

Original Article

Feasibility study of transferring custody to third parties in Imamiyya jurisprudence, public jurisprudence and Iranian law

Somaye Zohuri ^{*1} 

¹ Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Golestan University, Gorgan, Iran.

[10.22080/lps.2025.29095.1741](https://doi.org/10.22080/lps.2025.29095.1741)**Received:**

April 25, 2025

Accepted:

August 2, 2025

Available online:

September 11, 2026

Keywords:

Custody, Proxyability, Child, Father, Mother

Abstract

Custody is the authority and power that the law has granted to parents to take care of a child. The Civil Code, in Article 1168, considers custody both a right and an obligation of the parents and states that the parents do not have the right to refuse to take care of the child while they have custody of the child. However, parents may want to transfer custody rights to another person for various reasons, so this research, using a descriptive and analytical method and a jurisprudential and legal approach, deals with the possibility or impossibility of transferring custody rights from parents to a third party. According to some jurists, it is not possible to transfer custody rights to another person, because in custody, parental supervision is a condition for exercising custody, and the child also has a right in custody. In addition, the rules related to custody are mandatory rules and are related to public order. On the other hand, some other jurists state that custody is not a condition of management, and therefore the parents can transfer it to another person in the form of power of attorney, proxy, or hiring. Therefore, parents do not have the possibility of transferring full custody rights to a third party. The Civil Code does not discuss the possibility of transferring custody to another person, but in the Family Protection Law, the Civil Liability Law, the Law on Donating Embryos to Infertile Couples, and the Law on Protecting Uncared and Abused Children, the legislator has accepted the possibility of transferring custody to a third party. A review of the aforementioned laws indicates that the legislator has accepted the transfer of custody, partially or completely, in exceptional cases where the best interests of the child require it.

***Corresponding Author:** Somaye Zohuri

Address: Golestan University, Gorgan, Iran.

Email: sozohuri@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Custody (*hiḍānah*) is a prerogative and authority conferred by law upon parents for the care and maintenance of a child. Article 1168 of the Iranian Civil Code characterises custody as both a right and a duty of the parents, stipulating that neither parent may, during the period in which custody is vested in them, refuse to care for the child, nor may any person impede the exercise of custody by the parent to whom it has been assigned. Nevertheless, circumstances may arise in which the child's physical health or moral upbringing is placed at risk, in which case the court may, in the best interests of the child, divest the parents of custody and entrust the child to another person. While the Civil Code and the Family Protection Act address various issues pertaining to custody, they remain silent on the question of whether a parent may transfer their custodial right to a third party, notwithstanding that parents may, for various reasons, wish to do so.

2. Methodology

The present article has been written using a descriptive-analytical method, relying upon library-based research.

3. Findings

Notwithstanding the silence of the Civil Code and the Family Protection Act, Islamic jurists (*fuqahā'*) have addressed this matter in jurisprudence (*fiqh*). According to some jurists, the transfer of custody by either parent to another person is impermissible, because custody requires the direct personal performance (*mubāsharat*) of the custodial functions by the parent; custody is not merely a right of the parents, but rather its obligatory dimension outweighs its character as a

right. Moreover, the child also possesses a right in custody, and the parents' delegation thereof would conflict with that right and is therefore unlawful. Furthermore, the rules governing custody are peremptory norms (*qawā'id āmirah*) pertaining to public policy (*naẓm 'umūmī*); consequently, entrusting custody to another would amount to a refusal by the parents to exercise custody, which is prohibited under Article 1172 of the Civil Code.

In contrast, other jurists maintain that direct personal performance is not a condition for custody and therefore parents may transfer it to another. There is also disagreement among jurists as to the legal nature of such transfer. One group contends that custody may be transferred by way of agency (*wikālah*), since agency is presumptively permissible in all matters unless direct performance is stipulated, and no such condition has been established for custody. However, critics of this view argue that agency is confined to juridical acts (*umūr i'tibārī*), whereas custody involves material acts (*a'māl māddī*), and is therefore not transferable through agency. Other jurists assert that custody may be transferred in the form of substitution (*niyābah*). In their view, *niyābah* differs from *wikālah*: in substitution, the substitute (*nā'ib*) places himself in the position of the principal (*manūb 'anhu*), with the result that the substitute's act is deemed the act of the principal, whereas in agency, the act is performed in the place of the principal's act, without the agent identifying himself as the principal. Yet another group of jurists holds that parents may hire a person (*ajīr*) to perform certain custodial tasks under the parents' supervision.

What emerges from the views of those jurists who acknowledge the possibility of

transfer is that, even in their opinion, a complete and full transfer of custody to another person is not permissible. Rather, under any of the aforementioned frameworks, the delegation must be partial and must occur under the full oversight and supervision of the parents. Consequently, parents do not have the capacity to transfer the entirety of their custodial right to a third party.

4. Conclusion

The Civil Code does not address the question of delegation of custody by parents. However, Article 7 of the Civil Liability Act discusses the liability of a person to whom the care of a minor or an insane person has been entrusted, thereby indicating that the legislator has accepted the possibility of partial delegation of custody. Article 41 of the Family Protection Act permits agreements between spouses concerning the delegation of custody to another person in its entirety, provided that the child's best interests so require. Furthermore, the Act on Embryo Donation to Infertile Couples and the Act on Protection of Children without Guardians or with Neglectful Guardians allow for the full transfer of custody to recipient

couples and guardians, respectively. Accordingly, in light of the opinions of jurists, the views of certain legal scholars, the position adopted in the Civil Liability Act, and prevailing social practice (*'urf*), partial delegation of custody is accepted. However, the complete transfer of custody to a non-parent, as recognised under the Family Protection Act, the Act on Embryo Donation to Infertile Couples, and the Act on Protection of Children without Guardians or with Neglectful Guardians, is permissible only in circumstances where the child's best interests so require.

Funding

No financial support was received for this study.

Authors' Contributions

All sections of the article have been prepared by the author.

Conflict of Interest

The author declares no conflicts of interest.

Acknowledgements

The author thanks all academic advisors for their guidance in this study.

امکان سنجی واگذاری حضانت به اشخاص ثالث در فقه امامیه، فقه عامه و حقوق ایران

سمیه ظهوری^{*۱} 

^۱ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران.

 [10.22080/lps.2025.29095.1741](https://doi.org/10.22080/lps.2025.29095.1741)

چکیده

حضانت اختیار و قدرتی است که قانون جهت نگهداری کودک، به پدر و مادر اعطا نموده است. قانون مدنی در ماده ۱۱۶۸ حضانت را هم حق و هم تکلیف ابوين به شمار آورده و بیان می‌دارد که ابوين حق ندارند در مدتی که حضانت طفل با آنهاست، از نگاهداری او امتناع نمایند. با وجود این، ممکن است پدر و مادر به دلایل مختلفی، خواستار انتقال حق حضانت به شخص دیگری باشند، لذا این پژوهش با شیوه توصیفی و تحلیلی و با رویکردی فقهی و حقوقی در مورد امکان یا عدم امکان واگذاری حق حضانت، از سوی پدر و مادر، به شخص ثالث می‌پردازد. به عقیده برخی از فقها امکان انتقال حق حضانت به دیگری وجود ندارد، زیرا در حضانت، مباشرت والدین در اجرای حضانت شرط است و برای طفل نیز در حضانت، حقی وجود دارد. به علاوه قواعد مربوط به حضانت، جزء قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است. در مقابل بعضی دیگر از فقها بیان می‌دارند که در حضانت شرط مباشرت نشده و لذا پدر و مادر می‌توانند آن را به دیگری در قالب وکالت، نیابت و اجیر کردن، منتقل نمایند، که البته در تمامی این موارد، انتقال حضانت باید با اشراف کامل حاضن باشد. لذا پدر و مادر، امکان واگذاری کامل حق حضانت، به شخص ثالث را ندارند. در قانون مدنی از امکان انتقال حضانت به دیگری بحثی نشده اما در قانون حمایت خانواده، قانون مسئولیت مدنی، قانون اهدا جنین به زوجین نابارور و قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست قانون‌گذار امکان واگذاری حضانت به شخص ثالث را پذیرفته است. بررسی قوانین مذکور نشانگر آن است که قانون‌گذار در موارد استثنائی که مصلحت طفل اقتضاء نماید، واگذاری حضانت به طور جزئی یا کلی را مورد پذیرش قرار داده است.

تاریخ دریافت:

۰۵ اردیبهشت ۱۴۰۴

تاریخ پذیرش:

۱۱ مرداد ۱۴۰۴

تاریخ انتشار:

۲۰ شهریور ۱۴۰۵

کلیدواژه‌ها:

حضانت، نیابت‌پذیری، کودک، پدر، مادر

^{*} نویسنده مسئول: سمیه ظهوری

آدرس: دانشگاه گلستان، گرگان، ایران.

ایمیل: sozohuri@gmail.com

۱ مقدمه

قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه، به روابط میان پدر و مادر و فرزندان پرداخته و آثار آن را در موارد مختلف مورد بررسی قرار داده است. یکی از این روابط، نگهداری و تربیت فرزندان است، که اصطلاحاً، حضانت نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۳۹). قانون مدنی در باب دوم از کتاب هشتم از جلد دوم خود، مسائل پیرامون حضانت را در دوازده ماده مطرح نموده است. موضوع حضانت از مباحث پیچیده حقوق خانواده است و با وجود مطالعات گسترده فقها و حقوق‌دانان، هنوز مسائلی از آن ناشناخته و مبهم باقی مانده است. قانون مدنی حضانت را هم حق و هم تکلیف ابوین به شمار آورده است (ماده ۱۱۶۸) و نه تنها پدر و مادر، حق امتناع از حضانت را ندارند (ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی)، بلکه نمی‌توان طفل را، از پدر یا مادری که حضانت با آنهاست جدا نمود (ماده ۱۱۷۵). با این حال، در برخی موارد قانونگذار به دلیل وجود جهاتی، به دادگاه‌ها اختیار داده، تا از پدر یا مادری که شایستگی اخلاقی یا توانایی نگهداری کودک را ندارند، سلب حضانت نموده و نگهداری کودک را به شخص دیگری بسپارد. اما سوال اساسی این پژوهش این است که آیا والدین نیز اختیار واگذاری حق حضانت خویش، به دیگری را دارند؟ به عبارت دیگر همان‌طور که دادگاه‌ها می‌توانند حق حضانت، آنان را نادیده گیرند و حضانت را به شخص دیگری واگذار کنند، آیا خود پدر و مادر نیز چنین حقی را دارند؟ در قانون مدنی به این مساله اشاره‌ای نشده است. اما در خصوص پیشینه پژوهش در مورد واگذاری حضانت برخی مقالات نگارش شده است؛ «توافقات راجع به حضانت با تاکید بر رویه قضایی» نوشته سجاد

محمدی جوزانی و فردین عوض‌پور هیبت‌لو و «سیاست‌گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابوین بر سر حق حضانت» نوشته فاطمه پورمسجدیان و فرانک عباسی آبکناری. وجه تمایز پژوهش حاضر با این دو مقاله در این است که در هیچ یک از دو پژوهش، امکان واگذاری حضانت از منظر فقهی مورد بررسی قرار نگرفته و نظرات فقها در این خصوص بیان نگردیده است. علاوه بر آن در بررسی موضع قانون‌گذار در این مقالات صرفاً به قانون حمایت خانواده اشاره شده و قوانین دیگری که به این موضوع پرداخته‌اند مورد بررسی قرار نگرفته است. بنابراین پژوهش حاضر با شیوه توصیفی-تحلیلی و با رویکرد فقهی و حقوقی، به بررسی عقائد فقهای امامیه و عامه و همچنین موضع قانون‌گذار در قوانین مختلف درخصوص انتقال حق حضانت به شخص ثالث می‌پردازد.

۲ مفاهیم

۲،۱ مفهوم نیابت

نیابت در لغت عربی به نمایندگی از، به نیابت از (معلوف، ۲۰۰۰، ۸۴۴) و در لغت‌نامه‌های فارسی به «جانشینی، وکالت، خلافت، قائم‌مقامی» (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۲، ۳۶۷) معنا شده است. در اصطلاح فقهی، نیابت «عبارت از این‌که شخص، قائم‌مقام دیگری بشود به طوری که آثار آن عمل، به آن شخص عائد شود» تعریف گردیده است (مروج، ۱۳۷۹، ۵۴۶). در اصطلاح حقوقی نیز برخی حقوق‌دانان همانند معنای لغوی و فقهی، نیابت را به این‌که کسی به دیگری، که نایب نامیده می‌شود، اختیار صورت دادن امر یا اموری را بدهد، تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۵، ۳۶۱۰). در نتیجه نیابت

یعنی شخصی، قائم مقام دیگری در انجام عملی گردد، به طوری که اثر عمل مزبور به شخص منوب عنه برگردد.

۲،۲ مفهوم و مدت حضانت

۲،۲،۱ مفهوم حضانت

واژه حضانت در لغت عربی از ماده «حَضَنَ» و به معنای حفظ و نگهداری کردن و در آغوش گرفتن است (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۴، ۱۵۳). در لغت فارسی حضانت به «در زیر بال گرفتن، در بر گرفتن، در دامن خود پروردن، پروراندن» معنا شده است (معین، ۱۳۸۵، ۴۶۸). در اصطلاح فقهی، فقهای امامیه حضانت را، به ولایت بر طفل و مجنون برای تربیت او و متعلقات آن، مانند مواظبت و محافظت از او، قرار دادن او در بستر، سرمه کشیدن، نظافت، شستن لباس‌های او و مثل آن تعریف کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ۴۵۸، طباطبایی، ۱۳۶۸، ج ۲، ۴۰۸). در فقه اهل سنت نیز حضانت به، حفظ طفل از آن چه که ممکن است به او آسیب بزند و مراقبت در تربیت، تعلیم و رسیدگی به امور او، به طوری که با مصالح طفل منافات نداشته باشد، تعریف شده است (ملتی، ۱۴۳۲، ج ۹۸، ۴۸۴). در قانون مدنی، حضانت تعریف نشده، ولی مولفین حقوقی حضانت را تعریف کرده‌اند، به نظر برخی حضانت، سلطه و اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال، به پدر و مادر اعطا کرده است (گرجی و دیگران، ۱۳۸۴، ۴۴۴، کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۳۹). بعضی دیگر از نویسندگان حقوقی گفته‌اند، «حضانت نگهداشتن طفل، مواظبت و

مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است» (صفایی، و امامی، ۱۴۰۰، ۴۱۰).

هر چند در تعریف حضانت بیشتر بر حمایت جسمی از کودک تاکید شده، ولی حضانت شامل حمایت‌های روحی و روانی از او نیز می‌گردد. زیرا فقها در بیان شرایط حاضن، بیان نموده‌اند که کسی که حضانت طفل به او واگذار می‌شود باید مسلمان^۱ (در صورتی که طفل مسلمان باشد)، آزاد، عاقل و امین باشد (موسوی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ۴۶۸، موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ۲۷۹، ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۳، ۵۵۵). بیان این شرایط نشان دهنده این موضوع است که حضانت صرفاً حمایت جسمی طفل را شامل نمی‌گردد. بر همین اساس به نظر برخی تعریف فقهی حضانت، به نگهداری و سرپرستی، هم بعد جسمانی طفل را در بر می‌گیرد و هم بعد عاطفی و اخلاقی او را (حسن پور، ملک‌شاه، ۱۴۰۳، ۲۲)، صمیمی، ۱۳۸۵، صص ۶ و ۷). به عقیده بعضی نویسندگان حقوقی نیز واژه تربیت که در کلام فقها در تعریف حضانت به کار رفته است، دارای دو جنبه، جسمی و روحی و روانی است (صفایی، امامی، ۱۴۰۰، ۴۱۰، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ۱۶۶۷). قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۷۳ با اشاره به جنبه معنوی و اخلاقی حضانت، مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه

^۱ - به نظر امام مالک مادر غیر مسلمه نیز می‌تواند حضانت طفل مسلمان را عهده‌دار شود، بنابراین شرط اسلام را در شرایط حاضن بیان ننموده‌اند (مالک بن انس، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۶۰).

قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند». بنابراین حضانت از منظر قانون‌گذار نیز دارای هر دو جنبه جسمی، روحی و روانی است.

۲،۲،۲ مدت حضانت

اگر چه برخی فقهای اهل سنت، انتهای حضانت برای پسر را، سیزده سال و برای دختر، پانزده سال بیان کرده‌اند (ملتی، ۱۴۳۲، ج ۹۸، ۴۸۶)، اما به عقیده بسیاری از فقهای شیعه و سنی، حضانت از اطفال، از زمان تولد آنان آغاز و تا زمان بلوغ و رشد عقلی آن‌ها ادامه می‌یابد. با رسیدن به سن بلوغ و رشد عقلی، ولایت پدر و مادر نسبت به طفل پایان می‌پذیرد و خود فرد عهده‌دار امور خویش می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۳، ۳۱۱، نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ۳۰۱، مجلسی، بی تا، ۱۵۲، القرطبی، ۱۳۸۴، ج ۳، ۱۶۴، النووی، بی تا، ج ۱۸، ۳۲۳). بنابراین به عقیده اغلب فقها، برای پایان حضانت، علاوه بر بلوغ کودک، رشد وی نیز لازم است. بعضی از حقوقدانان نیز به پیروی از فقها، رسیدن طفل، به حد بلوغ و رشد را، موجب متفی شدن حضانت دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ۲۸۹). لیکن به نظر برخی دیگر از نویسندگان حقوقی، با توجه به این‌که رشد در فقه، مربوط به امور مالی است و حضانت طفل یک امر غیر مالی می‌باشد، این نظر قابل ایراد است (صفایی، و امامی، ۱۴۰۰، ۴۲۸). بعضی دیگر از مولفین حقوقی نیز بیان نموده‌اند: «باید سن حضانت را تا زمان بلوغ دانست؛ چرا که قانون مدنی در مورد شرط دانستن رشد، برای خروج از حضانت، سکوت نموده و اصل هم بر عدم اشتراط است. فلذا باید به قدر متیقن، یعنی همان سن بلوغ برای خروج از سن حضانت، اکتفا نمود» (محمدی جوزانی، عوض‌پور هیبت‌لو، ۱۴۰۱، ۴۱۴).

به عقیده برخی دیگر از حقوقدانان، رسیدن به سن کبر، پایان دوره نگاهداری است، زیرا مبنای مهم حضانت، حمایت از کودک است و سفیه بالغ، نیاز به حضانت ندارد، اما ولی، باید بر تصرفات مالی غیررشدید، نظارت داشته باشد. در مورد مجنون نیز، بعد از بلوغ، تکلیف پدر و مادر پایان می‌پذیرد و نگاهداری از او، تابع ولایت می‌شود و پدر یا جد پدری به عنوان ولی، همان وظیفه را به عهده دارند. اما اخلاق و عرف و عادت اجتماعی، اتمام تکالیف حضانت پدر و مادر را با رسیدن طفل به سن بلوغ، قابل پذیرش نمی‌داند. بنابراین چون قانون درباره تاریخ پایان دوره حضانت، حکم صریحی ندارد، دادرس باید روح قانون (حمایت از جوانان و نیروی انسانی سالم و کارآمد برای جامعه) و عرف و عادت مسلم را در چنین مواردی محترم بدارد و در هر مورد که دوران انتقال فرزند از خانواده به جامعه، نیاز به ادامه تکالیف پدر و مادر دارد، در شناسایی و تضمین آن تردید نکند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۴۹-۱۵۲). بعضی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز ضمن تایید این نظر بیان نموده‌اند که اگر چه حق و تکلیف حضانت، با رسیدن به سن بلوغ ساقط می‌شود، اما چون هر نوجوانی بعد از رسیدن به بلوغ و قبل از ورود به جامعه، هنوز به مراقبت احتیاج دارد، بنابراین در عمل و از جهت اخلاقی و مصلحت فردی و اجتماعی، پدر و مادر، خود را موظف می‌دانند تا رسیدن فرزند به مرحله استقلال عملی، نظارت و مراقبت خود را نسبت به او ادامه دهند. که این نظارت در دختر اصولاً تا ازدواج وی و تشکیل خانواده ادامه دارد؛ ولی در پسر معمولاً پس از اشتغال به حرفه، به پایان می‌رسد. به همین جهت محدود کردن مدت حضانت به سن مذکور خلاف عرف و مصلحت تلقی

کرده و به آن انتقاد وارد نموده‌اند (صفایی، و امامی، ۱۴۰۰، ۴۲۷). بر پایه همین تفکر، در پاره‌ای از قوانین، ادامه تکالیف پدر و مادر بعد از سن کبر بیان شده است. برای مثال، بند ۳ ماده ۴۸ قانون حمایت از خانواده مصوب سال ۱۳۹۱، مقرر می‌دارد: «فرزندان اناث در صورت نداشتن شغل یا شوهر و فرزندان ذکور تا سن بیست سالگی و بعد از آن منحصرأ در صورتی که معلول از کار افتاده نیازمند باشند یا اشتغال به تحصیلات دانشگاهی داشته باشند، حسب مورد از کمک هزینه اولاد، بیمه و مستمری بازماندگان یا حقوق وظیفه والدین خود برخوردار می‌گردند». همچنین به موجب ماده ۵۴ قانون تامین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴، «بیمه شدگان و افراد خانواده آن‌ها از زمانی که مشمول مقررات این قانون قرار می‌گیرند، در صورت مصدوم شدن بر اثر حوادث یا ابتلاء به بیماری می‌توانند از خدمات پزشکی استفاده کنند». این‌که چه اشخاصی، افراد خانواده محسوب می‌شوند در ماده ۵۸ این قانون بیان شده و طبق بند ۳ ماده مزبور، فرزندان بیمه شده، در صورتی که دارای یکی از شرایط زیر باشند، جزء افراد خانواده هستند: «الف- کمتر از هجده سال تمام داشته باشند و در مورد فرزندان اناث، به شرط نداشتن شوهر تا بیست سالگی و یا منحصرأ طبق گواهی یکی از موسسات رسمی آموزشی به تحصیل اشتغال داشته باشند. ب- در اثر بیماری یا نقص عضو، طبق گواهی سازمان تامین خدمات درمانی قادر به کار کردن نباشند». بنابراین وجود چنین مواد قانونی، خود دلیل بارزی بر بقای برخی تکالیف پدر و مادر، بعد از سن بلوغ و رشد کودکان، از منظر قانون‌گذار است. بدین ترتیب، اگر چه طفل پس از بلوغ و رشد، نیازی به حضانت ندارد و می‌بایست تکالیف پدر و مادر

در حضانت از او به پایان برسد؛ اما برخی جلوه‌های حضانت، مانند تهیه مسکن، پرداخت هزینه‌های درمان و ادامه تحصیل در سال‌های بعد از بلوغ و رشد، تا زمانی که فرزند از نظر عرف، آمادگی استقلال در این امور را یابد، ادامه‌دار خواهد بود.

با وجود این، رویه قضایی ثابتی در این رابطه وجود ندارد و در خصوص پایان مدت حضانت، آرای متعارضی صادر شده است. برخی از دادگاه‌ها، با رجوع به متون فقهی و استناد به آن‌ها حضانت را تا زمان رشد می‌دانند. برای مثال در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۴۶۰ صادره از دادگاه عمومی تهران آمده است که «در خصوص خروج از حضانت، قانون مدنی ماده صریحی ندارد، گرچه با توجه به تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ که سن بلوغ در پسر، پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است، استنباط می‌شود که طفل کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد و حضانت نیز در خصوص اطفال است، نتیجه گرفته می‌شود که خروج از حضانت با بلوغ محقق می‌شود. لیکن با توجه به مساله ۱۸، القول فی احکام الولاده و ما يلحق بها، کتاب النکاح تحریر الوسیله حضرت امام خمینی (ره) که می‌فرماید: «تنتهی الحضانه ببلوغ الولد رشیدا، فاذا بلغ رشیدا لیس لاحد حق الحضانه علیه الابوين، بل هو مالک لنفسه ذکرا او انثی» خروج از حضانت علاوه بر بلوغ، متوقف بر رشد نیز است». اما در مقابل آرای بسیاری نیز صادر شده که پایان حضانت را سن بلوغ بیان کرده‌اند. برای مثال در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۵۳۸ صادره از شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص دعوی صدور حکم واگذاری حضانت فرزند مشترک به مادر، بیان شده است، چون «فرزند مشترک ده ساله بوده و با

۱۲). از نظر برخی از فقهای امامیه نیز اعمال از منظر نیابت‌پذیری به سه دسته تقسیم می‌شود. دسته نخست اموری که شرعاً قابل نیابت نیستند، مانند طهارات سه گانه (غسل، مسح و تیمم)، نماز، روزه واجب و مستحب، نذر، لعان،ظهار، اقرار، شهادت و ... دسته دوم اعمالی که قابل نیابتند، مانند جمیع عقود مثل بیع، صلح، اجاره، ودیعه، عاریه و ... و همچنین در وصیت، وقف، طلاق، اخذ به شفعه و غیره. و دسته سوم اموری که مشکوکند و معلوم نیست در زمره اعمال نیابت‌پذیرند یا غیر قابل نیابت؛ همانند وکالت برای جهاد، انجام واجبات کفایی و تصرف در مباحات مثل صید و حیات (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۲۳۵، موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ۲۰۴). بر این اساس، وجود اصلی که بتوان در موارد شک به آن رجوع کرد، دارای اهمیت است.

در خصوص این‌که در موارد شک، اصل بر امکان نیابت است یا عدم امکان نیابت، میان فقها اختلاف وجود دارد. به عقیده برخی، اصل بر عدم امکان نیابت است، چون نیابت در هیچ امری جایز نیست، مگر عملی که دلیل بر جواز نیابت در آن وجود داشته باشد. مهم‌ترین دلیل در اثبات این نظر، ظاهر کلام فقهای امامیه در موارد شک است که آنان به اتفاق، نظر بر عدم جواز نیابت، به علت اصل عدم ترتب آثار شرعی بر اعمال وکیل دارند. لذا اصل بر مباشرت شخص، در انجام اوامر است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۲۳۹). در مقابل، به نظر بعضی دیگر از فقها، صرفاً اموری که به موجب نص خاص، مباشرت در آن شرط است، غیر قابل نیابت است. لذا در صورت تردید در نیابت‌پذیری یک عمل، اصل بر نیابت‌پذیر بودن آن عمل است. از جمله ادله این گروه نیز، اصل عدم مباشرت است، به این معنی که در دعوی

توجه به اینکه دختر است و از سن حضانت پدر و مادر خارج بوده و به استناد ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، خود می‌تواند در این گونه امور تصمیم بگیرد که نزد مادر زندگی کند یا نزد پدر».

۳ اعمال قابل نیابت

در خصوص این موضوع که چه اعمالی قابل نیابت است، میان فقها اختلاف وجود دارد. برخی از فقها به طور کلی، یکی از شرایط فعل موکل فیه را، قابل نیابت بودن آن بیان نموده‌اند (موسوی سبزواری، بی تا، ۴۳۴). به عقیده بعضی از فقهای شیعه، اگر در امری غرض شارع بر آن قرار گرفته باشد که خود مکلف بایست آن را به جا آورد آن امر قابل نیابت نیست (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۲، ۳۶، طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۶، ۲۰۰). برخی فقهای مالکی نیز بر همین مبنا بیان نموده‌اند که اگر مباشرت شخص، در انجام عمل شرط باشد، آن عمل قابل نیابت و وکالت دادن نیست (الدسوقی، بی تا، ج ۳، ۳۷۷).

گروهی دیگر از فقها، اقدام به دسته بندی اعمال، از حیث نیابت کرده‌اند. به نظر بعضی از فقهای حنبلی، امور از حیث وکالت به سه قسم، تقسیم می‌شود. قسم اول، اموری هستند که نیابت دادن در آنها، چه موکل عاجز باشد و چه قادر، جایز است. موضوعات این قسم، معمولاً حقوق مالی یا معاملات هستند، مانند بیع و مضاربه و اجاره و غیره. قسم دوم، اموری که وکالت دادن در آنها چه در حالت عجز موکل و چه در حالت قدرت او، جایز نیست، مانند نماز و روزه. و قسم سوم، اموری هستند که وکالت دادن در آنها، تنها در فرض عجز موکل جایز است و در صورت قدرت او در انجام عمل، نیابت دادن جایز نیست، مانند حج و عمره (الشنقیتی، بی تا، ج ۱۹۴،

۴، ۱ بررسی قابل نیابت بودن حضانت

در خصوص این موضوع که آیا حضانت قابل نیابت است یا خیر، بین فقها اختلاف وجود دارد. به نظر برخی فقها، حضانت همانند ولایت، قابل نقل و انتقال نیست (حیدری، ۱۴۳۴، ۱۸۵، مومن قمی، ۱۴۱۵، ۲۳۷). زیرا در ولایت و حضانت، مصلحت و غبطه مولی علیه و شخصیت طفل، از حیث تربیت و اصلاح او مدنظر است، لذا زمام حق، در این دو مورد به دست صاحب حق، که پدر و جد پدری و مادر می‌باشند نیست تا بتوانند با انتقال آن به دیگری، از تبعات آن رهایی یابند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱۲، ۴۹۵، جزایری، ۱۴۱۶، ج ۱، ۸۹). در حقیقت این دسته از فقها، حضانت را حکم می‌دانند و چون حکم قابل نقل و انتقال نیست، حضانت را قابل نقل و انتقال نمی‌دانند. بر همین اساس، به عقیده برخی، واژه حق، که در حق حضانت و حق ولایت به کار رفته، حق در معنای اصطلاحی آن نیست. زیرا حق اصطلاحی به معنای آن چیزی است که ابقاء و اسقاطش، به دست شخص صاحب حق باشد. ولی در حکم، شخص مکلف، در ابقاء و اسقاط حکم، هیچ دخالتی ندارد (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۳۶، ۳۱، انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱۲، ۴۳۱، جزایری، ۱۴۱۶، ج ۱، ۱۴۷). اما عده‌ای دیگر از فقها، میان حق حضانت پدر و مادر، قائل به تفصیل شده و بیان می‌دارند که حضانت مادر، حق است، زیرا مادر، حق اسقاط آن را دارد؛ ولی حضانت برای پدر، حکم است، به این دلیل که امکان اسقاط آن برای او وجود ندارد (خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲، ۲۸۶، تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ۳۵۹). با این حال، بعضی دیگر از فقها، در کنار عناوین حق و حکم، قائل به قسم دیگری به نام مناسب می‌شوند و عقیده دارند که ولایت جزء

شرط بودن مباشرت در انجام عملی، اصل بر عدم مباشرت است و لذا آن عمل، قابل وکالت و نیابت است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، صص ۳۷۷ و ۳۷۸، موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ۴۸۳، یزدی، ۱۴۲۱، ج ۶، ۲۰۰). حقوقدانان نیز در مورد این مساله که چه اعمالی قابل نیابت است، به تبعیت از نظر فقها بیان داشته‌اند که انسان این حق را دارد که هر فعل مشروعی را که خود می‌تواند انجام دهد، به وسیله دیگری آن فعل را صورت دهد. یعنی دیگری را نایب خود قرار دهد یا به او امر کند که آن را انجام دهد، مشروط بر این که آن فعل، از افعال قائم به شخص نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۵، ۴۲۵، امامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ۲۱۹، کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۵، ۱۵۲). بنابراین اصولاً اشخاص قادرند که برای انجام دادن امور خویش به دیگران نیابت دهند، مگر آن که مباشرت شخص در انجام آن عمل شرط باشد.

۴، ۲ بررسی امکان اعطاء نیابت در حضانت

در تعریف حضانت بیان شد که حضانت، سلطه و اقتداری است که قانون‌گذار جهت حمایت از کودک، به پدر و مادر اعطا نموده است. در برخی موارد ممکن است پدر یا مادر، به دلایل مختلف همچون شاغل بودن، بیماری یا سفر و ... امکان انجام وظیفه حضانت را به نحو کامل نداشته باشند؛ بنابراین ناگزیر به دادن نیابت، جهت انجام حضانت، به اشخاص دیگر می‌گردند. حال این پرسش‌ها مطرح می‌شود که اولاً آیا اساساً حضانت، قابل نیابت است؟ ثانیاً در صورت مثبت بودن پاسخ، ماهیت این نیابت چیست؟ بنابراین ذیلاً در دو قسمت جداگانه به بررسی این سوالات پرداخته خواهد شد.

اجتماعی به نفع طفل برقرار شده، انجام دهد (امامی، ۱۳۶۴، ج ۵، ۱۹۲). برخی دیگر از مولفین حقوقی نیز در مخالفت با امکان واگذاری حضانت گفته‌اند: «چون حضانت، توأمان حق و تکلیف والدین است و از قواعد آمره و مرتبط با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محسوب می‌شود، لذا توافق والدین با اشخاص ثالث برای واگذاری و یا سپردن طفل به شخصی غیر از خود، خواه در زمان عقد نکاح باشد و یا پس از جدایی و طلاق و دیگر موجبات انحلال نکاح، جایز نیست و هر توافقی هم که صورت بگیرد، باطل و بلااثر است» (محمدی جوزانی، عوض‌پور هیبت‌لو، ۱۴۰۱، ۴۲۴). در حقیقت مخالفین واگذاری حضانت به غیر، بر مبنای اصل مصلحت طفل و اصل تقدم محضون بر حاضن با انتقال حضانت به شخص دیگر مخالفت نموده‌اند.

در مقابل نظر اول که حضانت را قابل نیابت و انتقال نمی‌دانستند، گروهی دیگر از فقها عقیده دارند که در حضانت طفل، مباشرت شرط نیست و شخص می‌تواند خود آن را انجام دهد یا دیگری را مأمور انجام آن کند (انصاری، ۱۴۲۹، ج ۳، ۲۴۳، موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۳، ۳۵۷، سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۳، ۱۲۲، مروج، ۱۳۷۹، ۱۷۱). به نظر برخی دیگر از فقها، استنباه در حضانت، مشروط به عدم قدرت بر مباشرت نیست، اما نیابت داده شده، باید با اشراف و نظارت صاحب حق باشد و دادن طفل به نحو کامل به ید دیگری، دارای اشکال است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۳، ۲۳۵). بعضی از نویسندگان حقوقی نیز قائل به این نظر هستند و بیان می‌دارند: «هر

مناسب^۱ است، که نه قابل اسقاط است، نه قابل استعفا و نه قابل نقل و انتقال. اما حضانت از ولایت متفاوت است، چون حضانت جزء حقوق است، بنابراین هم قابل اسقاط است و هم قابل نقل (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۶، ۱۴۲). به عقیده برخی فقهای اهل سنت نیز حضانت، از جمله حقوقی است که قابل انتقال نیست (آل بورنو، ۱۴۲۴، ج ۳، ۱۴۹). زیرا صغیر محضون نیز، در حضانت حق دارد و حق او، مقدم بر حق حاضن است (مجموعه من المولفین، بی تا، ج ۴۰، ۳۶۷). یعنی به نظر این دسته از فقها، حتی اگر حضانت حق باشد، این حق صرفاً برای پدر و مادر ایجاد نشده است، تا آن‌ها قادر باشند حق خویش را انتقال دهند. بلکه شارع در حضانت، حقی برای فرزند نیز قائل شده و به دلیل رعایت مصلحت و غبطه طفل، پدر و مادر نمی‌توانند، تکلیفی که در راستای اجرای حق حضانت برای آنان ایجاد گردیده را به دیگری منتقل نمایند. منظور از مصلحت طفل آن است که علاوه بر منافع مادی و دنیوی طفل، ارزش‌های انسانی و معنوی او نیز مدنظر قرار گیرد (یمرعلی، منصوری، جوانمرد فرخانی، ۱۴۰۳، ۱۹۹). بعضی از نویسندگان حقوقی نیز بیان داشته‌اند: «بنا بر صریح ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، که نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف می‌باشد و قسمت اول ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی که می‌گوید «هیچ یک از ابویین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌ها است از نگاهداری او امتناع نماید ...» هیچ یک از پدر و مادر نمی‌تواند آن را اسقاط و یا واگذار به غیر کند، بلکه باید شخصاً در مدت مقرر تکلیف قانونی خود را که از نظر حفظ نظم

۱ - منظور از مناسب این است که شخصی به منسب ولایت خاصه (پدر و جد پدری) و یا ولایت عامه (حاکم شرع) نسب شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۶، ۱۴۲).

۴،۲،۱ اعطای حضانت در قالب وکالت

به عقیده بعضی از فقهای امامیه، کسی که حضانت با اوست می‌تواند جهت انجام آن، به دیگری وکالت دهد (مومن قمی، ۱۴۱۵، ۲۳۷)، البته در صورتی که نسبت به انجام آن به نحو مطلوب از سوی وکیل، اطمینان داشته باشد (فضل الله، ۱۴۳۲، ج ۳، ۵۶۵). دلیل جواز وکالت در حضانت را بسیاری از فقها، اطلاق ادله و اصل جواز وکالت در هر چیزی، مگر این که دلیلی بر عدم جواز توکیل در آن وجود داشته باشد، مانند عبادات که مباشرت شخص، در انجام آن شرط است، بیان نموده‌اند (سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۳، ۱۲۲، موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۳، ۳۵۷، انصاری، ۱۴۲۹، ج ۳، ۲۴۳، آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۴، ۵۸). لذا مطابق این نظر، حضانت، قابل توکیل است، چون صرفاً اعمالی قابل نیابت نیست که مباشرت شخص، در آن شرط باشد و چون در حضانت، قید مباشرت نشده، پس در جهت اجرای این حق، می‌توان به دیگری وکالت داد.

با این حال ممکن است در مورد امکان دادن وکالت در حضانت، با این ایراد مواجه شد که به نظر برخی فقهای امامیه، اعطای وکالت، صرفاً در امور اعتباری مانند بیع ممکن است و در امور تکوینی و مادی مثل حیات مزاحات، اصل، عدم امکان اعطای وکالت است، چون در این امور، عمل وکیل، عمل موکل محسوب نمی‌شود، بلکه فعل وکیل است و به موکل نسبت داده می‌شود (صدر، ۱۴۱۷، ۸۵۷). در حقوق نیز برخی از حقوقدانان بر همین مبنا بیان کرده‌اند که موضوع وکالت اختصاص به اعمال حقوقی دارد، زیرا از اصطلاح «استنباه در تصرف» که در تعریف وکالت آمده، چنین بر می‌آید که وکالت باید در امری داده شود که از نظر حقوقی، آثاری

یک از پدر و مادر می‌تواند، غیر را برای حضانت طفل بگمارد که تحت نظر او، انجام وظیفه نماید (امامی، ۱۳۶۴، ج ۵، ۱۹۲). بنابراین، به عقیده این گروه از فقها و حقوقدانان، عمل حضانت، قابل نیابت و واگذاری به دیگران می‌باشد. اما منظور از واگذاری این نیست که پدر و مادر تمام تکالیف مربوط به حضانت خویش را به دیگران منتقل کنند، بلکه آن‌ها صرفاً می‌توانند برخی وظایف خود را که امکان انجام آن‌ها، به هر دلیلی برای آنان مقدور نیست، به دیگری منتقل نمایند و باید بر اجرای این تکلیف توسط ثالث نیز، نظارت کامل داشته باشند. شاید دلیل این سخت‌گیری از منظر این دسته از فقها، این مساله باشد که برای فرزند نیز در حضانت حق وجود دارد و تکلیف پدر و مادر در امر حضانت، مقدم بر حق آنان در حضانت است. لذا در جمع حق فرزند و حق پدر و مادر در امر حضانت، باید مصلحت کودک مورد توجه قرار گیرد. بنابراین اولاً پدر و مادر، به طور کامل امکان واگذاری حضانت به دیگری را ندارند، ثانیاً در صورت واگذاری حضانت به شخص دیگر، باید نظارت کامل بر اجرای تکالیف حضانت، توسط شخص منتقل‌الیه داشته باشند. در حقیقت نظر موافقین واگذاری حضانت به غیر، بر مبنای اصل عدم مباشرت در انجام اعمال و اصل قابل نیابت بودن اعمال قابل توجیه است.

۴،۲ بررسی ماهیت نیابت در حضانت

اگر چه بسیاری از فقها قابلیت واگذاری حضانت به دیگری را پذیرفته‌اند، اما در خصوص این که ماهیت نیابت داده شده چیست، میان آنان اختلاف وجود دارد و سه نظر بیان شده است.

پذیرفت که موضوع حضانت هر چند ناظر به انجام اعمال مادی است، ولی قابل توکیل بوده و والدین می‌توانند جهت اجرای حق حضانت خود به دیگری وکالت دهند.

اما با این حال برخی از نویسندگان حقوقی اعطای حضانت در قالب عقد وکالت را مورد انتقاد قرار داده و گفته‌اند که وکالت عقدی جایز است و تزلزل عقد وکالت در حضانت خطر آفرین است، مگر آن که عدم عزل وکیل ضمن عقد لازمی شرط شود. همچنین مطابق ماده ۶۸۳ قانون مدنی موکل می‌تواند متعلق عمل وکالت را خود انجام دهد، بنابراین والدی که حضانت را به دیگری منتقل کرده می‌تواند شخصاً حضانت طفل را بر عهده گیرد. از این رو عقد وکالت با توجه به ایرادات مزبور نمی‌تواند انتقال این حق را به طور کامل تضمین کند (پور مسجدیان، عباسی، ۱۳۹۶، ۱۴۰).

۴،۲،۲ اعطای حضانت در قالب نیابت

به عقیده برخی دیگر از فقهای امامیه، چون مباشرت در حضانت شرط نیست، لذا استنباط در آن به دلیل اطلاق ادله و اتفاق فقها جایز است، زیرا وجهی برای وجوب انجام حضانت، توسط پدر و مادر وجود ندارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ۲۸۰). مطابق این نظر حضانت، قابل نیابت است و همان‌طور که بعضی از فقها نیز بیان داشته‌اند نیابت غیر از وکالت است، چون در برخی اعمال مانند عبادات، وکالت مورد قبول واقع نشده، ولی نیابت در آن‌ها پذیرفته شده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ۴۲۱، سبحانی تبریزی، ۱۳۸۲، ج ۵، ۴۳). در حقیقت، تفاوت میان نیابت و وکالت در این است که در نیابت شخصی در مکان و جایگاه شخص دیگر در نظر گرفته می‌شود، یعنی نائب، خود را شخص منوب‌عنه به حساب می‌آورد

برای موکل به بار آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ۱۱۰). همچنین لزوم وجود اهلیت در طرفین (ماده ۶۶۲ قانون مدنی) هم مثبت این موضوع است. اما بعضی دیگر از حقوقدانان در رد این نظر که وکالت در اعمال مادی مثل حیات مباحات ممکن نیست، اظهار داشته‌اند که اولاً، حیات مباحات، عمل مادی نیست که غیر قابل نیابت باشد. چون حیات مباحات، یک عمل حقوقی و ایقاع است و توکیل در آن کاملاً منطبق با موازین است و قیاس آن به خوردن و خوابیدن قیاس مع الفارق است. ثانیاً نیابت در امور غیر حقوقی نیز کاملاً معمول است و در عرف خرمندان و عقلاً، انجام امور از طریق نیابت و نمایندگی رواج دارد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۲۵۵). با رجوع به عرف نیز صحت این نظر مشخص می‌شود، زیرا بسیاری از قراردادهای وکالت تنظیمی میان اشخاص، تحت عنوان وکالت کاری می‌باشد و در آن‌ها موکل، شخصی را نائب خود جهت انجام اعمال مادی نظیر مراجعه به ادارات، شهرداری‌ها، اخذ پروانه، تهیه سند برای املاک، تهیه نقشه و غیره می‌گرداند. همچنین وکالت دادگستری نیز که به وکلای دادگستری جهت مراجعه به دادگاه‌ها، ارائه اصل اسناد به دادگاه، تهیه لوائح، دفاع از موکل، اعتراض به رای و غیره داده می‌شود نیز، در حقیقت یک نوع وکالت کاری می‌باشد، در حالی که هیچ کس تردید در صحت این نوع وکالت ندارد. بنابراین شیوع و کثرت انعقاد این نوع وکالت‌ها، دلالت بر صحت آن دارد. علاوه بر آن، در توجیه نفوذ این نوع وکالت‌های کاری می‌توان بیان داشت که هر چند این نوع وکالت‌ها برای انجام اعمال مادی است، اما این اعمال، صرفاً مادی نبوده و از آن‌ها آثار حقوقی نیز به بار می‌آید که متوجه موکل می‌گردد. در نتیجه با توجه به استدلال‌های مذکور باید

و قهراً عمل او نیز، عمل منوب عنه است. ولی در وکالت عمل و فعلی، در مکان و جایگاه فعل دیگر قرار داده می شود. پس اگر نائب، قصد انجام عبادت، از طرف منوب عنه را به نحو تنزیل فعل داشته باشد، عبادت انجام شده باطل است (مشکینی اردبیلی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص ۴۲۲ و ۴۲۳). بنابراین حتی اگر وکالت در انجام حضانت پذیرفته نشود، به دلیل گستردگی دامنه نیابت، امکان واگذاری حضانت، از طریق نیابت به دیگران وجود دارد. زیرا همان طور که برخی از نویسندگان حقوقی گفته اند موضوع نیابت، علاوه بر امور حقوقی، شامل امور غیر حقوقی نیز می شود و در عرف خرمندان، انجام امور از طریق نمایندگی و نیابت رواج دارد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۲۵۵). پس پدر یا مادر می تواند نیابت در انجام حضانت را به شخص ثالثی اعطاء نمایند. در خصوص این که اعطای نیابت باید به طور معوض باشد یا رایگان، برخی از فقها بیان نموده اند که عوض می تواند مطلق آن چه که غرض عقلایی بر آن تعلق می گیرد باشد، اگر چه مالی نباشد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ۲۸۲). بنابراین اگر چه حضانت، حق غیر مالی است، ولی می توان نیابت در انجام آن را، در برابر عوض به دیگری منتقل کرد.

۴،۲،۳ اعطای حضانت در قالب اجاره

سومین عقیده در مورد ماهیت نیابت در امر حضانت، اجیر گرفتن برای انجام حضانت است. به نظر بعضی از فقهای امامیه، در حضانت مباشرت شرط نیست و کسی که حضانت با اوست، می تواند شخصی را اجیر برای انجام حضانت کند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۹، ۳۶۲، مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۳، ۲۳۵، صاحب جواهر، ۱۴۱۷، ج ۱، ۴۸). برخی فقهای شافعی نیز، قائل به امکان گرفتن اجیر

در امر حضانت شده اند و گفته اند که کسی که اجیر به امر حضانت شده، متعهد است که سر، بدن و لباس کودک را بشوید و او را از آلودگی ها پاک نماید و در گهواره گذارد و بخواباند و هر آنچه را که مستلزم اسم حضانت است را به جا آورد (الانصاری، بی تا، ج ۲، ۴۱۸). امکان گرفتن اجیر برای انجام حضانت، به معنای نقل حق، به طور مجانی یا معوض به اجیر نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱۲، ۴۹۵). به عبارت دیگر، اجیر در کنار پدر یا مادر اقدام به انجام تکالیف حضانت می نماید و این طور نیست که پدر یا مادر، حق حضانت را به طور کامل به اجیر منتقل نمایند و او اختیار کاملی در خصوص تربیت کودک داشته باشد. به همین علت بوده که برخی فقها و حقوقدانان گفته اند که گرفتن مستخدم در حضانت، باید با اشراف صاحب حق باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۲۳۵، امامی، ۱۳۶۴، ج ۵، ۱۹۲).

۵. موضع قوانین موضوعه در اعطای حضانت

قانون مدنی در خصوص امکان واگذاری حضانت توسط والدین به دیگران ساکت است. اما در برخی قوانین دیگر امکان واگذاری حضانت به شخصی غیر از والدین پذیرفته شده است.

قانون مسئولیت مدنی در ماده ۷ مقرر کرده است: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر بر حسب قرارداد به عهده او می باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می باشد». قانون گذار در ماده مزبور، از امکان واگذاری نگهداری یا مواظبت صغیر و مجنون، به اشخاص ثالثی همانند پرستار، مربیان مهد کودک و غیره

بحث نموده و بیان داشته در صورتی که در اثر تقصیر آنان در نگهداری صغیر و مجنون، خسارتی به اشخاص ثالث وارد شود، سرپرست مزبور مسئول خسارت وارده می‌باشد. بنابراین از منظر قانون‌گذار نیز، واگذاری بخشی از تکالیف حضانت، توسط والدین به دیگران پذیرفته شده است. با این حال در نظریه مشورتی شماره ۷۶/۹۷/۷ بیان گردیده که مباشرت کسی که حضانت بر عهده اوست در خصوص رفع نیازهای روحی و جسمی از قبیل آموزش و تعدیه کودک الزامی نیست، ولی سپردن طفل به دایه و سرپرست به مفهوم واگذاری حضانت نمی‌باشد. بنابراین طبق نظر اداره کل حقوقی قوه قضائیه سپردن طفل به مهد کودک، مربی یا دایه انتقال حضانت محسوب نمی‌شود.

قانون حمایت از خانواده نیز در ماده ۴۱ توافقات زوجین در مورد حضانت را صحیح تلقی نموده است. مطابق ماده مزبور، دادگاه صرفاً در صورتی که توافقات مزبور را خلاف مصلحت طفل بداند می‌تواند امر حضانت را به دیگری واگذار یا با تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید. بنابراین مطابق این ماده زوجین می‌توانند در مورد حضانت طفل توافقاتی بنمایند و دادگاه نیز می‌تواند در صورتی که مصلحت طفل اقتضا نماید، برخلاف توافق زوجین، امر حضانت را به شخص دیگری بسپارد و این شخص می‌تواند کسی غیر از پدر یا مادر باشد. موید این نظر اولاً اطلاق ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده است. ثانیاً ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز بیان داشته است اگر ابوین طفل از حضانت امتناع نمایند، ابتدا اجبار می‌گردند و در صورت عدم امکان اجبار، حضانت توسط شخص دیگری ولی به خرج پدر یا مادر

تامین می‌شود (محمدی جوزانی، عوض‌پور هیبت‌لو، ۱۴۰۱، ۴۲۵). علاوه بر آن ماده ۴۲ قانون حمایت از خانواده نیز مقرر می‌دارد: «صغیر و مجنون را نمی‌توان بدون رضایت ولی، قیم، مادر یا شخصی که حضانت و نگهداری آنان به او واگذار شده است از محل اقامت مقرر بین طرفین یا محل اقامت قبل از وقوع طلاق به محل دیگر یا خارج از کشور فرستاد». در این ماده به صراحت از شخصی غیر از والدین که حضانت و نگهداری طفل به او واگذار شده سخن به میان آمده و این موضوع نشان دهنده این است که قانون‌گذار، امکان واگذاری حضانت به طور کلی به اشخاص ثالث را نیز مورد پذیرش قرار داده است و این مساله یک تحول در امر حضانت محسوب می‌گردد. اما با این حال همان‌طور که در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۷ بیان شده اگر والدین اقدام به واگذاری حضانت به غیر کرده باشند و این شخص از دادگاه درخواست کند تا حضانت کودک برابر قانون به وی واگذار شود، دادگاه صرفاً در صورتی که احراز کند والدین صلاحیت لازم برای حضانت از فرزند خود را نداشته و مصلحت کودک نیز در واگذاری حضانت او به متقاضی باشد، می‌تواند حضانت را به غیر واگذار کند. بنابراین واگذاری حضانت به شخصی غیر از والدین بدون ضابطه نبوده و مصلحت طفل معیار و ملاک دادگاه در واگذاری حضانت به غیر می‌باشد. بنابراین قانون حمایت خانواده در مواد ۴۱ و ۴۲ واگذاری حضانت به غیر را به طور کلی در صورت مصلحت کودک مورد پذیرش قرار داده است.

علاوه بر این، قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور نیز در ماده ۳ مقرر داشته است: «وظایف و تکالیف زوجین اهداء گیرنده جنین و طفل متولد شده از

۶ نتیجه

حضانت سلطه و اقتداری است که قانون‌گذار برای نگهداری و تربیت کودک به پدر و مادر اعطا کرده است. حضانت دارای دو جنبه جسمی و روحی و روانی است و در صورتی که هر یک از این دو جنبه، در معرض خطر جدی قرار گیرد، در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، به دادگاه اجازه داده شده تا از والدین سلب حضانت نموده و حضانت کودک را به شخص دیگری بسپارد. فقها زمان پایان حضانت را بعد از بلوغ و رشد در کودک می‌دانند. اما به عقیده بعضی نویسندگان حقوقی برخی از مصادیق حضانت، تا زمانی که فرزند از نظر عرف، آمادگی استقلال در این امور را یابد ادامه می‌یابد. در مورد این موضوع که آیا حضانت قابل نیابت است یا خیر، میان فقها و حقوقدانان اختلاف وجود دارد؛ به عقیده برخی حضانت قابل انتقال به دیگران نیست؛ زیرا در حضانت، برای کودک نیز حقی وجود دارد و قواعد مربوط به حضانت از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است. اما در مقابل بعضی دیگر عقیده دارند که حضانت قابل انتقال است؛ زیرا در اجرای تکالیف حضانت، مباشرت پدر و مادر شرط نیست. در مورد این که ماهیت نیابت داده شده چیست، سه نظر بیان شده است. مطابق نظر اول، حضانت در قالب وکالت قابل انتقال است، زیرا صرفاً اعمالی قابل وکالت نیست که مباشرت شخص در آن شرط باشد و در حضانت، شرط مباشرت نشده است. طبق نظر دوم حضانت قابل نیابت است. به عقیده این گروه از فقها، نیابت غیر از وکالت است و منظور از نیابت این است شخصی در جایگاه منوب‌عنه قرار گیرد و نائب خود را شخص منوب‌عنه به حساب می‌آورد. اما در وکالت، عمل وکیل، عمل موکل محسوب می‌شود و

لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». بنابراین اگر جنینی اهدا شده و از آن کودکی متولد شود، حضانت آن کودک به طور کامل مطابق قانون به زوجین اهداگیرنده واگذار می‌شود.

همچنین طبق ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ «تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه، با رعایت تبصره ماده (۱۵) و احترام، نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است». بنابراین به موجب این قانون سرپرستی و حضانت کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست به طور کلی بر عهده سرپرست قرار گرفته است.

بنابراین با توجه به قوانین مذکور مشخص می‌گردد که قانون‌گذار در برخی موارد استثنایی که مصلحت طفل اقتضا می‌نماید، امکان واگذاری حضانت به شخصی غیر از پدر و مادر را به طور کلی مورد پذیرش قرار داده است. علت آن نیز این مساله است که برخلاف سایر حقوق که صاحب حق می‌تواند آن را به دیگران منتقل کند، حضانت صرفاً حق نبوده و جنبه تکلیفی نیز دارد، لذا برای پدر و مادر امکان واگذاری بدون حد و حصر آن وجود ندارد. به علاوه حضانت برای کودک نیز، حق به شمار می‌آید و لذا به جهت حفظ مصلحت او، والدین دارای آزادی کامل در واگذاری حضانت به دیگران نیستند و صرفاً ر برخی موارد خاص واگذاری حضانت به طور کلی به شخص دیگر مورد پذیرش قرار گرفته است.

وکیل خود را موکل در نظر نمی‌گیرد. سومین نظر در مورد ماهیت نیابت، استخدام اجیر، برای انجام حضانت است. به نظر قائلین این نظر، امکان واگذاری کامل حضانت به دیگران وجود ندارد، ولی پدر و مادر می‌توانند در راستای انجام حضانت، شخصی را اجیر نمایند تا با اشراف کامل آن‌ها، تکالیف محوله را انجام دهد. در قانون مدنی در مورد امکان واگذاری حضانت توسط والدین چیزی بیان نشده است، اما در ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، قانون‌گذار از مسئولیت کسی که نگهداری صغیر یا مجنون به او واگذار شده بحث نموده، که نشان دهنده این موضوع است که قانون‌گذار نیز امکان واگذاری جزئی حضانت را پذیرفته است. در ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، توافقات زوجین در مورد واگذاری حضانت به طور کلی به شخص دیگر، در صورت اقتضای مصلحت کودک مورد پذیرش قرار گرفته است. همچنین در قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور و قانون حمایت از کودکان بی سرپرست

و بدسرپرست حضانت کودک به طور کلی به زوجین اهداء گیرنده و سرپرست واگذار شده است. بنابراین با توجه به نظر فقها و برخی نویسندگان حقوقی و موضع قانون مسئولیت مدنی و همچنین عرف غالب در جامعه، نیابت در حضانت به طور جزئی مورد پذیرش می‌باشد. اما واگذاری حضانت به طور کلی به غیر، با توجه به قوانین حمایت از خانواده، قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور و قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست صرفاً در مواردی که مصلحت کودک اقتضاء نماید مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است. بنابراین شایسته است در قانون مدنی یا قانون حمایت از خانواده به صراحت چنین مقرره‌ای وضع گردد.

«والدین طفل می‌توانند به طور جزئی برخی مصادیق حضانت را به شخص دیگر واگذار کنند اما واگذاری حضانت به طور کلی به شخصی دیگر صرفاً در صورت اقتضای مصلحت طفل با تایید دادگاه امکان پذیر است»



منابع

- Al-Ansari, Zakariya ibn Muhammad (n.d.). *Asna al-Matalib fi Sharh Rawd al-Talib*, Vol. 2. Dar al-Kitab al-Islami.
- Al-Burno, Muhammad Sidqi (2003). *Encyclopedia of Jurisprudential Rules*, Vol. 3, 1st ed. Beirut: Al-Risalah Foundation.
- Al-Kashif al-Ghita, Muhammad Hussein (2001). *Tahrir al-Majallah*, Vol. 4, 1st ed. Qom: World Assembly for Proximity of Islamic Schools of Thought.
- Al-Nawawi, Abu Zakariya (n.d.). *Al-Majmu' Sharh al-Muhadhdhab*, Vol. 18. Dar al-Fikr.
- Al-Qurtubi, Shams al-Din (1964). *Tafsir al-Qurtubi*, Vol. 3, 2nd ed. Cairo: Dar al-Kutub al-Misriyyah.
- Al-Shanqiti, Muhammad ibn al-Mukhtar (n.d.). *Sharh Zad al-Mustaqni'*, Vol. 194. n.p.
- Ansari, Muhammad Ali (1994). *The Simplified Jurisprudential Encyclopedia*, Vol. 12, 1st ed. Qom: Majma al-Fikr al-Islami.
- Ansari, Qudratullah (2008). *Encyclopedia of Children's Rulings and Their Evidence*, Vol. 3, 1st ed. Qom: A'imma Athar (AS) Fiqh Center.
- Bahrani, Yusuf ibn Ahmad (1984). *Al-Hada'iq al-Nadhira fi Ahkam al-Itrah al-Tahira*, Vol. 22, 1st ed. Qom: Islamic Publishing Office.
- Dehkhoda, Ali Akbar (1998). *Dehkhoda Dictionary*, Vol. 12, 2nd ed. Tehran: University of Tehran Press.
- Emami, Seyyed Hassan (1985). *Civil Law*, Vol. 4, 2nd ed. Tehran: Islamiyah Publications.
- Emami, Seyyed Hassan (1985). *Civil Law*, Vol. 5, 2nd ed. Tehran: Islamiyah Publications.
- Fazil Lankarani, Muhammad (2004). *Tafsil al-Shari'ah*, 1st ed. Qom: A'imma Athar (AS) Fiqh Center.
- Fazlullah, Muhammad Hussein (2011). *Fiqh al-Shari'ah*, Vol. 3, 9th ed. Beirut: Dar al-Malak.
- Gorji, Abolqasem et al. (2005). *Comparative Study of Family Law*, 1st ed. Tehran: University of Tehran Press.
- Hassanpour, Fatemeh & Malek Shah, Arezoo (2023). "Analysis of Custody in the Five Schools of Thought", *Interdisciplinary Studies in Jurisprudence Quarterly*, No. 18, pp. 19-42.
- Ibn Abidin, Muhammad Amin (1992). *Al-Durr al-Mukhtar wa Hashiyat Ibn Abidin (Radd al-Muhtar)*, Vol. 3, 2nd ed. Beirut: Dar al-Fikr.
- Ibn Manzur, Jamal al-Din (1985). *Lisan al-Arab*, first volume, Qom, Adab al-Hawza Publishing House.
- Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2002). *Comprehensive Legal Terminology*, Vol. 3, 2nd ed. Tehran: Ganj-e Danesh Library.
- Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2002). *Comprehensive Legal Terminology*, Vol. 5, 2nd ed. Tehran: Ganj-e Danesh Library.
- Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2007). *Al-Fariq: General Legal Encyclopedia*, Vol. 5, 1st ed. Tehran: Ganj-e Danesh Library.
- Katouzian, Nasser (2006). *Civil Law: Contracts & Securities*, Vol. 4, 5th ed. Tehran: Sahami Publications.

- Katouzian, Nasser (2006). *Civil Law: Family*, Vol. 2, 7th ed. Tehran: Sahami Publications.
- Khoei, Abu al-Qasim (1997). *Minhaj al-Salihin*, Vol. 2, 1st ed. Qom: Madinat al-Ilm.
- Khoei, Abu al-Qasim (1997). *Minhaj al-Salihin*, Vol. 2, 1st ed. Qom: Madinat al-Ilm.
- Khomeini, Ruhollah (2013). *Istifta'at (Imam)*, Vol. 9, 1st ed. Qom: Imam Khomeini Institute.
- Maalouf, Lewis (2000). *Al-Munjad fi al-Lagheh al-Arabiya al-Mawdazaeh*, Vol I, Beirut-Lebanon, Dar al-Mashriq.
- Majlisi, Muhammad Taqi (n.d.). *A Complete Course of Persian Jurisprudence*, 1st ed. Tehran: Farahani.
- Makaram Shirazi, Nasser (2003). *Kitab al-Nikah*, Vol. 6, 1st ed. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (AS) School.
- Makaram Shirazi, Nasser (2005). *Al-Fatawa al-Jadidah*, Vol. 3, 2nd ed. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (AS) School.
- Malik ibn Anas (1994). *Al-Mudawwanah*, Vol. 2, 1st ed. n.p.: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- Marai, Hussein Abdullah (1993). *Qamous al-Fiqhi*, first edition, Dar al-Mujtabi, Beirut-Lebanon.
- Mo'in, Muhammad (2006). *Persian Dictionary*, 3rd ed. Tehran: Rah-e Roshd Publications.
- Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa (2005). *Jurisprudential Rules (Civil Section: Ownership & Liability)*, 12th ed. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center.
- Mohammadi Jowzani, Sajjad & Avazpour Heybatloo, Fardin (2022). "Agreements on Custody with Emphasis on Judicial Practice", *Legal Research Journal*, Vol. 21, No. 50, pp. 405-433.
- Mousavi Ameli, Muhammad ibn Ali (1992). *Nihayat al-Maram fi Sharh Mukhtasar Shara'i al-Islam*, Vol. 1, 1st ed. Qom: Islamic Publishing Office.
- Mousavi Sabzevari, Abdul-Ali (n.d.), *Jame'e-e-Ahkam al-Shari'ah*, 9th edition, Qom, Al-Manar Institute.
- Mousavi Sabzewari, Abd al-A'la (1992). *Mu-hadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram*, Vol. 21, 1st ed. Qom: Sayyid Abd al-A'la al-Sabzewari.
- Mousavi Sabzewari, Abd al-A'la (1992). *Mu-hadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram*, Vol. 23, 1st ed. Qom: Sayyid Abd al-A'la al-Sabzewari.
- Mousavi Sabzewari, Abd al-A'la (1992). *Mu-hadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram*, Vol. 25, 1st ed. Qom: Sayyid Abd al-A'la al-Sabzewari.
- Mujtahid Shabistari, Ali (2000). *Fiqh Terms*, 1st ed. Qom: Bakhshayesh.
- Najafi, Muhammad Hasan (1984). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*, Vol. 27, 7th ed. Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Najafi, Muhammad Hasan (1984). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*, Vol. 31, 7th ed. Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Pour Masjedian, Fatemeh, Abbasi, Frank (2017), Policy-making in the Iranian legal system regarding agreements between parties on custody, *Bi-Quarterly Journal of Women and Family Studies*, Volume 5/No. 1, Spring and Summer 2017, pp. 131-149.
- Safai, Seyyed Hossein & Emami, Asadullah (2021). *Concise Family Law*, 55th ed. Tehran: Mizan Publications.



Sistani, Ali (1994). *Minhaj al-Salihin*, Vol. 3, 1st ed. Qom: Office of Ayatollah al-Sistani.

Tabatabai Yazdi, Muhammad Kazim (2000). *Al-Urwah al-Wuthqa*, Vol. 6, 1st ed. Qom: Islamic Publishing Office.

Tabatabai, Ali ibn Muhammad (1989). *Al-Sharh al-Saghir fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*, Vol. 1, 1st ed. Qom: Mar'ashi Najafi Library.

Tabrizi, Jawad (2005). *Minhaj al-Salihin*, Vol. 2, 1st ed. Qom: Madinah.

Yamarali, Saleh, Mansouri, Firuz, Javanmard Farkhani, Ebrahim (2024), Judicial Supervision of Pre-Constitutional Marriage; Evaluation of Iranian and Algerian Laws in the Light of Judicial Practice and Islamic Jurisprudence, *Journal of Natural Law*, Volume 8, Issue 3, Serial Issue 15, Fall 2024, Pages 191 to 211.