

حق کودک بر بودن با والدین و خویشاوندان^۱

لیلا سادات اسدی^۲

چکیده

ارتباط با والدین و خویشاوندان، شامل بودن و ملاقات با آنان، یکی از بسترهای لازم برای رشد کودک از جهات مختلف است. بودن با اقارب در اسناد بین‌المللی مرتبط با کودک به عنوان یک حق مطرح گردیده است و قوانین ایران نیز در مسأله حضانت و ملاقات تا حدی به این مهم توجه نموده است، اما وجود ابهام‌ها و گاه خلاءهای قانونی، موجب گردیده رویه قضایی در این خصوص با تشتت مواجه شود. مقاله حاضر به پاسخ این سؤال‌ها می‌پردازد که قوانین و مقررات ایران تا چه حد به حفظ ارتباط کودک با بستگان خود توجه کرده است؟ و میزان موفقیت رویه قضایی در رفع ابهام‌ها و خلاءهای قانون چگونه بوده است؟ در ادامه نیز با ارائه راهکارها ثابت می‌کند که اصلاح قوانین مربوط به ارتباط کودک با اقارب ضروری است. از محورهای نیازمند تحول، «تکلیف» تلقی کردن ارتباط با کودک برای والدین، گسترده نمودن ارتباط‌ها به اقاربی غیر از والدین، افزایش سن ارتباط‌های مورد حمایت قانون‌گذار و توجه به تمایل طفل به ملاقات با دیگری است.

واژگان کلیدی

کودک، والدین، اقارب، حضانت، ملاقات، کیفر

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۸۸/۶/۶؛ پذیرش نهایی مقاله: ۸۸/۱۲/۵

۲- دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی؛ مدرس و مدیر گروه حقوق خانواده در مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع) و معاون قضایی دادستان تهران

مقدمه

کودکی دوران شکل‌گیری شخصیت انسان است، لذا به کارگیری حمایت‌های خاص مربوط به کودک ضروری است. دین اسلام در پاسخ به نیاز حمایتی کودک، حقوقی را به او اختصاص داده است که در کتب فقهی تحت عنوان «ابواب احکام اولاد» در مبحث نکاح آورده شده است. از جمله این حقوق، حق آموزش، حق تربیت، حق محبت، حق آشنا کردن با احکام دین و عادات مطلوب، حق نفقه و غیره است. حق ارتباط کودک با والدین و اقارب نیز در ابوابی چون حضانت کودک مورد توجه قرار گرفته است. این ارتباط، نقش اساسی در شکل‌گیری شخصیت کودک، رشد مثبت عواطف و احساسات وی و یادگیری هنجارهای اجتماعی و ارزش‌های اخلاقی دارد و به عنوان یکی از نیازهای اساسی کودک محسوب می‌شود. در قوانین ایران نیز به این حق توجه شده است. قانون مدنی در باب اولاد، به حضانت و ملاقات با کودک اشاره کرده و ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز به بحث ملاقات طفل با والدین و اقربا پرداخته است. مع‌هذا در این خصوص ابهام‌ها و خلأهایی به چشم می‌خورد که اصلاح قوانین را ضروری می‌سازد.

این مقاله تأمین ارتباط کودک با اقارب را به طور تطبیقی در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی بررسی کرده، به خلأها و ابهام‌های موجود در قوانین داخلی می‌پردازد و نقش رویه قضایی در رفع نقیصه‌های قانونی و نیز راهکارهای قابل ارائه در جهت اصلاح قوانین را مورد بررسی قرار می‌دهد. ضرورت این تحقیق بدان جهت است که حق کودک بر ارتباط با والدین و اقارب در اسناد بین‌المللی مربوط به کودک به ویژه در کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹)^۱ که جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۹ به آن ملحق شده، مورد توجه قرار گرفته است و مطابق ماده ۹ قانون مدنی، این کنوانسیون در حکم قانون می‌باشد. لذا تطبیق

1. Covenant on the Rights of the child (1989)

قوانین داخلی با مقررات آن ضروری است. این مقاله درصدد پاسخگویی به این سوالها است: در حقوق ایران ماهیت حضانت و ملاقات والدین و بستگان با کودک چیست؟ ارتباط کودک با اقارب تا چه سنی مورد حمایت قانون قرار گرفته است؟ تضمینهای حق کودک بر ارتباط با والدین و اقارب در حقوق ایران چیست و آیا این تضمینها، برای حمایت از کودک مناسب است؟ رویه قضایی در تکمیل قوانین و مقررات موجود در زمینه حضانت و ملاقات چگونه عمل کرده است؟ و آیا عملکرد قانونگذار در این حوزه منطبق با حقوق شناخته شده برای کودک در اسناد بین‌المللی بوده است یا خیر؟ این نوشتار برای پاسخ به این سؤالها، نخست به حق کودک بر بودن با اقارب در اسناد بین‌المللی می‌پردازد و پس از آن، حق کودک بر بودن با اقارب را در دو مصداق حضانت و ملاقات در قوانین و مقررات ایران و رویه قضایی مورد توجه قرار می‌دهد و تضمینهای حقوق کیفری پیش‌بینی شده در این دو منبع حقوق را بیان و ارزیابی می‌نماید.

حق کودک بر بودن با اقارب در اسناد بین‌المللی

«حق با هم بودن» در اسناد نسل اول حقوق بشر^۱ مورد توجه قرار نگرفته است. اما اسناد نسل دوم^۲ به ویژه کنوانسیون حقوق کودک تا حدی به این حق برای کودک توجه کرده‌اند و شاید بتوان گفت تکلیف دولت‌ها به معاضدت و همکاری در تضمین این حقوق برای انسان‌ها، و در بحث ما کودکان، زمینه وصول به نسل سوم حقوق بشر است که از آن به حقوق همبستگی تعبیر شده است. بدین معنا که صلح و امنیت بین‌المللی به وضعیت داخلی کشورها

۱- نکته‌ی بارز در حقوق مندرج در نسل اول حقوق بشر، توجه به اصالت فرد است. این حقوق که در مواد ۲ تا ۲۱ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی (۱۹۶۶) مطرح شده‌اند، ملاک اصلی را آزادی دانسته است (وکیل و عسکری، ۱۳۸۳، ص ۳۵).

۲- حقوق مطروحه در نسل دوم حقوق بشر از جمله حقوق مثبت بوده و دولت را در مقابل افراد مسئول می‌دارد. این حقوق با صطلح «حق بر» (Right to) مطرح شده‌اند (ممو، ص ۳۹).

وابسته است و تا وقتی در کشوری حقوق انسان‌ها تأمین نشود، نمی‌توان از صلح بین‌المللی دم زد. این همان مفهومی است که در ماده یک منشور ملل متحد آمده است.^۱

اسناد مرتبط با حقوق کودک تا حدی به حق کودک بر بودن با اقارب توجه نموده است؛ طبق اصل ۶ اعلامیه جهانی حقوق کودک (۱۹۵۹)^۲، پرورش کامل و متعادل کودک، منوط به برخورداری از محبت و تفاهم است و به همین جهت وی باید حتی‌الامکان تحت توجه و سرپرستی والدین خود و در فضایی پر محبت و در امنیت اخلاقی و مادی پرورش یابد. کنوانسیون حقوق کودک فراتر از حق بودن با والدین، به ارتباط با اقارب نیز توجه کرده است، اما در بیان این‌که آیا حق ارتباط با اقارب، در طول حق بودن با والدین است یا در عرض آن می‌باشد، با ابهام روبه‌رو است.

مقدمه کنوانسیون حقوق کودک، یکی از اصول شناخته شده برای کودک را بزرگ‌شدن او در محیط خانواده و در فضایی پر از خوشبختی، محبت و تفاهم دانسته است. در تعریف خانواده از بعد بین‌المللی، با نگاهی به ماده ۲۳^۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی^۴ (۱۹۶۱) و ماده ۱۰^۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و

۱- بندهای ۲ و ۳ ماده یک منشور ملل متحد (۱۹۴۵): ۱- توسعه روابط دوستانه در میان ملل بر مبنای احترام به اصل تساوی حقوق و خودمختاری ملل، ۲- حصول همکاری بین‌المللی ... در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همه ...

2- Universal Declaration on the Rights of the child, (1959)

۳- ماده ۲۳: «خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است ... ۲- حق نکاح و تشکیل خانواده برای زنان و مردان از زمانی که به سن ازدواج می‌رسند، به رسمیت شناخته می‌شود ... ۳- کشورهای طرف این میثاق به منظور تأمین تساوی حقوق و مسؤولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ تدابیر مقتضی خواهند کرد. در صورت انحلال ازدواج پیش‌بینی‌هایی برای تأمین حمایت لازم از اطفال به عمل خواهد آمد.

4- International Covenant on Civil and Political Rights, (1966)

۵- ماده ۱۰: این میثاق، همان تعابیر مندرج در میثاق حقوق مدنی و سیاسی را با تفصیل بیشتری آورده است. بنگرید به: امیرارجمند، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۸۳.

فرهنگی^۱، الگوی خانواده هسته‌ای که شامل والدین و فرزندان است، نمودار می‌شود. این مواد از خانواده تعریف صریحی ارائه نداده است، اما اشاره به نکاح، به عنوان زیربنای تشکیل خانواده و تکلیف دولت‌ها در تأمین حمایت از اطفال پس از انحلال نکاح، این تعبیر را موجه می‌سازد. کنوانسیون حقوق کودک نیز اگرچه بارها به خانواده اشاره کرده، اما تعریفی از آن ارائه نداده است، لذا باید آن را در مفهوم مندرج در میثاقین به کار برد، اما در ماده ۵ کنوانسیون حقوق کودک، به «اعضای خانواده بزرگی که از طریق آداب محلی به وجود می‌آید»، اشاره کرده است و استناد به این مفهوم موسع را منوط به «قابلیت اطلاق» نموده که بستگی به آداب و رسوم محل تولد یا رشد طفل دارد.

حق بر قرار گرفتن تحت سرپرستی والدین^۲، و جدا نشدن کودکان علی‌رغم خواسته‌شان از والدین، مگر به تصمیم مقامات ذیصلاح و با در نظر گرفتن نفع کودک^۳، حق کودک بر حفظ روابط شخصی و تماس مستقیم با والدین^۴، تعهد دولت‌ها به نگاه مثبت به درخواست کودک یا والدین برای ورود یا ترک کشور به منظور به هم پیوستن مجدد خانواده^۵، حق کودکی که والدینش در کشورهای جداگانه زندگی می‌کنند بر ارتباط منظم و تماس مستقیم با والدین خود^۶، عدم انفصال کودک از محیط خانواده به طور موقت یا دائم^۷، توجه به وضعیت کودک در ارتباط با والدین حین اتخاذ تصمیم بر فرزند خواندگی^۸ و تکلیف دولت‌ها به ردیابی والدین یا سایر اعضای خانواده کودک پناهنده به منظور به هم پیوستن

1-International Covenant on Economic, Social and cultural Rights,(1966).

- ۲- بند یک ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک.
- ۳- بند یک ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک.
- ۴- بند ۳ ماده ۱۰ کنوانسیون حقوق کودک.
- ۵- بند یک ماده ۱۰ کنوانسیون حقوق کودک.
- ۶- بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون حقوق کودک.
- ۷- بند یک ماده ۲۰ کنوانسیون حقوق کودک.
- ۸- بند «الف» ماده ۲۱ کنوانسیون حقوق کودک.

مجدد اعضای خانواده^۱، از جمله مواردی است که در کنوانسیون حقوق کودک در خصوص ارتباط کودک با والدین یا سایر اعضای خانواده (شامل برادر و خواهر)، مورد توجه قرار گرفته است. در تمامی این مواد، بودن کودک با اعضای خانواده به ویژه والدین، به عنوان حقی برای کودک، و نه برای والدین، در نظر گرفته شده است و در واقع می‌توان گفت این حق، تکلیفی هم برای والدین محسوب می‌گردد، اما از آنجا که این کنوانسیون از اسناد نسل دوم حقوق بشری است، بیش از آنکه به بیان تکلیف والدین (افراد) در برابر کودک بپردازد، به تکلیف دولت‌ها در برابر این موجود نیازمند حمایت، توجه داشته است. برخی از حقوق بند یک ماده ۹ کنوانسیون، تکلیف والدین را هم در این خصوص استنباط کرده و گفته‌اند: کودک باید از حمایت ویژه هم از طرف خانواده و هم از طرف قدرت عمومی برخوردار باشد (هاشمی، ۱۳۸۴، ص ۵۵۴). همچنین گفته شده است که تفسیر عهدنامه باید با هدف تأمین منافع عالی‌ه کودک و با عنایت به حقوق و وظایف «والدین» او صورت گیرد.^۲

حق کودک بر بودن با اقارب در حقوق ایران

در بررسی میزان توجه قانون‌گذار ایران به حق کودک بر بودن با اقارب، باید نخست به تبیین نهادهای برقرارکننده ارتباط و ماهیت این نهادها پرداخت و سپس تضمین‌های حقوقی و کیفری پیش‌بینی شده در قانون به منظور استحکام این نهادها را بررسی کرد. ذیلاً هر یک از موارد مذکور بررسی می‌گردد:

۱- نهادهای برقرار کننده ارتباط کودک با اقارب

ارتباط کودک با والدین در حقوق ایران در نهاد حضانت مورد توجه قرار گرفته است. نهاد حقوقی ملاقات هم تا حدی تضمین کننده ارتباط کودک با والدین است،

۱- بند ۲ ماده ۲۲ کنوانسیون حقوق کودک.

۲- بنگرید به: سازمان ملل متحد و سازمان دفاع از قربانیان خشونت، ۱۳۸۸، ص ۹۴.

البته به ماهیت آن به عنوان حق برای کودک تصریح نشده است. همچنین این موضوع که آیا ارتباط کودک با غیر از والدین، در نهاد حقوقی ملاقات پیش‌بینی شده است یا خیر، جای بحث دارد که در این قسمت به آن خواهیم پرداخت.

۱-۱- حضانت

الف - تعریف و ماهیت

حضانت عبارت از اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت طفل به پدر و مادر اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۳۹).

ماهیت حضانت، حق و تکلیف است.^۱ از فقه امامیه نیز همین برداشت می‌شود؛ همچنان که صاحب جواهر، حضانت را ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و هر چه لازمه آن است، می‌داند (نجفی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۱۱، ص ۱۸۳). اما نگهداری طفل از سوی دیگر، تکلیفی بر عهده والدین است. نتیجه حق صرف دانستن حضانت، آن است که قابل اسقاط و اعراض می‌باشد، اما در تکلیف، اسقاط و اعراض راهی ندارد.

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی صراحت به حق و تکلیف بودن حضانت دارد، اما کلمه «اولویت» در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی^۲ این گمان را به ذهن متبادر می‌سازد که مادر در نگهداری طفل تا هفت سالگی اولویت دارد، اما می‌تواند این اولویت را به پدر واگذار نماید. همچنین ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی^۳ در بیان حکم ازدواج مجدد مادر، این واقعه را موجب اسقاط حق حضانت دانسته و درباره تکلیف سکوت کرده است.

۱- ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است».

۲- ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است».

۳- ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست، مبتلا به جنون بشود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود».

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی^۱ نیز در سلب حضانت از والد فاقد صلاحیت، مفهوم «حق» را به ذهن متبادر می‌کند، اما ماده ۱۱۷۲ همین قانون^۲ که حکم به الزام والد مستنکف از حضانت کودک داده است، این ابهام را که آیا حضانت به ویژه برای مادر صرفاً حق است، از بین می‌برد. این رویه از فقه امامیه اخذ شده که مطابق آن، حضانت همانند ولایت است و دارنده آن نمی‌تواند آن را از خود سلب کند (نجفی، ۱۴۱۲ هـ ج ۱۱، ص ۱۸۳)، اما قانون مدنی هر یک از والدین را در سنی که از نظر قانونی حضانت با آنها است، ملزم به حضانت نموده و با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۱۷۳، در صورت امتناع مادر از حضانت، پدر ملزم به نگهداری نمی‌شود، بلکه صرفاً حکم به پرداخت نفقه از ناحیه پدر برای مخارج حضانت طفل توسط فرد ثالث صادر می‌شود.

رویه قضایی نیز حضانت را حق و تکلیف ابویین می‌داند و امکان اعراض از آن را نمی‌دهد. نظریه شماره ۱۳۶۱/۴/۱-۷/۱۳۷۴ اداره حقوقی قوه قضائیه چنین بیان می‌دارد: «حضانت و نگهداری اطفال برای ابویین هم حق و هم تکلیف است و قابل اسقاط یا مصالحه نمی‌باشد؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه امری برای مکلف دارد». همچنین طبق نظریه شماره ۱۳۷۷/۷/۶-۷/۳۹۴۵ «پدر و مادر با توافق می‌توانند حضانت را به عهده یکدیگر بگذارند، ولی به اشخاص دیگر نمی‌توانند محول نمایند». نظریه شماره

۱- ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی (در حال حاضر دادستان) هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند...».

۲- ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی: «هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده آنهاست از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگهداری طفل را به هریک از ابویین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند».

۱۳۷۴/۷/۱۷-۷/۴۰۶۳ نیز به دو موضوع فوق اشاره نموده است: «... مستتبط از ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی این است که حق حضانت برای پدر و مادر به صورت تکلیف وجود دارد، ... بنابراین حضانت از جمله حقوقی نیست که پدر و مادر بتوانند آن را از خود سلب یا ساقط نمایند، لذا انتقال این حق از پدر و مادر یا به عکس در مدتی که حضانت با اوست، بلا اشکال است».

تکلیف دانستن حضانت برای والدین، نمودار حق بودن نگهداری و پرورش توسط والدین برای کودک است و با توجه به مواد قانونی ذکر شده، باید گفت حق بودن دائمی کودک با والدین یا احدی از آنان، مورد توجه قانونگذار ایران قرار گرفته است.

علی‌رغم مفاد ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی راجع به تفکیک تکلیف پدر و مادر در حضانت طفل بر اساس سن او، باید گفت نگهداری و تربیت فرزندان، تکلیف مشترک والدین است که در ماده ۱۱۰۴ به آن اشاره شده است و واگذاری حضانت طفل بر اساس سن او به یکی از والدین، مربوط به حالتی است که والدین بنا به دلایلی، جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند.

ب - سن حضانت

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، مادر تا هفت سالگی بر حضانت دختر اولی است (نجفی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۱، ص ۱۸۴؛ عاملی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۷۲). برخی نه سالگی را نیز ذکر کرده‌اند (حلی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۷۰۹). ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ مادر را تا دو سال از تاریخ ولادت برای نگهداری پسر و تا هفت سال برای نگهداری دختر اولی دانسته بود. اصلاحیه وارد بر این ماده ۱۱۶۹ در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ و همچنین الحاق یک تبصره به آن، مدت حضانت مادر را برای فرزند پسر نیز تا هفت سال افزایش داد و به مادر این امکان را داد که برای ادامه حضانت پس از هفت سالگی، با پدر نزاع نماید و محکمه نیز مکلف است، تکلیف حضانت را با رعایت مصلحت طفل، تعیین نماید.

قانون مدنی بر پایان مدت حضانت تصریح نکرده است، اما در تمامی موارد با قید «طفل» که به کودک غیربالغ اطلاق می‌شود^۱، احکام حضانت را به غیر بالغ بار نموده است. حقوق دانان معتقدند ولایت و حضانت، با رشد طفل پایان می‌یابد. این نظر با توجه به مواد ۱۱۶۸، ۱۱۷۸، ۱۲۰۹ قانون مدنی قبل از اصلاح، مناسب به نظر می‌رسید؛ زیرا ماده ۱۲۰۹ که به موجب قانون اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شد، چنین مقرر می‌داشت: «هر کس دارای هجده سال تمام نباشد، در حکم غیررشد است، ... با اصلاحات سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۱ در ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، سن بلوغ برای دختران، به نه سال و برای پسران به پانزده سال تمام قمری تغییر یافت. با این وصف آنچه امروزه موجب پایان یافتن حضانت است، رسیدن طفل به سن بلوغ می‌باشد؛ زیرا فرد به محض رسیدن به سن بلوغ می‌تواند در کلیه امور غیرمالی خود تصمیم‌گیری نماید و حضانت نیز از امور غیرمالی است. رویه قضایی نیز بر همین منوال است. در نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۰/۸/۲-۷/۷۶۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه آمده است: «با رسیدن به سن بلوغ، موضوع حضانت اطفال منتفی است و افراد بالغ با هر یک از والدین که بخواهند باشند، می‌توانند اتخاذ تصمیم نمایند. در مورد ملاقات نیز چنانچه فرزند بالغ تمایلی به ملاقات پدر یا مادر نداشته باشد، الزام وی به انجام ملاقات موجه نیست».

ج - نقد و بررسی قوانین و رویه قضایی در باب حضانت

ایرادهای وارد بر قوانین حضانت و رویه‌های انعقادی در این خصوص به شرح زیر قابل توجه است:

۱- عدم پیش‌بینی حق بودن با والدین پس از سن بلوغ: ذکر شد که حق کودک بر حضانت توسط والدین تا بلوغ مفروض در قانون، یعنی هشت سال و نه ماهگی

۱- صرفاً تبصره الحاقی به ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی در سال ۱۳۸۲ بدون توجه به این مهم، «لفظ کودک» را به جای طفل به کار برده است.

برای دختر و چهارده سال و هفت ماهگی برای پسر است.

این در حالی است که چنین کودکی به ارتباط با والدین نیازمند است و چه بسا پس از بلوغ این نیاز نمود بیشتری داشته باشد.

۲- عدم تعیین تکلیف حضانت طفل پس از فوت والدین: در خصوص حضانت طفل پس از فوت والدین، اختلاف نظر است. در فقه امامیه آمده است در صورت فوت والدین، حق حضانت به جد پدری منتقل می‌شود (نجفی، ۱۴۱۲ هـ ج ۱۱، ص ۱۹۰-۱۹۱).

در صورت فوت جد پدری و هر آنچه بالا رود، سایر اقارب به ترتیب ارث به حضانت اقدام می‌کنند و مبنای این حکم را «اولوالارحام» ذکر کرده‌اند و برخی نیز گفته‌اند که در این صورت حضانت برای وصی پدر و پس از آن وصی جد پدری است (موسوی خمینی؛ ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۵۵۷).

همچنین در صورت متعدد بودن نزدیکان از نظر مرتبه ارث، قرعه را به عنوان راه حل پیشنهاد کرده‌اند که نام هر کس در آمد، به حضانت اولی است؛ مگر این‌که بمیرد یا از حق خود اعراض کند (مغنیه، ۱۳۷۹، ص ۱۰۹).

قانون مدنی حکم حضانت طفل بعد از فوت والدین را مشخص نکرده است و برخی با استنباط از ماده ۱۱۸۱ این قانون و ماده ۷۳ قانون امور حسبی، جد پدری را به عنوان حاضن معرفی کرده‌اند (کاتوزیان؛ ۱۳۷۲، ص ۱۶۸-۱۶۹).

و در صورت فقد جد پدری، حکم به تعیین قیم داده شده است. ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی مواظبت از کودک را نیز در مقابل انجام امور مالی او از وظایف قیم دانسته است و ماده ۱۲۳۲ اقربای محجور را با داشتن صلاحیت، مقدم بر سایرین دانسته، اما تکلیفی برای اقربا که در مقابل به عنوان حقی برای کودک بر بودن با اقربا قابل شناسایی باشد، در نظر نگرفته است.

۲-۱- ملاقات

نهاد ملاقات طفل در قانون مدنی چندان شناخته شده نیست و نهادهای حمایتی

از کودکان به حضانت، ولایت و قیمومت محدود شده است. صرفاً دو ماده به نهاد حقوقی ملاقات کودک پرداخته است؛ ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی^۱ به حق ملاقات هر یک از ابویین با طفل اشاره نموده و متعاقباً قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در ماده ۱۲^۲ با توسعه این حق برای سایر بستگان طفل، در صورت حیات هر دو والد، حق ملاقات را منحصر به آنان نمود، اما فوت یا غیبت والدین یا یکی از این دو را موجب ایجاد حق ملاقات برای «سایر اقربا» قرار داد. در جهت تضمین این حق تبصره یک ماده ۱۴، والدی را که حضانت طفل به او واگذار شده است، از تغییر شهرستان محل اقامت طفل در غیر از مورد توافق شده و در صورت عدم توافق، به غیر از محل اقامت قبل از وقوع طلاق، یا تغییر محل اقامت طفل به خارج از کشور را بدون کسب رضایت والد دیگر ممنوع ساخت و کسب اجازه دادگاه را در صورت ضروری بودن تغییر محل اقامت، لازم دانست. حق ملاقات طفل، ناشی از واگذاری حضانت به یکی از والدین است. در واقع ملاقات در کنار حضانت طفل توسط یکی از والدین، نمود می‌یابد.

الف - سن ملاقات

ملاقات دائرمدار حضانت است. بنابراین حق ملاقات تا مدتی قابل تصور است که حضانت ادامه داشته باشد. مطابق نظریه شماره ۷/۷۶۲۶-۲/۸/۱۳۸۰ اداره حقوقی قوه قضائیه: «با رسیدن به سن بلوغ، موضوع حضانت اطفال منتفی است در مورد ملاقات نیز چنانچه فرزند بالغ تمایلی به ملاقات پدر و مادر نداشته

۱- ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابویین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابویین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف بین ابویین، با محکمه است.»
۲- ماده ۱۲ قانون حمایت از خانواده: «در کلیه مواردی که گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود، دادگاه ترتیب نگهداری اطفال و میزان نفقه ایام عده را با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال معین می‌کند... دادگاه همچنین ترتیب ملاقات اطفال را برای طرفین معین می‌کند. حق ملاقات طفل در صورت غیبت یا فوت پدر یا مادر به تشخیص دادگاه با سایر اقربا خواهد بود.»

باشد، الزام وی به انجام ملاقات موجه نیست». این مقام مشورتی قضات، ملاقات را نوعی حق برای ملاقات کننده دانسته و در نظریه شماره ۱۳۷۸/۵/۱۱-۷/۲۳۳۳ در نظریه شماره ۱۳۷۸/۵/۱۱-۷/۲۳۳۳ با اشاره به «حق ملاقات» در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی و قابل اسقاط بودن حق، اسقاط آن توسط ملاقات شونده را بلامانع دانسته است. این در حالی است که ملاقات با والدین، باید حق طفل نیز به شمار آید و از این نظر تکلیفی برای والدین باشد. از سوی دیگر اگر ماهیت حضانت را حق و تکلیف بدانیم، ملاقات که نقطه مقابل آن است، نیز باید هم حق و هم تکلیف محسوب شود. نظریه شماره ۱۳۶۲/۹/۱۰-۷/۴۴۴۴ اداره حقوقی قوه قضاییه^۱ که حق ملاقات را به هیچ وجه حتی از مادر فاسدالاخلاق نیز قابل سلب نمی‌داند، مؤید این توجیه است.

ب - ذی‌حقان ملاقات

در خصوص حق ملاقات هریک از والدین با طفل اختلاف نیست، اما این‌که آیا طبق ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده، سایر اقربا نیز حق ملاقات با طفل را دارند یا خیر، اختلاف نظر است. اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه شماره ۱۳۸۱/۶/۳-۷/۱۸۲۸ با استناد به کلمه «ابوین» در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی که شامل والدین می‌شود، جد پدری را از شمول عنوان مذکور خارج کرده است. در این خصوص آراء متفاوتی از محاکم خانواده صادر گردیده است. از جمله می‌توان به رأی شماره ۲۲۲۲ - ۱۳۸۶/۹/۱۲ صادره از شعبه ۲۳۹ دادگاه عمومی خانواده تهران اشاره کرد که در خصوص دعوی پدر بزرگ مادری، به طرفیت پدر طفل به خواسته ملاقات با نوه (فرزند دختر خواهان که فوت کرده است)، با این استدلال که «موضوع ملاقات در قانون مدنی و ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی مربوط به

۱- نظریه شماره ۱۳۶۲/۹/۱۰-۷/۴۴۴۴ اداره حقوقی قوه قضاییه: «ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی حق ملاقات طفل را برای هریک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، شناخته است و این حق را نمی‌توان حتی از مادر فاسد الاخلاق دریغ نمود. بنابراین در صورت فاسدالاخلاق بودن مادر می‌توان در یک محیط مناسب و با حضور اشخاص مورد اعتماد، ملاقات بین مادر و فرزند را برقرار کرد».

ابوین می‌باشد و با توجه به نظریه شماره ۷/۱۸۲۸ - ۱۳۸۱/۶/۳ اداره حقوقی قوه قضائیه که بیان می‌دارد «منظور مقنن از ابوین در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی، والدین طفل است و جد پدری از شمول عنوان و معنی مذکور خارج است» و خواهان نیز پدر بزرگ مادری می‌باشد، لذا دعوی خواهان را غیر وارد تشخیص داده است.^۱

در رأی مزبور توجه به این نکته ضروری است که ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ است و دادگاه می‌توانست به قانون لاحق در این زمینه یعنی ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده توجه کند. این ماده متضمن امر ماهیتی است. ماده ۱۱۷۴، بخشی از موضوع مربوط به ملاقات با طفل را بیان کرده است و ذیل ماده ۱۲ بخش دیگری را مورد اشاره قرار داده است و تعارضی بین این دو نیست. این استدلال دادگاه در رأی که جد پدری از عنوان «ابوین» مندرج در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی خارج است، مخدوش می‌باشد. زیرا قانون‌گذار در ماده ۱۱۷۴ در مقام بیان ملاقات طفل با اقربا نیست و از قید «ابوین» (پدر و مادر) مراد قانون‌گذار مشخص است. به استدلال اداره حقوقی نیز خدشه وارد است، زیرا در قوانین ماهیتی، تفسیر موسع مجاز است. در توجیه بیش‌تر آمده است: چون قانون‌گذار از جهت تعیین ملاقات طفل با افراد ذی‌حق در مقام بیان نبوده است، تمسک به اطلاق آن و اخراج مصداق غیر ابوین صحیح نیست، بلکه غیر ابوین تخصصاً از آن خارج هستند (پیرعباسی، ۱۳۸۷، ص ۶۸). به هر حال این نظر که برای غیر از والدین نیز حق ملاقات وجود دارد، دارای طرفدارانی است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ج ۲۹، ص ۱۹).

ج - ترتیب و ترتب ذی حقان ملاقات

رویه قضایی در خصوص ترتیب و ترتب ذی حقان ملاقات نیز متشکست است. سؤال قابل طرح این است که در صورت پذیرش حق ملاقات برای غیر از والدین، آیا آنان صرفاً در صورت فوت یا غیبت احدی از والدین یا هر دوی آنان،

۱- در این خصوص بنگرید به: پیرعباسی، ۱۳۸۷، ص ۶۷ - ۶۸.

می‌توانند با کودک ملاقات کنند یا حق ملاقات اقربا در زمان حیات والدین نیز قابل تصور است.

طبق یک نظر این حق نه تنها در صورت غیبت یا فوت والدین برای سایر بستگان موجود است، بلکه اجداد پدری و مادری را در هیچ حال نمی‌توان از ملاقات با کودک منع کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۵۴)؛ اما رویه قضایی در این خصوص متشکست است. برخی حق ملاقات را منوط به عدم حیات یا غیبت والدین می‌دانند. از جمله شعبه ۲۳۶ دادگاه خانواده تهران دادخواست جد و جده پدری بر ملاقات نوه خود در زمان حیات پدر را قابل استماع ندانسته است.^۱ این در حالی است که رأی صادره از شعبه ۲۳۶ که شرح آن گذشت، اصولاً ماده ۱۲ را منسوخ دانسته و درخواست ملاقات جد مادری را رد کرده است. نظری که حق ملاقات را برای ولی قهری در صورت فوت پدر قرار داده است نیز بر این استدلال که حق ملاقات از لوازم ولایت است، استوار می‌باشد.^۲

۱- دادنامه شماره ۱۳۸۳/۶/۱۶-۲۰۱۳ صادره از شعبه ۲۳۶ دادگاه خانواده تهران: «در خصوص دعوی آقای ... (جد پدری) و خانم ... (جده پدری) به طرفیت خانم ... (مادر کودک) به خواسته صدور دستور موقت به منظور ملاقات با نوه خود به نام ... که با توجه به محتویات پرونده از این‌که آقای ... پدر طفل در حال حیات و نیز حضور دارد و قبلاً به موجب دستور موقت شماره ۱۳۸۲/۶/۲۹-۲۶۸۹ ترتیب ملاقات پدر با فرزندش داده شده است و نیز با عنایت به این‌که طبق ذیل ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده که مقرر می‌دارد حق ملاقات با طفل در صورت غیبت یا فوت پدر یا مادر با سایر اقرباء خواهد بود، علی‌هذا دادگاه دعوی خواهان‌ها را قابل استماع ندانسته و قرار رد آن را صادر و اعلام می‌نماید...».

۲- نظریه شماره ۱۳۷۴/۴/۳-۷/۲۰۵۶ اداره حقوقی قوه قضائیه: «... با فوت پدر، ولایت با جد پدری است ... حق ملاقات هم از لوازم ولایت است و ولی طفل «جد پدری» می‌تواند مرتباً نوه خود را ملاقات کند.» همین استدلال در رأی مورخ ۱۳۸۱/۱/۱۹ به کار برده شده است: «... پس از فوت مرحوم پدر ایشان، خواهان (جد پدری) ولی قهری و دانستن حق ملاقات از لوازم عقلی و عرفی اعمال حق ولایت است... هر چند به موجب ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی، ابویین طفل دارای چنین حقی بوده و ابویین نیز عرفاً به پدر و مادر بلافصل اطلاق می‌شود، لیکن با تمسک به قاعده التزام شی، التزام به لوازم آن نیز می‌باشد، حکم به داشتن ملاقات خواهان با کودک در ماه دو روز در محل اقامت خواهان صادر و اعلام می‌دارد ...».

د - نقد و بررسی قوانین و رویه قضایی در باب ملاقات

قوانین و مقررات موجود و همچنین رویه قضایی در زمینه حق کودک بر ملاقات با اقارب دارای ایرادهایی به شرح زیر می‌باشد:

۱- *عدم شناسایی این حق برای کودک*: رویه قضایی ملاقات را حقی برای کودک نمی‌داند، بلکه آن را حق والدین و اقارب به شمار می‌آورد. این برداشت ناشی از مبانی قانونی است. قانون‌گذار به تکلیف بودن حضانت برای والدین اشاره کرده است، اما در خصوص ملاقات ساکت است و ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی نیز به حق بودن ملاقات برای والدین تصریح کرده است. هم‌چنان که ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده که در خصوص نسخ یا عدم نسخ آن اختلاف نظر است، به حق ملاقات با طفل» اشاره کرده است، نه حق طفل بر ملاقات با اقربا.

برخی حقوق‌دانان معتقدند که ملاقات طفل به وسیله هر یک از ابویین، حکم می‌باشد، ولی از باب مسامحه، حق نامیده شده است، لذا قابل اسقاط نیست (مامی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۱۹۵). چنین برداشتی اجتهاد بر خلاف نص است که پذیرفته نیست و از آن‌جا که تا کنون دیده نشده والدی که حضانت طفل را بر عهده دارد، علیه والد دیگر دادخواست الزام به ملاقات با طفل تقدیم نماید، لذا این موضوع به رویه قضایی وارد نشده است.

۲- *محدودیت نهاد ملاقات به سن بلوغ*: این همان ایرادی است که بر مواد مربوط به حضانت وارد است و در مورد آن بحث شد. علی‌رغم نیاز کودک بالای سن بلوغ به برقراری ارتباط با والدین و اقارب، از آن‌جا که ملاقات دائرمدار حضانت است و مستتبط از قانون که رویه قضایی نیز برگرفته از آن است، حضانت محدود به سن بلوغ می‌باشد، لذا ملاقات هم به همین دوران محدود می‌گردد.

۳- *عدم تضمین ارتباط کودک با غیر از والدین*: حتی چنانچه ماده ۱۲ قانون حمایت از خانواده را در خصوص حق ملاقات غیر از والدین با کودک، مجری بدانیم، به سختی بتوان این حق را برای اقربای فاقد اهلیت در نظر گرفت. با این

وصف چنانچه کودک با مادر خود و برادر یا خواهر وی با شخص دیگری زندگی کنند، برقراری ارتباط بین کودک با خواهران و برادران صغیر مورد حمایت قانون قرار نگرفته است.

۴- عدم توجه به تمایل کودک در ملاقات با والدین: امروزه اساس ملاقات با طفل، خواست والدی است که از حضانت کودک محروم است و حتی در اجرای ملاقات‌ها به میل کودک به برقراری ارتباط توجه نمی‌شود. عدم وجود نهادهای مشاوره روان‌شناسی و مددکاری در معیت اجرای احکام خانواده موجب گردیده گاه کودک که معمولاً تحت تلقینات والد حضانت‌کننده است، از ملاقات با والد دیگر امتناع نماید و این در حالی است که اجرای قهری ملاقات آثار سوء بر کودک جای می‌گذارد.

۲- ضمانت اجرای حق کودک بر بودن با والدین و اقارب

این تضمین‌ها در دو حوزه حقوقی و کیفری جای بحث دارد:

۲-۱- ضمانت اجرای حقوقی

منظور ما در این قسمت، بررسی مواردی که منجر به سلب صلاحیت حضانت از والدین می‌شود، مانند جهات مندرج در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیست، بلکه به ضمانت‌آجراهایی می‌پردازیم که حق کودک بر بودن با والدین و اقارب را مستحکم می‌نماید. ضمانت اجرای حقوقی در این جهت عبارتند از:

۱- عدم ممانعت از اجرای حکم حضانت یا استرداد طفل به این منظور: مطابق ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵ چنانچه به موجب حکم دادگاه مدنی خاص یا قائم مقام آن دادگاه، حضانت طفل بر عهده کسی قرار گیرد و پدر، مادر و یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد، دادگاه صادر کننده حکم وی را الزام به عدم ممانعت یا استرداد طفل می‌نماید.

۲- الزام به نگهداری: چنانچه والدینی که تکلیف به حضانت دارند، از انجام

وظایف خود سرباز زنند، مطابق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی، دادگاه آن‌ها را الزام به انجام حضانت می‌نماید و در صورتی که الزام، ممکن یا موثر نباشد، نگهداری طفل را به خرج پدر و در صورت فوت او، به خرج مادر تأمین می‌کند.

۳- سلب حق حضانت: مطابق قسمت آخر ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده، هرگاه کسی که حضانت طفل به او محول شده، از انجام تکالیف مربوط به حضانت خودداری کند یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق شود، دادگاه در صورت اقتضا می‌تواند حضانت طفل را به دیگری واگذار کند. این ماده ضمانت اجرای ملاقات با کودک می‌باشد.

۲-۲- ضمانت اجرای کیفری

جرایم مرتبط با حضانت و ملاقات کودک که توسط والدین یا بعضاً غیر آن‌ها مورد ارتکاب واقع می‌شوند، عبارتند از:

الف - عدم انجام تکالیف مربوط به حضانت

ضمانت اجرای کیفری تکلیف والدین به حضانت در ماده ۱۴ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ هزار تا پنج هزار ریال و در صورت تکرار، به حداکثر مبلغ مذکور است. ارکان تشکیل‌دهنده جرم عدم انجام تکالیف مربوط به حضانت عبارتند از:

اول - رکن مادی جرم

رفتار فیزیکی این جرم از نوع ترک (خودداری از انجام تکالیف مربوط به حضانت) است و این از ایرادهای مهم وارد بر ماده فوق می‌باشد. زیرا گاه والدین رفتارهایی از نوع فعل انجام می‌دهند که برای سلامتی روحی - روانی و جسمانی کودک خطرناک است، مثل بهره‌کشی از طفل در مسیر فعالیت‌های مجرمانه مانند قاچاق و تکدی‌گری.

شرایط تحقق این جرم که رفتار فیزیکی باید قرین آن باشد، بدین شرح است:

۱- با توجه به مفهوم خاص حضانت، جرم صرفاً توسط حضانت‌کنندگان قابل ارتکاب است. بنابراین چنانچه طفل توسط غیروالدین نگهداری شود، اگر چه عملاً عنوان حضانت به عمل او صادق است، اما از آنجا که تکلیف حضانت مخصوص والدین است، لذا وی حضانت‌کننده محسوب نمی‌شود و مشمول این ماده نخواهد شد.

۲- موضوع این جرم، «طفل» است که عنوان «حضانت» به او صدق می‌کند.

۳- حضانت طفل به مرتکب محول شده باشد: محول شدن می‌تواند به حکم قانون یا به حکم دادگاه باشد که آن نیز از قانون ناشی می‌شود.

۴- مصداق تکالیف حضانت: تکالیف حضانت شامل نگهداری و تربیت و پرورش است. عام بودن این دو اصطلاح ایجاب می‌نماید که برای تشخیص آن به عرف مراجعه شود. قانون‌گذار برخی مصدایق تکلیف حاضن را به طور خاص جرم‌انگاری کرده است؛ مانند فراهم آوردن مقدمات و وسایل تحصیل کودک در قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایران مصوب ۱۳۵۳.

دوم - رکن معنوی جرم

رکن معنوی جرم خودداری از انجام تکالیف مربوط به حضانت، شامل سوءنیت عام است. بدین معنا که فرد مکلف به حضانت باید با اراده و علم به تکلیفی که بر عهده او است و علم به جمیع ارکان تکلیف از جمله طفل بودن، جرم را مرتکب شود. قید «خودداری»، عمد را می‌رساند. بنابراین اهمال و مسامحه، اگر چه می‌تواند از علل سلب حق حضانت باشد، اما موجد جرم نیست. جرم خودداری از انجام تکالیف مربوط به حضانت، از جرایم مطلق^۱ است که تحقق آن مستلزم وجود قصد ورود ضرر به طفل نمی‌باشد. از ایرادهای وارد بر ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده، ناچیز بودن مجازات (هزار تا ده هزار ریال جزای نقدی) و عدم

۱- جرم مطلق در مقابل جرم مقید، جرمی است که صرف انجام رفتار مجرمانه صرف نظر از تحقق نتیجه جرم‌انگاری شود (نوریها، ۱۳۷۸، ص ۲۵۹).

تسری آن به سایر افراد (غیر از والدین) است که نگهداری طفل را بر عهده دارند.

ب - جرم ممانعت از ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق

جرم ممانعت از ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق مانند دیگر جرایم دارای رکن مادی و رکن معنوی است.

اول - رکن مادی جرم

رفتار فیزیکی جرم موضوع قسمت دوم ماده ۱۴، یعنی ممانعت از ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق، می‌تواند از نوع فعل یا ترک فعل باشد. در مواردی که به توافق طرفین یا تصمیم دادگاه (اعم از حکم یا دستور موقت)، محلی غیر از محل سکونت طفل و حضانت‌کننده برای ملاقات در نظر گرفته شده باشد، این جرم می‌تواند با ترک فعل یا حاضر ننمودن طفل در محل ملاقات، محقق گردد و گاه ممانعت از ملاقات، با فعل ارتکاب می‌یابد، مانند خارج کردن طفل از محل اقامت یا مخفی کردن او به قصد عدم انجام ملاقات. شرایط لازم برای تحقق این جرم عبارت است از وجود حق ملاقات برای دیگری که باتوجه به قانون و رویه قضایی در خصوص سن ملاقات و ذی‌حقان آن مشخص می‌شود.

دوم - رکن معنوی جرم

جرم ممانعت از ملاقات اشخاص ذی‌حق با طفل، از جرایم عمدی است که نیازمند سوءنیت خاص نیست. بنابراین ممانعت‌کننده باید اراده در ارتکاب و علم به شرایط لازم برای تحقق جرم داشته باشد. حذف اراده، با قرار گرفتن والد حضانت‌کننده در شرایطی که به هیچ وجه امکان حاضر کردن طفل برای انجام ملاقات نباشد (فورس ماژور)، محقق می‌شود. مانند آن‌که حضانت‌کننده که باید طفل را در محل ملاقات حاضر کند، خارج از کشور باشد و به علت تأخیر در پرواز هواپیما، سر موعد حاضر نشود یا آن‌که حضانت‌کننده در حبس باشد.

عدم علم به شرایط لازم برای تحقق جرم، وصف مجرمانه بودن را از رفتار ارادی سلب می‌کند و آن‌گاه دیگر جرم محقق نمی‌شود، مانند آن‌که با حکم دادگاه، مادر از ملاقات هفتگی طفل منع شده، ملاقات او به یک بار در ماه محدود گردد و متعاقباً درخواست مادر بر افزایش ساعت ملاقات مورد پذیرش دادگاه قرار گیرد، اما علی‌رغم ابلاغ قانونی رأی، حضانت‌کننده از آن مطلع نباشد. در این جرم نمی‌توان گفت که قصد خاص فرد از انجام رفتار، ممانعت از اجرای حکم دادگاه است؛ زیرا علم به صدور حکم بر حضانت طفل توسط دیگری از ناحیه دادگاه که در سوءنیت عام می‌گنجد، برای تحقق جرم کافی است و مسلماً کسی که با چنین علمی مرتکب رفتاری شود که اجرای حکم را عقیم می‌سازد، قصد ممانعت از اجرای حکم را دارد.

ج - جرم ممانعت از اجرای حکم حضانت

مانع تراشی در مسیر اجرای عدالت که یکی از مصادیق آن مقاومت در مقابل اجرای رأی دادگاه است، جرم علیه عدالت قضایی محسوب می‌شود. قانون‌گذار ایران به این جرم در حوزه‌های دیگر کمتر توجه داشته است، اما اهمیت کودکی، حمایتی خاصی از این گروه سنی را ایجاب می‌کند و ممانعت از اجرای حکم حضانت نیز در همین راستا جرم‌انگاری شده است.

مطابق ماده واحده «قانون مربوط به حق حضانت» مصوب ۱۳۶۵: «چنانچه به حکم دادگاه مدنی خاص یا قائم مقام آن دادگاه، حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر یا مادر و یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد، دادگاه صادرکننده حکم، وی را الزام به عدم ممانعت یا استرداد طفل می‌نماید و در صورت مخالفت به حبس تا اجرای حکم محکوم خواهد شد»^۱.

۱- شاید بتوان گفت ماده واحده فوق در مقام بیان یک جرم نیست، بلکه ضمانت اجرای بازداشت ممانعت‌کننده یا ممتنع را تا اجرای حکم قرار داده است. همچنان که ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومی‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ بازداشت ممتنع از پرداخت محکوم‌به را تا زمان پرداخت یا اثبات اعسار از پرداخت در نظر ←

اول - رکن مادی جرم

رفتار فیزیکی این جرم می‌تواند مثبت یا منفی باشد. ممانعت، از نوع فعل است و امتناع از استرداد، از نوع ترک فعل می‌باشد. این جرم توسط هر کسی قابل ارتکاب است و برخلاف جرایم مندرج در ماده ۱۴ قانون حمایت از خانواده، محدود به والدین نمی‌شود. شرایط تحقق این جرم عبارتند از:

۱- صدور حکم از سوی دادگاه: تصمیمات قضایی دادگاه تحت عنوان «رأی» در دو نوع قرار و حکم، قابل انشاء است. ماده ۱۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در تفکیک این دو می‌گوید: «رای دادگاه اگر راجع به ماهیت دعوی و قاطع آن جزئاً یا کلاً باشد، حکم، و الا قرار نامیده می‌شود». لذا دو وصف برای حکم در نظر گرفته شده است؛ قاطع دعوا و راجع به ماهیت آن باشد. با این وصف صدور دستور موقت بر حضانت، موضوع ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده، نمی‌تواند مقدمات ارتکاب این جرم را فراهم سازد؛ زیرا دستور موقت، فیصله‌دهنده دعوا نیست و تا صدور حکم در ماهیت دعوا از ناحیه دادگاه، دارای اثر است.

۲- واگذاری حضانت طفل به دیگری: «دیگری» اعم از والدین یا غیر آنهاست، زیرا مطابق صدر ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، در موارد عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، دادگاه می‌تواند، هر تصمیمی که برای حضانت طفل مقتضی بداند، از جمله واگذاری طفل به غیر را اتخاذ نماید. ممکن است ایراد شود که مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت برای ابویین است، پس کاربرد آن برای غیر ابویین جایگاهی ندارد و از آنجا که ماده واحده موضوع بحث، به واژه «حضانت» تصریح کرده است، لذا واگذاری نگهداری طفل به غیر از والدین، عنوان حضانت ندارد و جرم محسوب نمی‌شود. در پاسخ باید گفت قانون‌گذار عنوان «حضانت» را برای غیر والدین نیز در نظر گرفته است. از

→ گرفته است. استدلال ذیل این نظر، عدم تعیین مدت بازداشت و ادامه آن تا اجرای حکم است. زیرا اصل معین بودن مجازات‌ها در کلیه نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است.

جمله مطابق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی، دادگاه قادر است در مواردی که ابوبین از نگهداری طفل امتناع می‌کنند و الزام آن‌ها ممکن یا موثر نباشد، به تأمین حضانت به خرج پدر، و در صورت فوت پدر به خرج مادر، اقدام کند. قید «حضانت» در این ماده برای غیروالدین به کار رفته است.

۳- عدم تاثیر الزام دادگاه به عدم ممانعت یا استرداد طفل: صرف ممانعت از اجرای حکم یا عدم استرداد، مجرمانه تلقی نمی‌شود و دادگاه باید سعی خود را در اجرای حکم بنماید. در صورت عدم امکان اجرای حکم از طریق الزام مستتکف یا ممانعت کننده و ادامه استتکاف یا ممانعت، جرم محقق خواهد شد. ممانعت از اجرای حکم حضانت، از جرایم مقید بوده، نتیجه آن، عدم اجرای حکم است. پس صرف ممانعت از اجرای حکم یا استتکاف از تحویل طفل، جرم محسوب نمی‌شود؛ زیرا شاید الزام‌های مأموران اجرا منتهی به اجرای حکم شود.

دوم - رکن معنوی جرم

وجود سوء نیت عام و سوء نیت خاص برای تحقق این جرم ضروری است. دارا بودن اراده در ممانعت و استتکاف، و داشتن علم به شرایط لازم برای تحقق جرم، از جمله صدور حکم بر حضانت و این‌که آنچه مورد ممانعت قرار گرفته است، در راستای اجرای حکم دادگاه باشد، تشکیل دهنده سوءنیت عام است.

د - سایر جرایم

مواد دیگری از قانون مجازات اسلامی و دیگر قوانین، ارتکاب رفتارهایی را جرم‌انگاری کرده است که به طور غیرمستقیم کودک را از بودن با والدین و خویشاوندان محروم می‌کند. این جرایم بعضاً موجب تحریف هویت طفل می‌شود.^۱ از جمله ماده ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی که دزدیدن طفل، مخفی کردن او، قلمداد

۱- در خصوص این جرایم که موجب جدا شدن کودک از خانواده خود می‌شود، بنگرید به: اسدی، ۱۳۸۷، ش ۴۹، ص ۳۶-۴۳.

نمودن طفل دیگری و متعلق به دیگری قلمداد کردن طفل را قابل مجازات دانسته یا ماده ۶۳۲ این قانون که امتناع از استرداد طفلی را که سپرده شده در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند، جرم‌انگاری نموده است. مثال دیگر قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی است که در تبصره یک ماده ۳ کودکی بزه‌دیده را موجب تشدید مجازات دانسته است.

یافته‌های پژوهش

قوانین ایران از جهت تأمین و تضمین حق کودک بر بودن با والدین و اقارب، با ابهام‌ها و خلأهایی روبرو است. قانون ایران با در نظر گرفتن دو نهاد حضانت و ملاقات برای حفظ ارتباط کودک با والدین، چنین ارتباطی را در نهاد ملاقات به عنوان حقی برای والدین و با تفسیری موسع برای اقربا به شمار آورده و البته در نهاد حضانت به تکلیف والدین به بودن با کودک و در واقع حق کودک بر بودن با والدین تصریح کرده است.

رویه قضایی نیز در تفسیر ابهام‌ها موفق به حفظ حقوق کودک در این راستا نشده است. و به ویژه در نهاد ملاقات، کودک را به عنوان موجودی منفعل و فاقد احساس و ادراک در نظر گرفته که صرفاً در صورت خواست و تمایل والدین به ملاقات با او می‌تواند از بودن با آنان بهره‌مند شود. همچنین حق ملاقات با غیر از والدین در رویه قضایی مورد پذیرش قرار نگرفته است، اگرچه قائلانی بر آن وجود دارد.

قانون‌گذار تا حدی به ضمانت اجرای حقوقی و کیفری در تضمین حق ملاقات و حضانت، توجه نموده است، اما به روز کردن جزای نقدی مندرج در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی برای کسی که به تکلیف حضانت خود عمل نمی‌کند یا مانع ملاقات طفل با دیگری می‌شود، ضروری است. رویکرد فعلی قانون‌گذار به حق کودک بر بودن با والدین و خویشاوندان، نیازمند اصلاح است و لذا پیشنهاد می‌شود:

ارتباط کودک با والدین و اقارب به عنوان حقی برای کودک در نظر گرفته شود و به حق ملاقات کودک با والدین تصریح شود.

- ارتباط کودک با سایر خویشاوندان به ویژه برادر و خواهر مورد توجه قرار گیرد و حضانت‌کننده طفل مکلف به حفظ این ارتباط گردد.

- حق بودن با والدین و ارتباط با اقارب منحصر به سنین طفولیت نگردد و برای کودک و نوجوان بالغ نیز چنین حقی در نظر گرفته شود. این تغییر باید در راستای ماده یک کنوانسیون حقوق کودک و ماده یک قانون حمایت از کودکان و نوجوانان که اولی کودک را فرد زیر هجده سال تعریف نموده و دومی حمایت‌های خود را بر افراد تا هجده سال بار کرده، صورت پذیرد.

- شاخصه‌های ملاقات کودک با اقارب بر اساس تعداد اقارب، درجه خویشاوندی، سن کودک و مشغله‌های او از جمله تحصیل و غیره تعیین شود به گونه‌ای که حضانت‌کننده قادر به اجرای وظایف خود به ویژه وظیفه تربیتی در قبال به کودک باشد.

- به تمایلات، مصالح و منافع عالی‌ه کودک در صدور حکم یا دستور ملاقات و اجرای آن توجه شود و از اجرای ملاقات‌های اجباری و همراه با قهر و غلبه بین کودک و والدین جلوگیری شود.

- از تخصص‌های مشاوره‌ای در جهت اجرای آراء ملاقات استفاده شود به نحوی که به برقراری ارتباط مطلوب بین کودک و ملاقات‌کننده کمک کرده و کودک را از آثار سوء اجرای قهری ملاقات‌ها حفظ کند.

منابع و مأخذ

- ✓ اسدی، لیلآسادات، «حق کودک بر هویت»، فصلنامه‌ی فقه و حقوق خانواده، تهران، دانشگاه امام صادق(ع) - واحد خاوران، سال سیزدهم، شماره ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۷
- ✓ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۸
- ✓ امیرارجمند، اردشیر (زیرنظر)، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶، چاپ دوم
- ✓ پیرعباسی، یحیی، «ملاقات اقربا با طفل»، تعالی حقوق، اهواز، دادگستری استان خوزستان، شماره ۲۹ و ۳۰، بهمن و اسفند ۱۳۸۷
- ✓ حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴، چاپ چهارم
- ✓ سازمان ملل متحد و سازمان دفاع از قربانیان خشونت، حقوق بشر در دستگاه قضایی، تهران، سازمان دفاع از قربانیان خشونت، چاپ اول، ۱۳۸۸
- ✓ عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، ترجمه علیرضا فیض و علی مهذب، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، چاپ چهارم
- ✓ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ سوم
- ✓ معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه رویه قضایی دادگاه‌های خانواده (۳)، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، چاپ اول
- ✓ مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه (احوال شخصیه)، ترجمه مصطفی جباری و حمید مسجدسرایبی، تهران، نشرنی، ۱۳۷۹
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۸، چاپ اول
- ✓ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (دوره پانزدهم جلدی)، بیروت، موسسه المرتضی العالمیه، ۱۴۱۲هـ

- ✓ نوریها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر دادآفرین، ۱۳۷۸، چاپ ششم
- ✓ وکیل، امیرساعد و عسکری، پوریا، *نسل سوم حقوق بشر (حقوق همبستگی)*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳، چاپ اول
- ✓ هاشمی، سیدمحمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴، چاپ اول

- ✓ Covenant on the Rights of the Child, 1989
- ✓ Universal Declaration on the Rights of the Child, 1959
- ✓ International Covenant on civil and Political Rights, 1966
- ✓ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966