. Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Increasing the number of infectious diseases among people, the need to avoid contact with a person with infectious diseases, disruption of family rules and custody and the impact of these diseases on the health of children and parents, cause disagreement in depriving a person of custody the disease has become contagious. Disagreement and deprivation of custody due to contagious disease and providing the interests of the child and parents and the need to provide solutions to apply legal rules and amend the provisions of civil law from the context and goals of the present.

**Method:** This research uses Islamic sources in a descriptive-analytical method and using library sources to prove the hypothesis that under certain conditions, infectious diseases can lead to deprivation of custody.

**Ethical Considerations:** Throughout the present study, scientific integrity and fidelity have been fully observed.

**Results:** Illness in certain conditions will lead to the removal of custody, putting the child's health at risk and causing harm to them, or the caregiver may not be able to perform child-related tasks due to a chronic illness. Considering that the personal supervision of the guardian in carrying out custody duties is not a requirement, if the caregiver is able to prevent the spread of the disease by taking actions such as hiring a nurse, the principle of custody survival remains.

**Conclusion:** The findings of the study show that in cases where the result of leaving the child to a sick person endangers the health of the child, according to the secondary rule of no harm and Article 40 of the constitution and Article 1173 of the civil code, custody will be revoked unless the sick person is able to provide conditions that prevent the disease from spreading to the child.

**Keywords:** Custody; Interest of the Child; Physical Health; Chronic Disease; Communicable Disease

**Corresponding Author:** Mahmoud Akbari; **Email:** M.akbari@abru.ac.ir

**Received:** July 25, 2023; **Accepted:** December 03, 2023; **Published Online:** March 03, 2024

### Please cite this article as:

Akbari M, Ommi A, Zarei Mahmoudabadi M. The Role of Communicable Diseases in Parental Custody Deprivation. *Medical Law Journal*. 2023; 17(58): e62.



## مجله حقوق پزشکی

دوره هفدهم، شماره پنجاه و هشتم، ۱۴۰۲

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



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

### نقش بیماری‌های واگیردار در سلب حضانت والدین

محمود اکبری<sup>۱\*</sup>، احمد امی<sup>۲</sup>، محمد زارعی محمودآبادی<sup>۳</sup>

۱. گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیتا... بروجردی، بروجرد، ایران.

۲. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۳. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** ارتباط با افراد دارای بیماری‌های واگیردار و نگرانی‌های حاصل از آن، یکی از دغدغه‌های مهم نزدیکان این‌گونه افراد است. حضانت کودکان توسط والدین از جمله این ارتباطها است که می‌تواند بر سلامتی کودک یا والدین، تأثیر منفی داشته باشد. همین امر سبب اختلاف نظر در سلب حضانت شخص مبتلا به بیماری واگیردار شده است. بر این اساس بررسی سلب حق حضانت از افراد دارای بیماری واگیردار، بر اساس مصالح کودک از اهداف نوشته حاضر است.

**روش:** این تحقیق با بهره‌گیری از منابع اسلامی به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به دنبال اثبات این فرضیه است که بیماری‌های واگیردار می‌توانند باعث سلب حضانت گردند.

**ملاحظات اخلاقی:** دسر اسر پژوهش حاضر صداقت و امانتداری علمی به طور کامل رعایت شده است.

**یافته‌ها:** بیماری در شرایطی باعث سلب حضانت خواهد شد که سلامتی طفل را در معرض خطر قرار دهد و موجب اضرار او شود یا اینکه سرپرست به خاطر بیماری مزمن، قادر به انجام امور کودک نباشد. با توجه به اینکه مباشرت شخص حاضر در انجام وظایف حضانت شرط نیست، اگر نگهدارنده قادر باشد با انجام اقداماتی از قبیل استخدام پرستار، از سرایت بیماری جلوگیری کند، اصل بقای حضانت است.

**نتیجه‌گیری:** یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد در مواردی که سپردن کودک به فرد بیمار باعث به خطراتادن سلامتی طفل می‌شود، طبق قاعده ثانویه لاضرر، اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، حق حضانت سلب خواهد شد، مگر اینکه شخص بیمار بتواند شرایطی فراهم کند که از سرایت بیماری به کودک جلوگیری نماید.

**واژگان کلیدی:** حضانت؛ مصلحت کودک؛ سلامت جسمی؛ بیماری مزمن؛ بیماری مسری

نویسنده مسئول: محمود اکبری؛ پست الکترونیک: [M.akbari@abru.ac.ir](mailto:M.akbari@abru.ac.ir)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۲؛ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۲/۱۳

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

Akbari M, Ommi A, Zarei Mahmoudabadi M. The Role of Communicable Diseases in Parental Custody Deprivation. Medical Law Journal. 2023; 17(58): e62.

## مقدمه

بدون شک شرایط نگهداری کودکی که والدین او به هر دلیلی از قبیل طلاق، جدا از هم زندگی می‌کنند، بر روی سرنوشت کودک و سلامتی او نقش اساسی دارد، لذا شرایط نگهداری کودک، از جمله مباحثی است که نمی‌توان نسبت به آن بی‌تفاوت بود. حضانت برای سلامت و رشد کودک ضروری است، لکن مراقبت صحیح از کودک نیازمند شرایطی است. برخی از این شرایط به بعد معنوی کودک توجه دارند، مانند اسلام و صلاحیت‌های اخلاقی و برخی دیگر وجود آن‌ها در شخص حاضن، به خاطر تأمین نیازهای کودک از قبیل سلامت از بیماری‌ها است. «حق بر سلامت»، یکی از حقوق بنیادین کودک محسوب می‌شود که علاوه بر مستندات حقوقی، در صورتی که همراه با مبانی شرعی و فقهی باشد، دارای ضمانت اجرای کیفری خواهد بود (۱).

برخی از بیماری‌های واگیردار بر سلامتی کودک تأثیر منفی می‌گذارند. این در حالی است که روز به روز به شمار بیماری‌های واگیردار، افزوده می‌شود، به نحوی که منجر به اپیدمی‌های جهانی و ایجاد خسارت‌های مالی و جانی شده و آثار فرهنگی و اجتماعی قابل توجهی به وجود می‌آورد. انفلوانزا و کرونا (به عنوان یک سندروم حاد تنفسی و تهدیدکننده سلامت عمومی) از جمله این بیماری‌ها است (۲) که به علت دامنه وسیع تأثیرات آن بر سلامتی مردم کره زمین محققان و پزشکان را به تفکر و چاره‌جویی واداشته است. بیماری‌های واگیردار در قواعد حقوق خانواده در زمینه حضانت و ملاقات کودک نیز تأثیر به‌سزایی دارند، به طوری که نیازمند ارائه راهکارهایی جهت اعمال قواعد حقوقی و چگونگی اجرای قانون و احکام دادگاه‌ها هستند.

در قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده در مورد بیماری حاضن به طور صریح تعیین تکلیف نشده است، اما از ماده ۱۱۷۳ ق.م که مصادیقی از عدم مواظبت والدین را به طور تمثیلی بیان کرده، استنباط می‌شود در صورت در معرض خطر قرارگرفتن سلامت جسمانی و تربیت اخلاقی طفل، مصلحت کودک، محور تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد. پیامدهای

ناشی از سرایت بیماری به کودک، ایجاب می‌کند که این موضوع و معیارهای سلب حضانت مبتلایان به بیماری‌های واگیردار مورد بررسی قرار گیرد.

تاکنون تحقیقی که به بررسی معیارهای سلب حضانت اشخاص بیمار بپردازد، ارائه نشده است. همین امر، باعث ترغیب نگارندگان به بررسی این موضوع شد.

## ملاحظات اخلاقی

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

## روش

تحقیق حاضر، با روش توصیفی - تحلیلی، ادله موافقان و مخالفان سلب حضانت مبتلایان به بیماری‌های مسری و معیارهای سلب حضانت در بیماری‌های واگیردار را مورد بررسی قرار داده است.

## یافته‌ها

بیماری در شرایطی باعث سلب حضانت خواهد شد که سلامتی طفل را در معرض خطر قرار دهد و موجب اضرار او شود یا اینکه سرپرست به خاطر بیماری مزمن، قادر به انجام امور کودک نباشد. با توجه به اینکه مباشرت شخص حاضن در انجام وظایف حضانت شرط نیست، اگر نگهدارنده قادر باشد با انجام اقداماتی از قبیل استخدام پرستار، از سرایت بیماری جلوگیری کند، اصل بقای حضانت است.

## بحث

فلسفه حضانت، تأمین مصلحت کودک با تعیین شایسته‌ترین فرد برای نگهداری اوست. هر آنچه که برخلاف این هدف باشد، موجب سلب حضانت می‌شود. شرایطی که برای اعمال یا سلب حق حضانت در نظر گرفته شده است، دو حالت دارد: حالت اول شرایطی که در صورت فقدان آن شرایط، اصلاً امکان حضانت وجود ندارد، نظیر اینکه شخص مجنون یا صغیر باشد

در این صورت نمی‌تواند سرپرستی کسی را بر عهده داشته باشد، در این موارد، حضانت به شخص دیگری اعطا می‌شود؛ حالت دوم دربرگیرنده شرایطی است که به صورت عادی امکان حضانت وجود دارد، اما بر اساس احکام ثانویه نمی‌توان حق حضانت را اعمال کرد. این حالت شامل مواردی می‌شود، از جمله اینکه اعطای حق حضانت به والدین یا حفظ آن باعث ایجاد اضرار به کودک شود. در این حالت بر اساس مفاد قاعده لاضرر امکان اعمال حق حضانت وجود ندارد. در این مورد می‌توان به اصل ۴۰ قانون اساسی که اعمال حق را منوط به عدم اضرار به غیر کرده است نیز تمسک کرد. مورد بعدی در جایی است که با اعمال حق حضانت ممکن است مصلحت کودک به خطر بیفتد نظیر انحطاط اخلاقی یا بیماری واگیردار سرپرست. آنچه مد نظر این تحقیق است، سلب حضانت به علت بیماری واگیردار سرپرست مستند به ماده ۱۱۷۳ ق.م. است. طبق ماده مذکور، در معرض خطر قرارگرفتن صحت جسمانی طفل، از عوامل تصمیم‌گیری بر مبنای بالاترین مصلحت کودک و تجدید نظر در وضع حضانت است. قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده در رابطه با شرط سلامت از بیماری سرپرست، حکم صریحی پیش‌بینی نکرده‌اند. برای اجتناب از این خلأ قانونی، بررسی امکان تعمیم عوامل سلب حضانت، ضرورت دارد. در خصوص این امکان، دو دیدگاه وجود دارد: دیدگاهی با تکیه بر اصولی چون اطلاق روایات و امکان نائب‌گرفتن و اصل استصحاب، شرط سلامت از بیماری ساری نگهدارنده را معتبر نمی‌داند. دیدگاهی دیگر با تکیه بر روایات، قاعده لاضرر و مصلحت کودک، معتقد به سلب حضانت شخص مبتلا به بیماری واگیردار است.

**۱. مفهوم حضانت و بیماری:** در این قسمت، شایسته است ابتدا مفهوم حضانت و بیماری تبیین گردد:

**۱-۱. مفهوم حضانت:** یعنی در زیر بال‌گرفتن، دربرگرفتن، در دامن خود پروراندن، دایگی و پرستاری کودک است (۳). حضانت نه‌تنها نگهداری کودک و توجه به امور جسمی او را دربر می‌گیرد، بلکه مسایل تربیتی و آموزشی او را نیز شامل می‌شود (۴). مفهوم حضانت شامل اقداماتی می‌گردد

که برای بقا، رشد و سلامتی جسمی و روحی طفل لازم است مانند دادن خوراک و پوشانیدن لباس، البته نوع نگهداری کودک به تناسب سن او متفاوت می‌شود (۵). حضانت، جهت رعایت مصلحت کودک وضع شده است. مصلحت، یعنی آن چیزی که رعایت آن منجر به کسب منفعت و یا دفع ضرر می‌شود (۶). حق حضانت والدین، مطلق نیست، بلکه این حق تا جایی است که مصلحت کودک خلاف آن را اقتضا نکند. به این معنا که اگر سپردن طفل به شخصی، باعث به خطرآفتادن مصلحت کودک شود، حق کودک، مقدم بر دیگر حقوق است، زیرا شرایطی که فقها برای شخص حاضن بیان می‌کنند، نشان‌دهنده رعایت مصلحت و غبطه طفل است (۷). همچنین فقها بر اساس آیه ۱۹۵ سوره بقره و آیه ۲۹ سوره نساء انجام هر کار مضری که جان انسان را به خطر بیندازد، حرام دانسته‌اند (۸) و مشهور فقها انجام هر کاری که برای انسان ضرر دارد را (به جز ضررهای کم و جزئی) حرام می‌دانند (۹)، لذا سپردن حضانت کودک به کسی که جان او را در معرض خطر قرار می‌دهد و یا باعث ایجاد ضرر جسمی معتنی به می‌شود از نظر شرعی حرام است.

**۱-۲. مفهوم و اقسام بیماری:** بیماری، حالتی است که بدن انسان را از تعادل جسمی یا روحی خارج می‌کند (۱۰). شخصی را که به واسطه بیماری، نیاز به اقدامات درمانی پیدا می‌کند یا توانایی انجام امور را از دست می‌دهد، بیمار می‌گویند (۱۱). در فقه، بیماری به مخوف و غیر مخوف تقسیم شده است و بیماری را شامل خفیف و شدید می‌دانند (۱۰). همچنین بیماری، به دو دسته بیماری جسمی و روحی تقسیم می‌شود، برخی از بیماری‌های جسمی نظیر سل، آنفلوانزا، ایدز، مسری هستند و مستقیم یا غیر مستقیم قابلیت انتقال به فرد دیگری را دارد (۱۲)، آنچه در این تحقیق، اثرگذار است، راه انتقال بیماری مسری و میزان خطر آن است.

در بیماری روحی (اختلالات روانی) فرد از وضعیت روانی طبیعی برخوردار نیست و توانایی درک واقعیت را ندارد. در علم روان پزشکی، اختلالات روانی، طیف بسیار گسترده‌ای از بیماری‌های روانی را دربر می‌گیرند که باعث اختلال در قوه

جذام مبتلا شود، شایسته حضانت نیست. از جمله دلایل قابل ذکر برای قائلان به این نظر عبارتند از:

- روایات: در حدیثی از پیامبر اکرم (ص) آمده: «خَمْسَةٌ يَجْتَنَّبُونَ عَلَى كُلِّ حَالٍ الْمَجْذُومُ وَالْأَبْرَصُ وَالْمَجْنُونُ وَوَلَدُ الزَّانَةِ وَالْأَعْرَابِي؛ از پنج گروه در هر حال باید اجتناب کرد که اولین مورد آن شخص جذامی است» (۱۷).

در حدیث دیگری به نقل از امام صادق (ع) آمده است: «و کره ان یکلم الرجل مجذوما الا ان یکون بینه و بینه قدر ذراع و قال (ع) فر من المجذوم فرارک من الاسد؛ حضرت از اینکه با شخص جذامی صحبت کنند، کراهت داشتند، مگر اینکه بینشان به اندازه نیم متر فاصله باشد و همچنین در ادامه فرمودند: همانطور که از شیر درنده فرار می‌کنی از مجذوم فرار کن» (۱۸).

با توجه به اینکه کلمه المجذوم در روایت اول و در قسمت دوم روایت دوم مطلق است، می‌توان از آن برداشت کرد که اجتناب از شخص مجذوم در هر حالی لازم است، اما مضمون بخش اول روایات دوم اطلاق مذکور را قید زده و ارتباط با جذامی را مقید به رعایت فاصله ایمنی می‌کند. در هر حال بر اساس مضمون هر دو روایت ارتباط با شخص جذامی بدون رعایت فاصله ایمنی نهی شده است. پرواضح است که علت امر به اجتناب از جذامی به جهت پرهیز از ابتلای به بیماری مسری است. همچنین می‌توان از جذام الغاء خصوصت کرد و حکم اجتناب را به همه بیماری‌های مسری تعمیم داد، در نتیجه در همه انواع بیماری‌های مسری اجتناب از شخص مبتلا ضروری است. همچنین می‌توان در بیماری‌هایی که از جذام خطرناک‌تر هستند، به طریق اولی و در بیماری‌هایی که خطر جذام را ندارند، ولی ممکن است باعث آسیب به سلامتی کودک شوند. با توجه به قیاس اولویت، حکم لزوم اجتناب را ثابت دانست. بنابراین در بحث ما با توجه به اینکه تماس از نزدیک و ارتباط با کودک از لوازم اجتناب‌ناپذیر انجام حضانت توسط والدین مبتلا به بیماری مسری است، لذا نباید فرزند را با اعطای حضانت به چنین والدینی در معرض آسیب قرار داد، لذا باید حضانت چنین والدینی را ساقط کرد (۱۹).

تعقل فرد می‌شوند (۱۳). در فقه، از بین اسباب حجر که باعث بطلان یا عدم نفوذ عقود و ایقاعات می‌شوند و شامل عدم بلوغ، جنون، سفاهت، ورشکستگی و بیماری منجر به موت می‌شود تنها جنون و سفاهت از مصادیق اختلال روانی شمار می‌روند، ولی آنچه در این تحقیق مد نظر و مؤثر در حضانت است، اختلال روانی - جنونی است. در این نوع اختلال، جنون حاکم است و فرد نمی‌تواند نفع و ضرر و حسن و قبح امور خود را تشخیص دهد (۱۴).

**۲. تأثیر بیماری‌های مسری بر سلب حضانت:** در این مبحث، در پی یافتن پاسخ این سؤال هستیم که آیا مبتلا بودن نگهدارنده به بیماری واگیردار، مانع حضانت می‌شود؟ برای بیماری‌های مسری، سه فرض، قابل تصور است که در گفتارهای زیر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

**۱-۲. حکم حضانت فرد مبتلا به بیماری مسری:** گاهی بیماری حاضن از جمله بیماری‌هایی است که از طریق دستگاه تنفس قابلیت انتقال دارد و گاهی، بیماری از طریق خون و فرآورده‌های خونی قابل انتقال است که در ادامه به بررسی حضانت در هر دو حالت می‌پردازیم:

**۱-۱-۲. حضانت حاضن مبتلا به بیماری مسری تنفسی:** در مورد بیماری‌های مسری تنفسی مانند سل و آنفلوآنزا و... که بیماری از طریق ارتباط و تماس نزدیک قابلیت انتقال دارند، در بین صاحب‌نظران دو دیدگاه وجود دارد:

قائلین دیدگاه اول بر این باورند از آنجا که ارتباط نزدیکی بین مادر و فرزند وجود دارد، احتمال سرایت بیماری به فرزند بالا است و در صورت ابتلا سلامتی فرزند و حتی گاهی جان فرزند در خطر قرار می‌گیرد و از این ناحیه متضرر می‌شود، لذا در حضانت لازم است حضانت‌کننده مبتلا به امراض مسری نباشد و اگر مبتلا به بیماری مسری بود، حق حضانتش را از دست می‌دهد؛ در مقابل دیدگاهی دیگر، این شرط را لازم نمی‌داند که در ادامه به توضیح هر دو دیدگاه خواهیم پرداخت.

۱- دیدگاه موافق سلب حضانت: برخی از فقهای امامیه (۱۵) و اهل سنت (۱۶) معتقدند اگر حاضن به بیماری تنفسی مانند

اجتناب از بیماری‌های مسری در روایات دیگری نیز آمده است. به عنوان نمونه در حدیث نبوی آمده است: «لا یورد ممرض علی مصح: بیمار بر سالم وارد نمی‌شود» (۱۰). این مفهوم را به عبارت دیگری به پیامبر (ص) نسبت داده‌اند: «لا یورد ذو عاهه علی مصح؛ بیمار را بر سالم وارد نسازید» (۱۰). پیامبر (ص) با بیان این جملات درصدد بیان این مطلب است که اگر کسی شتر مریضی دارد و می‌خواهد به او از جوی آب دهد، نباید بالاتر از شترهای سالم به او آب دهد، زیرا نیم‌خورده حیوان مریض باعث بیماری شترهای سالم می‌شود (۱۰).

به این دسته از روایات نیز می‌توان به عنوان مؤید تمسک کرد. همچنین در برخی دیگر از روایات هر آنچه برای بدن ضرر دارد را از مصادیق اسراف دانسته است. در روایتی از امام صادق (ع) آمده است: «إِنَّمَا الْأِسْرَافُ فِيمَا أُتْلَفَ الْمَالُ وَ أَضَرَ بِالْبَدَنِ» (۲۰).

بر اساس این روایت آنچه برای بدن ضرر دارد از مصادیق اسراف است و حرمت اسراف نیز بر اساس آیات و روایات امری مسلم است.

قاعده لاضرر: مهم‌ترین دلیل قائلان به سلب حضانت، قاعده لاضرر است. قاعده لاضرر، قاعده‌ای عقلی است، یعنی بدون اینکه قانونگذار، حکمی در آن خصوص داشته باشد، خود عقل به آن می‌رسد (۲۱). در خصوص مفاد این قاعده، اختلاف نظر وجود دارد، اما نظریه نفی حکم ضرری، مورد تأیید قرار گرفته است (۲۲). طبق این نظر، لاضرر حکم ضرری را نفی می‌کند. به این معنا که اگر حکمی مستلزم ضرر باشد یا اجرای آن موجب ضرر شود، طبق این قاعده حکم برداشته می‌شود (۲۳). ضرر اعم است از ضرر معنوی - مانند آسیب روحی یا لطمه وارد کردن به موقعیت اجتماعی - و ضرر مادی - مانند لطمه وارد کردن به جسم و مال اشخاص - است (۲۴). بنابراین اگر حکم به جواز حضانت و نگهداری از طفل توسط والدین مبتلا به بیماری مسری موجب سرایت بیماری به کودک شود، این حکم ضرری است و به وسیله لاضرر رفع می‌شود. همچنین آیه ۲۳۳ سوره بقره با تصریح به واژه ضرر، پدر و مادر را از ضرر رساندن به کودک نفی کرده است.

قاعده نفی عسر و حرج: مفاد قاعده نفی عسر و حرج نیز مانند قاعده لاضرر، نفی حکم حرجی در دین است، به این نحو که در اسلام هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد، تشریح نشده است. بر اساس مضمون این قاعده چنانچه حکمی (چه تکلیفی و چه وضعی) باعث ایجاد حرج شود، این حکم برداشته می‌شود (۲۵). در مسأله ما چنانچه اعمال حق حضانت باعث ایجاد حرج در زندگی کودک در نحوه ارتباط و زندگی با شخص حضانت‌کننده شود، مثلاً زندگی کودک دائماً همراه با فاصله‌گذاری و تدابیر شدید جهت جلوگیری از سرایت بیماری مسری به کودک باشد، در این حالت نیز بر اساس ادله لاجرج می‌توان حکم حرجی را رفع نموده و مانع اعمال حق حضانت فرد مبتلا به بیماری مسری شد.

۲- دیدگاه مخالف سلب حضانت: برخی از فقها (۲۶)، شرط سلامت از بیماری ساری را در شخص نگهدارنده معتبر نمی‌دانند، از جمله دلایلی که به آن استناد کرده‌اند، عبارتند از: - اطلاق روایات حضانت: از آنجا که در هیچ یک از روایات در باب حضانت اشاره‌ای به مانع بودن بیماری سرپرست نشده است، با توجه به اطلاق ادله نمی‌توان حکم به سلب حضانت شخص بیمار نمود (۱۰).

- امکان نائب‌گرفتن: در بررسی این دلیل، باید دید آیا می‌توان برای انجام وظایف حضانت شخص ثالثی را به کار گمارد؟ قانون در این مورد حکمی ندارد. فقهای امامیه این مسأله را ذیل بحث مریض مطرح کرده‌اند و نائب‌گرفتن را در صورتی جایز می‌دانند که سرپرست، توان مباشرت در انجام امور کودک را نداشته باشد (۲۷)، زیرا اگرچه قدرت از شرایط عامه تکلیف است، اما فقهای امامیه این شرط را در حضانت نیاورده‌اند. گروهی دیگر معتقدند مباشرت در حضانت شرط نیست و می‌توان برای انجام امور کودک نائب گرفت، حتی اگر حاضن توانایی انجام امور کودک را نداشته باشد. این گروه معتقدند که دلیلی بر وجوب مباشرت حاضن در انجام امور کودک وجود ندارد (۲۸).

فقهای اهل سنت بر این باورند که سرپرست طفل باید قدرت انجام امور کودک را داشته باشد و اگر به هر علتی از قبیل پیری، بیماری و... ناتوان از انجام امور طفل باشد، حضانتش ساقط می‌شود، اما اگر بتواند با کمک ثالثی و از طریق نایب‌گرفتن، به اداره امور طفل بپردازد، دلیلی بر سقوط حضانت وجود ندارد (۲۹). شافعیه حق حضانت مادر مبتلا به بیماری از قبیل سل و فلج را در صورتی سلب‌شده می‌دانند که مادر به خاطر درد شدید توانایی امور کودک را نداشته باشد، اما اگر بتواند برای اداره امور کودک نایب بگیرد، حضانتش ساقط نمی‌شود (۳۰). بر این اساس با توجه به عدم لزوم مباشرت در حضانت، وقتی که شخص مبتلا به بیماری مسری بتواند با کمک پرستار امور کودک را انجام دهد، دیگر ضرری طفل را تهدید نخواهد کرد. به عبارت دیگر بین داشتن حق و اجرای حق تفاوت وجود دارد. در بیماری‌هایی که احتمال ضرر وارد شدن به کودک می‌رود، نباید حضانت را سلب کرد، چون اجرای این حق به طور مستقیم باعث ضرر کودک می‌شود، اما فرد مبتلا می‌تواند برای اجتناب از در معرض خطر قرار گرفتن کودک از پرستار کمک بگیرد (۳۱).

استصحاب بقای حضانت: اگر در حکم سلب حضانت مادری که به بیماری مبتلا شده است، شک داشته باشیم، اصل بقای حضانت است (۱۰)، البته جریان این اصل هنگامی صحیح است که بیماری در زمانی که مادر عهده‌دار حضانت از کودک است، حادث شود، یعنی برای آن حالت سابقه‌ای وجود داشته باشد تا بتوانیم حکم به بقای حضانت سابق، هنگام شک در استمرار آن نماییم (۱۰).

ارزیابی دیدگاه‌ها و دلایل آن‌ها: هرچند ادله هر دو دیدگاه دارای اتقان است، اما ادله دیدگاه اول را می‌توان بر اساس توضیحات ذیل بر ادله دیدگاه دوم ترجیح داد، زیرا در رابطه با اطلاق روایات حضانت باید بر آن بود که اولاً روایات حضانت نسبت به دیگر شرایط حضانت، از جمله عدالت، امانت و اسلام، اطلاق دارند (۱۵)، اما به نظر فقها این موارد از شرایط حضانت‌کننده هستند و این شرایط را از سایر ادله به دست آورده‌اند، لذا نمی‌توان برای اثبات عدم جواز سلب حضانت به اطلاق این روایات تمسک کرد، جدا از اینکه قاعده لاضرر بر

عموم ادله اثبات حکم، حاکم است، زیرا لاضرر با دیگر ادله اثبات احکام، متعارض نیست (۳۲)، پس دایره ادله اثبات احکام به وسیله قاعده لاضرر محدود خواهد شد و در موردی که حضانت، به صلاح کودک باشد، حق حضانت باقی است (۱۹). نسبت به امکان نایب‌گرفتن برای انجام امور حضانت، می‌توان گفت هنگامی که حق حضانت یکی از والدین به هر دلیل ساقط شود، والد دیگر در صورت داشتن صلاحیت بیش از هر کس دیگری سزاوار نگهداری کودک است (۲۷). استصحاب بقای حضانت نیز مردود است، زیرا طبق قاعده الاصل دلیل حیث لا دلیل، اصل عملی زمانی دلیل محسوب می‌شود که دلیل لفظی وجود نداشته باشد، اما در مواردی که احتمال سرایت بیماری به کودک وجود دارد، به قاعده لاضرر استناد می‌شود و نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد (۱۹). در نهایت می‌توان گفت درست است که تماس با فرد بیمار سببی برای سرایت بیماری است، اما طبیعت امراض موجب سرایت آن‌ها نمی‌شود، زیرا وجود بیماری، علت تامه انتقال آن به دیگری نیست، بلکه تنها مقتضی سرایت وجود دارد، اما ممکن است مانعی جلوی آن را بگیرد، پس طبیعت امراض موجب سرایت آن‌ها نمی‌شود و امر در حدیث «فر من المجذوم» این است که تماس با بیمار، عاملی برای سرایت بیماری است (۱۵)، لذا اگر نتیجه سپردن کودک به فرد بیمار، باعث به خطراتادن سلامتی طفل شود، طبق ماده ۱۱۷۳ ق.م و اصل ۴۰ قانون اساسی، حق حضانت سلب خواهد شد، مگر شخص مبتلا بتواند به دادگاه این اطمینان را دهد که شرایطی فراهم می‌کند که بیماری او سلامت کودک را به خطر نیاندازد.

از منظر دیگر نیز می‌توان حکم مسأله را بررسی نمود. به این صورت که اگر بیماری فرد از طریق تنفس قابلیت انتقال داشته باشد، چهار صورت قابل بررسی است:

۱- خفیف‌بودن بیماری و رسیدن فرزند به سن تمییز: اگر بیماری خفیف باشد و کودک نیز به سن تمییز رسیده باشد، به لحاظ اینکه بیماری خفیف‌تر از جذام است، قیاس اولویت برقرار نمی‌شود و با توجه به اینکه کودک می‌تواند خطر بیماری را تشخیص دهد، احتمال ضرر نمی‌رود و تنقیح مناط

نیز مطرح نمی‌شود، در نتیجه دلیلی بر سقوط حضانت وجود نخواهد داشت (۱۹).

۲- شدیدبودن بیماری و رسیدن فرزند به سن تمییز: اگر بیماری شدیدتر از جذام باشد و کودک در سنی باشد که بتواند اقدامات احتیاطی را برای جلوگیری از سرایت به عمل آورد، با توجه به شدت بیماری و طبق روایت فرار از مجذوم، حضانت سلب می‌شود (۱۹).

۳- شدت بیماری و عدم تمییز کودک: در این فرض با توجه به شدت بیماری و طبق روایت فرار از مجذوم، حضانت ساقط می‌شود (۱۹).

۴- خفیف‌بودن بیماری و عدم تمییز کودک: در فرضی که بیماری خفیف‌تر از جذام باشد، روایت فرار از مجذوم صدق نمی‌کند، ولی اگر کودک به سنی نرسیده باشد که بتواند از سرایت اجتناب نماید، طبق قاعده لاضرر، حضانت سلب می‌شود (۱۹).

۲-۲. حکم حضانت فرد مبتلا به بیماری مسری خونی: در رابطه با بیماری‌های خونی مانند ایدز، دو نظر مطرح شده است: از منظر پزشکی و بر اساس داده‌های علم پزشکی، ثابت شده است که ایدز از طریق اختلاط و معاشرت، قابلیت انتقال ندارد، پس حضانت چنین شخصی مانع شرعی ندارد (۳۳)، لکن از منظر فقهی، فقهای شیعه برای اسقاط حضانت مادر مبتلا به ایدز، به قیود خاصی متمسک شده‌اند، از جمله:

- تمسک به مصلحت: به نظر فقها چون بیماری ایدز، مسری و خطرناک است، سپردن کودک به چنین شخصی با فلسفه حضانت، منافات دارد و چنین مادری مستحق حضانت نیست (۳۴).

نقد تمسک به مصلحت: برای سلب حضانت ابتدا باید به راه‌های انتقال بیماری توجه کرد. در مواردی می‌توانیم به مصلحت متمسک و قائل به سلب حضانت بیمار شویم که از نظر پزشکی مطمئن باشیم که بیماری از طریق روابط معمولی و غیر جنسی انتقال می‌یابد، به این معنا که اگر بیماری از طریق نگهداری و مراقبت کودک، قابل انتقال باشد، شخص شایسته حضانت نیست، اما بیماری ایدز از طریق ارتباطات

معمولی منتقل نمی‌شود و دلیلی بر سلب حضانت وجود ندارد (۳۴).

- تمسک به عدم مأمونیت: سؤال شده است که اگر طفل نزد مادر مطلقه باشد و مادر به سبب بیماری، از نظر پزشکی، ناامن محسوب گردد، آیا پدر می‌تواند طفل را از مادر بگیرد؟ جواب داده شده است که اگر مادر نسبت به طفل، ناامن باشد، گرفتن کودک از او جایز است (۳۴)، پس در فرضی که مادر، مبتلا به بیماری ایدز است، مأمون نیست و می‌توان کودک را از او گرفت (۳۴).

نقد تمسک به عدم مأمونیت: عدم مأمونیت مادر در بیماری ایدز، قطعی نیست، زیرا تا زمانی که مادر به کودک شیر ندهد و یا خون مادر با خون کودک تماس پیدا نکند، مأمون محسوب می‌شود و دلیلی بر سلب حضانت وجود ندارد (۳۴).

- تمسک به شرط عدم بیماری مسری: یکی از شروط حضانت، سلامت از امراض است. مادری که به ایدز مبتلا شده، شرط حضانت را ندارد و نباید کودک را به وی سپرد (۳۴).

نقد تمسک به شرط عدم بیماری مسری: بیماری‌های مسری در صورتی مانع حضانت می‌شوند که از طریق انجام امور حضانت و تنفس به کودک انتقال یابند، اما بیماری ایدز، تنها از راه خون و فراورده‌های خونی (۳۵) و از طریق شیردهی منتقل می‌شود و نمی‌توان حضانت را سلب کرد (۳۴).

- تمسک به الحاق ایدز به جنون: جنون، یکی از موانع حضانت است، چون مجنون قادر نیست به امور طفل رسیدگی کند. شهید ثانی ذیل شرط عاقل‌بودن حاضنه می‌فرماید: ممکن است نگهدارنده به امراضی مبتلا باشد که شرایطی برای فرد به وجود آورد و فرد را از تدبیر و کفالت امور کودک بازدارد.

این‌گونه بیماری‌ها به جنون ملحق می‌شوند، چون اگر فرد به علت ضعف جسمانی ناشی از بیماری، نتواند امور کودک را تأمین کند، مانند جنون، مانع انجام امور حضانت می‌شود (۳۴).

نقد الحاق ایدز به جنون: با توجه به عدم شرط مباشرت در حضانت، اگر بیمار بتواند از طریق پرستار به وظایف ناشی از حضانت عمل کند، حضانت را نمی‌توان سلب کرد.



رسیدن به پاسخ این سؤال است که آیا هر نوع بیماری واگیرداری می‌تواند موجب سلب حضانت شود؟ طبق ماده ۱۱۷۳ ق.م.، بیماری‌های واگیردار خطرآفرین، موجب سلب حضانت می‌شوند.

به دلیل اینکه بر سلب حضانت شخصی که دچار اختلال روانی جنونی است، اجماع وجود دارد، باید ملاک‌های اختلال جنونی مجوز سلب حضانت را مورد بررسی قرار داد و گفت آیا این ملاک‌ها در بیماری‌های واگیردار وجود دارد یا خیر؟ لذا جهت استنباط درست، باید ملاک جنون را در بیماری واگیردار مورد بررسی قرار داد.

**۳-۱. علت سلب حضانت با جنون:** جنون، از شدیدترین اقسام بیماری‌های روانی محسوب می‌شود. ماده ۱۱۷۰ ق.م.، مقرر داشته: اگر مادر در مدتی که حضانت با اوست، مبتلا به جنون شود... حق حضانت با پدر خواهد بود. با توجه به فلسفه حضانت، جنون پدر و مادر در حضانت، آثار یکسانی دارد، لذا هر شخصی که حضانت طفل را به عهده دارد، باید از سلامت عقلی برخوردار باشد (۳۷). بنابراین ملاک در جنون قابل بررسی است.

**۳-۱-۱. ناتوانی در انجام امور حضانت:** عقل، یکی از شرایطی است که فقها اجماع دارند مبنی بر اینکه کسی که حضانت را بر عهده می‌گیرد، باید عاقل باشد (۱۳)، چراکه حضانت وقتی معنا دارد که فرد، قادر به انجام امور کودک باشد و بتواند نیازهای کودک را برآورده کند. این مهم وقتی قابل تحقق است که سرپرست، اراده داشته باشد، اما مجنون، صلاحیت حضانت ندارد، زیرا قدرت کنترل رفتار و هیجانات خود را ندارد. نداشتن توانایی در تأمین نیازهای کودک، به تنهایی دلیل سلب حضانت نیست، بلکه عدم توانایی مجنون در کنترل رفتار و ادراکات خود، منجر به عدم رعایت غبطه و مصالح کودک می‌شود.

علاوه بر این، با توجه به اینکه حضانت، تکلیف پدر و مادر است، مجنون، تکلیفی به نگهداری از کودک ندارد، زیرا مرز اصلی تکلیف، توانایی انسان است و از نظر عقلی، کاری که خارج از طاقت انسان باشد، مورد تکلیف الهی قرار نمی‌گیرد.

پس در رابطه با بیماری‌های مسری خونی، گرفتن کودک از نگهدارنده مبتلا جایز نیست. به این دلیل که این نوع از بیماری‌ها از طریق انجام امور کودک قابلیت انتقال ندارند و می‌توان با رعایت نکات ضروری و احتیاط‌های لازم، از رفتارهایی که سبب انتقال ویروس می‌شوند (مانند شیردهی، تماس خون مادر با خون کودک) جلوگیری کرد، ولی در شرایطی که خوف انتقال بیماری از طریق سرنگ آلوده ایجاد شود و کودک در سنی باشد که نتواند خطر بیماری را تشخیص دهد، شایسته است که مصلحت کودک مبنا قرار گیرد و حضانت سلب شود.

**۳-۲. حکم حضانت والدین مبتلا به بیماری مسری:** اگر هر دوی والدین به بیماری واگیردار مبتلا شوند و بیماری هر دو از جمله بیماری‌هایی باشد که از طریق ارتباطات معمولی و تنفس قابلیت انتقال داشته باشد، حضانت هر دو، سلب و حضانت به جد پدری واگذار می‌شود. اگر کودک، جد پدری نداشته باشد، وصی منصوب، حضانت را بر عهده می‌گیرد. اگر وصی، تعیین نشده باشد، حضانت بر عهده نزدیکان بر اساس الاقرب فالاقرب خواهد بود (۳۶).

**۳. تطبیق جنون موجب سلب حق حضانت بر بیماری‌های واگیردار:** در جامعه امروز، بیماری‌های واگیردار، یک مشکل جهانی هستند که به دلیل آثار شخصی و اجتماعی که در پی دارند، تهدید بزرگی برای بشریت به شمار می‌آیند. بحران ناشی از بیماری‌های واگیردار، تنها مبتلایان را دربر نمی‌گیرد، بلکه انسان‌های غیر مبتلا و تمام نسل بشر را تهدید می‌کنند. برخی از این بیماری‌ها به حدی خطرناک هستند که قدرت سرایت آن‌ها بسیار سریع است و تا به حال دارویی برای درمان آن‌ها ساخته نشده است. ممکن است برخی از افراد از ابتلای خود، بی‌اطلاع باشند و در نتیجه اقدامات احتیاطی را به عمل نیاورند و باعث مبتلا شدن اطرافیان خود شوند. حال اگر پدر یا مادری که قرار است حضانت فرزندش را به عهده گیرد، به بیماری واگیردار مبتلا باشد، آیا طرف مقابل وی می‌تواند با تکیه بر در معرض خطر قرار گرفتن صحت جسمانی طفل، حق حضانت را از او سلب کند یا خیر؟ در این قسمت مقصود

شدت خطر آن‌ها چه میزان است، با نظر پزشکان متخصص انجام خواهد گرفت.

**۳-۲-۱. بیماری‌های واگیردار و ناتوانی در انجام امور حضانت:** قدرت داشتن مکلف بر انجام تکلیف، شرط عقلی انجام تکلیف است، لذا تکلیف بما لایطاق در شرع جایز نیست و چنانچه حضانت کودک را واجب شرعی بدانیم، باید قدرت بر انجام آن در شخص حضانت‌کننده وجود داشته باشد. فقهای اهل سنت توانمندی حاضن در مباشرت به حضانت را معتبر می‌دانند (۴۱). توانمندی، یعنی سرپرست بتواند به نحو صحیح، کودک را تربیت و نگهداری نماید و از عهده رفع نیازهای او برآید. به عنوان مثال در بیماری ایدز، بعد از انتقال ویروس اچ‌آی‌وی به بدن، مدت‌ها زمان می‌برد تا ویروس به ایدز تبدیل گردد و شخص را در انجام امور خود ناتوان سازد. در مقابل، احتمال دارد که فرد به علت ضعف جسمانی یا اعتیاد در آغاز ابتلا به ویروس، دستگاه ایمنی بدنش ضعیف شود و توانایی انجام کارهای حضانت را نداشته باشد. به این دلیل باید دید که آیا این نوع بیماری‌ها در حکم سلب حضانت، به جنون ملحق می‌شوند یا خیر؟ در این خصوص دو نظر متفاوت قابل طرح است:

۱- دیدگاه الحاق بیماری‌های واگیردار به جنون: از یک منظر می‌توان گفت، این نوع بیماری‌ها به جنون ملحق می‌شوند، زیرا هر دو (بیماری و جنون)، مانع از این می‌شوند که سرپرست، بتواند امور کودک را انجام دهد. به عبارت دیگر این‌گونه بیماری‌ها به علت درد و ناراحتی که برای شخص به وجود می‌آورند، او، فرصتی برای رسیدگی به امور طفل نخواهد داشت. به این دلیل با جنون در علت حکم مشترکند (۱۰)، لذا به حکم عقل کسی که دچار این بیماری است، مستحق حضانت نخواهد بود.

۲- دیدگاه عدم الحاق بیماری‌های واگیردار به جنون: از منظری دیگر می‌توان گفت اگرچه فرد مبتلا به این‌گونه بیماری‌ها نتواند خودش (مباشراً)، به امور طفل رسیدگی کند، ولی اگر قادر باشد جهت تأمین مصالح کودک، فردی را به

به چنین تکلیفی، تکلیف به ما لایطاق می‌گویند که طبق آیه ۲۸۶ سوره بقره چنانکه می‌فرماید: «لایکلف الله نفساً الا وسعها»، چنین تکلیفی قبیح است. به عبارتی، وجود قوه تعقل، فرد را قادر به درک و تشخیص خیر و شر می‌کند. عقل به این معنا ملاک تکلیف است (۳۸). همچنین حدیث رفع که می‌فرماید: «قال رسول الله رفع عن امتی تسعه اشیا الخطا و النسیان... و ما لایطیقون» (۳۹). این حدیث ناظر به این است که نمی‌توان مکلف را به بیش از توانش تکلیف نمود.

**۳-۱-۲. در معرض خطر قرار گرفتن طفل:** لازمه سرپرستی کودک، عاقل بودن است. در واقع اگر شخصی از سلامت عقلی برخوردار نباشد، خود نیازمند این است که تحت سرپرستی دیگری باشد و نمی‌تواند حضانت کودک را بر عهده بگیرد. طبق آیه ۲۳۳ سوره بقره، پدر و مادر، حق ضررزدن به کودک را ندارند، در حالی که اعطای حضانت به دیوانه و سپردن طفل به چنین فردی، به لحاظ اینکه قدرت تشخیص ندارد و افغالش را هم بدون علم و قصد انجام می‌دهد، باعث به خطر افتادن مصالح کودک و اضرار او می‌شود و این امر با فلسفه حضانت، مغایر است (۴۰)، البته در تمام اقسام اختلالات روانی، با توجه به کم یا زیاد بودن میزان اختلال و مؤثر بودن ملاقات فرزند بر بهبودی این اختلالات، با رعایت مصالح طفل، طبق نظر دادگاه، تحت شرایطی اجازه ملاقات با فرزند داده می‌شود.

**۳-۲. تطبیق بیماری‌های واگیردار با ملاک جنون مجوز سلب حضانت:** این گفتار درصدد تطبیق ملاک‌های جنون بر بیماری‌های واگیردار به عنوان عامل سلب حضانت است. به عبارتی، هدف، فهم این مسأله است که بیماری‌های واگیردار با کدام ملاک یا ملاک‌هایی در حکم اختلال جنونی یا حتی شدیدتر از آن در سلب حضانت قرار می‌گیرند، چون همانطور که در ابتدای بحث گذشت در صورت ابتلای حاضن یا حاضنه به جنون اصلاً امکان حضانت وجود ندارد. قبل از ورود به بحث لازم است گفته شود آنچه در حضانت در بیماری‌های واگیردار اهمیت دارد، راه انتقال بیماری و میزان خطر آن است، البته تشخیص اینکه چه بیماری‌هایی از طریق مراقبت از کودک و انجام امور حضانت، قابلیت انتقال دارند و میزان سرایت و

عنوان نایب انتخاب کند، دلیلی بر سلب حضانت وجود نخواهد داشت (۱۰).

اکثریت فقهای شیعه، قول دوم را پذیرفته‌اند (۱۰)، البته این بحث مربوط به زمانی است که والدین هر دو در قید حیات باشند، زیرا اگر تنها یکی از والدین زنده باشد، بیماری‌های مسری و مزمن، مانع حضانت نیست (۱۰).

به نظر نگارندگان، استدلال گروه اول مبنی بر اینکه بیماری واگیردار را به جنون، ملحق می‌دانند، به دو طریق قابل نقد است: اول، برای تعیین توان فرد مبتلا به بیماری باید قدرت جسمانی، صحت مزاج و سن فرد نگهدارنده، مورد توجه قرار گیرد. اگر کسی مدعی ناتوانی فرد مبتلا به بیماری شود، با توجه به اصل عدم سلب حضانت، مدعی باید ثابت کند که فرد، ناتوان از اداره امور کودک است؛ دوم، بر فرض اینکه چنین ادعایی اثبات شود، بین بیماری‌هایی که باعث تضعیف توان فرد می‌شوند و جنون، فرق وجود دارد، بدین‌معنا که فرد مجنون به لحاظ اینکه قدرت درک و تشخیص ندارد، نمی‌تواند برای انجام امور حضانت، نایب بگیرد. بنابراین در بیماری مزمنی چون فلج (بیماری‌ای که در آن بدن سست می‌شود)، باید توجه کرد که میزان تأثیر بیماری در توان نگهدارنده چقدر است؟ در صورتی که بیماری مانع انجام مصالح طفل به نحو احسن شود و فرد نتواند از پرستار کمک بگیرد، موجب سلب حضانت می‌شود (۴۲)، ولی اگر فرد مبتلا به بیماری مزمن بتواند از طریق پرستار وظایف حضانت را انجام دهد، نمی‌توان حق حضانتش را سلب کرد، زیرا سلب حضانت بر مبنای رفع ضرر کودک وضع می‌شود و در صورت اجیرکردن پرستار، ضرری کودک را تهدید نخواهد کرد.

### ۲-۲-۳. بیماری‌های واگیردار و در معرض خطر قرار گرفتن

**طفل:** همانطور که سپردن کودک به شخص مجنون، منجر به در معرض خطر قرار گرفتن سلامتی طفل است، به همان اندازه، بیماری مسری باعث آسیب به سلامتی کودک می‌شود. نکته قابل توجه این است که با توجه به تنوع و کثرت بیماری‌های واگیردار به نظر می‌رسد تعیین مصادیق آن‌ها نیز با اختلاف نظرات متفاوتی مواجه شود، زیرا اگر معیار مشخصی

نباشد این اشکال قابل تصور است که برخی مطلق بیماری‌های مسری را برای سلب حضانت کافی بدانند. از طرفی سلب حضانت کودک از والدین ممکن است باعث ایجاد خلا و ضررهای روحی و روانی به کودک می‌شود، چون نیاز به محبت، بلکه محبت متقابل از نیازهای اساسی انسان به شمار می‌رود. بر اساس تحقیقات روان‌شناسان این نیاز در سراسر زندگی فرد، خصوصاً در سال‌های اولیه زندگی نقشی مؤثر دارد. چنانکه رشد و سلامت شخصیت کودک همان اندازه که به نیازهای بدنی مبتنی است، نیازمند به محبت می‌باشد (۴۳).

بنابراین برای رهایی از این تعارض لازم است که برای بیماری‌های مسری که موجب سلب حق حضانت می‌شوند، معیار مشخصی قرار داده شود: به این نحو که هر بیماری مسری مانع اعمال حضانت نمی‌شود، بلکه لازم است برای سلب حضانت، به نوع بیماری نیز توجه کرد، بدین‌بیان که سرایتی، موجب سلب حضانت می‌شود که برای کودک خطرآفرین باشد، به نحوی که زندگی کودک با فرد بیمار باعث آسیب و ضرر کودک شود (۴۴) و خطر بیماری به اندازه‌ای جدی باشد که ارزش جداکردن کودک از پدر یا مادر را داشته باشد، زیرا خطر بیماری‌هایی مثل آنفلوانزا و سرماخوردگی، قابل اغماض و چشم‌پوشی است و خطر ناشی از این بیماری‌ها آنقدر مهم و جدی نیست که بر اساس آن بتوان حضانت فرد را سلب نمود. به همین دلیل دادگاه باید طبق نظر پزشک متخصص چگونگی و اندازه خطر را تعیین کند، بنابراین در این موارد، نمی‌توان مانند جنون حکم نوعی داد (۱۰)، البته سلب حضانت منوط به این است که فرد نتواند شرایطی برای جلوگیری از سرایت بیماری فراهم کند (۴۵).

همچنین در بیماری‌های مسری، توجه به میزان احتمال سرایت بیماری نیز ملاک است، بدین‌بیان که بیماری‌هایی که میزان احتمال سرایتشان پایین باشد، موجب سقوط حضانت نمی‌شوند، لکن اگر میزان احتمال سرایت یک بیماری خطرناک، زیاد باشد، بدون توجه به اینکه بیماری قابل درمان است یا خیر، حضانت سلب می‌شود، چون عقل، حکم به پیشگیری می‌نماید. به طور مثال زمانی که یکی از والدین، مشکوک به بیماری ساری باشد و درخواست استیفای حضانت

۴. تأثیر بیماری‌های واگیردار جدید بر سلب حضانت: برخی امراض در گذشته وجود نداشته‌اند یا در صورت وجود، شناخته‌شده نبوده‌اند، در نتیجه فقها تنها برخی بیماری‌ها را باعث سلب حضانت دانسته‌اند، اما امروزه با توجه به پیشرفت علم پزشکی، بیماری‌های مسری و مزمنی چون هپاتیت، ایدز، سفلیس، شناخته شده‌اند که ممکن است بسیار خطرناک‌تر از بیماری‌های منصوصه باشند که به دلیل نوظهور بودن، سابقه‌ای در کتب فقهی ندارند. در این گفتار به بررسی ادله‌ای می‌پردازیم که می‌توان بر مبنای آن‌ها، سلب حضانت را به امراض نوظهور تسری داد:

۴-۱. کشف مناط (قیاس منصوص‌العله): علت حکم سلب حضانت در بیماری‌های منصوصه در برخی از روایات، احتمال انتقال بیماری و ترس از ورود آسیب جسمانی به کودک (۲۷). عدم توانایی در انجام وظایف مربوط نگهداری کودک (۴۶). جلوگیری از ورود ضرر به طفل (۴۴) و به خطرافتادن مصلحت کودک آمده است، لذا می‌توان با استفاده از کشف مناط یا قیاس منصوص‌العله و با الغای خصوصیت از بیماری‌های منصوصه، سلب حضانت را در بیماری‌های مزمن و مسری نو پیدا، اعمال کرد، زیرا بیماری‌های جدید خطرناک، منجر به ضرر کودک می‌شوند و از بیماری‌های منصوصه، ممکن است شدیدتر و خطرناک‌تر باشند، پس در مواردی که پدر یا مادر، نتواند تدابیر امنیتی برای جلوگیری از مبتلا شدن کودک مهیا کند، با قیاس اولویت، بیماری‌های مسری و خطرناک نوظهور نیز موجب سلب حضانت خواهند شد.

۴-۲. قاعده اولویت: حکم سلب حضانت در بیماری جذام و پیسی به علت ساری بودن این بیماری‌های غیر مهلک است (۱۵)، اما بیماری پیسی کشنده نبوده و جذام قابل درمان است، در نتیجه در امراض جدید که ممکن است هم واگیردار باشند و هم کشنده، طبق قاعده اولویت، امکان سلب حضانت فرد مبتلا وجود دارد.

کند و دادگاه حکم به حضانت او (والد بیمار) کند، در این شرایط با چالش میان احتمال ابتلای کودک و حکم دادگاه رو به رو هستیم. در این موارد، اگرچه حضانت طبق قانون حق والد است، اما به دلیل امکان ورود ضرری که قریب‌الوقوع است و عقل به خودداری از قرارگرفتن در چنین موقعیتی حکم می‌کند و با توجه به قاعده لاضرر و مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی، چون اعمال این حق، موجبات ورود ضرر به کودک را فراهم می‌کند، مصلحت کودک، سلب موقت حضانت را به دنبال دارد، اما اینطور نیست که هر احتمالی سبب سلب حق حضانت و حق ملاقات شود، بلکه این احتمال باید احتمالی معقول باشد. طبق ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی طفل را نمی‌توان از کسی که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی، در مواردی که یکی از والدین، مبتلا به بیماری است، زمانی بیماری عامل سلب حضانت می‌شود که بیماری علتی معقول به شمار رود و دادگاه تنها و با توجه به نظر پزشک متخصص حکم به سلب حضانت می‌کند.

سؤالی که در این گفتار به ذهن می‌رسد، این است که در بیماری‌های مسری آیا ترس از سرایت بیماری به کودک، ملاک سقوط حضانت است یا عدم توانایی نگهدارنده؟ در برخی شرایط ممکن است ملاک سقوط حضانت، احتمال سرایت بیماری باشد. در این صورت تنها بیماری‌های مسری سبب سقوط حضانت خواهند شد نه بیماری‌های غیر مسری. همچنین ممکن است که مرض، به واسطه تضعیف توان سرپرست در انجام امور حضانت، ملاک سقوط حضانت باشد که در این صورت هر بیماری‌ای که باعث ناتوانی در انجام امور کودک شود، سبب سلب حضانت می‌شود. همچنین احتمال دارد هر دو ملاک (احتمال سرایت و ناتوان ساختن فرد)، باعث سلب حضانت شوند. به عنوان مثال اگر پدر یا مادر به بیماری ساری خطرناک مبتلا باشد (و از نظر پزشکی اطمینان باشد که تماس کودک با فرد سرپرست، باعث لطمه به سلامتی کودک می‌شود) و در اثر همان بیماری توانایی اداره امور کودک را از دست بدهد، حضانت به هر دو علت مستند به ماده ۱۱۷۳ ق.م سلب خواهد.

**نتیجه‌گیری**

با توجه به حساسیت موضوع نگهداری و تربیت اطفال، شخص حاضن باید واجد صلاحیت‌های جسمی، روانی و اخلاقی باشد، اما گاهی مواقع به دلیل شرایط جسمی و روحی حاضن، حضانت کودک از او باید سلب شود، مانند مجنون که به دلیل نداشتن قدرت انجام وظایف حضانت، در معرض خطر قرار گرفتن مصلحت کودک و نداشتن تکلیفی به نگهداری از کودک، سپردن کودک به چنین شخصی جایز نیست.

- برای سلب حضانت مبتلایان به بیماری‌های مسری، ملاک‌های مختلفی باید در نظر گرفته شود. باید امکان سرایت بیماری یا عدم توانایی نگهدارنده و یا هر دو، ملاک برای سقوط حضانت باشند. همچنین نوع بیماری باید در نظر گرفته شود، چون بیماری‌هایی موجب سلب حضانت می‌شوند که خطر آن‌ها به قدری مهم باشد که ارزش جداکردن کودک از والدین را داشته باشند.

- بیماری در شرایطی باعث سلب حضانت خواهد شد که سلامتی طفل را در معرض خطر قرار دهد و موجب اضرار او شود یا اینکه سرپرست به خاطر بیماری مزمن، قادر به انجام امور کودک نباشد. با توجه به اینکه مباشرت شخص حاضن در انجام وظایف حضانت شرط نیست، اگر نگهدارنده قادر باشد با انجام اقداماتی از قبیل استخدام پرستار، از سرایت بیماری جلوگیری کند، اصل بقای حضانت است.

**مشارکت نویسندگان**

محمود اکبری: ارائه ایده، جمع‌آوری مطالب، تدوین مقاله.

احمد امی: بازبینی راهنمایی و نظارت بر تألیف مقاله.

محمد زارعی محمودآبادی: بازبینی اصلاح و ویرایش مقاله از نظر علمی و ادبی.

نویسندگان نسخه نهایی را مطالعه و تأیید نموده و مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته‌اند.

**تشکر و قدردانی**

ابراز نشده است.

**تضاد منافع**

نویسندگان اظهار می‌نمایند که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده‌اند.

**تأمین مالی**

نویسندگان اظهار می‌نمایند که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده‌اند.

## References

1. Javan Arasteh H, Rahmani S. Jurisprudential - Legal Analysis of "Right to Health" and "Government Responsibility" in Conditions of Corona Outbreak. *Med Feqhh J.* 2020; 12(42): e4. [Persian]
2. Qamami SMM. The challenge of establishing religious rites and regulations approved by the National Anti-Corona Headquarter. *Med feqhh J.* 2020; 12(42): e3. [Persian]
3. Amid H. *Uncle Persian Culture (Tow - volumecourse)*. Tehran: Amir Kabir Publications; 2002. Vol.1 p.797. [Persian]
4. Safaei H, Emami A. *Brief of Family law*. Tehran: Dadgostar Publication; 2001. p.369. [Persian]
5. Emami SH. *Civil Rights*. Tehran: Islamic Publications; 2014. Vol.5 p.188. [Persian]
6. Mohaghegh Hely J. *Ascension of principles*. Qom: Al-Bayt Institute; 1982. p.221. [Arabic]
7. Zeidan A. *The Rulings of the Landlords and the Mustamenins*. Baghdad: Fi Dar al-Islam; 1976. p.450. [Arabic]
8. Irvani B. *Introductory Lessons in al-Qasas al-Fiqhiyah*. Qom: Dar al-Fiqh Lal-Tafta and Al-Nashar; 2005. Vol.1 p.160. [Arabic]
9. Tabrizi Sobhani J. *Al-Rashee al-Arba (Lal-Sobhani)*. Qom: Institute of Imam Sadiq (peace be upon him); 1994. Vol.2 p.166. [Arabic]
10. Mousavi Moghadam SS, Tavallai A, Abouei Mehrizi H. The effect of physical illnesses on deprivation of custody. *Journal of Studies of Islamic Law and Jurisprudence*. 2015; 6(11): 211-228. [Persian]
11. Dehkhoda AA. *Dehkoda Dictionary*. Tehran: University of Tehran Institute; 1999. [Persian]
12. Helm Seresht P, Delpisheh I, Mostajerian A. *Dictionary of Healt Sciences Terms*. Tehran: Chehr Publications; 2003. p.103. [Persian]
13. Mashhoudi Z, Abedian SH, Ahmadi SM, Asgari A. Effects of Wife's Psychiatric Disorders upon Custody. *Jpurnal of Islamic Law and Jurisprudence Researches*. 2015; 11(41): 123-144. [Persian]
14. Jafari Langroudi M. *Legal Terminology*. Tehran: Ganj-e Danesh Publications; 1989. p.200. [ Persian]
15. Āmilī al-Jizzīnī al-Nabaṭī M. *Al-Qawaid & al-Fawaid*. Qom: Mofid Bookstore; No Date. Vol.1 p.395-397. [Arabic]
16. Al-Dusuqi M. *Hashiat al-Dusuqi ala al-Sharh al-Kabir*. Beirut: Dar al-Fikr Publications; No Date. Vol.2 p.528. [Arabic]
17. Ibn Babouyeh M. *Al-Khasal*. Qom: Jamia Modaresin; 1983. Vol.1 p.287. [Arabic]
18. Hor Ameli M. *Shiite means to gain Shiite issues*. Qom: Al-Bayt Institute Publications; 1988 .Vol.12 p.49. [Arabic]
19. Khamer N. *Marriage of Infectious Diseases in khamseh Islamic Religions*. Tehran: Shahid Motahari University; 2016. p.300-304. [Persian]
20. Kolaini M. *al-Kafi (I - Islamic)*. Tehran: Dar al-Kutub al-Islami; 1987. Vol.6 p.499. [Arabic]
21. Mohaghegh Damad SM. *Rules of jurisprudence*. Tehran: Humanitaies Publications; 1985. Vol.1 p.131. [Arabic]
22. Khansari A. *Maniyah al-Taleb fi Hashiat al-Makaseb (Ayatollah Naini's lesson lectures)*. Tehran: Al-Maktabat al-Mohammadiyah; 1994. Vol.2. [Arabic]
23. Lotfi A. *Rules of civil jurisprudence*. Tehran: Samt Publications; 2008. p.33. [Persian]
24. Jamali J. *Rules of Islamic jurisprudence: No harm and no harm in Islam*. *Kanoon Magazin*. 1971; 1: 64-67. [Arabic]
25. Mohagheq Damad SM. *Principles of Jurisprudence*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center; 1986. Vol.2 p.92. [Persian]
26. Mousavi Khomeini SR. *Tahrir al-Wasilah*. Qom: Institute of Science; No Date. Vol.2 p.312. [Persian]
27. Najafi M. *Jawahar al-Kalam*. Beirut: Dar al-Ahya al-Tarath al-Arab; 1983. Vol.31 p.287-288, 293. [Arabic]
28. Sabzevari SA. *Mohazzab al-Ahkam*. Qom: Al-Manar Institute; 1992. Vol.25 p.280. [Arabic]
29. Zuhayli W. *Islamic jurisprudence and evidence*. Damascus: Dar al-Fikr; 1997. Vol.10 p.50. [Arabic]
30. Sherbini M. *Al-Aghna fi Hal Alfaz Abi Shoja*. Beirut: Dar al-Marefah; No Date. Vol.2 p.151. [Arabic]
31. Mirkhalili SA. *The position of Women infamily law (inheritance, divorcez, custody, humanities)*. *Journal of Figh and Usul*. 2000; 31(2): 125-175. [Persian]
32. Ansari M. *Rasael Faqih*. Qom: World Congress in Honor of Sheikh Azam Ansari; 1994. p.116. [Arabic]
33. Mir Sane SA. *Legal and juridical responsibility of transmitting AIDS*. Master's Thesis. Tehran: Fiqh and Islamic Law, Faculty of Literature and Human

- Sciences, Islamic Azad University; 2013. p.46. [Persian]
34. Alem M. Jurisprudential rulings on AIDS according to Islamic schools of thought. Qom: Al-Mustafa International University; 2017. p.235-237. [Persian]
35. Habibi Tabar J, Mousavi SM. A New Reflection on the Relationship between the Islamic governance and the Family in Corona Disease Control. *Med Fighh J*. 2020; 12(42): e5. [Persian]
36. Nazari Tavakoli S. Child custody in Islamic Jurisprudence. Tehran: Samt Publications; 2006. p.237. [Persian]
37. Safaei H, Araghi SE, Emami A, Ghasemzadeh SM, Sadeghi M, Borzouei A, et al. A comparative study of famili law. Tehran: University of Tehran Press; 2005. p.263-263. [Persian]
38. Kurdi Z. Rational study of the conditions of the task with regard to the theological implications of verse 286 of Surah al-Baqarah. Masters Thesis in Islamic. City: Baqir al-Uloom University; 2016. p.60. [Persian]
39. Qomi A. Al-Kani and the titles. Beirut: Al-Irfan Press; 1985. Vol.2 p.417. [Arabic]
40. Ansari Shirazi GH. Encyclopedia of the tules of children and Adults. Qom: Publicotion of the Jurisprudential Center of the Imams; 2008. Vol.1 p.351. [Arabic]
41. Ghorbani F. Custody of a child and its rulings from the perspective of shahid Thani and the Owner of the Jewel of theology and law. Qazvin: Imam Khomeini International University; 2003. p.162. [Persian]
42. Al-Jaziri A. Jurisprudence on the four religions and the religion of the Ahl al-Bayt (As). Beirut: Dar al-Thaqalin; 1998. Vol.4 p.710. [Arabic]
43. Motahari MR. Love is the basic need of children. *Payam Zan Magazine*. 2001; 119: 62 [Persian]
44. Ameli M. The End of Thoughts in the Brief Description of Islamic Laws. Qom: Islamic Poblications Office; 1990. Vol.1 p.468-469. [Arabic]
45. Behjat M. Jameal-Masail. Qom: His Holiness Office; 2005. Vol.4 p.103. [Arabic]
46. Sheikh Tusi A. Al-MabsutFi al-Fiqh al-Imamiya. Tehran: Al-Murtazawiyah Library Revives Arabic Works; 2008. p.43. [Arabic]