

Jurisprudential-Legal Analysis of the Right of Custody with Emphasis on the Conceptual Paradox and the New Theory of Real Combination

Hojjatollah Dehghani* 

Faculty Member, Department of Islamic
Studies Education, Farhangian University,
Tehran, Iran

1. Introduction

The institution of custody is at the center of the intersection of parental rights, their duties, and the best interests of the child. The main issue of this research is the existence of a conceptual paradox in the legal nature of custody, which in legal provisions such as Article 1168 of the Iranian Civil Code is considered to be both a “right” and a “duty” of parents. This seemingly contradictory duality raises a fundamental question about how the authority arising from the right and the obligation arising from the duty can be combined in a single institution. This paradox creates interpretive tensions in judicial rulings and scholarly discourse. While parental authority suggests

* Corresponding Author: hojjatollahdehghani@chmail.ir

How to Cite: Dehghani, H, “Jurisprudential-Legal Analysis of the Right of Custody with Emphasis on the Conceptual Paradox and the New Theory of Real Combination”, Private Law Research, Vol. 15, No. 56, (2026), 1 - 42. doi: [10.22054/jplr.2026.89011.2972](https://doi.org/10.22054/jplr.2026.89011.2972)

discretionary power, the duty component imposes mandatory care, creating potential conflicts. This study aims to analyze this dual nature through jurisprudential foundations and legal principles to propose a coherent theoretical framework for resolving custody disputes while prioritizing the child's welfare in Islamic and Iranian law.

Research Question(s)

The primary research question guiding this investigation is: How can the authority derived from a right and the obligation derived from a duty be coherently reconciled within the singular institution of custody (*haḍānat*), thereby resolving its inherent conceptual paradox? Subsidiary questions include: What is the original ontological nature of custody? How does this nature transform in the context of parental conflict? And what are the precise legal implications of such a transformation?

2. Literature Review

In reviewing the research background, three classical approaches can be identified: right-based (with an emphasis on parental authority), duty-based (with a focus on the nature of guardianship), and classical hybrid (custody as a combination of both). Recent studies have also sought to explain this relationship by separating concepts such as custody and guardianship, or by presenting staged models (such as the transformation of custody from a right to a duty in the event of refusal). However, the existing theoretical gap is the inability of these perspectives to provide a coherent and non-contradictory framework that can simultaneously explain the original nature of the institution, how it is transformed during the dispute stage, and the legal effects of this transformation. This study seeks to fill this gap.

3. Methodology

This research is conducted using a descriptive-analytical method and based on library research. The scope of the research is the sources of Imami jurisprudence and Iranian statutory law (especially civil law), and it systematically criticizes existing perspectives to argue for the proposed theory.

4. Results and Discussion

The analysis yields a central finding: the inherent, original nature of custody is guardianship-based (*wilāyi*) and fundamentally duty-based. It is an obligation tied to the guardianship of the child. However, a critical distinction emerges in the context of parental conflict. In this second stage, the legislator intervenes to resolve the dispute by legally creating a "Right of Custody" (*haqq al-haḍānah*). This is not the core duty of care but an "entitlement" or "privilege" granted to the parent deemed more suitable. Therefore, what is renounceable is the "claim to undertake the duty" during conflict, not the performance of the duty itself, which retains its obligatory nature.

This distinction is the key to resolving the paradox of right and duty in custody. In fact, in the normal stage, parents are obliged to care for the child; however, when both parents claim the right to fulfill this duty, the law grants one of them the privilege of undertaking the duty. This privilege constitutes a legal right established by the legislator to resolve the conflict.

This leads to the proposed "Two-Stage Model of Real Combination":

- Stage 1 (Normal Status): Custody operates as a custodial duty (*taklīf wilāyi*). The best interests of the child are the overriding consideration. At Stage 1 (Normal Status), the duty-based aspect of custody predominates.

- Stage 2 (Conflict Status): Custody manifests as an administrative right/privilege (*haqq intifā'i*). The best interests of the child are the primary criterion for awarding this privilege. At Stage 2 (Conflict Status), the right-based aspect of custody becomes prominent as a mechanism for resolving the dispute.

This model, on the one hand, avoids reductionism by not reducing custody to either a mere right or a mere duty and, on the other hand, preserves the internal coherence of the institution of custody by distinguishing its different stages. Its practical application in the judicial system contributes to greater clarity in legal reasoning and to reducing prolonged disputes.

5. Conclusion

This study concludes that the conceptual paradox in custody law stems from a conflation of two distinct operational stages of a single institution. The proposed "New Theory of Real Combination" and its "Two-Stage Model" resolve this paradox by providing a coherent, non-reductionist framework. By separating the duty-based essence of custody from the right-based mechanism for resolving conflicts, the theory offers a powerful analytical tool. It not only explains the existing jurisprudential doctrine but also provides a clear foundation for judicial reasoning, legislative reform, and achieving greater coherence in family law systems facing similar conceptual challenges.

Keywords: Right of Custody, Conceptual Paradox, New Theory of Real Combination, Best Interests of the Child, Family Law, Two-stage Model.

تحلیل فقهی - حقوقی حق حضانت با تأکید بر پارادوکس مفهومی و نظریه ترکیب حقیقی نوین

حجت اله دهقانی *  عضو هیئت علمی گروه آموزش معارف اسلامی، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران

چکیده

این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی به بررسی پارادوکس «حق حضانت» می‌پردازد که از یک سو متضمن «حق» (با محوریت مصلحت ذی حق) و از سوی دیگر ناظر بر «حضانت» (با محوریت مصلحت مولی علیه) است. بررسی دیدگاه‌های موجود نشان می‌دهد که رویکردهای حق محور، تکلیف محور و ترکیبی کلاسیک به تنهایی قادر به تبیین این نهاد نیستند. در پاسخ، «نظریه ترکیبی نوین» به عنوان چارچوب نظری برگزیده شده که ماهیت اصیل حضانت را ولایی می‌داند، اما در «ظرف تشاح»، «حق الحضانة» را به عنوان امتیازی برای فرد شایسته تر جعل می‌کند. پذیرش این نظریه دارای آثار حقوقی زیر است: نخست، استقرار الگوی دو مرحله‌ای (تکلیف ولایی در وضعیت عادی و اعطای حق امتیازی در صورت اختلاف)؛ دوم، تبیین منطقی مبانی تصمیم‌گیری قضایی و شفاف‌سازی استدلال‌های دادگاه‌ها در دعاوی مختلف حضانت؛ سوم، تفسیر دقیق قابلیت اسقاط حق الحضانة (قابل اسقاط در مرحله تشاح، ولی بقای تکلیف عام ولایی)؛ چهارم، تعیین جایگاه مصلحت کودک به عنوان محور در مرحله تکلیف و پیش فرض در مرحله اعطای حق و پنجم، ارائه چارچوبی برای حل تعارضات در نهادهای مشابه مانند ولایت قهری. در نتیجه، این نظریه با عبور از تقلیل‌گرایی، پارادوکس ظاهری را حل کرده و ابزاری کارآمد برای تحلیل منسجم و ایجاد وحدت رویه در حقوق خانواده فراهم می‌سازد.

واژگان کلیدی: حق حضانت، پارادوکس مفهومی، نظریه ترکیب حقیقی نوین، مصلحت کودک، حقوق خانواده.

مقدمه

حضانت به عنوان نهادی حقوقی متکفل سرپرستی و پرورش طفل، از بنیادی‌ترین و در عین حال پیچیده‌ترین مباحث حقوق خانواده به شمار می‌آید. این نهاد در نقطه تلاقی سه حوزه مهم قرار دارد: حقوق والدین، تکالیف ایشان نسبت به فرزند و در رأس همه، مصلحت عالیۀ کودک. مسئله محوری این پژوهش، واکاوی تعارضی مفهومی در ماهیت حقوقی حضانت است؛ زیرا در متون فقهی امامیه^۱ و قوانین موضوعه ایران از جمله ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت هم‌زمان «حق» و «تکلیف» والدین دانسته شده است. این جمع ظاهراً متناقض، پرسشی اساسی را برمی‌انگیزد: چگونه ممکن است یک عمل واحد، از یک سو «حق» باشد - که قابلیت اسقاط و اعمال ارادی دارد - و از سوی دیگر «تکلیف» - که الزام‌آور و اصولاً غیرقابل اسقاط است؟ بنابراین تبیین رابطه منطقی میان دو گفتمان «حق مدار» و «ولایی» در چارچوب نهاد یکسان حضانت، نیازمند بازسازی نظری است.

در ادبیات فقهی و حقوقی برای حل این تعارض، رویکردهای گوناگونی ارائه شده است. برخی پژوهش‌ها حضانت را حقی برای والدین دانسته و بر اختیارات ایشان در این زمینه تأکید کرده‌اند.^۲ گروهی دیگر با محور قرار دادن ماهیت ولایی حضانت، آن را تکلیفی غیرقابل اسقاط تلقی کرده‌اند.^۳ رویکرد سوم در پی جمع میان دو عنصر حق و تکلیف است و حضانت را واجد هر دو بُعد معرفی می‌کند.^۴ همچنین شماری از پژوهش‌های جدید، با تفکیک میان مفاهیم «حضانت» و «ولایت»، در پی تبیین دقیق‌تر

۱. محمد بن حسن طوسی، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد پنجم، چاپ سوم (تهران: المكتبة المرتضویة لأحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق) ص ۱۳۲؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، جلد هفدهم، چاپ اول (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ق) ص ۳۱۳.

۲. قدرت‌الله انصاری شیرازی، *موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها*، جلد سوم، چاپ اول (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۹ق) ص ۲۸۷.

۳. محمد بن منصور بن احمد حلّی، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد دوم، چاپ دوم (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق)، ص ۶۵۳.

۴. علیرضا اعرافی، *فقه تربیتی*، جلد هفدهم، چاپ اول (قم: مؤسسه فرهنگی هنری اشراق و عرفان، ۱۳۹۵ش) ص ۹۰.

ماهیت حضانت هستند.^۱ در همین چارچوب، حسین خانلری^۲ قائل است که حضانت در روابط میان والدین، حقی قابل اسقاط و انتقال است و تنها در فرض استتکاف هم‌زمان آنان، حضانت برای آن والدی که در آن زمان نسبت به حضانت اولویت دارد به صورت تکلیف در می‌آید.

با وجود این تلاش‌ها، نقدهای موجود نشان می‌دهد که هیچ‌یک از رویکردها به‌طور کامل از تناقض میان حق و تکلیف‌رهایی نیافته‌اند. رویکرد حق‌محور، الزام قانونی والدین را توضیح نمی‌دهد؛ رویکرد تکلیف‌محور حق تقدم والدین در صورت اختلاف را تبیین نمی‌کند و رویکرد ترکیبی کلاسیک نیز جمع منطقی میان حق و تکلیف برای شخص واحد را دشوار می‌یابد. تحلیل خانلری نیز تنها وضعیت استتکاف والدین را از طریق تقدم حق طفل تبیین می‌کند، اما اشکال بنیادین کیفیت تعلق «حق» به نهادی با ماهیت ولایی را حل نمی‌کند و توضیح نمی‌دهد چگونه یک «حق» می‌تواند ماهیتاً به «تکلیف» تبدیل شود. از این رو پارادوکس پیوند میان «حق والدین» و «ولایت بر کودک» همچنان پابرجاست. مجموعه این نکات نشان می‌دهد که مسئله هنوز با خلأ نظری روبه‌روست و نیازمند بازخوانی منظم ادله و ارائه چارچوبی نوین است.

هدف این پژوهش، ارائه و دفاع از یک نظریه ترکیبی نوین در قالب «الگوی دو مرحله‌ای» برای حل تعارض یادشده است. مطابق فرضیه مقاله، حضانت در ماهیت اصیل و اولیه خود نهادی ولایی و تکلیفی است؛ اما در «مرحله تشاح» و بروز اختلاف والدین، قانون‌گذار با اعطای «حق الحضانه» به عنوان امتیازی برای فرد شایسته‌تر، راهکاری حقوقی برای پایان دادن به نزاع فراهم کرده است. بر این اساس، آنچه حق محسوب می‌شود «استحقاق حضانت» است، نه خود عمل حضانت که ماهیتی ولایی دارد. این تفکیک میان

۱. معصومه آقازاد و اصغر عربیان، «مبانی حق یا تکلیف بودن حضانت و احکام و آثار آن در فقه و حقوق»، مطالعات حقوق، دوره ۱، شماره ۶، (۱۳۹۵)، ص ۱۰۹.

۲. حسین خانلری بهنمیری، «تقابل حق و تکلیف حضانت با پذیرش اولویت مصلحت طفل از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، دوره ۱۸، شماره ۵۸، (۱۴۰۱)، ص ۱۳۴.

«مقام ثبوت» (تکلیف ولایی) و «مقام اثبات» (حق امتیازی در هنگام تعارض) می‌تواند پارادوکس ظاهری را به صورت نظام‌مند رفع کند.

نوآوری این پژوهش در سه محور قابل مشاهده است: نخست، ارائه نظریه‌ای بدیع با تکیه بر الگوی دو مرحله‌ای؛ دوم، نقد و مقایسه منظم رویکردهای پیشین در چارچوبی یکپارچه و سوم، تبیین پیامدهای حقوقی نظریه در تفسیر قوانین موجود - به ویژه ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی - و کاربرد آن در مقام دادرسی.

این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی و مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای انجام شده است. محدوده پژوهش، فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران است. ساختار مقاله پس از مقدمه، در پنج بخش تنظیم شده است: مفهوم‌شناسی و ادله فقهی حضانت؛ نقد رویکردهای موجود؛ تبیین نظریه ترکیبی نوین؛ بررسی آثار حقوقی آن و در پایان نتیجه‌گیری.

۱. مفهوم‌شناسی و چارچوب مفهومی رابطه والد- کودک در سنین حضانت

۱-۱. چارچوب مفهومی رابطه والد- کودک

پیش از ورود به تحلیل پارادوکس میان حق و تکلیف در نهاد حضانت، ضروری است ماهیت ارتباط والدین با کودک در سنین حضانت روشن گردد؛ زیرا حضانت بخشی از ساختار عام‌تر رابطه حقوقی - تربیتی والدین و فرزند است و فهم صحیح آن بدون تبیین این چارچوب امکان‌پذیر نیست. در فقه امامیه، رابطه والد و کودک در سال‌های اولیه زندگی از سنخ ولایت تربیتی دانسته می‌شود؛ ولایتی که غایت آن تأمین مصلحت و صیانت از مولی علیه است و بر مسئولیت و سرپرستی مبتنی است، نه بر مالکیت یا امتیاز شخصی والد. از سوی دیگر برخی ادله فقهی ظاهر در جعل نوعی احقیق و اولویت برای یکی از والدین اند که حکایت از بُعد امتیازی و حق گونه در شرایط تعارض دارد. بنابراین، حضانت در بستر رابطه‌ای شکل می‌گیرد که ماهیت اولیه آن ولایی و مصلحت‌محور است، اما در ظرف تشاح، بُعد حقی و امتیازی نیز ظهور می‌یابد. این تبیین مقدماتی، مبنای نظری تحلیل‌های بعدی مقاله درباره نسبت میان دو مفهوم «حق» و «حضانت» قرار می‌گیرد.

۱-۲. مفهوم‌شناسی سه‌گانه بنیادین: حضانت، حق و حکم

برای تبیین جایگاه حضانت در نظام احکام شرعی، سه مفهوم بنیادین حضانت، حق و حکم باید روشن گردد؛ زیرا نسبت میان آن‌ها در فهم ماهیت و آثار فقهی حضانت نقش اساسی دارد. حضانت در منابع لغوی از «حَضَنَ» به معنای فضای زیر بغل و پهلوی آمده و «احتضان» به معنای در آغوش گرفتن است.^۱ سپس به معنای پرورش و مراقبت از کودک گسترش یافته^۲ و در نهایت در متون فقهی به مفهومی ولایی و حقوقی ارتقا یافته است: «الحضانة: ولایة و سلطنة».^۳ بدین سان، مفهوم حضانت از ساحت عاطفی به نهادی حقوقی دگرگون شده است.

حقوق دانان در تعریف حضانت رویکردهای متفاوتی دارند. در یک برداشت، حضانت به معنای نگهداری و مراقبت مستمر از کودک و حمایت از او در ارتباط با محیط بیرونی دانسته شده است؛ مفهومی که افزون بر مراقبت جسمی، جنبه‌های عاطفی و روحی کودک را نیز در بر می‌گیرد.^۴ گروهی دیگر با تمرکز بر جنبه اقتداری این نهاد، حضانت را اختیاری می‌دانند که قانون برای پرورش و تربیت صغار در اختیار پدر و مادر قرار داده است.^۵ برخی نیز حضانت را ذیل عنوان ولایت تحلیل کرده‌اند و آن را نوعی سلطه و سرپرستی قانونی بر کودک دانسته‌اند.^۶ در نگاه دیگر، حضانت آمیزه‌ای از حق و تکلیف والدین است؛ به این معنا که پدر و مادر از یک سو مجاز به اعمال این اختیار هستند و از سوی دیگر موظف به مراقبت و تربیت فرزند خود.^۷

۱. خلیل بن احمد فراهیدی، العین، جلد سوم، چاپ دوم (قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ق)، ص ۱۰۵؛ اسماعیل بن عباد، المحیط فی اللغة، جلد دوم (بیروت: عالم الکتاب، ۱۴۱۴ق) ص ۴۴۴.

۲. همان.

۳. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، جلد چهارم (قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق) ص ۱۲.

۴. اسدالله امامی و حسین صفایی، مختصر حقوق خانواده (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰ق) ص ۳۷۹.

۵. ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی، جلد دوم (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱ق) ص ۲۸۵.

۶. سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم (قم: انتشارات اسلامی، بی تا) ص ۳۹۰.

۷. سعید بیگدلی، «مشکلات و خلأهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران»، مجله فقه و حقوق خانواده، دوره ۱۶، شماره ۵، (۱۳۹۰)، ص ۱.

در حقوق ایران نیز با توجه به مفاد ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، حضانت تنها به نگهداری جسمی محدود نیست و ابعاد تربیتی و پرورش روحی و اخلاقی را نیز دربرمی گیرد.^۱ واژه «حق» در لغت بر ثبوت و مطابقت با واقع دلالت دارد و در برابر «باطل» قرار می گیرد.^۲ حسن مصطفوی، هسته معنایی آن را «ثبوت» می داند.^۳ در تطور مفهومی، «حق» از معنای هستی شناختی به معنای اعتباری و حقوقی یعنی «سلطه مشروع بر غیر» تحول یافته است. در اصطلاح فقهی، حق نوعی حکم وضعی امتیازی است که در شرایط تشاح و برای رعایت مصلحت ذی حق جعل می شود؛ از این رو در حضانت، تنها هنگامی می توان از حق مادر سخن گفت که ناظر به مصلحت او باشد، نه مصلحت فرزند. حقوقدانان در بیان ماهیت «حق» تعبیر گوناگونی به کار برده اند. در یک تعریف، حق به توانایی یا امکانی گفته می شود که فرد نسبت به شیء یا شخص دیگر در قلمرو حقوقی داراست.^۴ در تعبیر دیگری، حق نوعی سلطه و اختیار قانونی است که نظام حقوقی هر کشور برای حمایت از منافع افراد، برای آنان به رسمیت می شناسد.^۵

نظام حقوقی اسلام بر احکام شرعی استوار است که به دو دسته تکلیفی و وضعی تقسیم می شوند. احکام تکلیفی ناظر به افعال مکلفند و احکام وضعی موقعیت ها و روابط حقوقی را سامان می دهند.^۶ «حق» و «حضانت» از سنخ احکام وضعی اند؛ زیرا مستقیماً متوجه فعل نیستند، بلکه زمینه حقوق و تکالیف را فراهم می کنند. از این رو تقابل میان «حق» و «حکم» نادرست است؛ زیرا حق، خود نوعی حکم وضعی است. تقابل واقعی میان «حق» و «ولایت»

۱. اسدالله امامی و حسین صفایی، مختصر حقوق خانواده (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰) ص ۳۷۹.

۲. محمد بن مکرّم، لسان العرب، جلد چهارم، چاپ سوم (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ق) ص ۴۹؛ اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، جلد چهارم (بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق) ص ۱۴۶۰.

۳. حسن مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد دوم (تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر، ۱۴۰۲ق) ص ۲۶۲.

۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹) ص ۱۶۶۶.

۵. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲)، ص ۲۴۹.

۶. سید محمدباقر صدر، دروس فی علم الأصول، جلد اول، چاپ پنجم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق) ص ۱۶۲.

است و پرسش اصلی درباره حضانت نیز همین است که آیا از سنخ حق است یا ولایت؟ از تبیین این سه مفهوم کلیدی می‌توان دریافت که حضانت، در زمره احکام وضعی و از مصادیق «ولایت» بر صغیر است. تمایز اصلی حضانت از حق در غایت و محوریت این مفاهیم نهفته است:

- حق: حکمی وضعی بوده که ماهیت آن امتیازی است و ملحوظ اولی در آن، رعایت مصلحت "ذی‌حق" است.
 - ولایت: حکمی وضعی بوده که ماهیت آن مسئولیتی است و ملحوظ اولی در آن، رعایت مصلحت و غبطه‌ی "مولی‌علیه" (کودک) است.
- بنابراین، پرسش صحیح این نیست که «آیا حضانت حق است یا حکم؟» چرا که حق خود مصادیقی از حکم وضعی است. پرسش بنیادین این است: آیا حضانت یک «حق» امتیازمحور است یا یک «تکلیف» و «مسئولیت» مصلحت‌محور؟

۲. ادله فقهی حضانت

مطالعه روایات حضانت نشان می‌دهد که این نصوص در سه دسته اصلی قابل طبقه‌بندی‌اند: نخست، روایاتی که احقیت مادر را منوط به عدم مطالبه اجرت غیرمتعارف برای شیردهی می‌دانند؛ دوم، روایاتی که شرط احقیت را مجرد بودن مادر معرفی می‌کنند و سوم، روایاتی که دوره حضانت مادر را تا هفت سالگی فرزند محدود می‌سازند.

در دسته نخست (چهار روایت) از جمله روایت داود بن حصین که کلینی و طوسی آن را در تفسیر آیه ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ نقل کرده‌اند،^۱ مادر تا زمانی احق است که اجرت متعارف بپذیرد؛ زیرا با مطالبه دستمزد نامتعارف، حق او ساقط می‌شود، مگر آنکه مصلحت کودک در تداوم حضانت او باشد. روایت‌های ابی‌الصباح الکنانی و حلبی^۲ نیز همین مضمون را با تأکید بر شرطی بودن احقیت مادر بیان می‌کنند. در روایت فضل بن

۱. محمد بن حسن طوسی، تهذیب الأحکام، جلد هشتم، چاپ چهارم (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق)، ص ۱۰۴؛

محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، جلد ششم، چاپ چهارم (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق) ص ۴۵.

۲. محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، جلد ششم، چاپ چهارم (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق) ص ۱۰۳.

ابی‌العباس نیز بر تقدم پدر تأکید شده، مگر در صورت پذیرش اجرت متعارف از سوی مادر.^۱

در دسته دوم، احقیت مادر وابسته به عدم ازدواج مجدد دانسته شده است. روایت منقري می‌گوید: «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مَا لَمْ تَنْزُوجْ».^۲ هرچند سند آن به سبب ضعف منقري محل تردید است،^۳ دلالت آن بر شرطی بودن احقیت مادر روشن است. دو روایت فضیل بن یسار^۴ و داود رقی^۵ نیز نشان می‌دهند که احقیت والدین تابع شرایطی چون آزادی و ازدواج است؛ به گونه‌ای که ازدواج مادر در صورت بردگی پدر موجب سقوط حق او نمی‌شود. در دسته سوم، دو روایت از ایوب بن نوح و مسیر الحمیری، سن هفت سالگی را پایان حضانت مادر معرفی می‌کنند. بر پایه روایت الحمیری،^۶ پس از این سن، سرپرستی بر عهده پدر قرار می‌گیرد؛ در حالی که روایت دیگر صریحاً احقیت مادر را تا رسیدن کودک به هفت سالگی تثبیت می‌کند.^۷

نتیجه آن که مجموعه روایات در باب حضانت بر «احقیت مشروط» دلالت دارند؛ بدین معنا که پیش از ازدواج مجدد مادر و تا سن هفت سالگی کودک، مادر در حضانت فرزند خود احق است، مشروط بر آن که اجرت شیردهی را به صورت متعارف مطالبه کند.

۱. همان، ص ۴۴.

۲. همان، ص ۴۵.

۳. احمد بن علی نجاشی، رجال النجاشی، چاپ ششم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، جماعة المدرسين، ۱۳۶۵ش) ص ۱۸۴؛ سید ابوالقاسم خویی، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، جلد هشتم، چاپ پنجم (بی‌جا: بی‌ناشر، ۱۴۱۳ق) ص ۲۵۸.

۴. محمد بن علی ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، جلد سوم، چاپ دوم (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق) ص ۴۳۵.

۵. محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، پیشین، ص ۴۵.

۶. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد بیست و یکم، چاپ اول (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق) ص ۴۷۲.

۷. محمد بن علی ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، پیشین، ص ۴۳۵.

۳. تحلیل فقهی کیفیت تعلق حق به نهاد حضانت

در تحلیل کیفیت تعلق حق به حضانت، می‌توان سه رویکرد اصلی را در تبیین نسبت میان «حق» و «حضانت» شناسایی کرد. رویکرد نخست، وصف «ولایتی» حضانت را امری تسامحی تلقی کرده و بر جنبه حقانی آن تأکید می‌نماید. در مقابل، رویکرد دوم اطلاق عنوان «حق» بر حضانت را تسامحی دانسته و ماهیت ولایتی آن را اصیل می‌شمارد. رویکرد سوم، با پذیرش اصالت هر دو مفهوم، حضانت را نهادی مرکب از بُعد حق و تکلیف تحلیل می‌کند.

۳-۱. نظریه حق‌محور: حق بودن ذاتی حضانت و اطلاق تسامحی ولایت

شواهد متعدد روایی و فقهی، حضانت را با تعبیر «حق» معرفی کرده‌اند. نمونه بارز این امر، کاربرد صریح واژه «حق» در بیان حکم حضانت مادر در کتاب الکافی است.^۱ ظاهر این ادله بر حقانی بودن ماهیت حضانت دلالت دارد.

در برابر این ادله، برخی فقها هرچند از تعبیر «ولایت» برای حضانت استفاده کرده‌اند،^۲ اما طرفداران نظریه حق‌محور این تعبیر را فاقد محتوای اصطلاحی دانسته و آن را ناظر به تسامح در بیان می‌دانند. به عنوان مثال، محمدجواد فاضل در حاشیه کتاب «موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها»^۳ تصریح می‌کند که به کارگیری تعبیر «ولایت» در خصوص حضانت صحیح نیست، زیرا حضانت حقی است که مادر در پذیرش یا ترک آن مخیر است؛ در حالی که ولایت ماهیتی تکلیفی و الزام‌آور دارد.

در همین راستا برخی حقوق‌دانان نیز معتقدند که حضانت ماهیتاً حق است؛ اما چون اعمال آن ممکن است با حقوق کودک تعارض یابد، قانونگذار برای حفظ مصلحت طفل،

۱. محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، پیشین، ص ۴۴.

۲. محمد بن حسن بن یوسف فخرالمحققین حلی، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد دوم (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق) ص ۱۳۹.

۳. قدرت‌الله انصاری شیرازی، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، پیشین، ص ۲۸۷.

در فرض امتناع والدین، آن را واجد جنبه تکلیفی دانسته است. به این ترتیب، حضانت برای والد مستنکف تکلیف می شود و برای والد دیگر همچنان عنوان حق بر آن صادق است.^۱

نقد نخست: عدم توجیه منطقی در تسامح اطلاق ولایت

ادعای تسامحی بودن اطلاق مفهوم «ولایت» بر «حضانت» با تعریف فقهی این دو نهاد سازگار نیست. حضانت به «سرپرستی و رسیدگی به امور فرزند»^۲ و ولایت به «سرپرستی و اداره امور مولی علیه»^۳ تعریف شده است. این همپوشانی مفهومی نشان می دهد که حضانت در حقیقت مصداقی از ولایت است. آرای فقهایی مانند محقق حلی در شرائع الإسلام،^۴ شیخ طوسی در المبسوط^۵ و علامه حلی در تذکره الفقهاء^۶ این نتیجه را تأیید می کند.

نقد دوم: عدم امکان تغییر ماهیت حضانت بر مبنای امتناع یا عدم امتناع والد

مشکل بنیادین تحلیل «حق اصیل و تکلیف تبعی» آن است که میان ماهیت حق و ولایت خلط شده است. حق نهاد مبتنی بر اراده و مصلحت صاحب حق است و قابلیت اسقاط یا عدم اعمال دارد؛ اما ولایت نهادی غیراختیاری و مبتنی بر صیانت از مصالح مولی علیه است و جنبه تکلیفی دارد. بنابراین، اگر حضانت ماهیتاً ولایی باشد، این ماهیت حتی با عدم امتناع والد نیز تغییر نمی کند و عنوان «حق» بر آن صدق نخواهد کرد. از سوی دیگر اگر حضانت حقی برای والدین باشد، امتناع آنان موجب تبدیل ماهیت حق به تکلیف نمی شود؛

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹) ص ۱۶۶۶.

۲. محمد بن حسن بن یوسف فخرالمحققین حلی، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، پیشین، ص ۱۳۹.

۳. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، تکملة العروة الوثقی، جلد دوم (قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق) ص ۲.

۴. نجم الدین جعفر بن حسن حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد سوم، چاپ دوم (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق) ص ۲۲۷.

۵. محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد سوم، چاپ سوم (تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق) ص ۳۳۸.

۶. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلی، تذکره الفقهاء، جلد هفتم، چاپ اول (قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق) ص ۲۷.

زیرا حق و تکلیف دو مقوله متباین اند و تغییر عنوان یک نهاد حقوقی بر اثر رفتار اشخاص با مبانی نظری حقوق ناسازگار است.

بر این اساس:

- اگر حضانت ولایی باشد، هرگز حق نخواهد شد؛
 - اگر حق باشد، حتی در فرض امتناع، ولایی و تکلیفی نمی‌شود.
- از این رو نظریه‌ای که برای حضانت دو ماهیت متفاوت بر حسب امتناع یا عدم امتناع والد قائل است، فاقد پشتوانه نظری و ناسازگار با اصول تحلیل ماهیت حقوقی نهادها است.

۲-۳. نظریه ولایت‌محور: ولایت بودن حضانت و اطلاق تسامحی حق

بر اساس این دیدگاه، حضانت در زمره احکام ولایی قرار دارد و از آنجا که «ولایت» در منظومه فقهی، یک «حکم» تلقی می‌شود و نه یک «حق»، بنابراین تعبیر «حق الحضانه» که در برخی نصوص فقهی و روایی به کار رفته است، استعمالی مجازی و تسامحی محسوب می‌گردد.^۱

در تبیین این تسامح، دو تقریب قابل ارائه است:

تقریب اول: تبیین بر اساس وجوب کفایی

بر اساس این تقریب، اطلاق واژه «حق» بر حضانت، ناشی از ماهیت «واجب کفایی» بودن آن است. در این چارچوب، حضانت به عنوان تکلیفی بر عهده والدین قرار دارد که با اقدام یکی از آنان، تکلیف از دیگری ساقط می‌شود. واژه «حق» در اینجا نه به معنای اصطلاحی آن، بلکه ناظر به «اختیار» هر یک از والدین در انجام این تکلیف است.^۲ برای مثال هنگامی که گفته می‌شود مادر می‌تواند حق حضانت خود را اسقاط کند، مقصود این است که با اقدام پدر برای سرپرستی، تکلیف وجوبی از دوش مادر برداشته می‌شود. در رویه قضایی ایران نیز تحلیل ماهیت حضانت همسو با همین برداشت تکلیف‌محور است. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی خود، در پاسخ به پرسش پیرامون امکان

۱. قدرت‌الله انصاری شیرازی، موسوعه احکام الأطفال و أدلتها، پیشین، ص ۳۱۶.

۲. همان، ج ۱، ص ۳۱۳.

اسقاط حضانت از سوی پدر در برابر مادر، تصریح می‌کند که چنین توافقی فاقد اثر قانونی است. مطابق این نظر بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت نه قابل اسقاط است و نه موضوع مصالحه؛ زیرا مقررات مربوط به حضانت از قواعد آمره بوده و برای صیانت از مصلحت طفل وضع شده‌اند و اراده فردی نمی‌تواند آنها را تغییر دهد. افزون بر این، ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی والدین را از امتناع از حضانت در زمان تکلیف باز می‌دارد و ماده ۱۱۷۵ نیز تأکید می‌کند که جدایی طفل از والد دارای حق و تکلیف حضانت تنها در صورت وجود سبب قانونی امکان‌پذیر است.

مجموع این مقررات نشان می‌دهد که قانون‌گذار، حضانت را تکلیفی غیرقابل اسقاط تلقی کرده و توافق والدین نیز در این خصوص فاقد اعتبار است.^۱

نقد تقریب اول:

این دیدگاه با اشکالات متعددی روبرو است که دو مورد اساسی آن به شرح زیر است:

اشکال اول: تعارض با ظاهر الفاظ ادله

اصل اولیه در استنباط احکام، حمل الفاظ بر معنای حقیقی و اصطلاحی خود است، مگر آنکه قرینه معتبری بر اراده معنای مجازی وجود داشته باشد. با توجه به کاربرد مکرر و صریح لفظ «حق» در ادله مربوط به حضانت (مانند «فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ»)، ادعای تسامحی بودن این اطلاق، خلاف ظاهر است و نیازمند ارائه قرینه‌ای قوی است که در ادله دیده نمی‌شود. بنابراین، ترجیح معنای تسامحی بر معنای حقیقی، خلاف قاعده اولیه فهم نصوص است.

اشکال دوم: ناتوانی در تبیین مفهوم «أَحَقِّتْ»

مفهوم «أَحَقِّتْ» که محور اصلی روایات حضانت را تشکیل می‌دهد، با تحلیل مبتنی بر «وجوب کفایی» ناسازگار است. وجوب کفایی به شرایطی اشاره دارد که با اقدام یک نفر، تکلیف از دیگران ساقط می‌شود و هیچ اولویتی برای فرد اقدام‌کننده نسبت به دیگران وجود ندارد. در حالی که نزاع اصلی در باب حضانت، دقیقاً در مواردی است که هر دو

۱. یدالله بازگیر، قانون مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور (حقوق خانواده) (تهران: فردوسی، ۱۳۸۰) ص ۵۹۵.

طرف خواهان انجام این تکلیف هستند و ادله با تعیین فرد «أحق»، به رفع این تعارض می‌پردازند.

تقریب دوم: تخصیص ولایت پدر توسط ادله احقیت مادر

مبنای این استدلال بر سه پایه استوار شده است:

سطح اول: اثبات حق حضانت برای مادر

ادله متعددی، حق حضانت را برای مادر به رسمیت می‌شناسد.^۱ این ادله نشان می‌دهند که در یک بازه زمانی مشخص، حق سرپرستی به مادر تعلق دارد.

سطح دوم: ماهیت ولایتی حضانت

از آنجا که حضانت به معنای سرپرستی و اداره امور کودک است، این تعریف عیناً با مفهوم «ولایت» در فقه منطبق می‌گردد.^۲ بنابراین، ماهیت اصلی حضانت، ولایتی است.

سطح سوم: تخصیص ولایت پدر

در این نگاه، کارکرد ادله احقیت مادر، تخصیص ولایت عام پدر است. به این معنا که اگرچه ولایت بر کودک به طور کلی با پدر است، اما ادله خاص، یک بازه زمانی را مشخص می‌کنند که در آن، این ولایت از پدر سلب و به مادر واگذار می‌شود.^۳

۱. محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، پیشین، ص ۱۰۳.

۲. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلی، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه، جلد چهارم، چاپ اول (قم: موسسه الامام الصادق، ۱۴۲۰ق) ص ۱۲.

۳. محمد بن منصور بن احمد حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق) ص ۶۵۳؛ حسین بن محمد آل عصفور بحرانی، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، جلد دهم (قم: مجمع البحوث العلمیه، بی تا) ص ۳۳۶؛ محمدحسن نجفی، صاحب جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد سی و یک، چاپ هفتم (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق) ص ۲۹۲.

نتیجه‌گیری این تقریب آن است که حضانت، ماهیتاً ولایت است، اما این ولایت در دوره‌ای خاص به مادر منتقل می‌شود. در این تحلیل، «حق» صرفاً کارکردی سلبی دارد و تنها بیانگر این است که در بازه مشخصی، پدر فاقد ولایت است و مادر دارای آن می‌باشد.

نقد تقریب دوم: غفلت از مفهوم ماهوی «حق»

اشکال اساسی بر این تقریب، عدم توجه به دلالت ذاتی واژه «حق» در ادله است. در این استدلال، تمام تمرکز بر انتقال «ولایت» و سلب آن از پدر است، اما بر اطلاق عنوان «حق» بر این ولایت، توجهی نشده است.

نکته کلیدی این است که ادله، مادر را صاحب «حَقُّ الْحَضَانَةِ» می‌دانند، نه دارنده «حضانت». این تفاوت دارای آثار حقوقی عملی است:

۱. **عدم وجوب مطلق:** اگر حضانت برای مادر یک «حق» محسوب شود، وی مجبور به اعمال آن نیست. این امر با ماهیت تکلیف‌محور «ولایت» در تعارض است. منابع فقهی تصریح دارند که نمی‌توان مادر را به اعمال این حق مجبور کرد.^۱

۲. **اختیار و اراده:** در برخی ادله، اعمال حضانت به اراده و خواست مادر واگذار شده است.^۲ این شرط («إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْمَرَأَةُ») به وضوح نشان می‌دهد که حضانت برای مادر، یک اختیار است، نه اجبار.

بنابراین، این تقریب که حضانت مادر را صرفاً «ولایت سلب شده از پدر» می‌پندارد، از تبیین این جنبه اختیاری و غیرالزامی که از ماهیت «حق» بودن آن نشأت می‌گیرد، ناتوان است. این نگاه، تنها به بعد «تصدی» توجه دارد و بعد «تصرف» و اختیار دارنده حق را نادیده می‌گیرد.

۱. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد بیست و یک، چاپ اول (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق) ص ۴۷۲؛ میرزا محمدحسین نائینی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد اول، چاپ اول (تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق) ص ۴۲؛ محمد بن مکی عاملی، القواعد و الفوائد، جلد اول (قم: کتابفروشی مفید، بی‌تا) ص ۳۹۶.

۲. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، پیشین، ص ۴۷۲.

تقریب سوم: تحلیل ماهیت حق بر اساس نظریه محقق اصفهانی

محقق اصفهانی^۱ در تبیین ماهیت حق، دو گونه جعل را متمایز می‌سازد:

۱. **جعل حق با اعتبار متعلق:** در این قسم، مورد حق (مضاف الیه) امری اعتباری است. در چنین مواردی، خود واژه «حق» معنای مستقلی فراتر از متعلقش ندارد، بلکه صرفاً بیانگر نوعی از همان امر اعتباری (مانند ولایت یا حضانت) است.

۲. **جعل مستقل حق:** زمانی که خود «حق» به صورت مستقل توسط شارع یا عقلاء اعتبار می‌شود، در اینجا ماهیت و مفهومی جداگانه برای «حق» وجود دارد.

بر این اساس هنگامی که از «حَقُّ الْحَضَانَةِ» سخن می‌گوییم، این ترکیب یک «اضافه بیانی» محسوب می‌شود. به این معنا که «حق» در اینجا ماهیتی مستقل ندارد، بلکه تنها توضیح می‌دهد که این «حضانت» از سنخ «حق» است.^۲ بنابراین، «حق الحضانه» به معنای «جعل حضانت به عنوان یک حق» نیست، بلکه به معنای «جعل حقی که ماهیتاً حضانت است» می‌باشد. در این نگاه، هیچ تعارضی بین «حق» و «حضانت» وجود ندارد، زیرا «حق» در اینجا به معنای امتیاز شخصی نبوده، بلکه خودش عین ولایت و سرپرستی است.

نقد نظریه محقق اصفهانی

این نظریه از دو جنبه اصلی قابل نقد است:

نقد اول: خلاف ظاهر عرفی و شرعی

اگر طبق قسم اول این نظریه، «حق» فاقد معنای مستقلی باشد و تمام هویت آن به «مورد»ش (حضانت یا ولایت) بازگردد، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که چرا شارع و عقلاء به جای استفاده از عبارت موجز «لِلأَبِ الْوَلَايَةُ» یا «لِلْأُمِّ الْحَضَانَةُ»، به صورت مکرر از ترکیب «حَقُّ الْوَلَايَةِ» و «حَقُّ الْحَضَانَةِ» استفاده کرده‌اند؟ این تغییر عبارت، دلالت بر آن دارد که

۱. محمدحسین اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، جلد یک، چاپ اول (قم: آوار الهدی، ۱۴۱۸ق) ص ۴۵.

۲. سید کاظم حائری، فقه العقود، جلد یک (قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق) ص ۱۱۴.

واژه «حق» دارای بار معنایی افزوده و مستقل است و صرفاً تأکید بر همان مفهوم ولایت یا حضانت نیست. هدف، تمایز نهاد «حق» از نهاد «تکلیف» یا «حکم» محض است.

نقد دوم: اتحاد ماهوی حقوق در نزد عقلاء

محقق اصفهانی کیفیت اعتبار حقوق مختلف را متفاوت می‌پندارد، در حالی که به نظر می‌رسد عقلاء یک مفهوم واحد اعتباری به نام «حق» دارند و آن را در موارد مختلف (مانند حق مالکیت، حق قصاص، حق حضانت) جعل می‌کنند. تفاوت این موارد، ناشی از تفاوت در مورد حق (عین، نفس، کودک) است، نه ناشی از تفاوت در خود ماهیت «حق». بنابراین، تقسیم‌بندی ایشان به دو قسم، مبتنی بر تصویری نادرست از فرآیند اعتبار عقلایی است. حق به عنوان یک مفهوم کلی و واحد، همواره به معنای «اختیار و سلطه‌ای است که به نفع دارنده آن به رسمیت شناخته شده است» و این مفهوم در تمامی مصادیقش ثابت است.

۳-۳. نظریه ترکیب حقیقی: حق به معنای حق و حضانت به معنای ولایت

بر اساس این دیدگاه، ترکیب «حق الحضانه» یک ترکیب حقیقی است که در آن هر دو جزء به معنای اصطلاحی خود به کار رفته‌اند؛ «حق» به معنای امتیاز و سلطه قابل اسقاط و «حضانه» به معنای ولایت و سرپرستی. چالش اساسی این تحلیل آن است که چگونه یک «حق» شخصی می‌تواند به نهادی با ماهیت ولایی - که غایت آن مصلحت مولی علیه است - تعلق گیرد. برای حل این مشکل، دو تقریب ارائه شده است.

تقریب اول: تفکیک قابلیت اسقاط بین پدر و مادر

بر اساس این تقریب، حضانت برای هر دو والد یک «حق» است، اما قابلیت اسقاط این حق برای پدر و مادر یکسان نیست. این حق برای مادر کاملاً قابل اسقاط است، اما برای پدر،

حق حضانت غیرقابل اسقاط محسوب می‌شود.^۱ استدلال شده که لازمه ذاتی هر حقی، قابلیت اسقاط نیست و ممکن است حقی به دلیل ملاحظات دیگری، غیرقابل اسقاط باشد.

بررسی و نقد تقریب اول

این تقریب با اشکالات متعددی روبرو است:

۱. فقدان مبنای معتبر برای تفکیک: این دیدگاه دلیلی محکم برای غیرقابل اسقاط بودن حق پدر ارائه نمی‌دهد. استدلال احتمالی مبنی بر جلوگیری از بی‌ولی ماندن کودک، قانع‌کننده نیست؛ زیرا اگر مادر حاضر باشد حق خود را اعمال کند (یعنی حضانت را بپذیرد)، کودک بدون سرپرست نمی‌ماند. در این فرض، اسقاط حق توسط پدر و پذیرش آن توسط مادر، به معنای انتقال مسئولیت است، نه رها کردن کودک.

۲. تعارض در تعدد حاکم: اگر حق پدر غیرقابل اسقاط باشد، حتی در زمانی که مادر حضانت را بر عهده دارد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا پدر نیز همزمان صاحب این حق است؟ اگر آری، نتیجه آن می‌شود که در یک زمان، دو نفر (پدر و مادر) به طور همزمان دارای «حق سرپرستی» واحد بر یک کودک هستند که نامعقول است. اگر نه، پس چگونه حقی که غیرقابل اسقاط است، در عمل به حالت تعلیق درمی‌آید؟ این تقریب، پاسخی به این تعارض منطقی نمی‌دهد.

۳. غفلت از رفع تنش ماهوی: اشکال اصلی این تقریب آن است که به مسئله بنیادین‌تر توجهی ندارد: چگونه می‌توان ماهیتاً یک «امتیاز شخصی» (حق) را به یک «مسئولیت غیرشخصی» (ولایت) پیوند زد؟ پاسخ دادن به این سؤال که "آیا این حق قابل اسقاط است یا نه"، تنها به یک ویژگی فرعی می‌پردازد، اما این پرسش اساسی را حل نمی‌کند که چگونه دو نهاد با غایات متعارض (منفعت دارنده حق در مقابل مصلحت مولی علیه) در

۱. عبد الاعلی موسوی سبزواری، جامع الاحکام الشرعیه، جلد ۲، چاپ ۹ (قم: المنار، بی‌تا) ص ۵۷۳؛ سید ابوالقاسم

خویی، منهاج الصالحین، چاپ ۲۸، (قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق) ص ۲۸۶.

محمدحسین اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، جلد یک، چاپ اول (قم: آوار الهدی، ۱۴۱۸ق) ص ۴۵.

یکجا جمع شده‌اند. این تقریب تنها به یک مسئله فرعی (قابلیت اسقاط) پرداخته و از پاسخ به مسئله اصلی (تنش ماهوی) غافل مانده است.

تقریب دوم: تحلیل دوگانه حق - تکلیفی حضانت

این تقریب در پی تبیین مسئله با ارائه تحلیلی دو سطحی است. بر این اساس، حضانت نهادی است که به طور ذاتی و همزمان، هم دارای وصف «حق» است و هم «تکلیف». این دوگانگی بر اساس قاعده ملازمه حق و تکلیف توجیه می‌شود؛ به این معنا که هرگاه حقی برای کسی ثابت شود، به تبع آن، تکلیفی برای خود او یا دیگران در جهت رعایت آن حق ایجاد می‌گردد.^۱ این دیدگاه در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران نیز انعکاس یافته که حضانت را هم حق و هم تکلیف والدین دانسته است.

در این تحلیل، خانواده از دو منظر قابل بررسی است:

- از منظر والدین: حضانت حقی است که به آنان اجازه می‌دهد سرپرستی کودک را بر عهده گیرند و دیگران را از مداخله در این حیطه منع می‌کند.
- از منظر کودک: حضانت تکلیفی است که بر عهده والدین نهاده شده تا مسئولیت تربیت و نگهداری از او را بپذیرند.

به بیان دیگر وقتی حضانت را «حق» می‌نامیم، ناظر به جنبه سلطنت و عدم مداخله است و هنگامی که آن را «تکلیف» می‌خوانیم، ناظر به جنبه مسئولیت‌پذیری و الزام است. پرسش بعدی در این نظریه، کیفیت این تکلیف (عینی یا کفایی) و دامنه شمول آن است.^۲

نقد‌های وارد بر نظریه ترکیب حقیقی (تقریب دوم)

این نظریه با وجود جامعیت ظاهری، با اشکالات بنیادینی روبه‌رو است:

۱. محمدتقی مصباح یزدی، *نظریه حقوقی اسلام*، جلد دوم، چاپ سوم (مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۹ش) ص ۸۰.

۲. علیرضا اعرافی، *فقه تربیتی*، جلد هفدهم، چاپ اول (قم: مؤسسه فرهنگی هنری اشراق و عرفان، ۱۳۹۵ش) ص ۹۰.

اشکال اول: خلط میان ماهیت حق و آثار آن

استدلال این نظریه مبتنی بر یکی از آثار مترتب بر حق (یعنی منع دیگران از مداخله) است، نه خود ماهیت اصطلاحی «حق». منع مداخله می‌تواند از احکام وضعی مختلفی مانند مالکیت یا ولایت ناشی شود، بدون آنکه به معنای وجود یک «حق» شخصی به معنای اصطلاحی آن باشد. برای مثال وقتی گفته می‌شود "تصرف در ملک دیگری حرام است"، این حکم، اثری از حکم وضعی «مالکیت» است، نه اینکه خودش را "حق" بنامیم. بنابراین، استناد صرف به اثر منع مداخله برای اثبات ماهیت حق بودن حضانت، کافی نیست و خلط بین خود حق و آثار آن است.

اشکال دوم: تعارض ذاتی در جمع حق و تکلیف برای یک شخص

این نظریه ادعا می‌کند حضانت برای والدین هم "حق" است و هم "تکلیف". این جمع از منظر منطق حقوقی تعارض دارد. «حق» همواره ناظر به جانب دارنده آن است و به او اختیار می‌دهد، در حالی که «تکلیف» ناظر به الزام و اجبار است. چگونه می‌توان یک امر واحد را همزمان برای یک شخص، اختیاری و الزامی دانست؟ اگر مادر مکلف است که حضانت کند، دیگر نمی‌تواند به اختیار خود از آن صرف نظر نماید (اسقاط حق). این دو وصف در عرض یکدیگر قرار نمی‌گیرند. حق فرزند برای سرپرستی شدن، حقی مستقل است که نافی حق والدین در انتخاب نیست.

اشکال سوم: غفلت از ماهیت متناوب حق حضانت

این نظریه حق حضانت را به صورت ایستا و مطلق برای والدین در نظر می‌گیرد، در حالی که ادله فقهی به وضوح نشان می‌دهد این حق، متناوب و وابسته به شرایط است. در بازه‌ای خاص، مادر «أحق» است و پدر از این حق محروم می‌باشد و در دوره‌ای دیگر، این اولویت جابه‌جا می‌شود.^۱

۱. محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، پیشین، ص ۴۴؛ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، پیشین، ص ۴۷۱.

تحلیل ارائه شده در این نظریه، قادر به تبیین این تناوب و شرطیت‌های زمانی نیست و حضانت را به صورت حقی، ثابت و یکنواخت برای هر دو طرف تصویر می‌کند که با واقعیت فقهی ناسازگار است.

۴. نظریه برگزیده: تحلیل ترکیبی حق الحضانه بر پایه ماهیت ولایی حضانت و حق در مقام تشاح

نظریه برگزیده این پژوهش بر امکان جمع میان «ماهیت ولایی حضانت» و «تعلق حق با ماهیت حقانی به آن» استوار است و هرگونه تنافی ذاتی میان این دو مفهوم را نفی می‌کند. بر اساس این دیدگاه، نسبت میان «ولایت» و «حق» در نهاد حضانت از طریق تحلیلی چهارمرحله‌ای قابل تبیین است.

مرحله نخست: ولایی بودن حضانت

حضانت از نظر ماهوی نهادی ولایی است؛ زیرا تعریف ولایت - که عبارت است از «سرپرستی و اداره امور دیگری»^۱ - به روشنی بر آن صدق می‌کند. فقها نیز حضانت را به «سرپرستی و رسیدگی به امور فرزندان» تعریف کرده‌اند.^۲ بسیاری از آنان از جمله محقق حلی در شرائع الاسلام،^۳ شیخ طوسی در المبسوط^۴ و علامه حلی در تذکره الفقهاء،^۵ آن را از مصادیق ولایت دانسته‌اند.

مرحله دوم: تمایز میان «حضانت» و «حق الحضانه»

عبارت «حق الحضانه» بدین معنا نیست که خود حق دارای ماهیت ولایی است، بلکه دلالت دارد بر اینکه والدین نسبت به انجام دادن عمل حضانت - که فعلی ولایی است - دارای

۱. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، تکملة العروة الوثقی، پیشین، ص ۲.

۲. محمد بن حسن بن یوسف فخرالمحققین حلی، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، پیشین، ص ۱۳۹.

۳. نجم‌الدین جعفر بن حسن حلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، پیشین، ص ۲۲۷.

۴. محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، پیشین، ص ۳۳۸.

۵. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلی، تذکره الفقهاء، پیشین، ص ۲۷.

حقند. در این ترکیب، «حضانت» مفعول و والدین «ذی‌الحق» محسوب می‌شوند. بنابراین، «حق‌الحضانه» بیانگر امتیاز والدین در انجام وظیفه حضانت است، نه اینکه خود حضانت ذاتاً حق باشد. به تعبیر دقیق‌تر، حضانت خبر حق نیست تا گفته شود حضانت حق است، بلکه مفعول آن است یعنی والدین نسبت به عمل حضانت، استحقاق و حق دارند.

مرحله سوم: تحلیل مسئله در فرض تشاح (رقابت بر سر حضانت)

در صورتی که پدر و مادر هر دو متقاضی حضانت باشند، قانونگذار برای رفع تعارض میان آن‌ها به یکی از آنان «أَحَقِّیت» (برتری در استحقاق) اعطا می‌کند. این أَحَقِّیت ماهیتی امتیازی دارد و معمولاً با لحاظ مصالح والدین جعل می‌شود، نه با توجه به مصالح فرزندان. بدین ترتیب، نهاد حضانت همچنان ولایی باقی می‌ماند اما برای فصل خصومت، به یکی از طرفین حق داده می‌شود.

در مقام تشاح، سه فرض قابل تصور است:

الف- اشتراك در حضانت: این راه‌حل به‌ویژه در موارد طلاق، به دلیل دوگانگی در سرپرستی و آسیب به کودک، مردود است.

ب- اعطای حضانت به یک طرف: در این حالت، در صورت وجود مرجع قانونی یا عقلایی (مانند اولویت زمانی یا شایستگی بیشتر)، حضانت به یکی از والدین داده می‌شود. در فرض تساوی طرفین، ابزارهایی همچون قرعه - همان‌گونه که در باب «لقیط» نیز مطرح است (فخرالمحققین، ۱۳۷۸ق، ج ۲: ۱۳۶) - برای تعیین ذی‌حق به کار می‌رود.

پ- محرومیت هر دو طرف از حضانت: این حالت با فلسفه جعل حق - که برای رفع نزاع و تعیین تکلیف تشریع شده است - ناسازگار بوده و نزد عقلاء و شارع مقبول نیست.

مرحله چهارم: جمع‌بندی و رفع توهم تنافی

در حالت عادی (عدم تشاح)، حضانت تکلیفی ولایی است که گاه واجب عینی و گاه کفایی است و بر عهده والدین یا سرپرستان دیگر نهاده می‌شود. اما در فرض بروز نزاع، قانونگذار برای رفع تعارض، به یکی از طرفین حق اعطا می‌کند. جعل این حق، صرفاً ماهیتی امتیازی دارد و هدف آن، پایان دادن به نزاع است.

از این رو میان ولایی بودن ذات حضانت و جعل حق در مقام تشاح هیچ گونه تنافی وجود ندارد؛ زیرا حق در اینجا جنبه‌ای عرضی و تدبیری دارد و حقیقت ولایی حضانت را تغییر نمی‌دهد.

اشکال اول بر نظریه برگزیده

اگر حضانت از اساس ماهیتی «ولایی» داشته باشد، با آثار شناخته‌شده «حق» ناسازگار می‌نماید. یکی از ویژگی‌های اساسی حق - که عقل نیز بر آن دلالت دارد - امکان «اسقاط» یا خودداری دارنده از اعمال آن است. در مقابل، ولی شرعی نمی‌تواند از انجام وظیفه ولایی خود امتناع کند زیرا مکلف است در هر حال، مصالح مولی‌علیه را رعایت نماید. بر این اساس، به ظاهر نوعی تعارض میان دو عنوان «حق» و «ولایت» در حضانت پدید می‌آید و نتیجه گرفته می‌شود که یا حضانت «حق» نیست، یا ماهیت «ولایی» ندارد.

پاسخ به اشکال

در برابر این استدلال، باید نخست روشن ساخت که مقصود از «اختیار در اعمال یا عدم اعمال حق» در چه مرحله‌ای است؛ زیرا این مسئله دو فرض متفاوت دارد:

الف- اختیار پس از اعمال حق

اگر فرض شود دارنده حق، پس از اعمال کامل آن همچنان در اعمال یا ترک آن مختار باشد، چنین تصویری نادرست است؛ زیرا با فرض تحقق و اعمال کامل حق، دیگر موضوعی برای استمرار حق باقی نمی‌ماند. نمونه‌های روشن آن در فقه، حق خیار و حق شفعه است؛ پس از فسخ عقد یا ضمیمه کردن سهم شریک، دیگر حقی باقی نیست که قابل اعمال یا ترک باشد.

بر همین قیاس، هنگامی که مادر، حق حضانت خود را اعمال کرده و کودک را تحویل گرفته است، دیگر حقی برای واگذاری یا ترک آن وجود ندارد. او حقی داشته و آن را بالفعل اعمال کرده است؛ از این رو ادعای بقای حق پس از اعمال، نیازمند دلیل مستقل است. در نتیجه پس از تحقق حضانت، نگهداری از طفل ماهیت «تکلیف» پیدا می‌کند.

این تحلیل، مبنای حکم مقرر در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی ایران است که می‌گوید:

«هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است از نگاه‌داری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا قیم، یکی از اقربا یا مدعی‌العموم، او را به نگاه‌داری طفل الزام کند و اگر الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و در صورت فوت او، به خرج مادر تأمین نماید.»

ب- اختیار پیش از اعمال حق

اما در فرضی که حق حضانت هنوز اعمال نشده است، اختیار والدین در اقدام یا خودداری از اعمال آن، پذیرفتنی است و هیچ‌گونه تعارضی با ماهیت ولایی حضانت ندارد. همان‌گونه که در نظریه برگزیده توضیح داده شد، «تعلق یک حق به امری ولایی» - همچون حضانت - از نظر فقهی ممکن است و میان آن دو تنافی ذاتی وجود ندارد. بنابراین، والدین تا پیش از تحویل گرفتن طفل، در اعمال یا عدم اعمال حق خود مختارند؛ اما به محض اعمال حق و تحویل کودک، نگهداری و سرپرستی وی به عنوان تکلیفی ولایی و الزام‌آور بر آنان واجب می‌شود.

اشکال دوم: لزوم وجوب حضانت در مقابل اختیار ناشی از حق

پذیرش نظریه برگزیده (یعنی تعلق «حق» اصطلاحی به «حضانت» با ماهیت ولایی) مستلزم نتیجه‌ای فاسد و غیرقابل التزام است. این نتیجه به شرح زیر است:

یکی از آثار مسلّم «حق»، اختیار ذی‌حق در «عدم اعمال» آن است. اگر حضانت یک «حق» برای والدین محسوب شود، لازمه‌اش این است که هر یک از آنان بتوانند از اعمال این حق (یعنی قبول حضانت) خودداری ورزند. در این صورت، اگر هیچ‌یک از والدین حاضر به اعمال حق خود نباشند، نتیجه آن خواهد بود که حضانت بر هیچ‌یک واجب نخواهد بود و هیچ‌کس به عنوان ولی طفل محسوب نمی‌شود. این در حالی است که به طور قطع می‌دانیم حضانت، ماهیتاً ولایی است و شارع مقدس حکم به وجوب آن نموده است. به عبارت روشن‌تر، در فرضی که هم پدر و هم مادر از قبول حضانت امتناع کنند، چگونه می‌توان این تصویر حقوقی را پذیرفت که الزامی متوجه هیچ‌یک نباشد؟

در صورتی که یکی از طرفین اقدام به اعمال حق خود کند، بحثی پیش نمی‌آید؛ زیرا با اقدام عملی آن شخص، وی به عنوان «حاضن» شناخته شده و تکلیف حضانت بر عهده او واجب می‌شود. اما طبق تصویر ارائه شده در نظریه «حق الحضانة»، ماهیت حق بودن آن پابرجاست و ذی حق می‌تواند به طور کلی از اقدام به حضانت امتناع ورزد. این امر با وجوب شرعی حضانت در تعارض آشکار قرار می‌گیرد.

بررسی و پاسخ به اشکال دوم

پاسخ به این اشکال، مبتنی بر تعیین دقیق قلمرو و فرض جعل حق است: تصویر «حق» بودن حضانت، مختص به فرض تشاح و اختلاف والدین بر سر «خواستن» حضانت است. بنابراین، اشکال مذکور که فرض می‌کند «هیچ کس حضانت را نخواهد»، اساساً خارج از فرض مسئله است.

برای توضیح بیشتر، می‌توان به حق خیار در معاملات تمثیل زد. اگر کسی بپرسد: «اگر هر دو طرف معامله مایل به ابقای عقد باشند، حق خیار چه کاربردی دارد؟» در پاسخ گفته می‌شود که فرض جعل حق خیار، دقیقاً برای مواردی است که یکی از طرفین بخواهد از عقد خارج شود. حق حضانت نیز بر همین منوال است؛ این حق برای «ظرف تشاح» و زمانی جعل شده که والدین بر سر تصدی حضانت با یکدیگر اختلاف و رقابت دارند. در این ظرف خاص، شارع با جعل حق برای یکی (مثلاً مادر در دوره‌ای خاص)، به این نزاع پایان می‌دهد. بنابراین، ادله‌ای که بر «أَحَقِّیَّت» (شایسته‌تر بودن) یکی از والدین دلالت می‌کنند، ناظر به همین فرض اختلاف هستند. حال اگر در شرایطی، هیچ‌یک از والدین تمایلی به حضانت نداشته باشند، این وضعیت دیگر مشمول ادله «أَحَقِّیَّت» نمی‌شود. در این حالت برای اثبات وجوب حضانت، باید به ادله دیگر استناد کرد.

۵. آثار حقوقی نظریه برگزیده

پذیرش نظریه برگزیده (ترکیب ماهیت ولایی حضانت با جعل «حق الحضانة» برای والدین در صورت تشاح) دارای آثار حقوقی متعددی است که می‌توان آنها را در چند محور اصلی دسته‌بندی نمود:

۱-۵. ایجاد الگوی دو مرحله‌ای در اعمال و اجرای حضانت

مهم‌ترین اثر پذیرش این نظریه، شکل‌گیری یک الگوی دو فاز یا دو مرحله‌ای است که به موجب آن، تکالیف و اختیارات والدین و دادگاه بر اساس وضعیت موجود تعیین می‌شود.

مرحله اول: وضعیت عادی بدون اختلاف (حضانت به مثابه تکلیف ولایی)

در این مرحله که وضعیت پایه و متعارف حضانت را تشکیل می‌دهد، حضانت به‌عنوان تکلیفی شرعی و قانونی بر عهده والدین قرار دارد. ماهیت ولایی آن - به معنای سرپرستی بر محجور - در این مقام غلبه دارد و محور اصلی، صیانت از مصالح کودک است.

این جنبه تکلیفی در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران به‌روشنی بیان شده است: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است». به‌ویژه تعبیر «تکلیف» در این ماده، نشانگر الزام والدین به انجام حضانت و دلالت بر ماهیت ولایی آن دارد.

اثر حقوقی مستقیم این مرحله، عدم امکان امتناع والدین از انجام حضانت است. بر اساس ماده ۱۱۷۲ همان قانون: «هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست، از نگاه‌داری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم، یکی از اقربا یا مدعی‌العموم، نگاه‌داری طفل را به خرج پدر و در صورت فوت پدر، به خرج مادر تأمین کند.»

بر پایه این حکم، دادگاه می‌تواند با استناد به جنبه الزام‌آور حضانت، والد ممتنع را به اجرای آن اجبار نماید. علت این الزام، اولویت مطلق مصالح مولی‌علیه (کودک) است که باید در هر شرایطی رعایت و حفظ گردد. در نتیجه در این وضعیت، حضانت نه به‌عنوان امری اختیاری، بلکه به‌مثابه تکلیف ولایی غیرقابل اسقاط تلقی می‌شود.

مرحله دوم: وضعیت اختلاف و تشاح (حضانت به‌مثابه حق امتیازی)

در شرایطی که والدین به‌صورت هم‌زمان و متعارض «خواستار» حضانت فرزند باشند - مانند موارد طلاق - نظریه برگزیده وارد فاز دوم می‌شود. در این ظرف تشاح، شارع یا

قانون گذار برای رفع نزاع، حق الحضانۀ را به عنوان یک حق امتیازی و موقت برای یکی از والدین مقرر می کند.

در این مرحله، ماهیت ذاتی عمل حضانت همچنان ولایی و سرپرستی فرزند است، اما برای حل تعارض، به یکی از والدین حق قانونی اعطا می شود. اثر حقوقی این اقدام، ایجاد اولویت و احقیّت برای یک والد است که دادگاه موظف به رعایت آن است؛ مگر آنکه احراز شود اعطای حضانت به دارنده حق، مغایر با مصلحت کودک باشد.

به عنوان نمونه، ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران (اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام) مقرر می دارد که در مورد حضانت و نگهداری طفلی که والدین او جدا زندگی می کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن در صورت بروز اختلاف، حضانت با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه تعیین می شود.

بنابراین در این وضعیت، حضانت هم چنان وظیفه ولایی والدین محسوب می شود، اما حق امتیازی برای رفع نزاع و تعیین ذی حق جعل شده است، به گونه ای که هم مصالح کودک رعایت گردد و هم نزاع میان والدین مدیریت شود.

۲-۵. تبیین منطقی مبانی تصمیم گیری قضایی

این نظریه به قاضی کمک می کند تا با تشخیص صحیح نوع دعوا، مبنا و منطق حکم خود را به روشنی تبیین کند. این تمایز، از خلط مباحث در آرای قضایی جلوگیری می نماید.

• در دعوای الزام به حضانت (مثلاً وقتی پدر کودک را ترک می کند)، قاضی بر مبنای جنبه تکلیفی و ولایی حضانت و مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی استدلال کرده و خواننده را به انجام تکلیف قانونی اش ملزم می نماید.

• در دعوای اعطا یا تعیین حضانت (که ناشی از اختلاف والدین است)، قاضی به جنبه حقی موضوع و معیارهای ترجیح دهنده (مانند سن کودک در ماده ۱۱۶۹) استناد می جوید. در اینجا، استدلال قضایی حول محور «احقیّت» یکی از طرفین می چرخد، نه الزام محض.

۳-۵. تفسیر صحیح از قابلیت اسقاط

پذیرش این نظریه، پاسخگوی اشکال به ظاهر متعارض «قابلیت اسقاط حق» و «عدم قابلیت اسقاط تکلیف» است.

- امتیاز ناشی از حق الحضانة در مرحله تشاح قابل اسقاط است: دارنده این حق (مثلاً مادر) می تواند به صورت اختیاری و با اراده آزاد خود، از این امتیاز صرف نظر کرده و حضانت را به پدر واگذار نماید. این اقدام، اسقاط یک «حق» است.
- تکلیف عام نگهداری از کودک غیر قابل اسقاط است: اسقاط حق توسط مادر به معنای ساقط شدن تکلیف ذاتی والدین نسبت به نگهداری از طفل نیست. اگر پس از اسقاط حق، شرایطی پیش آید که طفل بدون حافظ بماند (مثلاً پدر فوت کند یا شرایط حضانت فرزند را از دست بدهد)، تکلیف ولایی دوباره فعال شده و دادگاه می تواند با استناد به مواد ۱۱۶۸، ۱۱۷۱ و ۱۱۷۲ قانون مدنی، والدین را ملزم به اجرای این تکلیف نماید. این استنباط از «دلالت التزامی» ادله احقیقت نیز قابل پشتیبانی است؛ بدین معنا که جعل حق برای کسی، حاکی از آن است که وی ذاتاً مقتضی و شایسته انجام این تکلیف بوده است.

۴-۵. تعیین دقیق جایگاه مصلحت کودک

این نظریه جایگاه مصلحت کودک را در هر یک از مراحل به صورت دقیق و متمایز مشخص می سازد.

- در مرحله تکلیف (بدون اختلاف)، مصلحت کودک محور اصلی و غایت نهایی تمام الزامات است. تمام تکالیف والدین ذیل این غایت معنا می یابد.
- در مرحله جعل حق (در صورت تشاح)، مصلحت کودک به عنوان یک پیش فرض تأمین شده در نظر گرفته می شود. فرض قانون گذار بر این است که رقابت والدین بر سر کسب حضانت، خود تضمین کننده نگهداری کودک است. در این مرحله، محوریت با «رفع نزاع» و خاتمه دادن به اختلاف از طریق اعطای حق به فردی است که قانوناً شایسته تر برای حضانت و سرپرستی تشخیص داده شده است.

۵-۵. ایجاد چارچوبی برای حل تعارضات مشابه

الگوی ارائه شده توسط این نظریه، می‌تواند به عنوان یک چارچوب تحلیلی برای حل تعارض ظاهری میان «حق» و «تکلیف» در سایر نهادهای حقوقی مشابه به کار رود. برای مثال در مورد ولایت قهری پدر و جد پدری بر اموال صغیر (مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی) یا قیمومت، می‌توان تحلیل کرد که در چه شرایطی جنبه تکلیفی و نظارتی (ولایی) غلبه دارد و در چه شرایطی می‌توان از اختیارات و حقوق ناشی از این سمت سخن گفت. در نتیجه، پذیرش نظریه ترکیبی در تبیین ماهیت حضانت - که آن را در اصل، ولایی و در مقام تشاح، حقی برای والدین می‌داند - نه تنها یک راه حل نظری برای یک مسئله قدیمی است، بلکه دارای آثار عملی و حقوقی ساختاری در نظام حقوقی است. این نظریه با ارائه یک «الگوی دو مرحله‌ای»، به تفکیک دقیق عرصه‌های تکلیف و حق می‌پردازد، مبنای منطقی و شفاف برای تصمیم‌گیری‌های قضایی فراهم می‌آورد، تفسیر منسجمی از قابلیت اسقاط ارائه می‌دهد، جایگاه مصلحت کودک را در هر موقعیت به درستی تعریف می‌کند و در نهایت، چارچوبی تحلیلی برای حل مسائل مشابه در حقوق خانواده ایجاد می‌نماید. بنابراین به کارگیری این نظریه می‌تواند به انسجام بیشتر رویه قضایی و تدوین آرای مستدل‌تر در پرونده‌های مربوط به حضانت بینجامد.

۵-۶. پیشنهاد های تقنینی مبتنی بر نظریه ترکیبی نوین

بر اساس یافته‌های این پژوهش و نظریه ترکیبی نوین که حضانت را در وضعیت عادی دارای ماهیت ولایی - تکلیفی و در فرض تشاح واجد حق امتیازی می‌داند، بازنگری در برخی مواد قانون مدنی ایران می‌تواند به شفافیت بیشتر و رفع پارادوکس مفهومی موجود بینجامد. بدین منظور، اصلاحات زیر پیشنهاد می‌گردد:

* اصلاح ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی

متن فعلی: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوين است.»

متن پیشنهادی: «نگهداری اطفال در وضعیت عادی و بدون اختلاف والدین، تکلیف ولایی ابوين است و هیچ‌یک از ابوين حق امتناع از آن را ندارد. در صورت بروز اختلاف و تشاح

بین ابوین بر سر تصدی حضانت، دادگاه با رعایت مقررات مربوط، حضانت را به عنوان حقی امتیازی به والد شایسته تر اعطا می کند.»

✱ افزودن تبصره به ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی

متن فعلی: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.»
متن فعلی فاقد تبیین نسبت میان حق و تکلیف در فرض عدم تشاح است.
تبصره پیشنهادی: «اولویت مقرر در این ماده برای مادر تا سن هفت سالگی، ناظر به فرض تشاح و اختلاف والدین است.»

✱ اصلاح ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی

متن فعلی: «هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است از نگهداری او امتناع کنند ...»
متن پیشنهادی (با اضافه کردن یک جمله در ابتدا): «در وضعیت عادی، حضانت تکلیف ولایی ابوین است. بنابراین، هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است از نگهداری او امتناع کنند ...» (باقی ماده به قوت خود باقی است).

✱ پیشنهاد الحاق یک تبصره به ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

تبصره (الحاقی به ماده ۴۱): در کلیه دعاوی مربوط به حضانت که به دادگاه ارجاع می شود، دادگاه مکلف است پیش از هر تصمیم، تشخیص دهد که دعوا از نوع «الزام به تکلیف ولایی» است یا «اعطای حق امتیازی در مقام تشاح». این تشخیص در مبنای استدلال رأی و تعیین تکلیف نهایی مؤثر خواهد بود.

در دعاوی الزام به تکلیف ولایی، مستند حکم مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی و مواد ۴۰ و ۴۱ قانون حمایت خانواده خواهد بود. در دعاوی اعطای حق امتیازی در مقام تشاح، مستند حکم مواد ۱۱۶۹ و ۱۱۷۳ قانون مدنی و ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده خواهد بود. اجرایی شدن اصلاحات فوق، ضمن رفع پارادوکس مفهومی موجود در ماده ۱۱۶۸،

وحدت رویه قضایی را تقویت کرده و جایگاه مصلحت کودک را در هر مرحله به روشنی تبیین می نماید.

نتیجه گیری

این پژوهش با هدف واکاوی پارادوکس مفهومی نهاد حضانت و تبیین نسبت میان «حق» و «تکلیف»، نشان داد که رویکردهای پیشین - اعم از حق محور، تکلیف محور و ترکیبی کلاسیک - فاقد توانایی لازم برای تبیین جامع و حل منطقی این تعارض هستند. تحلیل مستندات فقهی و قوانین موضوعه (از جمله مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران) آشکار ساخت که حضانت در ماهیت اصیل خود، نهادی ولایی و تکلیفی است، لیکن در «ظرف تشاح» و به منظور رفع تعارض والدین، قانون گذار با جعل «حق الحضانة» برای والد شایسته تر، چارچوبی برای خاتمه نزاع ارائه می دهد.

پذیرش این «نظریه ترکیبی نوین» و استقرار «الگوی دو مرحله ای» ناشی از آن، دارای آثار حقوقی و عملی متعددی است:

- **تعیین دقیق حدود تکالیف و اختیارات:** در وضعیت عادی، حضانت به مثابه تکلیفی ولایی غیر قابل امتناع است و در وضعیت اختلاف، به مثابه حق امتیازی برای فصل خصومت اعطا می شود.
- **تبیین منطقی مبانی تصمیم گیری قضایی:** این الگو به قاضی امکان می دهد تا با تشخیص صحیح ماهیت دعوا (الزام به تکلیف یا اعطای حق)، از خلط مبانی استدلال جلوگیری کند.
- **تفسیر دقیق از قابلیت اسقاط:** «حق الحضانة» در مرحله تشاح قابل اسقاط است، حال آنکه «تکلیف ولایی» حضانت به قوت خود باقی بوده و ضامن حفظ مصالح کودک در کلیت خود است.
- **تعیین جایگاه مصلحت کودک:** مصلحت کودک در مرحله تکلیف، «محور» اصلی و در مرحله اعطای حق، «پیش فرض» تأمین شده تلقی می گردد.

• **ارائه چارچوبی برای نهادهای مشابه:** این نظریه قابلیت تعمیم به سایر نهادهای دارای ماهیت دوگانه مانند ولایت قهری و قیمومت را داراست.

افزون بر این، بر اساس یافته‌های پژوهش، پیشنهادهای تقنینی مشخصی برای اصلاح مواد ۱۱۶۸، ۱۱۶۹ و ۱۱۷۲ قانون مدنی و نیز الحاق تبصره‌ای به ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده ارائه گردید که اجرای آنها می‌تواند پارادوکس موجود در رویه قضایی را مرتفع سازد.

از جنبه نوآوری، این پژوهش با ارائه‌ای نظام‌مند از نظریه‌های موجود و نقد آنها، نخستین تلاش برای حل بنیادین این پارادوکس و ارائه چارچوبی ترکیبی و کاربردی محسوب می‌شود. تبیین آثار حقوقی این نظریه به‌ویژه در تفسیر ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، خلأ نظری موجود در ادبیات فقهی و حقوقی را پر نموده است.

در مجموع، «نظریه ترکیبی نوین» نه تنها تعارض ظاهری میان حق و تکلیف را مرتفع می‌سازد، بلکه ابزاری تحلیلی برای ایجاد وحدت رویه قضایی، تصمیم‌گیری مستدل و تأمین بی‌چون و چرای مصالح عالیّه کودک در نظام حقوق خانواده فراهم می‌آورد. دستاوردهای این پژوهش می‌تواند برای حقوق‌دانان، قضات و قانون‌گذاران راهگشا بوده و زمینه پژوهش‌های آینده در حوزه تعارضات مشابه را هموار سازد.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Hojjatollah Dehghani



<https://orcid.org/0009-0006-1802-0239>

منابع

فارسی

کتاب‌ها

- اعرافی، علیرضا و همکاران، *فقه تربیتی* (قم: مؤسسه فرهنگی هنری اشراق و عرفان، ۱۳۹۵ش).
- امامی، اسدالله و صفایی، حسین، *مختصر حقوق خانواده* (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰).
- بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور (حقوق خانواده)* (تهران: فردوسی، ۱۳۸۰).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق* (تهران: نشر گنج دانش، ۱۴۰۰).
- جهانگیر منصور، *قوانین و مقررات مربوط به خانواده* (تهران: انتشارات یادآور، ۱۴۰۴).
- کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: خانواده*، جلد دوم (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱).
- کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲).
- مصباح یزدی، محمدتقی، *نظریه حقوقی/اسلام*، چاپ سوم (قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۹).

مقاله‌ها

- آقازاد، معصومه و اصغر عربیان، «مبانی حق یا تکلیف بودن حضانت و احکام و آثار آن در فقه و حقوق»، *مطالعات حقوق*، دوره ۱، شماره ۶، (۱۳۹۵).
- بیگدلی، سعید، «مشکلات و خلأهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران»، *مجله فقه و حقوق خانواده*، دوره ۱۶، شماره ۵، (۱۳۹۰).
- خانلری بهنمیری، حسین، «تقابل حق و تکلیف حضانت با پذیرش اولویت مصلحت طفل از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، *مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی*، دوره ۱۸، شماره ۵۸، (۱۴۰۱).

عربی

کتاب‌ها

- ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق).
- ابن‌بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق).
- ابن‌منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ق).
- انصاری شیرازی، قدرت‌الله و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، *موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها* (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۹ق).
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة* (بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق).
- حائری، سید کاظم، *فقه العقود* (قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق).
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، چاپ اول (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق).
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۲۰ق).
- حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق).
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، *منهاج الصالحین* (قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق).
- خویی، سید ابوالقاسم، *معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة*، چاپ پنجم (بی‌جا: بی‌نام، ۱۴۱۳ق).
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، *المحیط فی اللغة* (بیروت: عالم الکتاب، ۱۴۱۴ق).
- صدر، سید محمدباقر، *دروس فی علم الأصول*، چاپ پنجم (قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ق).
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *تکملة العروة الوثقی* (قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق).

- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق).
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چاپ سوم (تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق).
- طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، چاپ چهارم (تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق).
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، چاپ اول (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق).
- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف، *إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد* (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق).
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *العين*، چاپ دوم (قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ق).
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق).
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافی*، چاپ چهارم (تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق).
- مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم* (تهران: مرکز الكتاب للترجمة و النشر، ۱۴۰۲ق).
- نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المكاسب*، چاپ اول (تهران: المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ق).
- نجاشی، احمد بن علی، *رجال النجاشی*، چاپ ششم (قم: مؤسسه النشر الإسلامی، جماعة المدرسین، ۱۳۶۵).
- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، چاپ هفتم (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق).

References

In Persian

Books

- A'rafi, Alireza et al., *Jurisprudence of Education* (Qom: Eshraq va Erfan Cultural-Artistic Institute, 2016). [In Persian]
- Emami, Asadollah & Hossein Safaei, *A Concise Study of Family Law* (Tehran: Mizan Publishing, 2011). [In Persian]
- Bazgir, Yadollah, *Civil Code in the Mirror of the Supreme Court's Decisions* (Family Law) (Tehran: Ferdowsi, 2001). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *A Comprehensive Study of Legal Terminology* (Tehran: Ganj Danesh Publishing, 2021). [In Persian]
- Jahangir Mansour, *Laws and Regulations Concerning the Family* (Tehran: Yadavare Publishing, 2025). [In Persian]
- Katouzian, Naser, *A Course in Civil Law: Family*, Vol. 2 (Tehran: Ganj Danesh, 1992). [In Persian]
- Katouzian, Naser, *Introduction to Legal Science and the Study of the Iranian Legal System* (Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar, 2003). [In Persian]
- Misbah Yazdi, Muhammad Taqi, *Islamic Legal Theory*, 3rd ed. (Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute, 2010). [In Persian]

Articles

- Aghazadeh, Masoumeh & Asghar Arabian, "The Foundations of Custody Being a Right or Duty and Its Rulings and Effects in Jurisprudence and Law", *Legal Studies*, Vol. 1, No. 6 (2016). [In Persian]

- Bigdeli, Saeed, "Legal Problems and Gaps in the Institution of Custody in the Iranian Legal System", *Journal of Jurisprudence and Family Law*, Vol. 16, No. 5, (2011). [In Persian]
- Khanlari Behnemiri, Hossein, "The Confrontation between the Right and Duty of Custody with the Acceptance of the Priority of the Child's Best Interest from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Iranian Law", *Journal of Comparative Islamic Denominations Studies*, Vol. 18, No. 58, (2022). [In Persian]

In Arabic Books

- Al-Hilli, Hasan ibn Yusuf Ibn Al-Mutahhar al-Asadi, *Tahrir al-Ahkam al-Shar'iyyah 'ala Madhhab al-Imamiyyah* (Qom: Imam al-Sadiq Institute, 1999). [In Arabic]
- Al-Hilli, Najm al-Din Ja'far ibn Hasan, *Shara'i al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram*, 2nd ed. (Qom: Isma'iliyan Institute, 1987). [In Arabic]
- Al-Hurr al-Amili, Muhammad ibn Hasan, *Wasa'il al-Shi'ah*, 1st ed. (Qom: Mu'assasat Al al-Bayt, 1989). [In Arabic]
- Al-Karaki, Ali ibn Husayn, *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*, 2nd ed. (Qom: Mu'assasat Al al-Bayt, 1993). [In Arabic]
- Al-Khu'i, Sayyid Abu al-Qasim al-Musawi, Minhaj al-Salihin (Qom: Madinat al-Ilm Publishing, 1989). [In Arabic]
- Al-Khu'i, Sayyid Abu al-Qasim, *Mu'jam Rijal al-Hadith wa Tafsir Tabaqat al-Ruwat*, 5th ed. (n.p.: n.p., 1992). [In Arabic]
- Al-Kulayni, Muhammad Ibn Ya'qub, *al-Kafi*, 4th ed. (Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1986). [In Arabic]

- Allamah Al-Hilli, Hasan ibn Yusuf ibn al-Mutahhar al-Asadi, *Tadhkirat al-Fuqaha'*, 1st ed. (Qom: Mu'assasat Al al-Bayt, 1993). [In Arabic]
- Al-Tusi, Muhammad Ibn Hasan, *al-Khilaf* (Qom: Daftar-e Entesharat-e Eslami, Affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1986). [In Arabic]
- Al-Tusi, Muhammad ibn Hasan, *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah*, 3rd ed. (Tehran: al-Maktabah al-Murtadawiyyah li-Ihya' al-Athar al-Ja'fariyyah, 1967). [In Arabic]
- Al-Tusi, Muhammad ibn Hasan, *Tahdhib al-Ahkam*, 4th ed. (Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1986). [In Arabic]
- Ansari Shirazi, Qodratollah, and Researchers of the A'immah Athar Fiqhi Center, *Encyclopedia of the Rulings on Children and Their Evidences* (Qom: A'immah Athar Fiqhi Center, 2008). [In Arabic]
- Fakhr al-Muhaqqiqin Al-Hilli, Muhammad ibn Hasan Ibn Yusuf, *Idah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id* (Qom: Isma'iliyan Institute, 1967). [In Arabic]
- Farahidi, Khalil ibn Ahmad, *al-Ayn*, 2nd ed. (Qom: Hijrat Publishing, 1989). [In Arabic]
- Ha'iri, Sayyid Kazem, *Fiqh al-Uqud* (Qom: Majma'-e Andishe-ye Eslami, 2002). [In Arabic]
- Ibn Babawayh, Muhammad ibn Ali, *Man La Yahduruhu al-Faqih*, 2nd ed. (Qom: Daftar-e Entesharat-e Eslami, affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1992). [In Arabic]
- Ibn Idris al-Hilli, Muhammad ibn Mansur Ibn Ahmad, *al-Sara'ir al-Hawi li-Tahrir al-Fatawa*, 2nd ed. (Qom: Daftar-e Entesharat-e Eslami, affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1989). [In Arabic]

- Ibn Manzur, Muhammad ibn Mukarram, *Lisan al-Arab*, 3rd ed. (Beirut: Dar al-Fikr lil-Tiba'ah wa al-Nashr wa al-Tawzi'-Dar Sadir, 1993). [In Arabic]
- Jawhari, Isma'il ibn Hammad, al-Sihah: *Taj al-Lughah wa Sihah al-Arabiyyah* (Beirut: Dar al-Ilm lil-Malayin, 1989). [In Arabic]
- Mostafavi, Hasan, *Al-Tahqiq fi Kalimat al-Qur'an al-Karim* (Tehran: Markaz al-Kitab lil-Tarjamah wa al-Nashr, 1981). [In Arabic]
- Na'ini, Mirza Muhammad Husayn, *Munibat al-Talib fi Hashiyat al-Makasib*, 1st ed. (Tehran: al-Maktabah al-Muhammadiyah, 1953). [In Arabic]
- Najafi, Muhammad Hasan (Sahib al-Jawahir), *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*, 7th ed. (Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, 1983). [In Arabic]
- Najashi, Ahmad ibn Ali, *Rijal al-Najashi*, 6th ed. (Qom: Mu'assasat Al-Nashr al-Islami, Jama'at al-Mudarrisin, 1986). [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir, *Durus fi Ilm al-Usul*, 5th ed. (Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami, 1997). [In Arabic]
- Sahib Ibn Abbad, Isma'il ibn Abbad, *al-Muhit fi al-Lughah* (Beirut: Alam al-Kutub, 1993). [In Arabic]
- Tabataba'i Yazdi, Sayyid Muhammad Kazim, *Takmilat al-Urwat al-Wuthqa* (Qom: Ketabforushi Davari, 1993). [In Arabic]

استناد به این مقاله: دهقانی، حجت اله، «تحلیل فقهی - حقوقی حق حضانت با تأکید بر پارادوکس مفهومی و نظریه ترکیب حقیقی نوین»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، (۱۴۰۵)، ۴۲-۱.

doi: 10.22054/jplr.2026.89011.2972



Private Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.