

## تأثیر بیماری های جسمی بر سلب حضانت

سیده سمانه موسوی مقدم\* / علی تولائی\*\* / حسین ابویی مهریزی\*\*

### چکیده

فلسفه حضانت، تحقق مصالح طفل و دفع هرگونه ضرر و زیانی از اوست، بنابراین اگر والدین شایستگی و شرایط لازم را نداشته باشند، حق حضانت از آنها سلب می‌شود. در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز امکان سلب حضانت از دارنده آن پیش‌بینی شده است. از آنجا که یکی از شروط سرپرست طفل، سلامت جسمی اوست، در این پژوهش با تحلیل آراء فقها به بررسی تأثیر بیماری‌ها در سلب حضانت پرداخته می‌شود. در ادامه مشخص می‌شود که اگر با بیماری مسری سرپرست، صحت جسمانی طفل در معرض خطر قرار بگیرد؛ بدین‌نحو که بیماری به طفل سرایت کرده و موجب اضرار او شود، یا این که سرپرست به خاطر بیماری صعب‌العلاج، قادر به نگهداری طفل نباشد، حق حضانت وی ساقط می‌شود. اما اگر وی بتواند از سرایت بیماری به طفل جلوگیری کرده و یا از طریق مباشر، امور و مصالح مربوط به نگهداری و تربیت طفل را انجام دهد، اصل، بقای حضانت اوست.

**کلیدواژه:** حضانت، سلب حضانت، بیماری جسمی، بیماری ساری، بیماری

مزمین

---

\*کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، نویسنده مسؤول samanehmusavi@yahoo.com

\*\*استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه یزد

تاریخ وصول: ۹۲/۱۰/۱۴ - پذیرش نهایی: ۹۳/۸/۱۱

## ۱- طرح مسأله

حضانت در لغت به معنی نگهداری و پروردن، (لسان العرب/۱۳/۱۲۲ و ۱۲۳) و در اصطلاح فقها، عبارت است از ولایت و اقتداری که از جانب خداوند متعال، بر کودک و مجنون تشریح شده است؛ به منظور تربیت و نگهداری آنها و هر چیزی که در رابطه با تربیت و نگهداری باشد: مانند گذاشتن کودک در تختخواب مخصوص و برداشتن او، سرمه کشیدن، روغن مالیدن به بدن، شست و شوی لباس ها و نظافت کردن وی (قواعد الأحکام/۳/۳۰۱؛ مسالک الأفهام/۸/۴۲۱؛ جواهر الکلام/۳۱/۲۸۳). قانون مدنی ایران، تعریفی از حضانت ارائه نداده است، به تعبیر حقوقی حضانت عبارت است از: اقتداری که قانون به منظور نگاهداری و تربیت طفل به پدر و مادر آنان اعطا کرده است (حقوق مدنی خانواده/کاتوزیان/۱۹۳/۲). سرپرست کودک باید دارای ویژگی ها و صلاحیت های جسمی، روحی و روانی، اخلاقی و اجتماعی بوده و قدرت اعمال وظایف مربوط به نگهداری را داشته باشد، به همین دلیل یکی از شروط سرپرست را سالم بودن عقل او دانسته و بیماری روانی را از عوامل سقوط حضانت به شمار می آورند. لازم به ذکر است که اختلالات روانی، طیف بسیار وسیعی از بیماری ها را در بر می گیرند، اما از آنجا که چون یکی از اقسام بیماری های روانی و شدیدترین نوع آن است (رحمدل، «بیماری های روانی و بار اثبات در سیستم عدالت کیفری»/۸ و ۹)، فقها و حقوقدانان از میان بیماری های روانی، بیشتر به بررسی نقش جنون در سلب حضانت پرداخته اند و بر این باورند که مجنون، حق سرپرستی طفل را ندارد؛ زیرا مصالح کودک به خطر می افتد و فلسفه حضانت از بین می رود. علاوه بر این، چنین کسی خود نیازمند مراقبت دیگران است و قدرت نگهداری طفل را نخواهد داشت؛ زیرا قادر به تأمین مصالح خود نیست تا چه رسد به تأمین مصالح دیگران (قواعد الأحکام/۳/۱۰۲؛ مسالک الأفهام/۸/۴۲۳؛ حاشیه ردّ مختار علی الدر المختار/۳/۶۱۰؛ الشرح الکبیر/۲/۵۲۸). برای کسانی که جنون سرپرست را مانع نگهداری طفل می دانند، پرسشی جدید به وجود آمده است مبنی بر این که آیا بیماری های مزمن یا

مسری که امید بهبودی در آنها وجود ندارد، از نظر حکم به جنون ملحق می‌شوند یا خیر؟ طبعاً سرپرست برای این که بتواند وظایف خود را در قبال کودک به درستی انجام دهد، باید از سلامت جسمی برخوردار باشد. علاوه بر این، در صورت ابتلای او به بیماری‌های ساری و خطرناک، صحت جسمانی طفل در معرض خطر قرار می‌گیرد. فقهای اسلامی در کتب فقهی خود، برخی از مصادیق بیماری‌های جسمی را که موجب سلب حضانت والدین می‌شود، ذکر کرده‌اند. به عنوان مثال برخی از آنان سل<sup>۱</sup> و فلج را به عنوان امراض مزمن مطرح کرده‌اند (روضه الطالبین/۵۰۵/۶؛ مسالک الأفهام/۴۲۳/۸؛ مغنی المحتاج/۴۵۶/۳). گروهی دیگر متذکر برخی از امراض ساری و خطرناک از قبیل پیسی یا برص<sup>۲</sup> و جذام<sup>۳</sup> شده‌اند (جواهر الکلام/۲۸۸/۳۱؛ مختصر خلیل/۱۴۵؛ القواعد و الفوائد/۳۹۶/۱). عده‌ای دیگر ضمن بیان این نکته که سرپرست طفل باید توانایی انجام این کار را داشته باشد، نابینا بودن را موجب سقوط حضانت دانسته‌اند (الافتاح/۱۵۱/۲؛ کشاف القناع/۵۸۷/۵). امروزه بحث بیماری‌های مسری خطرناک از قبیل ایدز مطرح است. می‌توان گفت ویژگی مشترک بیماری‌های جسمی، ناتوانی در انجام امور مربوط به حضانت، به دلیل مزمن و صعب‌العلاج یا ساری و خطرناک بودن آنهاست. علاوه بر این، در امراض مسری، خطر سرایت به طفل نیز وجود دارد. حال سؤال مطرح شده این است که آیا هر نوع بیماری جسمی از طرف والدین موجب سلب حضانت آنان می‌شود؟

---

۱- Tuberculosis نوعی بیماری که توسط میکروبی به نام مایکوباکتریوم ایجاد می‌شود. جایگاه این بیماری، ریه است ولی سایر اعضاء نیز ممکن است گرفتار شوند. (همت‌خواه، دایره المعارف پزشکی خانواده/۱۵۱).

۲- Vitiligo لک و پیسی حالتی ناشی از نقص در تشکیل م.لاینین پوست است که در بعضی نواحی پوست به صورت لکه‌ای سفید شیری رنگ با حاشیه پررنگ ایجاد می‌شود (فرهنگ پزشکی دورلند/۲۲۰).

۳- Leprosy بیماری مزمنی است که توسط یک باکتری به نام باسیل هانس ایجاد می‌شود. این باسیل به پوست و اعصاب حمله می‌کند و آنها را درگیر می‌سازد. اصلی‌ترین علامت این بیماری از بین رفتن حس است (دایره المعارف پزشکی خانواده/۷۶).

## ۲- مفهوم بیماری در لغت و اصطلاح

بیماری، فرآیند ناخوش مشخصی است که دارای علائم معینی بوده و ممکن است تمامی بدن یا جزئی از آن را فرا بگیرد. به تعبیر دیگر، بیماری حالتی است که در آن بدن یا اجزاء آن از حال سلامت طبیعی به وجهی مشخص خارج می‌شود (فرهنگ پزشکی دورلند/۵۱۲). به تعبیر ابن‌سینا، بیماری حالتی است غیرطبیعی که در تن آدمی جای می‌گیرد و بدون شک، واکنش آسیبی است که از کنش اولیه غیر طبیعی سرچشمه می‌گیرد (قانون در طب/۱۶۷). بیماری در منابع فقهی و حقوقی گاهی عیب و زمانی مرض نامیده شده است. عیب در لغت به معنای هر فزونی یا کاستی از خلقت اصلی است، مانند داشتن انگشت اضافی و یا نقصان انگشتان (مجمع البحرین/۱۹۲/۲). در اصطلاح نقصان چیزی از مرتبه صحت، عیب نامیده می‌شود. مرتبه صحت، حدّ وسط بین نقص و کمال است که بالاتر از آن حدّ وسط، کمال و پایین‌تر از آن، نقص نام دارد. صحت که حدّ وسط بین نقص و کمال است، مقتضای اصل ماهیت است. بنابراین، خروج یک موجود از مقتضای خلقت اصلیه، عیب است (کتاب النکاح/۳۵۵/۵). مرض نیز در لغت از ریشه (م - ر - ض) و به معنای خروج انسان از حدّ صحت است؛ بدین معنا که مرض، علت خروج از سلامتی است. (معجم مقانیس اللغة/۳۱۱/۵) در اصطلاح فقهی، مرض چیزی است که بر بدن عارض می‌شود و به وسیله آن بدن از اعتدال خود خارج می‌شود (معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه/۲۶۲/۳). در فقه و حقوق اسلامی، بیماری دارای احکام و مقررات ویژه‌ای است. شیخ طوسی بیماری را به «مخوف» و «غیر مخوف» تقسیم می‌کند (المبسوط/۴۴/۴-۴۵)؛ وی همچنین بیماری را شامل «خفیف» و «شدید» می‌داند (همان/۵/۲). برخی نیز بیماری را به دو نوع «درمان‌پذیر» و «صعب‌العلاج» تقسیم نموده‌اند (شرائع الإسلام/۲۰۷/۲)، اما با توجه به واضح بودن در عرف و لغت، تعریفی از آن ارائه نشده است (مصطلحات الفقه/۴۸۲).

### ۳- الحاق بیماری مزمن به جنون

در مورد الحاق برخی از بیماری‌های صعب‌العلاج و مزمن، مانند سل و فلج که امید بهبودی در آنها ضعیف است، و درد ناشی از آن، مادر را از کفالت و تدبیر امور کودک باز می‌دارد، به جنون، دو وجه متصور است: اول این که بگوئیم این بیماری‌ها به علت درد و ناراحتی زیادی که ایجاد می‌کنند، مجال تدبیر و رسیدگی به امور حضانت طفل را به بیمار نمی‌دهند و از این لحاظ با جنون در علت حکم مشترکند. بنابراین کسی که مبتلا به این گونه بیماری‌هاست، صلاحیت حضانت ندارد. دوم این که بگوئیم اگرچه فرد مبتلا، خود نمی‌تواند به امور طفل رسیدگی کند، اما می‌تواند کسی را به عنوان نایب، مأمور کند تا مصالح طفل را تأمین نماید. در این صورت، ولایت یا حق حضانت شخص بیمار ساقط نمی‌شود (مسالك الافهام/۴۲۳/۸؛ ریاض المسائل/۱۵۶/۱۲). بنابراین سقوط حضانت فرد پیر، بیمار، نابینا، کر و لال و مواردی از این قبیل، مشروط به این است که وی نتواند به تنهایی یا با کمک دیگران یا از طریق نایب گرفتن به اداره امور طفل پردازد (الفقه الاسلامی و ادلته/۵۰/۱۰؛ فقه السنه/۳۴۳/۲؛ مختصر خلیل/۱۴۵؛ الشرح الكبير/۵۲۸/۲؛ الفقه علی المذاهب الأربعة/۷۱۰/۴). برخی از فقها، حتی ضعف بینایی را در صورتی که مانع انجام امور و مصالح طفل به نحو احسن شود، موجب سقوط حضانت سرپرست می‌دانند (الفقه علی المذاهب الأربعة/۷۱۰/۴؛ الکشاف القناع/۵۸۷/۵). همچنین بیماری سل و فلج را زمانی موجب سقوط حضانت می‌دانند که سرپرست به خاطر درد شدید، توانایی نگهداری و تدبیر امور طفل را نداشته باشد و در صورت مباشرت در امر حضانت، توانایی حرکت نداشته باشد (روضه الطالبین/۵۰۵/۶؛ الاقناع/۱۵۱/۲؛ إعانه الطالبین/۱۱۶/۴). اکثر فقها قول دوم را ترجیح داده، و به عدم سقوط حق حضانت قائل شده‌اند (نهایه المرام/۴۶۸/۱؛ الحدائق الناضره/۹۱/۲۵؛ مغنی المحتاج/۴۵۶/۳؛ إعانه الطالبین/۱۱۶/۴) و دلیل آن را نیز اطلاق ادله، اصالت بقای ولایت بر طفل، و عدم لزوم مباشرت در امر حضانت دانسته‌اند (ریاض المسائل/۱۵۶/۱۲). مطابق این دیدگاه، در بیماری مزمن باید به این نکته توجه کرد

که میزان تأثیر آن در توان نگهداری مادر چقدر است؟ بنابراین اگر مادر مبتلا به بیماری مزمنی چون برخی از انواع سرطان‌ها است که مانع انجام وظیفه او در نگهداری کودک خود نیست، هر چند برای این منظور در کنار خود از فرد دیگری نیز کمک بگیرد، حضانت او همچنان باقی است (حضانت کودکان در فقه اسلامی/۲۹۴). ظاهراً آن چه بیان شد زمانی مطرح می‌شود که والدین هر دو زنده باشند؛ زیرا برخی از فقها بر این باورند که اگر فقط یکی از آن دو در قید حیات باشد، بیماری مزمن مانند مسلول بودن مانع از اعمال حق حضانت او نمی‌شود (مجمع المسائل/۳۹۴/۴).

#### ۴- بیماری مسری و خطرناک

از آنجا که فلسفه و حکمت حضانت، نگهداری از طفل و حفظ جسم و جان او از بیماری‌ها است برخی از فقها، نداشتن بیماری ساری را شرط حضانت سرپرست می‌دانند (فقه الإمام الصادق علیه السلام/۳۰۴/۵؛ روضه الطالبین/۵۰۵/۶؛ الاقناع/۱۵۱/۲؛ اعانه الطالبین/۵۸۷/۵؛ حاشیه الدسوقی/۵۲۹/۲). گروهی از آنان، سقوط حضانت مادر در صورت بیمار بودن را به موردی که خود طفل هم بیمار است، تعمیم می‌دهند؛ زیرا عادتاً بیماری او در اثر تماس با مادر زیاد می‌شود (اعانه الطالبین/۵۲۸/۲). علاوه بر این، امکان سرایت بیماری مادر به طفل از طریق شیر دادن و تماس آن دو وجود دارد. دلیل دیگر این است که فرد جذامی از تماس با انسان سالم منع می‌شود، پس به طریق اولی از سرپرستی او نیز منع می‌گردد (کشاف القناع/۵۸۷/۵). در سقوط حضانت سرپرست با بیماری مسری او، فرقی نمی‌کند که مداوای بیماری مذکور ساده باشد، مانند گریپ و حصبه؛ یا صعب‌العلاج مانند سل ریوی؛ زیرا با نگاهداری طفل به وسیله سرپرست یا شیر دادن او بیماری به طفل سرایت می‌کند (حقوق مدنی، امامی/۱۹۹/۵). مطابق این دیدگاه، اگر سرپرست سلامت خود را به دست آورده و بیماری مسری اش مداوا شود، می‌توان کودک را به او سپرد (حضانت کودکان در فقه اسلامی/۲۹۴). دیدگاه دیگر این است که بیماری مسری، عامل سقوط

حضانت به شمار نمی‌رود مگر این که به تشخیص پزشک ماهر بوده و امکان نایب گرفتن وجود نداشته باشد (جامع المسائل/۱۰۳/۴). گروهی از فقها، با ذکر برخی مصادیق امراض مسری از قبیل جذام و برص، شرط سقوط حضانت را خوف سرایت این امراض به کودک می‌دانند (القوائد و الفوائد/۱/۳۹۶). مطابق این دیدگاه، بیماری ساری در صورتی موجب سقوط حق حضانت می‌شود که پدر یا مادر نتوانند دادگاه را مطمئن سازند که بیماری آنها سلامت طفل را به خطر نمی‌اندازد. بنابراین امکان سرایت بیماری به تنهایی، مانع از اجرای حق حضانت نیست. باید این سرایت برای سلامت طفل خطر جدی بوجود آورد؛ خطری که ارزش جدا کردن کودک را از پدر و مادر داشته باشد؛ زیرا واضح است که سرماخوردگی و آنفلوآنزا از بیماری‌هایی است که به سرعت شایع می‌شود، ولی نمی‌توان بر مبنای چنین خطری، کودک را از دامان مادر گرفت. به همین جهت گفته می‌شود که دادگاه باید چگونگی و اندازه خطر را تعیین کند و در این مورد مانند جنون ابوین یا شوهر کردن مادر نمی‌توان حکم نوعی داد (حقوق مدنی خانواده، کاتوزیان/۱۷۵/۲). نتیجه این که گرفتن کودک از مادر مبتلا به ایدز واجب و حتی جایز نیست؛ زیرا این بیماری از راه شیر دادن به طفل منتقل نمی‌شود. مشروط به این که بتوان از مسأله انتقال خون مادر، طفل را حفظ کرد. هر چند بهتر است که برای شیر دادن به طفل چنین زنی اجاره نشود، اما گرفتن طفل از مادر در صورتی که مبتلا به مرضی است که از طریق شیر دادن یا تماس جسمی منتقل می‌شود واجب است (الفقه و مسائل طبیه/۱/۲۵۳).

مطابق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز در معرض خطر قرار گرفتن صحت جسمانی طفل، از عواملی است که دادگاه را وادار به تصمیم گرفتن و تجدیدنظر در وضع حضانت او می‌کند (همان/۱۷۴/۲). قانون در این مورد بین والدین و سایر کسانی که حضانت طفل را بر عهده می‌گیرند، تفاوتی قائل نشده است (بررسی تطبیقی حقوق خانواده/۴۶۴). بنابراین اگر سرپرست، زیر نظر پزشک به بیمارستان منتقل شده باشد و یا

اگر در منزل است، تدابیر امنیتی را برای جلوگیری از انتقال بیماری او به کودک در نظر گرفته باشند حق حضانت وی پابرجاست (وفایی، «سقوط حضانت کودک»/۱۴-۱۵).

## ۵- ادله قائلین به سقوط حضانت

### ۵-۱- قاعده لا ضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات به آن استناد شده، و مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب می‌شود، قاعده «لا ضرر» است. اگر چه به نظر می‌رسد مهم‌ترین مستند این قاعده، حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام» است (وسائل‌الشیعه/۲۵-۴۲۸-۴۲۹؛ من لایحضره الفقیه/۳-۲۳۳)، اما در قرآن مجید، آیاتی وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقات آن به نوعی اثبات‌کننده قاعده لا ضرر محسوب می‌شوند. از جمله آیه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره که مبتنی بر حرمت اضرار به طفل از هر سبب و طریقی است. شکی نیست که نفی ضرر و ضرار، از اموری است که علاوه بر مواردی از آیات قرآن و بسیاری از روایات، عقل نیز مستقلاً به آن حکم می‌کند (القواعد الفقهیه/۱-۲۸). ضرر در این قاعده، بر معنای عرفی‌اش حمل می‌شود که شامل ضرر معنوی مانند آسیب‌های روحی یا لطمه وارد کردن به موقعیت اجتماعی، و ضرر مادی مثل آسیب رساندن به جان و مال افراد است (جمالی، «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»/۶۶). مهم‌ترین دلیلی که می‌توان برای سقوط حضانت در موارد ساری بودن بیماری به آن استناد کرد، همین قاعده است؛ زیرا در صورت سرایت بیماری به طفل ضرر وارد می‌شود، در حالی که به موجب آیات، روایات و حکم عقل از وارد کردن چنین ضرری نهی شده است.

### ۵-۲- روایات

۱- در حدیث مفصلی به نقل از امام صادق (ع) از پدران‌شان علیهم‌السلام، آمده است که: «وَكَرِهَ أَنْ يُكَلَّمَ الرَّجُلُ مَجْدُومًا - إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَدْرُ ذِرَاعٍ - وَقَالَ (ع)



فَرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ فَرَارَكُ مِنَ الْأَسَدِ: از سخن گفتن با شخص مجذوم در فاصله نزدیک بر حذر باش چنان‌که از شیر درنده فرار می‌کنی.» (من لایحضره الفقیه/۴/۳۵۷؛ عوالی اللثالی العزیزیه/۱/۳۲؛ وسائل الشیعه/۱۲/۴۹)؛ براساس این روایت، تماس با بیمار، عاملی برای سرایت بیماری تلقی خواهد شد.

۲- علاوه بر این در حدیث نبوی آمده است: «لایورد مُمرض علی مصحح: بیمار بر سالم وارد نمی‌شود.» (صحیح مسلم/۳۱/۷). این معنا را به عبارت دیگری به پیامبر گرامی اسلام نسبت داده‌اند: «لایوردنّ ذو عاهه علی مصحح: بیمار را بر سالم وارد نسازید» (الرواشخ السماویه/۱۶۵)؛ پیامبر گرامی اسلام با بیان جمله مذکور، در مقام بیان این مطلب است که اگر کسی شتر مریضی دارد و می‌خواهد به او از جوی آب دهد، نباید شتر خود را بالاتر از شترهای سالم قرار دهد؛ زیرا نیمخوره حیوان مریض به شترهای سالم منتقل شده، و باعث بیمار شدن آنها می‌شود (دراسات فی علم الدرایه/۴۸).

## ۶- ادله قائلین به عدم سقوط حضانت

### ۶-۱- روایات

در روایت نصر بن قراوش جمال از امام صادق(ع) آمده است: از امام صادق علیه‌السلام در مورد شتری پرسیدم که مبتلا به بیماری پوستی جرب شده است، او را از سایر شترها جدا کردم تا به آنها سرایت نکند و گاه برای چهارپایان خود سوت می‌زنم تا این که آب بیاشامند؟ حضرت فرمود: عربی نزد پیامبر آمد و گفت ای رسول خدا، خرید گوسفند، گاو و شتری با قیمت ارزان به من پیشنهاد می‌شود که مبتلا به بیماری جرب هستند، از بیم این که بیماری آنها به شتران و گوسفندان خودم سرایت کند، مایل نیستم آنها را بخرم. پیامبر فرمود: ای عرب، چه کسی برای بار اول سرایت داد؟ سپس فرمود: سرایت، فال بد، نامیمون بودن جغد، شوم بودن اشیاء یا اشخاص، مرگ به واسطه موجودات ریز شکم، محرمیت با شیر دادن پس از گرفتن از شیر، بازگشت با

آداب جاهلی، بازگشت به حال چادرنشینی بعد از هجرت به مدینه، روزه سکوت یک روز تا شب، طلاق پیش از ازدواج، آزادی برده پیش از مالکیت و یتیمی پس از رسیدن به بلوغ وجود ندارد (الکافی/۱۹۶/۸). برخی بر این باورند که این روایت نمی‌تواند دلیل عدم سرایت بیماری که لازمه آن عدم سقوط حضانت سرپرست به رغم بیمار بودنش است، باشد. استدلال آنان این است که از جمله تفکراتی که همیشه فکر بشر را به خود مشغول ساخته است مسأله حادث و قدیم بودن جهان است. در عصر پیامبر اسلام نیز این مسأله مطرح بوده و برخی بر این باور بودند که جهان قدیم است و برای حوادث، اول و آغازی وجود ندارد؛ زیرا هر کودکی وابسته به پدری است و هر زراعتی مسبوق به بذری. پیامبر (ص) با ردّ چنین تفکری با بیان جمله «لا عدوی» می‌فرماید: اگر قرار باشد هر چیزی از چیز دیگر ناشی شده باشد، این سؤال پیدا می‌شود که چه کسی برای بار نخست این چیز را ایجاد کرد؟ و به اصطلاح کلامی چنین تصویری، مستلزم تسلسل بوده که امری محال است. بنابراین، امام (ع) در پاسخ اعرابی به این نکته توجه می‌دهد که تصور سرایت، نمی‌تواند در مورد همه اشیاء به شکل نامحدود صادق باشد. علاوه بر این، نهایت چیزی که این حدیث می‌تواند بر آن دلالت داشته باشد، عدم سرایت بیماری جرب است، نه هر بیماری مسری (حضانت کودکان در فقه اسلامی/ ۲۹۱- ۲۹۲). این در حالی است که با استناد به روایت فوق می‌توان قائل به عدم جواز سقوط حضانت از فرد بیمار شد. هر چند ظاهراً بین حدیث «لا عدوی و لا طیره» با احادیث «فرّ من المجذوم...» و «لا یورد...» تعارض وجود دارد، بدین شکل که در روایت اول، سرایت بیماری از بیمار به فرد سالم منع شده است، اما دو روایت دیگر، دلالت بر اثبات سرایت بیماری می‌کنند. اما در مقام جمع میان روایات فوق می‌توان گفت که:

اولاً- نفی در حدیث «لا عدوی»، ناشی از اعتقاد جاهلیت است مبنی بر این که طبیعت امراض، موجب سرایت آنها می‌شود. در حالی که طبیعت امراض، موجب سرایت آنها به دیگری نمی‌شود و بیماری‌ها به خودی خود مسری نیستند، لیکن

خداوند متعال تماس مریض با انسان سالم را سببی برای سرایت بیماری قرار داده است. هر چند گاهی خلاف آن نیز واقع می‌شود؛ یعنی با وجود این که شخص سالم با فرد بیمار تماس دارد، بیماری او سرایت نمی‌کند؛ زیرا وجود بیماری، علت تامه انتقال آن به دیگری نیست؛ بلکه فقط مقتضی سرایت بیماری به فرد سالم وجود دارد، اما ممکن است مانعی جلوی آن را بگیرد. همان‌طور که در موارد مشابه نیز ممکن است چنین اتفاقی رخ بدهد. یعنی با وجود این که علت وجود دارد، اما چون علت تامه نیست معلول در پی آن واقع نشود.

ثانیاً- همان‌طور که خداوند متعال این بیماری را بار اول ایجاد کرد، بار دوم نیز ایجاد می‌کند؛ بنابراین دوری جستن از فرد جذامی به این دلیل است که مبادا در اثر همنشینی با او به قضا و قدر الهی، نه به دلیل سرایت، بیماری منتقل شود.

ثالثاً- ممکن است امر به فرار از مجذوم به دلیل رعایت حال اوست؛ زیرا احتمال دارد انسان سالم با دیدن عظمت مصیبت مجنون، حسرت فراوان خورده و حرکاتی از او سر بزنند که موجب رنجش خاطر فرد مجذوم شود.

رابعاً- مقصود حدیث «لا عدوی»، عدم قابلیت سرایت بیماری به استثنای جذام است (القواعد و الفوائد/۱/۳۹۶؛ الدسوقی/۲/۵۲۸؛ شرح مسلم/۱/۳۵؛ دراسات فی علم الدرایه/۴۸-۴۹). علاوه بر حدیث مذکور، ائمه علیهم السلام در برخی موارد با مجذومین و کسانی که نقصی در بدن داشتند، همنشین شده و غذا تناول می‌کردند (الأنوار اللوامع/۱۰/۳۴۱).

## ۶-۲- اطلاق ادله

از آنجا که در هیچ یک از روایات باب حضانت، اشاره‌ای به مانعیت بیماری در سرپرست طفل نشده است، می‌توان از اطلاق ادله، حکم به عدم سقوط حضانت شخص بیمار نمود (کفایه الأحکام/۲/۲۹۴؛ جواهر الکلام/۳۱/۲۸۸؛ موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها/۱/۳۵۶).

### ۶-۳- اصل عملی

برخی معتقدند که اگر در حکم از بین رفتن حق نگهداری مادر به دلیل مبتلا شدن به بیماری مسری یا مزمن تردید داشته باشیم، اصل بر عدم سقوط ولایت است (القوائد و الفوائد/۴۶۸/۱؛ الحدائق الناظره/۹۱/۲۵). در ردّ این دلیل می‌توان گفت که هنگامی به بقاء ولایت مادر با تمسّک به اصل استصحاب، استناد می‌شود که برای آن حالت سابقه‌ای وجود داشته باشد؛ بنابراین، جریان این اصل هنگامی صحیح است که این بیماری ها در زمانی که مادر عهده‌دار حضانت از کودک است به وجود بیایند، تا بتوانیم حکم به بقاء ولایت سابق، هنگام شکّ در استمرار آن نمائیم (ریاض المسائل/۱۵۶/۱۲).

### ۷- عدم لزوم مباشرت در حضانت

آیا مباشرت در امر حضانت ضروری بوده، به طوری که با عدم امکان مباشرت، حق حضانت ساقط می‌شود یا آن که مباشرت لازم نبوده، و در صورت عدم امکان آن، می‌توان برای انجام وظایف مربوط به سرپرستی طفل نایب گرفت؟ قانون مدنی در این مورد ساکت است. اما فقها این مسأله را ذیل بحث مریض مطرح نموده، و غالب آنان نایب گرفتن را در صورتی جایز می‌دانند که سرپرست، توان مباشرت در انجام امور طفل را نداشته باشد؛ زیرا اگر چه قدرت از شرایط عامه تکلیف است، اما فقهای امامیه در مورد حضانت طفل این شرط را نیاورده‌اند (الحدائق الناظره/۹۱/۲۵؛ جواهر الکلام/۲۸۷/۳۱). صاحب جواهر از این که فقها در بحث نگهداری طفل، قائل به این قبیل شروط شده‌اند، اما در باب رضاع با این که با سرپرستی از نظر ملاک یکی است، این گونه شرایط را یادآور نمی‌شوند، ابراز شگفتی می‌کند (جواهر الکلام/۲۸۹/۳۱). دیدگاه دیگر آن است که مباشرت در حضانت، شرط نبوده، و امکان نایب گرفتن در امر حضانت وجود دارد، اگر چه پدر و مادر شخصاً امکان مباشرت داشته، و مبتلا به امراضی که مانع از حضانت می‌شود، نباشند. قائلین این دیدگاه به دو دلیل استناد می‌کنند: اطلاق ادله حضانت، و

اجماع. این گروه از فقها بر این باورند که در صورت حاصل شدن مقصود از حضانت، دلیلی بر وجوب مباشرت پدر و مادر وجود ندارد؛ بنابراین می‌توان این حق را از طریق سپردن طفل به شخص دیگر یا مؤسسات دولتی نگهداری کودکان، اعمال کرد. در این صورت اگر چه شخص، مباشرت در حضانت ندارد، اما حق حضانت او ساقط نمی‌شود (مذهب الأحکام/۲۵/۲۸۰). به نظر می‌رسد که حقیقت حضانت، تسلط بر امور پرورشی و تربیتی طفل است، نه مباشرت در انجام کارهای او؛ بدین نحو که حق حضانت، مستلزم انجام امور و مصالح طفل به طور مستقیم نیست و سرپرست می‌تواند برای انجام امور مربوط به کودک، نایب بگیرد؛ بنابراین در صورت ابتلای او به امراض ساری، شخص دیگری به نیابت از سرپرست، وظیفه نگهداری کودک را بر عهده بگیرد. همچنین نمی‌توان به سقوط حضانت مادری حکم کرد که به علت اشتغال نمی‌تواند شخصاً در تمام ساعات روز از فرزندش نگهداری کند و او را به مهد کودک می‌سپارد؛ زیرا در فرض فوق، نظارت و تربیت توسط مادر ممکن است (میرداداشی، «بررسی فقهی - حقوقی حضانت»/۱۱۶). بنابراین، سقوط حضانت سرپرست با بیماری او مشروط به مباشرت اوست، اما اگر مباشرت در امور طفل به نایب واگذار شود و سرپرست، بیشتر جنبه مشورتی و مدیریت داشته باشد، حق حضانتش پابرجاست (روضه الطالین/۵۰۵/۶؛ الاقناع/۱۵۱/۲). علاوه بر این، بین «داشتن حق» و «اجرای حق» تفاوت وجود دارد. پس با داشتن امراض مسری، که موجب ضرر رسیدن به طفل می‌شود، وظیفه پدر و مادر در مورد حضانت ساقط نمی‌شود، بلکه اجرای آن موجب ضرر است که در این صورت پدر یا مادر مباشرت خود را در حضانت از دست داده، اما اختیار خود را از دست نمی‌دهند. بلکه می‌توانند برای انجام امور مربوط به سرپرستی طفل از کمک دیگری استفاده کنند (میرخلیلی، «جایگاه زن در حقوق خانواده (ارث، طلاق، حضانت)»/۱۶۶).

## نتیجه

بیماری مزمن زمانی موجب سقوط حضانت می‌شود که فرد قادر به نگهداری طفل ولو با کمک دیگری یا از طریق نایب گرفتن نباشد؛ دلیل این حکم، اطلاق ادله و عدم لزوم مباشرت در امر حضانت است. در قانون مدنی، شرط سلامت از بیماری مسری و صعب‌العلاج صریحاً پیش‌بینی نشده است. مطابق ماده ۱۱۷۳ این قانون در معرض خطر قرار گرفتن صحت جسمانی طفل، از عواملی است که دادگاه را وادار به تصمیم گرفتن و تجدیدنظر در وضع حضانت او می‌کند. بنابراین اگر با بیماری مسری سرپرست، صحت جسمانی طفل در معرض خطر قرار بگیرد؛ بدین نحو که بیماری به طفل سرایت کرده و موجب اضرار او شود حق حضانت ساقط می‌شود و در غیر این صورت، با تمسک به روایت «لاعدوی» و همچنین اطلاق ادله می‌توان قائل به عدم سقوط حضانت سرپرست شد. اما به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل عدم سقوط حضانت سرپرست بیمار، عدم اعتبار مباشرت در امر حضانت است؛ زیرا همان‌طور که گفتیم حقیقت حضانت، تسلط بر امور پرورشی و تربیتی طفل است، نه مباشرت در انجام کارهای او، بدین نحو که حق حضانت، مستلزم انجام امور و مصالح طفل به طور مستقیم نیست و سرپرست می‌تواند برای انجام امور مربوط به کودک، نایب بگیرد تا در صورت ابتلای سرپرست به امراض ساری، به نیابت از او، وظیفه نگهداری کودک را بر عهده بگیرد.

## منابع

- ابن بابویه، محمد، **من لایحضره الفقیه**، ج ۳ و ۴، چ ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- ابن سینا، **قانون در طب**، چ ۳، ترجمه عبدالرحمن شرف‌کندی، تهران، انتشارات سروش، ۱۳۶۴.
- ابن عابدین، محمدامین، **حاشیه ردّ مختار علی الدر المختار**، ج ۳، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۵ق.

- ابن فارس، احمد، **معجم مقاییس اللغه**، ج ۵، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد، **لسان العرب**، ج ۱۳، ج ۳، بیروت، دار الفكر للطباعه و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ق.
- احسائی، محمد، **عوالی اللئالی العزیزیه**، ج ۱، قم، دار سید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵ق.
- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۵، انتشارات اسلامیة، تهران، بی تا.
- انصاری شیرازی، قدرت‌الله و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، **موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها**، ج ۱، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق.
- انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی، **کتاب النکاح**، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، حسین، **الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
- بحرانی (محقق بحرانی)، یوسف، **الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره**، ج ۲۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
- بهجت، محمدتقی، **جامع المسائل**، ج ۴، ج ۲، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ق.
- بهوتی، منصور، **کشاف القناع**، ج ۵، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۸، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- الجزیری، عبدالرحمن، **الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام**، ج ۴، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ق.
- جمالی، جمال الدین، **لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام**، نشریه کانون، شماره ۱، آذر ۱۳۵۰.
- جندی، خلیل بن اسحاق، **مختصر خلیل**، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۲ و ۲۵، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- حسینی مرعشی، میرمحمدباقر، **الرواشح السماویه فی شرح الاحادیث الامامیه**، قم، مکتبه السید المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ق.
- حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

- دردیر، ابوبركات، **الشرح الكبير**، ج ۲، بيروت، دار احياء الكتب العربيه، بی تا.
- دسوقی، محمد، **حاشیه الدسوقی**، ج ۲، بی جا، دار الاحیاء الكتاب العربیه، بی جا.
- دمیاطی، ابوبکر، **اعانه الطالبین**، ج ۲ و ۴ و ۵، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۸ق.
- دورلند، ویلیام الکساندر نیومن، **فرهنگ پزشکی دورلند**، ج ۴، ترجمه دکتر محمد هوشمند ویژه، تهران، بی نا، ۱۳۸۵.
- رحمدل، منصور، «بیماری های روانی و بار اثبات در سیستم عدالت کیفری»، نشریه اندیشه های حقوق خصوصی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
- الزحیلی، وهبه، **الفقه الاسلامی و ادلته**، ج ۱۰، دمشق، دار الفکر، ۱۹۹۷م.
- سبزواری، سیدعبد الأعلى، **مهذب الأحكام**، ج ۲۵، ج ۴، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، محمدباقر، **کفایه الأحكام**، ج ۲، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ق.
- سید سابق، **فقه السنه**، بیروت، دار الكتاب العربی، بی تا.
- شربینی، محمد، **الاقناع فی حلّ الفاظ ابی شجاع**، ج ۲، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
- \_\_\_\_\_، **معنی المحتاج**، ج ۳، بی جا، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ق.
- صفایی، سیدحسین و دیگران، **بورسی تطبیقی حقوق خانواده**، زیر نظر ابوالقاسم گرجی، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سیدعلی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۱۲، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- طریحی، فخر الدین، **مجمع البحرین**، ج ۲، ج ۳، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، ابوجعفر محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۲ و ۴، ج ۳، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
- عاملی، محمد، **نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام**، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ق.
- عبد الرحمان، محمود، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیه**، ج ۳، بی نا، بی جا، بی تا.
- علامه مامقانی، عبدالله، **دراسات فی علم الدرايه**، تحقیق و تلخیص: علی اکبر غفاری، بی جا، جامعه الامام الصادق (ع)، ۱۳۶۹.



- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، ۵، تهران، انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- کلینی، محمد، الکافی، ج ۸، ۴، تهران، دار الکتب الإسلامیه، تهران، ۱۴۰۷ق.
- گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، ج ۴، ۲، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ق.
- محسنی قندهاری، محمد آصف، الفقه و مسائل طبیه، ج ۱، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ق.
- مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، بی‌جا، بی‌تا.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۵، ۲، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۱، ۳، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۱۱ق.
- مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم، کتابفروشی مفید، بی‌تا.
- میرخلیلی، سیداحمد، جایگاه زن در حقوق خانواده (ارث، طلاق، حضانت)، علوم انسانی، شماره ۴۵ و ۴۶، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.
- میرداداشی، سیدمهدی، «بررسی فقهی - حقوقی حضانت»، رواق اندیشه، شماره ۸، خرداد و تیر ۱۳۸۱.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ۷، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ج ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
- نووی، محیی‌الدین بن شرف نووی، روضه الطالبین، ج ۶، به تحقیق عادل احمد عبد الموجود و علی محمد معوض، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.
- \_\_\_\_\_، صحیح مسلم بشرح النووی، ج ۱، ۲، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۷ق.
- نيساپوری، ابی‌الحسین مسلم بن الحجاج القشیری، صحیح مسلم، ج ۷، بیروت، دار الفکر، ۲۶۱ق.
- وفايي، فاطمه و محمد جواد بحرینی، سقوط حضانت کودک، فصلنامه طهران، شماره ۱۳، تابستان ۱۳۹۱.
- همت‌خواه، فرهاد، دایره المعارف پزشکی خانواده، ج ۹، تهران، انتشارات عصر کتاب، ۱۳۸۳.

