

قلمرو و مبانی جرم اهمال در حضانت در نظم حقوق کیفری ایران

داوود سیفی قره‌یتاق^۱، قاسم اسلامی‌نیا^۲*

چکیده

قانون خانواده مصوب ۱۳۹۱ موضوع خودداری از انجام وظایف حضانت را وصف کیفری داده است. اصطلاح «خودداری از انجام تکالیف» واجد اشکال اساسی است زیرا معنای متبادر از خودداری، ترک کامل حضانت و رها کردن طفل است. در حالی که آن چیزی که نوعاً و غالباً در عمل واقع می‌گردد اهمال در حضانت و یا انجام ناقص تکالیف است لذا باید از اصطلاح فراگیرتر اهمال در حضانت استفاده نمود. علاوه بر مسئله مبانی و ابهامات در عناصر جرم، ارزیابی کارآمدی کیفرهای مقرر نیز اهمیت اساسی دارد که در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی به آن پرداخته می‌شود. یافته‌ها نشان داد هرچند مقنن در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ در زمینه جرم‌انگاری اهمال در حضانت گام‌های برداشته است اما وافی به مقصود نبوده و تمام ابعاد و مصادیق رفتاری آن را در برنمی‌گیرد. ثانیاً گستره حضانت با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی و حتی وسعت و امکانات حاضن، موضوعی پردامنه و نسبی است و لازم است مصادیق «سوء حضانت» با استفاده از منابع شرعی و عرفی استخراج گردد ثالثاً با توجه به تنوع سرپرستی اطفال لازم است «حاضن مجرم» در وضعیت‌های مختلف (تلقیح مصنوعی، نامشروع بودن طفل، سرپرستی قانونی و...) مشخص گردد که به نظر می‌رسد با لحاظ مصلحت کودک و تعهدات قراردادی در بسیاری از اشکال، تقاضی و گیرنده طفل مسئولیت کیفری دارد. به‌طور کلی استقرا در قوانین نشان می‌دهد سیاست کیفری قانون‌گذار در موضوع حضانت، تفکیک برخی از مصادیق مهم و جرم‌انگاری آن‌ها با کیفرهای متنوع شدید در قانون مجازات اسلامی و قانون خاص حمایت از اطفال است و در مرحله بعدی با جرم‌انگاری عام در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده با اتخاذ رویکرد سرکوبگرانه از کیفر جزای نقدی درجه هشت بهره‌جسته است که نه تنها تناسبی با ماهیت حضانت ندارد؛ بلکه به جهت معیار انتخابی، بازدارندگی مطلوبی هم ایجاد نمی‌کند؛ از این‌رو ضروری است قانون‌گذار با اقتباس از نظام‌های حقوقی خارجی در اصلاح قانون از مجازات کارا تر و اجتماعی استفاده کند.

واژگان کلیدی

جرم‌انگاری، اهمال در حضانت، قانون حمایت خانواده، بد حضانتی، حقوق کیفری، حقوق اطفال.

*. استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه زابل، زابل، ایران (نویسنده‌ی مسئول) (dseify@uoz.ac.ir)

** استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه زابل، زابل، ایران (geslaminia@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸

۱- مقدمه و بیان مسئله

مراقبت و نگهداری مطلوب و شایسته از فرزندان صغیر توسط والدین یا دیگران در قالب نهاد حقوقی به نام «حضانة» تعریف شده که در زمان طلاق، تعیین وضعیت حضانة فرزندان اهمیت اساسی پیدا می کند و یکی از اهداف جعل این تأسیس حقوقی، صیانت طفل و تبیین وظایف حاضن (حضانة کننده) در مورد او است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۷: ۳۸۷). البته بنیان خانواده و به ویژه تربیت و نگهداری فرزندان در درجه اول، مبتنی بر مودت و معاشرت اخلاقی و پرهیز از قهر و عدم تمسک به حربه های حقوقی و کیفری است. تا زمانی که رشته مودت و مهربانی و تعامل بین زوجین برقرار است و والدین به وظایف خود در برابر فرزندان اشراف دارند؛ اطفال به عنوان اساسی ترین رکن خانواده از امنیت کامل و همه جانبه برخوردارند.

گاهی به دلایل مختلفی ممکن است که زوجین بنا را بر ناسازگاری گذاشته و یکی از آنها یا هر دو تصمیم به جدایی بگیرند (مهاجری و موسوی، ۱۴۰۱: ۱۳۴). در زمان اختلاف و مشاجره شدید زوجین و عدم حل اختلاف آنها و اتخاذ راه حل طلاق جهت برون رفت از شرایط، موضوع حضانة طفل و حقوق و تکالیف مرتبط با آن، در مقایسه با زمان سازگاری و تعامل زوجین اهمیت افزون تری می یابد. بی تردید واقعه طلاق ضربه هولناک و فراموش نشدنی برای اطفال محسوب می شود و آنها را وارد شرایطی می نماید که در معرض انواع آسیب ها و انحرافات و ناسازگاری های اجتماعی قرار می گیرند که برای آینده اطفال و جامعه خطرناک است؛ لذا قانون گذار اولاً: برای حمایت از حقوق اطفال به عنوان قشر ضعیفی که نیازمند حمایت هستند و توانایی تشخیص مصالح و مفاسد خود را ندارند و ثانیاً: در راستای حمایت از حقوق جامعه ای که به علت موقعیت آسیب زای طفل در معرض خطر است؛ مداخله و تکالیفی را برای حاضن یا حاضنه تعیین می نماید که تخطی از آن با ضمانت اجراهای مختلفی مواجه است. قبل از تصویب قانون حضانة در سال ... فقط نقض برخی از مصادیق حضانة، واجد جنبه کیفری بود، لذا ضرورتی بر تبیین و تعریف دقیق مفهوم موارد قانونی وجود نداشت؛ لیکن با اعطاء وصف کیفری به موضوع «خودداری از انجام وظایف در حضانة» و به جهت رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات و لزوم آگاهی شهروندان از محدوده قوانین کیفری و فقدان تحقیق مستقل در این زمینه، نوشتار حاضر به تعریف و تبیین این مفهوم و مفاهیم مرتبط با آن پرداخته و تلاش نموده است با واکاوی حقوقی و اصطلاحی پیشنهادات اصلاحی مقتضی ارائه نماید. از جمله اصطلاحات مرتبط، اصطلاح «اهمال در حضانة» است که در معرفی موضوع حضانة دارای جامعیت بیشتری بوده و با مصالح اطفال و همچنین منابع شرعی مرتبط همخوانی بیشتری دارد؛ این مطالعه در صدد پاسخگویی به سؤالات ذیل است:

۱- موضوع عدم اجرای مفاد قانون حضانت از سوی حاضن تا چه حد مورد توجه قرار گرفته و آیا از منظر ترمینولوژی حقوقی این اصطلاح جامع و مانع شرایط تخطی حاضن از مفاد قانون می‌باشد؟

۲- اصطلاحات مرتبط با جرائم نقض قانون حضانت از جمله اهمال در حضانت در مورد تنوع سنخ‌های حاضن (سرپرستی، فرزندخواندگی، تلقیح مصنوعی ...) می‌تواند مورد استثنا قرار گیرد؟

۳- جرم‌انگاری در تخطی از قانون حضانت با جرم‌انگاری مندرج در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان - مصوب ۱۳۹۹- دارای چه نکات همپوشان و معارض می‌باشد؟

لذا قسمت مهمی از این نوشتار به تبیین مفهومی «اهمال در حضانت» و مصادیق عرفی و شرعی آن اختصاص پیدا کرده است. از طرفی تشخیص حاضر به عنوان مرتکب جرم در وضعیت‌های مختلف همانند واگذاری حضانت به اشخاص ثالث، طفل ناشی از تلقیح مصنوعی و یا اهداء جنین به زوجین ناباور و اطفال ناشی از رابطه نامشروع و ... دارای اهمیت حقوقی است که موضوع بعدی این نوشتار را تشکیل می‌دهد. نکته آخر آن که، قانون‌گذار بار دیگر به منظور حمایت کیفری بیشتر از اطفال محضون، جرم‌انگاری گسترده‌ای در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ به عمل آورد که برخی از مواد آن بر جرم اهمال در حضانت تأثیر می‌گذارد و بایستی در انطباق با مواد ۹ و ۱۰ و ۸ آن قانون، موضوع را مورد تحلیل قرارداد.

در ادبیات حقوقی ایران، جرم اهمال در حضانت، به‌رغم اهمیت زیاد، مورد غفلت قرار گرفته است و تحقیقاتی که در زمینه نهاد حضانت به نگارش درآمده‌اند، اغلب به جنبه حقوقی موضوع پرداخته و از مباحث کیفری حضانت به‌ویژه عناصر تشکیل‌دهنده و مبانی جرم‌انگاری و مجازات اهمال در حضانت، تحلیل حقوقی نشده است؛ لذا این مطالعه از این منظر بدیع و حاوی نکات کیفری در موضوع حضانت می‌باشد. مرور مطالعات در این زمینه، فقدان چنین رویکردی را در موضوع حضانت بیشتر روشن می‌سازد. به‌طور نمونه حاجی ده‌آبادی (۱۳۸۹) در تحقیقی با عنوان «مقررات لایحه خانواده در بوته نقد»، هرچند نگاه کلی به همه جرائم علیه خانواده داشته است، لکن به جهت آنکه قبل از تصویب قانون خانواده ۱۳۹۱ به رشته تحریر درآمده، قوانین جدید از جمله قانون مجازات ۱۳۹۲، قانون حمایت از اطفال مصوب ۱۳۹۹ را در برنمی‌گیرد. در سایر کتب حقوقی مانند: حقوق خانواده صفایی (۱۴۰۰) و حقوق خانواده کاتوزیان (۱۳۹۶) نیز مطالب ارزنده‌ای درباره حضانت از جنبه حقوقی مطرح شده است و به جنبه کیفری موارد نقض قانون حضانت توجهی نشده است؛ لذا تحقیق حاضر نخستین تحقیق در زمینه جرائم مرتبط با حضانت و جرم‌انگاری موارد مرتبط با آن در قوانین جدید می‌باشد.

۲- مفهوم لغوی و اصطلاحی حضانت

حضانت از ریشه حَضَن گرفته شده است. زمانی که پرنده تخم خود را برای فرآیند جوجه شدن زیر پر بال خود گرفته و یا مادری طفلش را در آغوش می‌گیرد، با واژه حَضَن از این رفتار یاد می‌شود (جوهری، ۱۳۷۶: ۲۱۰۲). همچنین زمانی که مادر به تربیت و بزرگ نمودن طفل خود اشتغال می‌ورزد از این اصطلاح استفاده می‌شود (فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۲۰۲).

تعاریف مختلفی از حضانت ارائه شده که در لفظ و محتوا با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند. از نظر حقوقدانان حضانت در اصطلاح، اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۳۹). در واقع نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۷۲۰). فقهای امامیه، حضانت را ولایت بر تربیت طفل و دیوانه و انجام آنچه به مصلحت وی است از قبیل نگهداری و گذاردن در رختخواب و برداشتن و شستن لباس او و مانند آن تعریف کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۲۱)؛ اما برخی دیگر بر واژه ولایت اشکال نموده و حضانت را به مفهوم تکلیف والدین در نگهداری و تربیت و مصلحت او می‌شناسند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱: ۲۸). در فقه اهل سنت نیز حضانت مفهوم گسترده‌ای دارد؛ بر اساس فقه حنفی حضانت عبارت است از: تربیت فرزند توسط کسی که حق حضانت بر عهده او است. در فقه مالکی، «محافظت از شئون مختلف طفل» حضانت تلقی می‌شود. برحسب نظر شافعی و حنبلی، حفظ صغیر از هر چیزی که موجب ضرر او می‌شود و تربیت او در جهت اعمال صالح حضانت می‌باشد (کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۴: ۴۰؛ ابن قدامه، المغنی للیبیب، ج ۷: ۶۱۲؛ عبد العزیز بن الصالح الرضیمان، ۲۰۲۲: ۵-۴؛ عبدالموجود، ۲۰۱۹: ۱۵-۱۴).

به‌طور کلی فقها در تعریف حضانت از کلمه تربیت استفاده کرده‌اند که ناظر به دو جنبه روحی و جسمی، مادی و معنوی است؛ یعنی حضانت اختصاص به پرورش جسمی ندارد؛ بلکه مدیریت طفل در تمامی جنبه‌های مرتبط با زندگی او و موارد مورد اشعار عرف و عقل و شرع را در برمی‌گیرد. لذا نفی یکی از ابعاد، هرچند با توجیه تقویت سایر ابعاد مربوط به طفل، می‌تواند از مصادیق «بد حضانتی» محسوب شود. حاصل آنکه حضانت مشتمل بر رعایت مصالح متنوع طفل اعم از جسمی، روانی، تربیتی، اخلاقی، اجتماعی فرهنگی و... باشد.

۳- محدوده و مصادیق حضانت

مصادیق حضانت عبارت است از مجموعه حقوقی که در شرع یا عرف یا قوانین موضوعه جهت نگهداری طفل و حسن مراقبت از او تعیین شده است؛ لذا برای آگاهی از محدوده حضانت، ناگزیر باید منابع قرآنی و روایی به‌عنوان ترسیم‌کننده محدوده مسئولیت در زمینه حضانت به تفکیک مورد بررسی واقع گیرد.

۳-۱- منابع قرآنی

«والوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتیم الرضائه و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف لا تکلف نفس الا وسعها...» (بقره: ۲۳۳). این آیه به‌طور غیرمستقیم موضوع حضانت و نحوه تکالیف حاضن را معین می‌نماید. در این آیه، تکالیف مرد در برابر زن (مادر طفل) که شیر دادن به فرزند را به‌عنوان مهم‌ترین مصداق حضانت در دو سال اولیه حیات طفل انتخاب می‌نماید، تحت عنوان رزق (نفقه) و پوشش معروف بیان می‌کند. به بیان قرآن، با توجه به اینکه انتظار دارد که طفل در دو سال نخست، طفل به نحو مناسب و عالی نگهداری شود، لذا ضروری است نیازهای مختلف مادر شیرده را به نحو مقتضی رعایت نماید تا او نیز در این کار موفق و توانا باشد (تسبیب در حضانت مطلوب).

رزق عبارت است از برخوردار نمودن شخص با نعمت‌هایی که با اقتضاء حال و موقعیت و نیازهای او متناسب است و به‌واسطه آن، حیات شایسته و منطبق با شأن او تداوم پیدا می‌کند. فرآیند فوق، مستمر و متعهدانه است. رزق یک جریان مستمر است و تنها در مورد حلال مصداق دارد. رزق به دو قسم تقسیم می‌گردد: رزق مادی و رزق معنوی. رزق پروردگار نوعی از هدایت تکوینی خداوند است که هر موجودی را به جایگاه شایسته آن موجود واصل نماید. رازقیت اصالتاً و ابتدائاً از مختصات خداوند است و خداوند گاه اراده خود را از طریق امور طبیعی و خلق اسباب اعم از طبیعی و انسانی محقق می‌سازد. بر این اساس، حضانت تکمیل‌کننده پروسه ایجاد فرزند است و اگر به نحو شایسته‌ای به انجام نرسد هدف از ایجاد و پیدایش فرزند ناقص و ابتر مانده است (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۱۱۶). بدون شک توجه به مفهوم عمیق و همه‌جانبه آیه فوق‌الذکر در ترسیم محدوده جرم‌انگاری اهمال در حضانت کمک شایانی خواهد کرد و آیه به‌طور مستقیم بر جنبه مادی حضانت یعنی نگهداری و تغذیه کودک تأکید دارد.

«و اخفض لهما جناح الذل من الرحمه و قل رب ارحمهما کما ربیبانی صغیرا» (اسراء: ۲۴). این آیه نیز به صورت غیرمستقیم با عبارت رسا و پرمعنای «کما ربیبانی صغیرا» موضوع تربیت اشخاص

صغیر را به‌عنوان یک تکلیف و مصداقی از حضانت برای والدین مشخص می‌نماید. تربیت طفل عبارت است از اقدام به انجام برنامه‌ها و رفتارهایی که نتیجه آن رشد جسمانی و معنوی مستمر طفل است. از آنجاکه تحقق این اهداف مستلزم عدم وجود موانع در این مسیر است، اتیان یا عدم اتیان هر امری که در مسیر رشد جسمی و روحی اختلال ایجاد می‌نماید، ضد تربیت و در نتیجه، ناقض حضانت محسوب می‌شود (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۴۱). لذا با توجه به معنای رب در آیه شریفه، حاضن در موضوع حضانت به‌گونه‌ای عمل می‌نماید که استعدادها و نهانی محضون به شکوفایی و فعلیت رسیده و در نهایت او را به جایگاهی که شایسته آن است، نائل نماید.

۳-۲- منابع روایی

امام صادق (ع): «ان الله لیرحم العبد لشدده حبه لولده» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵۰). به تحقیق، خداوند بندگان را به علت علاقه و محبت شدید آنان نسبت به فرزندانشان مورد رحمت و بخشایش قرار می‌دهد. بر این اساس شارع نه تنها خواستار دوستداری فرزند است؛ بلکه می‌خواهد این دوست داشتن شدید و همه جانبه و جامع باشد. به‌نحوی که نه تنها والد نگران دنیای فرزند که نگران عقبای او نیز باشد. از آنجاکه غالباً علاقه شدید والد نسبت به فرزند امری طبیعی و غریزی است مع‌هذا به علت مصالح مترتب بر این علاقه غریزی و به جهت تحریک والدین به ازدیاد آن و پرهیز از کمرنگ شدن، آن وعده مذکور داده شده است. لذا اگر این محبت توسط حاضنی غیر از والدین نسبت به اطفال صورت گیرد به علت فقدان علاقه غریزی و طبیعی در حاضن، مستحق اجر و ثواب بیشتری است.

پیامبر اسلام (ص) می‌فرمایند: «خداوند رحمت نماید کسی که فرزندش را بر انجام کار و منش نیک، کمک‌رسان و مددکار باشد. گفته شد چگونه او را بر کار خیر مودرسانی نماید. فرمودند: «کارهای اندک خوب او را بپذیرد و از بدی‌های او بگذرد. او را در مضیقه و تنگنا قرار ندهد. بر این اساس شخص مسلمان انگیزه‌های مذهبی عالی‌تری برای به عهده گرفتن حضانت فرزند دارد»^۱ (بروجردی، ۱۳۸۶: ۸۵۶).

۱. قال رسول الله (ص) رحم الله من أعان ولده علی بره قال قلت کیف یعبئه علی بره قال یقبل میسوره و یتجاوز عن معسوره و لا یرهقه و لا یخرق به فلیس ببینه و بین ان یصیر فی حد من حدود الکفر الا أن یدخل فی عقوق أو قطیعه رحم ثم قال رسول الله ص - الجنة طیبه طیبها الله و طیب ریحها یوجد ریحها من مسیره الفی عام و لا یجد ریح الجنة عاق و لا قاطع رحم و لا مرخی الإزار خیلاء.

امام سجاد (ع) در اهمیت مسئولیت والدین در تربیت فرزند می‌فرمایند: «اما حق فرزندت، بدان که او از توست و خیر و شرش در دنیا به تو خواهد رسید و منسوب به تو می‌شود و تو مسئول هستی در قبال وظایفی که بر عهده توست، از حسن ادب و هدایت و راهنمایی به سوی پروردگارش و او را یاری کنی در اطاعت پروردگار. اگر وظایف خود را به‌خوبی به انجام رساندی به تو ثواب می‌رسد و در غیر این صورت عقاب خواهی شد؛ پس به‌خوبی وظیفه تربیت را انجام بده، مانند کسی که در همین دنیا آثار نیک کارهای فرزندش به او می‌رسد و مانند کسی که در مقابل خداوند عذر داشته باشد»، (حیدری نراقی، ۱۳۸۵، ۳۱۱). یعنی هیچ‌گونه کوتاهی در امر تربیت فرزند روا مدار. از فحوای روایات مربوط به باب اولاد چنین برمی‌آید که پدر و مادر هم‌زمان با فرزنددار شدن، مأموریت عظیم و کم‌نظیری از طرف نظام آفرینش به آن‌ها محول می‌گردد که قسمت اعظم سعادت و شقاوت آن‌ها به کیفیت و چگونگی ایفای این مأموریت وابسته است. در واقع از نظر دین، تربیت و حضانت فرزند تنها یک امر اجتماعی و خانوادگی نیست؛ بلکه یک امر الهی و شرعی است و کسی که به دنبال اجر و ثواب الهی می‌باشد، لازم است وضعیت مزبور را قدر دانسته و حظ و بهره خود را در حیطه تکامل معنوی از موقعیت مزبور به‌طور کامل استیفا نماید و این امر نیز منوط به این است که وظایف و تکالیف خود را در ارتباط با ولد به نحو تام و کامل انجام دهد و چیزی از حقوق طفل را فرونگذارد؛ زیرا طفل به‌مثابه زمین مستعدی است که آماده شکوفایی و بارور شدن در انواع زمینه‌های مختلف است و والدین نباید با سهل‌انگاری و تفسیرهای شخصی، مسیر شکوفایی طفل را مسدود نمایند؛ زیرا هرگونه اهمال در حضانت در دوره‌ای که طفل تحت حضانت است، منجر به ضربات جبران‌ناپذیری بر طفل می‌شود که در دنیا و آخرت دامن‌گیر والدین خواهد شد.

۳۳

۴- مبانی جرم‌انگاری اهمال در حضانت کودک

جرم‌انگاری فرآیندی است که در طی آن یک رفتار فاقد وصف کیفری، در چهره جدیدی به نام رفتار مجرمانه قابل مجازات تعریف می‌شود. از آنجاکه جرم‌انگاری یک رفتار اجتماعی عقلانی است، لاجرم باید همراه با معیارهایی باشد که اندیشمندان حقوق کیفری آن را به‌صورت کلاسیک تبیین نموده‌اند. جرم‌انگاری اهمال در حضانت با توجه به چند اصل کلاسیک قابل توضیح است:

۱. «و اما حق ولدك فتعلم انه منك ومضاف اليك في عاجل الدنيا بخيره وشرة وانك مسؤول عما وليته من حسن الادب والدلالة على ربه والمعونة على طاعته فيك وفي نفسه فمتاب على ذلك ومعاقب فاعمل في امره عمل المتزين بحسن اثره عليه في عاجل الدنيا المعذر الي ربه فيما بينك وبينه بحسن القيام والاخذ له منه» (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۶۲۸)

۴-۱- اصل ضرر (مبانی عینی)

اصل آسیب یا زیان را می‌توان بانفوذترین توجیه در الگوی جرم‌انگاری برشمرد. به‌موجب این اصل تنها هدفی که برای بشریت به‌صورت فردی یا جمعی جهت مداخله در آزادی عمل افراد تضمین می‌شود، محافظت از خود است؛ اینکه تنها هدفی که به خاطر آن می‌توان بر هر عضو یک جامعه متمدن، برخلاف میل او، به‌درستی اعمال قدرت کرد و مانع آسیب‌رسانی به دیگران شد؛ (محمودی جانکی فیروز ۱۳۸۶: ۱۱۸؛ Hamowy, Ronald, 2008:11). در جرم‌انگاری بد حضانته نیز می‌توان جلوگیری از آسیب و زیان به اطفال را مدنظر قرارداد. منظور از ضرر در جرم‌انگاری صرفاً ناظر به زیان مادی نیست؛ بلکه اضرار معنوی و حیثیتی نیز مجوز ورود آن رفتار به حوزه کیفری است؛ زیرا بد حضانته موجب بروز آثار مخرب و ضربه روانی به کودکان در هنگام رشد و بلوغشان می‌شود. بروز آثاری نظیر رفتارهای ضداجتماعی، عزت‌نفس پایین و بزه‌کاری که در دوره کودکی یا در دوره بزرگسالی نمایان می‌شود.

سال‌هایی که طفل به‌واسطه افتراق (طلاق) والدین یا فوت هر دو یا یکی از آن‌ها تحت حضانت است جزء مهم‌ترین دوره‌های تربیتی و رشد کودک محسوب می‌گردد. رعایت تام حقوق کودک در دوره حضانت، سنگ بنای رشد و شکوفایی طفل در دوره‌های آتی حیاتش می‌باشد. به‌گونه‌ای که بنیان‌های سلامت جسمانی، عاطفی و تربیتی و اخلاقی طفل در همین دوران طرح‌ریزی می‌شود؛ و هرگونه فروگذاری و اهمال در امر تأمین نیازهای اصلی و اساسی طفل، منجر به انواع اختلال‌ها و نارسایی‌ها در دوره‌های آتی زندگی او خواهد شد؛ لذا اهمیت دوران مزبور موجب تکالیف متعددی برای حاضن یا حاضنه است که گاه قانون‌گذار را مجبور به دخالت و نظارت کیفری بر رعایت حقوق اطفال در زمان حضانت نموده است.

بد حضانته گاه موجب احساس گناه، شرم، ترس و خشم می‌شود. کودک ممکن است خود را سزاوار بد حضانته بداند و یا به خاطر افشای بد حضانته خانواده و... احساس گناه و شرمساری نماید. بد حضانته همچنین ممکن است موجب کابوس شبانه، ترس‌های مرضی و حتی پرخاشگری در بعضی از موقعیت‌ها می‌شود. بزه دیدگان اهمال در حضانت، در تنظیم و مدیریت واکنش‌های عاطفی دچار مشکل هستند و به موقعیت‌های نگران‌کننده و سخت به‌صورت آنی و بدون اراده واکنش نشان می‌دهند. وقتی که خانواده به‌عنوان مرکز اصلی تزریق امنیت و آرامش از کارکرد اصلی خود منحرف می‌شود طفل نیز احساس تسلط اندکی بر خود می‌نماید و این امر به‌تدریج موجب بروز انحراف و رفتار ضداجتماعی می‌شود (قاسمی مقدم، ۱۴۰۰: ۱۲۰).

به‌طور کلی «خودداری از حضانت»، آسیب‌های متعددی را به طفل وارد می‌سازد که ابزارهای مدنی و اداری قادر به جلوگیری از آن نیستند و نمی‌توان با آن‌ها، والدین را به تکالیف قانونی واداشت. بر این اساس قانون‌گذار برای جلوگیری از آسیب‌های فردی و اجتماعی توسل به مجازات را به‌عنوان آخرین چاره برگزیده است.

۴-۲- اصل اخلاقی (اخلاق‌گرایی حقوقی)

استانداردهای رفتاری و اصول اخلاقی معین برای حمایت از جامعه تنظیم شده و نقض آن‌ها علاوه بر ارتکاب گناه یا جرم علیه شخص، ارتکاب جرم علیه جامعه به‌عنوان یک کل می‌باشد. به اعتقاد اندیشمندان حقوق کیفری، در پاره‌ای از جرائم، کارکرد این حقوق، صرفاً اجرای یک اصل اخلاقی است. از نظر پاتریک دولین^۱ رفتار اخلاقی برای حفظ انسجام یک دولت ضروری است و بنابراین قانون‌گذاران باید این حق را داشته باشند که رفتار غیر اخلاقی را جرم‌انگاری کنند (Devlin, 196:10,11). در این راستا «خودداری از حضانت» بدون شک عملی بد اخلاقی است که به قانون‌گذار اجازه می‌دهد از ابزارهای حقوقی در جلوگیری از نقض آن بهره‌برد. از طرفی فرآیند جرم‌انگاری رفتار مزبور نیز باید با اخلاق عمومی و انتظارات جامعه همخوانی داشته باشد و در تعارض با خواسته‌ها و افکار عمومی نباشد. به نظر می‌رسد در طی سال‌های اخیر به‌واسطه انعکاس اخبار کودک‌آزاری به‌صورت گسترده در رسانه‌های عمومی و افزایش اطلاعات عمومی جرم‌شناختی در سطح جامعه مبنی بر وجود ارتباط معنادار بین اهمال در حضانت و مراقبت از اطفال و بزهکاری آن‌ها، افکار عمومی آماده پذیرش جرم‌انگاری در حوزه مزبور شده است.

از منظر جامعه‌شناختی به هر میزان که رفتارهای اخلاقی و اعتقادی در جامعه دینی کاهش یابد، قانون‌گذار جهت حل خلأهای ناشی از فقدان مؤلفه‌های مذکور، نیازمند مداخله بیشتر می‌باشد. از آنجاکه حفظ کیان خانواده بر پایه مهر و مودت و اخلاق و مدارا استوار است، در شرایط فقدان یا ضعف اخلاق در تعاملات خانواده و حضانت طفل، قانون‌گذار کیفری در زمینه اهمال در حضانت نیز علی‌رغم حوزه حقوق خصوصی در موضوع حضانت با حربه تهدید به کیفر وارد شده است؛ لذا این حمایت کیفری پیش از آنکه از نظر انطباق قوانین کیفری ایران با معیارهای بین‌المللی مورد تأمل قرار گیرد، باید از این منظر توجه شود که آیا کیفر مزبور می‌تواند از حقوق بنیادین اطفال بی‌گناه در برابر منفعت‌طلبی‌های والدین یا سرپرست وی محافظت نماید؟

بنیان خانواده بر مدار عشق و محبت و مودت انسانی شکل می‌گیرد و تا زمانی به حیات و بالندگی خود ادامه می‌دهد که در همان مدار اولیه حرکت نماید. مودت و محبت بی‌دریغ و عاری از منفعت‌گرایی و تجارت‌گونه، ریشه در اخلاق و فضایل انسانی دارد و اصولاً عالم حقوق و قانون که عالم به بایدونبایدهای الزام‌آور مادی و قهری است، به آن حریم مقدس راهی ندارد. مصلحت کلی جامعه و خانواده نیز در همین است که اخلاق، اداره‌کننده باشد و نه حقوق. باین حال حقوق می‌تواند با هزینه زایی برای رفتارهای خارج از چارچوب اخلاقی، زمینه‌های تهدید اخلاقی را با شیوه‌های مناسب از بین ببرد. زمانی که طفل بدون علت مورد ظلم واقع می‌شود، قانون‌گذار با حربه مجازات، اندکی از درد وارده بر طفل را بر حاضن وارد می‌کند تا شاید با چشیدن اندکی از درد و رنج طفل، از تکرار جرم و تضییع حقوق کودک جلوگیری نماید.

شاید این سؤال مطرح شود که کسی که مهر فرزند و عاطفه مادری یا پدری، نتواند او را به انجام تکالیف پدرا نه و مادرانه وادار نماید، آیا مجازات تعزیری درجه هشت، توانایی این کار را دارد؟ در پاسخ باید گفت: هدف قانون‌گذار عدم استفاده از حربه مدنی (خاتمه حضانت) و ایجاد یک تضمین حداقلی برای استمرار آن در جهت رعایت مصالح طفل است. در واقع قانون‌گذار از طریق توسل به حربه کیفری در عرصه مذکور، به دنبال صیانت از حقوق کسانی است که به دلایل مختلف فیزیکی و اجتماعی توانایی دفاع در برابر تعدیات طرف قوی‌تر را ندارند (میر کمالی، ۱۳۹۶، ۲۹۴). از طرفی خانواده حریم مقدسی است که نباید ابزار کیفر و مجازات اجتماعی بدان جز در موارد بسیار ضروری راه یابد؛ زیرا طفل نباید خود را در مواجهه با سرپرستی که او را به‌عنوان تنها تکیه‌گاه زندگی تلقی می‌نماید، تسلیم محض بداند که هیچ چاره‌ای در برابر تعدیات او ندارد. در اینجا ابزار قانون کیفری به یاری طفل مزبور می‌آید و به او می‌فهماند در صورت ظلم و تعدی، عاملی مادی و محسوس حقوقی می‌تواند او را در برابر تعدیات شخص قوی‌تر، یاری نماید و او را از ادامه تعدی و ظلم نابجا بازدارد.

جرم اهمال در حضانت همانند سایر جرائم دارای سه عنصر قانونی و مادی و روانی است. به عنصر قانونی در مباحث پیشین اشاره شد، در ادامه مهم‌ترین عنصر یعنی رکن مادی بررسی می‌شود و در نهایت به نکاتی پیرامون عنصر روانی جرم اشاره می‌شود:

۵- عنصر مادی و اجزاء آن

دو عامل مهم دین و عرف در تحدید و ترسیم حضانت نقش دارند. بر اساس دین و مذهب خانواده، برخی از حقوق ثابت طفل که وابسته به زمان و مکان خاصی نیست و در بردارنده محدوده حضانت است، به‌صراحت تعیین می‌شود. مذهبی که طفل بدان وابسته است، در بردارنده مفاهیم و مصادیق عالی و غیرقابل تغییر حضانت است. بر این اساس یکی از حقوق معنوی طفل، آن است که اگر طفلی دارای والدین شیعه یا سنی می‌باشد، در صورت فوت یا ناصالح بودن آن‌ها، در تعیین سرپرست و قیم، نباید مذهب وی با مذهب طفل در تعارض باشد؛ زیرا مذهب در بردارنده هویت اصلی طفل است و هر طفلی حق دارد با هویتی که بر اساس آن متولد شده است، رشد و نمو پیدا کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۳۴). عرف نیز در بردارنده مفاهیم و مصادیق متغیر حضانت بر حسب زمان و مکان و موقعیت خانوادگی و اجتماعی و اقتصادی طفل است.

۵-۱- نوع رفتار فیزیکی و مصادیق آن

قانون‌گذار به‌موازات جرم‌انگاری نقض وظایف مرتبط با حضانت در قانون حمایت خانواده، (۱۳۹۱)، در قوانین بعدی نیز پاره‌ای از مصادیق «اهمال در حضانت» را جرم مستقل دانسته است. در این راستا در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، هرگونه خودداری از تکالیف حضانت به‌طور عام و کلی تحت عنوان اهمال در حضانت در نظام کیفری جرم‌انگاری عام شده است؛ ولی برخی از اشکال حضانت، به‌طور مستقل و با کیفر متفاوت و شدیدی جرم‌انگاری شده که می‌توان آن‌ها را صور خاص جرم کوتاهی در حضانت نامید بر این اساس ضروری است رفتار فیزیکی در هر دو حالت به‌طور جداگانه بررسی شود:

۵-۱-۱- اهمال در حضانت در معنای عام

اهمال: رکن اصلی عنصر مادی جرم موضوع ماده ۵۴ ق.خ، اهمال در حضانت است، اهمال معمولاً از طریق ترک فعل میسر می‌شود و درجه‌ای ضعیف‌تر از سوء رفتار تلقی می‌گردد. در مجموع فروگذاری از تأمین نیازهای اساسی طفل، اهمال در حضانت محسوب می‌شود که دارای انواع مختلف اهمال فیزیکی، بهداشتی، عاطفی تربیتی و اخلاقی می‌باشد. هرچند مقنن در صدر ماده از عبارت «خودداری از حضانت» استفاده کرده است؛ اما نوع رفتار فیزیکی را نمی‌توان منحصر به ترک فعل دانست و واژه اهمال با اندکی تسامح افعالی را که تربیت و سلامت جسمی و روانی کودک را به خطر می‌اندازد، شامل می‌شود؛ بنابراین نوع رفتار فیزیکی جرم خودداری از حضانت شامل: فعل مثبت و فعل منفی می‌شود. از نظر مؤلفان اصطلاح «اهمال حضانت» رساتر

و جامع‌تر است، در ادامه به مصادیق اهمال در حضانت پرداخته شده است. بند پ ماده ۱ قانون حمایت از اطفال مصوب ۱۳۹۹ در تعریف بی‌توجهی و سهل‌انگاری در حضانت بیان می‌دارد: «کوتاهی در انجام تکالیفی از قبیل تأمین نیازهای اساسی و ضروری طفل یا نوجوان یا وظایف مربوط به حضانت، ولایت قیمومت، سرپرستی، تربیت و نظارت یا مراقبت از اطفال توسط والدین، اولیا، سرپرست قانونی یا هر شخصی که مکلف به آن است». گذشته از ترک فعل، برای پوشش خلأها قانون‌گذار در توسعه مفهومی اهمال، طیف مختلفی از رفتارهای ایذایی چون آزار جنسی و سوءاستفاده جنسی، بهره‌کشی اقتصادی، قاچاق و خریدوفروش کودک که ممکن است از طرف والدین و حاضن علیه کودک صورت گیرد، در قانون اخیر، تعریف و جرم‌انگاری شده تا در بخش رفتارهای فیزیکی، جرم تخطی از حضانت جامعیت یابد.

تعریف اهمال در حضانت متأثر از فرهنگ‌ها و آداب‌ورسوم و مکان و زمان و ... صورت گرفته است. انجام یک کار سبک و ساده توسط یک طفل شش‌ساله در مزرعه‌ی یک خانواده روستایی یا عشایری امری عادی محسوب می‌شود. در حالی که وادار نمودن طفلی که در یک زندگی شهری رشد و نمو پیدا کرده است، به انجام کار مزبور مصداق بارز اهمال در حضانت تلقی می‌شود. در مجموع قانون‌گذار به دنبال موارد عادی و سبک تعرض به اطفال بوده و قانون مزبور ناقض قوانینی که به صورت خاص، موارد تعرض و خشونت علیه اطفال را جرم‌انگاری نموده، نیست.

۵-۱-۱-۱- اهمال فیزیکی (معیار جسمی)

در دوران حضانت، طفل از نظر جسمی نیاز به مراقبت بیشتری دارد؛ زیرا به اقتضای ضعف جسمی و ناآگاهی طفل، در مورد عوامل تهدیدکننده سلامت، ممکن است خطراتی همانند سوختگی یا شکستگی اعضا یا از بین رفتن منافع حیاتی، سلامت و جان وی را تهدید نماید. آسیب‌های جسمی احتمال دارد که تا آخر عمر با کودک همراه باشد و در این دوران، حادث شود؛ لذا مسئول حضانت نسبت به پیشگیری از آسیب‌های مزبور نیازمند هشیاری و مراقبت است. گاه طفل بیمار نیازمند ویزیت پزشک یا بستری در بیمارستان است و به تأخیر انداختن غیرمعارف معالجات پزشکی و درمانی طفل در موارد ضروری، از مصادیق خودداری از حضانت محسوب می‌شود.

در حالت عادی و معمولی، حاضن این وظیفه را به خوبی انجام می‌دهد؛ اما در صورتی که وی دارای مشکلات هوشی یا اعتیاد شدید به مواد مخدر صنعتی باشد، امکان اهمال در زمینه حضانت طفل وجود دارد؛ در این شرایط قانون‌گذار با وضع قوانین پیشگیری‌کننده در بدو امر، از سپردن حضانت طفل به افراد مزبور خودداری نموده است؛ اما این امکان نیز وجود دارد که حاضن در ادامه

حضانت دچار مشکلات مزبور شود؛ در این صورت وظیفه خویشاوندان و یا همسایگان مطلع، این است که بلافاصله مراجع قانونی را در جریان امر قرار دهند. با توجه به حساسیت امر اطلاع‌رسانی عمومی در این زمینه یا حتی وضع قوانین الزام‌آور جهت اطلاع‌رسانی شهروندان در مورد حاضنی که دارای حالات پرخطر است، امری ضروری و مقرون به صواب است.

در مجموع هرگونه رفتاری که منجر به آزار جسمی بر کودک شود، اعم از اینکه دارای آثار مشخص و محسوسی بر اعضا ظاهری یا باطنی (کبد طحال و ...) کودک باشد، سوء رفتار جسمی قلمداد می‌شود؛ لذا سوء رفتار جسمی بسیط و سوء رفتار جسمی شدید همانند ضربه زدن به کودک با دست یا پا یا با ابزار خاصی همانند شلاق؛ پرت کردن یا هل دادن کودک با قوت؛ در معرض گرما یا سرمای شدید قرار دادن طفل؛ سوزاندن اعضای بدن او و هرگونه رفتاری که منجر به ایجاد الم و درد جسمانی غیرمتعارف گردد، می‌تواند جزو مصداق سوء رفتار جسمی قلمداد شود. سوء رفتار جنسی نیز شامل هرگونه رفتاری است که به قصد استفاده جنسی از کودک یا هرگونه اقدام در جهت عادی‌سازی رفتارهای جنسی در ذهن کودک از طریق گفتار، تصویر یا رفتار، بر کودک اعمال شود.

۵-۱-۱-۲-اهمال غیر فیزیکی

اهمال غیر فیزیکی مجموعه‌ای از رفتارهایی است که در درجه اول، روح و روان و جنبه باطنی و معنوی طفل را مورد آماج قرار می‌دهد. با توجه به تأثیرات منفی روانی بد حضانتی، می‌توان این نوع اهمال در حضانت و بد حضانتی را به سوء رفتار عاطفی، سوء رفتار اخلاقی و سوء رفتار حیثیتی تقسیم نمود.

نخست: سوء رفتار عاطفی: یکی از ابعاد و جنبه‌های مهم طفل به‌عنوان یک انسان، بعد معنوی و روحی است که قسمت مهمی از حیات مطلوب او در حال و آینده، وابسته به تأمین اقتضائات این بعد است. تعامل همراه با مهربانی و عطوفت حاضن با طفل، هیچ جایگزین دیگری ندارد و سلامت روحی و معنوی و به تبع آن رشد عقلی و جسمی طفل، وابسته به بعد عاطفی است. با توجه به این اهمیت در سال‌های اولیه حیات و به سبب برخورداری بیشتر زنان از عنصر عاطفه و احساس، در سال‌های اول زندگی، اولویت حضانت با زنان است. اگر طفلی از نعمت دوستی و مهربانی محروم گردد، امکان سلب شفقت، عاطفه و رحم انسانی در آینده از طفل دور از انتظار نیست (ماده ۱۰۴ قانون خانواده مغرب مصوب ۲۰۰۴). تحقیقات صورت گرفته در مورد صد طفل،

دال بر این است که غالب اطفال بزهکار کسانی هستند که محبوب خانواده خود نبوده‌اند (Cf. L.). (Pépin, 1977: 8; A.M. Fournier, 1970).

طفلی که در فضایی مملو از خشونت و درگیری بزرگ‌شده، از نظر توازن اخلاقی و نفسانی با مشکلات عدیده‌ای مواجه است. به عبارتی اشخاصی که در دوران طفولیت، احساس امنیت نمی‌کنند، در مراحل آتی زندگی دچار ناهنجاری و خصومت علیه اجتماع می‌شوند.

دوم: سوء رفتار اخلاقی: طرح مطالب سخیف و غیراخلاقی با طفل یا با دیگران و در حضور طفل، معاشرت غیرضروری با افراد دارای سوء رفتار اخلاقی و رفتاری، استفاده از کلمات و عبارات آزاردهنده علیه طفل یا دیگران (در صورتی که منجر به آزار طفل شود)، توهین و تحقیر طفل، فریاد کشیدن یا خشم و غضب متناوب علیه طفل، عدم ایجاد ارتباط عاطفی با طفل یا استفاده از رفتارهایی که باعث تنفر و اشمغزاز طفل می‌شود.

سوم: سوء رفتار حیثیتی: طفل رو به رشد و شکوفایی ذهنی به مرور زمان با مقوله‌ای به نام حیثیت و ارزش و اعتبار اجتماعی آشنا می‌شود و برای تعامل اجتماعی که هیچ‌گونه گریزی از آن نیست، خود را نیازمند حیثیت اجتماعی مزبور می‌بیند. در این زمینه اگر حاضر به اموری همانند تکی‌گری اشتغال داشته باشد و یا به هنجارهای اجتماعی اعم از نوع پوشش و ... ملتزم نباشد طفل احساس شرمندگی و فروتری نسبت به همسالان خود می‌نماید و بر فرض تأمین نیازهای فیزیکی و جسمی او، یکی از مصادیق بارز «اهمال در حضانت» تلقی می‌شود.

علاوه بر مطالب فوق، سایر اشکال اهمال در حضانت را می‌توان در موارد ذیل برشمرد:

- هرگونه رفتاری که به سلامت یا امنیت یا اخلاق طفل صدمه بزند؛
 - تنها گذاشتن طفل برای مدت طولانی نه برحسب اتفاق که به‌عنوان یک‌رویه تبدیل شده باشد؛
 - ممانعت از ملاقات طفل با یکی از والدین و یکی از خویشان نزدیک او بدون عذر موجه؛
 - معاشرت با افرادی که دارای سوء خلق یا اعتیاد به مواد مخدر و الکلی و سایر ویژگی‌های منفی هستند. به‌گونه‌ای که یک مسئول دلسوز از نظر عرفی فاقد چنان معاشرت‌هایی است؛
 - ممانعت از تحصیل طفلی که به سن ۶ سال تمام رسیده است؛
 - محروم نمودن طفل از تفریحات سالم یا معاشرت با هم‌سن‌وسالان.
- همه موارد بالا در قالب سوء رفتار با طفل قرار می‌گیرند.

۵-۱-۲- مصادیق خاص مجرمانه اهمال در حضانت

روش مقنن در حمایت از حقوق محضون این است که برخی از مصادیق رفتاری اهمال در حضانت را که توسط حاضن یا والدین صورت می‌گیرد، در قالب عناوین عام مجرمانه در قانون مجازات با حبس و دیه و قصاص پاسخ می‌دهد و در قوانین خاص مانند قانون حمایت از اطفال و نوجوان مصوب ۱۳۹۹ نیز موارد خاصی نظیر خودداری از ثبت‌نام کودک در مدرسه (ماده ۸ قانون حمایت اطفال)، اقدام برای ترک تحصیل، فرار کودک از خانه (ماده ۱۰)، آزار جنسی و سوءاستفاده جنسی (مواد ۱۱ و ۱۲)، اقدام برای قاچاق کودک، انتقال و فروش اعضا و جوارح و بهره‌کشی اقتصادی از آنان، جرم‌انگاری و مستوجب کیفر شدید حبس درجه ۳ تا ۷ می‌باشند؛ بنابراین در کیفر دهی اهمال در حضانت ابتدا باید عمل حاضن را با مواد فوق تطبیق داد و چنانچه مشمول آن‌ها نشود با لحاظ ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ برای آن، مجازات تعیین نمود. در صورت خاص اهمال در حضانت، تردیدی در نوع رفتار فیزیکی نیست و قانون‌گذار هر دو طیف افعال ایجابی و سلبی را موجد جرم تلقی کرده است که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود:

۵-۱-۲-۱- امتناع از تحصیل کودک یا فراهم‌سازی موجبات ترک مدرسه و خانه

از مصادیق اهمال در حضانت که هم به شکل ایجابی و سلبی به وقوع می‌پیوندد، محروم نمودن طفل از حق تحصیل است. در این نوع رفتار، حاضن به دلایل مختلفی از ثبت‌نام کودک در مدارس امتناع می‌ورزد یا با تهدید و تشویق، سبب فرار وی از مدرسه و خانه می‌گردد یا به هر نحوی موجبات ترک تحصیل محضون را فراهم می‌کند. اهمیت حق تحصیل کودک به حدی است که قانون‌گذار نخست این رفتار را جرم‌انگاری و مواد ۷ و ۸ را به آن اختصاص داده است. ماده ۷ در این خصوص مقرر می‌دارد: «هر یک از والدین، اولیاء یا سرپرستان قانونی طفل و نوجوان و تمام اشخاصی که مسؤولیت نگهداری، مراقبت و تربیت طفل را بر عهده‌دارند، چنانچه برخلاف مقررات ... از ثبت‌نام و فراهم کردن موجبات تحصیل طفل و نوجوان واجد شرایط تحصیل تا پایان دوره متوسطه امتناع کنند یا به هر نحوی از تحصیل او جلوگیری کنند، به انجام تکلیف یادشده و جزای نقدی درجه هفت قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند.» بر اساس ماده ۸ نیز هرگاه حاضن «با تهدید، ترغیب یا تشویق موجب فرار طفل از خانه یا مدرسه و یا ترک تحصیل وی شود یا اطفال یا نوجوانان را بدین منظور فریب دهد و یا موجبات آن را تسهیل یا فراهم کند، در صورت فرار یا ترک تحصیل، حسب مورد به یک یا چند مورد از مجازات درجه شش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود».

۵-۱-۲-۲- بی‌توجهی منجر به فوت و آسیب شدید جسمی و آزار جنسی

ماده ۹ قانون حمایت اطفال، هرگونه بی‌توجهی و سهل‌انگاری والدین و غیر والدین نسبت به کودکان و نوجوانان را که منجر به آسیب و صدمه مندرج در ماده می‌شوند، حسب نوع آسیب، علاوه بر دیه، به مجازات حبس درجه ۵ تا ۸ محکوم می‌نماید و در صورتی که مرتکب از والدین کودک باشد مقنن با اعمال تخفیف، حداقل مجازات را اعمال می‌کند. ماده ۹۱ در مقایسه با جرم اهمال در حضانت از حیث مرتکب و بزه دیده قلمرو گسترده‌تری دارد؛ اما در مصادیق اهمال، نسبت به ماده ۵۴ محدودتر است؛ بنابراین به دلیل لاحق بودن در مواردی که با هم مغایرت دارند، قانون حمایت خانواده را صرفاً تخصیص می‌دهد. جرم موضوع ماده ۹، جرمی مقید است که تا زمانی که یکی از نتایج مصرح در کودک حاصل نشود، جرم تحقق نمی‌یابد؛ به‌علاوه نتایج و آسیب‌های یادشده نیز حصری بوده و ناظر به برخی از آسیب‌های جسمی و روانی است و شامل همه ضررهای مالی وارده به کودک نمی‌شود در نتیجه هرگاه در اثر سهل‌انگاری دست‌مخضون کبود شود یا یک بیماری جسمی موقت در او ایجاد گردد یا اینکه مالی از کودک تلف شود، حاضن مشمول کیفر حبس ماده ۹ نخواهد بود؛ لیکن برای مجازات وی می‌توان به ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده استناد نمود. این درحالی است که جرم اهمال در حضانت در قانون حمایت خانواده جرم مطلق است که به‌محض کوتاهی و اهمال حاضن فارغ از نتیجه، جرم محقق می‌شود.

۴۲

۵-۱-۲-۳- آزار و سوءاستفاده جنسی از محضون

آزار جنسی و سوءاستفاده جنسی حاضن از کودک ممنوع است و طیف وسیعی از رفتارهای جنسی تماسی و غیر تماسی را در برمی‌گیرد. در این رهگذر بهره‌کشی جنسی از طریق عرضه، وادار کردن یا اجیر کردن و در دسترس قراردادن یا ارائه محتواهای مستهجن و مبتذل به طفل، استفاده طفل برای تهیه و توزیع آثار منافی عفت که همگی از مصادیق سوءاستفاده جنسی از

۱. ماده ۹- هرگاه در اثر بی‌توجهی و سهل‌انگاری اشخاص غیر از والدین نسبت به اطفال و نوجوانان نتایج زیر واقع شود، مقصر علاوه بر پرداخت دیه به‌شرح زیر مجازات میشود:

- (الف) فوت طفل یا نوجوان حسب مورد به مجازات حبس درجه پنج قانون مجازات اسلامی؛
 (ب) فقدان یکی از حواس یا منافع، قطع، نقص یا ازکارافتادگی عضو، زوال عقل یا بروز بیماری صعب‌العلاج یا دائمی جسمی یا روانی و یا ایراد جراحت از نوع جانفیه یا بالاتر حسب مورد به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی؛
 (پ) نقصان یکی از حواس یا منافع، شکستگی استخوان یا دیگر اعضاء و یا بروز بیماری روانی به مجازات حبس درجه هفت قانون مجازات اسلامی؛
 (ت) جراحت سر و صورت و یا گردن در صورت عدم شمول هر یک از بندهای (ب) و (پ) به مجازات حبس درجه هشت قانون مجازات اسلامی؛

(ث) آزار جنسی ناشی از بی‌توجهی و سهل‌انگاری شدید و مستمر حسب مورد به یکی از مجازات‌های درجه هشت قانون مجازات اسلامی. تبصره- هرگاه بی‌توجهی و سهل‌انگاری والدین منجر به نتایج موضوع این ماده شود؛ حسب مورد به مجازات تا حداقل مندرج در بندهای فوق محکوم می‌شوند، در خصوص بند «ت» این ماده در صورتی والدین مشمول حکم این تبصره می‌شوند که اقدامات لازم برای جلوگیری از صدمه را انجام نداده باشند و صدمه مستند به آنها باشد

کودکان به شمار می‌روند، در ماده ۱۰ جرم‌انگاری شده‌اند و مرتکب، حسب مورد به یکی از مجازات‌های بندهای ۹ گانه محکوم می‌شود. به جهت تأثیرپذیری و سرزنش‌پذیری جرائم منافی عفت، در فقه امامیه، قانون‌گذار رویکرد سخت‌گیرانه اتخاذ نموده است، به گونه‌ای که کمترین واکنش کیفری مقرر، مجازات درجه ۸ برای آزار جنسی غیر تماسی و قراردادن آثار مبتذل در اختیار کودک است و این کیفر در موارد آزار جنسی تماسی که مشمول حد نباشد، تا حبس درجه ۵ (۲ تا ۵ سال) افزایش می‌یابد.

۵-۱-۲-۴- بهره‌کشی اقتصادی از محزون

منظور از بهره‌کشی اقتصادی، به کارگیری غیرقانونی طفل و نوجوان یا وادار کردن یا گم‌کردن او به کار یا خدمتی است که از لحاظ جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی با توجه به وضعیت طفل برای وی مضر یا خطرناک باشد. وفق ماده ۱۵ هر شخصی از جمله حاضن «برخلاف قانون کار مرتکب بهره‌کشی اقتصادی از طفل ... شود علاوه بر مجازات مقرر در قانون کار به حبس درجه ۶» محکوم می‌شود. در این مقرر، بهره‌کشی اقتصادی به نقض «قانون کار» منحصر شده است و اگر حاضن برخلاف مقررات کنوانسیون حقوق کودک، تعمداً سوءاستفاده اقتصادی از کودک بنماید، ماده ۱۵ درباره وی اعمال نمی‌شود و بایستی به استناد ماده ۵۴، مرتکب را کیفر نمود.

۵-۱-۲-۵- خریدوفروش محزون و یا اعضا و جوارح او

تردیدی نیست خریدوفروش کودک و قاچاق او، عملی برخلاف وظایف حضانتی است که غالباً با هدف فحشاء و هرزه‌نگاری، بهره‌کشی اقتصادی، برداشت اعضا یا جوارح طفل و یا استفاده از طفل و نوجوان در فعالیت‌های مجرمانه انجام می‌شود. حتی احتمال دارد حاضن خود به انتقال یا خرید فروش و قاچاق اعضا و جوارح کودک بانگیزه مالی و غیرمالی مبادرت ورزد. چنین رفتارهای سه‌گانه‌ای که همگی از نوع فعل مثبت می‌باشند. در مواد ۱۱ تا ۱۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان جرم‌انگاری شده است و حسب مورد به مجازات درجه ۳ تا ۵ محکوم می‌شوند. لازم به ذکر هست که هرگاه انتقال اعضای کودک دچار مرگ مغزی برای درمان بیماران نیازمند انجام شده باشد، از شمول ماده مستثنا می‌باشد به نظر می‌رسد این اختیار ناظر به حاضن نباشد و از حقوق شخص کودک یا ولی قهری اوست؛ زیرا فروش اعضای کودک توسط حاضن در هر حالتی، رفتاری خلاف مصلحت کودک و وظایف حضانتی است؛ بنابراین اگر حاضن به این کار مبادرت ورزد، مرتکب جرم‌اهمال در حضانت شده است. در این مورد اگر به دلیل وجود تبصره، شمول جرم قاچاق یا خریدوفروش اعضای کودک، بر عمل حاضن مردد باشد باز می‌توان مجازات ماده

۵۴ قانون حمایت خانواده را به متخلف اعمال نمود؛ اما نظر قوی تر آن است که پیش تر بیان شد. ۵-۱-۲-۶- استفاده حاضن از کودک در جرائم مخدر، در اختیار قرار دادن یا فروش مواد دخانی به اطفال از دیگر مصادیق سوء رفتار عمدی در حق حاضن، به کارگیری وی در جرائم مرتبط با مواد مخدر است؛ به این شکل که والدین یا شخصی که سرپرستی قانونی طفل را برعهده دارد، از او در خرید و فروش، حمل و توزیع مواد مخدر استفاده نماید. حالت دیگر که آسیب شدیدی در روح و روان کودک به جا می‌گذارد، قرار دادن مواد مخدر در اختیار کودک به منظور سرگرمی یا معتاد کردن کودک است. این رفتارها عمدتاً توسط والدین یا حاضنی انجام می‌شود که اعتیاد به مواد مخدر دارد. در قانون مبارزه با مواد مخدر، این عمل مرتکب در قالب فاعل معنوی (صغیر غیرممیز)، به عنوان جرم مستقل موضوع ماده ۳۵ قابل پیگرد است که حمایت در خوری را از کودک به عمل آورده است؛ با این حال مقنن در قوانین کیفری درباره سایر مواد دخانی نظیر سیگار، قلیان و غیره سخنی به میان نیاورده بود به همین خاطر قانون‌گذار در قانون حمایت از اطفال، صریحاً فروش مواد دخانی به کودک و در اختیار قرار دادن آن‌ها را جرم‌انگاری و مجازات جزای نقدی درجه ۸ برای والدین و حاضن خاطی در نظر گرفته است؛ که گامی در حمایت از سلامت جسمی و روانی کودک محسوب می‌شود. در ماده ۱۶ قانون اطفال بیان می‌شود: «در اختیار قرار دادن یا فروش مواد دخانی به اطفال و نوجوانان یا به واسطه آنان، موجب ضبط مواد دخانی کشف شده و محکومیت مرتکب به جزای نقدی درجه هشت قانون مجازات اسلامی می‌شود». همان طور که مشاهده می‌شود در این ماده، فقط فروش مواد دخانی به واسطه کودک ممنوع شده و رفتارهایی چون توزیع، حمل و نگهداری از قلم‌افتاده است.

۴۴

۵-۲- شرایط و اوضاع احوال لازم برای تحقق جرم اهمال در حضانت

مصادیق اهمال در حضانت با توجه به اینکه حاضن زن و مرد باشد، متفاوت می‌باشد و ناشی از موقعیت خاص و متفاوت هر یک از این دو است. حاضن زن علاوه بر اینکه ممکن است در جایگاه شیردهی به طفل باشد و از ناحیه اهمال در شیر دادن به طفل ضرر برساند، به علت ویژگی زن بودن، قاعدتاً باید دارای عواطف ملایم زنانگی باشد که از مرد چنین انتظاری نمی‌رود (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴: ۲۱۴). از طرفی علم و آگاهی راجع به اصول فرزند داری و مصالح و مفاسد مترتب بر طفل امری نسبی است و همگان به یک میزان از آن بهره‌مند نیستند. یک فرد تحصیل کرده و صاحب یک منصب مهم اجتماعی با یک کارگر ساده، هر یک نگرش متفاوتی در مورد حقوق کودک و بالتبع محدوده تکالیف مربوط به حضانت دارند؛ پاره‌ای از حقوق طفل نیز آن چنان بدیهی و واضح است

که مورد اشراف و اذعان همگان است. لذا در احصاء محدوده حضانت، نباید تنها تکالیف عامی که همگان به آن معترف هستند، مدنظر قرار بگیرد. افزون بر آن، وضعیت فردی حاضن نیز باید مطمح نظر واقع گردد. عرف و جامعه نیز از فرزندان طبقات مختلف اجتماعی انتظارات متفاوتی دارد.

مسئول پرداخت نفقه فرزند، حتی اگر حضانت آن با مادر باشد، بر عهده پدر یا جد پدری است. درواقع اگر حضانت متوقف بر صرف مال باشد، مادر در آن زمینه فاقد وظیفه قانونی و شرعی است؛ بلکه تنها وظیفه مادر در حیطة حضانت، هر اقدام عملی در راستای حضانت غیر از صرف مال است؛ اما به‌هرحال مادر حاضن، باید پدر یا جد پدری را از نیاز طفل به‌صرف مال آگاه سازد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۲۸۰) در صورتی که اشخاص مزبور از پرداخت نفقه فرزند امتناع نموده و در نتیجه آن، مادر از انجام وظایف حضانت بازماند، پدر یا جد پدری به‌عنوان سبب اقوی از مباشر مرتکب جرم‌اهمال در حضانت قلمداد می‌شوند (فضل‌الله، ۱۴۳۲: ۵۶۷). البته از آنجاکه ترک نفقه طفل نیز خود جرم مستقلی تلقی می‌شود (گلدوزیان، ۱۴۰۲: ۶۲۵). به نظر می‌رسد این مورد، تعدد اعتباری محسوب می‌گردد و از آنجاکه در تعدد اعتباری، که رفتاری واحد منجر به چند عنوان مجرمانه می‌گردد، وی به مجازات عنوانی محکوم می‌شود که شدیدتر است. احتمال دوم و قوی‌تر این است که ترک نفقه و تسبیب در اهمال حضانت، مشمول ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی و تعدد واقعی جرم می‌شود و در نتیجه وی به هر دو مجازات محکوم و اشد آن به مرحله اجرا گذاشته شود. با این توضیحات محدوده مصلحت طفل، تنها برحسب جوامع مختلف تغییر نمی‌کند؛ بلکه در یک اجتماع و شهر مشخص نیز متفاوت است؛ به‌گونه‌ای که هرگونه رفتاری که مخالف مصلحت طفل باشد و او را با ضرر و حرج و سختی مواجه نماید و توجیه عقلانی و منطقی نداشته باشد، می‌تواند مشمول ماده مزبور قرار بگیرد.

پرواضح است که برای تحقق جرم، کودک و نابالغ بودن محضون (بزه دیده) شرط است و منظور از طفل کسی است که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد؛ بنابراین والدینی که از تربیت و نگهداری فرزند بالغ خود استنکاف ورزد، مشمول مجازات ماده ۵۴ نمی‌شود. درواقع حق حضانت تا قبل از بلوغ کودک و رشد عقلی وی ثابت است. با رسیدن وی به سن بلوغ با رشد عقلی، ولایت پدر و مادر نسبت به او پایان می‌یابد و خود فرد اختیاردار امور خویش می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۳۱۱).

۵-۳- مرتکب جرم (دارنده مسئولیت کیفری)

در نظام حقوقی ایران، حضانت کودک به‌عنوان تکلیفی قانونی بر عهده پدر و مادر نسبی و در مواردی بر عهده فردی غیر از آنان گذاشته شده است؛ از این رو نخستین پرسش در خصوص مرتکب جرم، تعیین فرد دارای مسئولیت کیفری است؛ اینکه زن و مرد در صورت کوتاهی در حضانت، مسئولیت مشترک دارند یا بایستی قائل به تفصیل شد و حکم حالت مختلف (حضانت در زمان زندگی مشترک، در زمان طلاق و حضانت در تلقیح مصنوعی و غیره) را متناسب با شرایط تحلیل نمود؟ در پاسخ می‌توان بیان نمود که همانند مفهوم و مصادیق حضانت، این موضوع نیز بسته به جنسیت حاضن، مصلحت طفل و تحولات زمانی و مکانی تغییر می‌کند و دارنده مسئولیت کیفری جرم حضانت ممکن است بسته به شرایط و فروض مختلف، تغییر یابد.

۵-۳-۱- مرتکب جرم (حاضن) در زمان زندگی مشترک والدین (قبل از طلاق)

آنچه در ابتدای امر پس از شنیدن واژه‌ی حضانت به ذهن متبادر می‌شود نگهداری طفل، پس از جدایی والدین است لیکن اطلاق واژه‌ی حضانت در قانون حمایت خانواده، دوران زوجیت را نیز شامل می‌شود. در باب موضوع حضانت در فرض زندگی مشترک نیز دو فرض متصور است: حالت نخست این است که والدین با توافق یکدیگر، امر نگهداری طفل را به‌صورت مشترک انجام دهند. در حالت دوم، والدین یا یکی از آن‌ها تصمیم می‌گیرد که نگهداری طفل به شخص ثالث واگذار شود.

الف- اشتراک مسئولیت

بر اساس ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی تعهد حضانتی در زمره تکالیف مشترک زوجین در قبال فرزند به شمار می‌رود و قانون مدنی حضانت را تکلیف پدر و مادر دانسته است از این رو بر اساس این ماده، مسؤولیت شامل هر دو آن‌ها می‌شود؛ گرچه پدر نسبت به مادر حق و تکلیف بیشتری مانند ولایت دارد؛ زیرا تکالیف ولایت توأمان با تکلیف حضانت بر عهده او می‌باشد و تبعاً ریاست و ولایت نمی‌تواند موجب انحصار مسؤولیت کیفری به پدر به هنگام اهمال در حضانت شود.

در تأیید این دیدگاه، می‌توان به تقسیم وظایف حضانت در دکترین حقوقی استناد جست. از نظر برخی حقوقدانان تعهدات، حضانت به دو قسم تقسیم می‌شود: دسته نخست امورات و مهارت‌هایی است که آداب اولیه‌ی زندگی تلقی می‌شود و یادگیری آن بر همه افراد لازم است، مانند رعایت مسائل بهداشتی، آداب غذا خوردن و نشستن. قسم دوم فعالیت‌های مرتبط با تربیت در حد بالاتر و آمادگی برای اقتصاد زندگی است نظیر یادگیری مهارت شغلی، هنر جنگی. در صورت اختلاف دسته نخست به مادر منتسب می‌شود و در دسته دوم، پدر اولویت دارد (بیگدلی، ۱۳۹۰: ۱۱). بر مبنای

این دیدگاه تقسیم وظایف، مقتضی اشتراک در مسئولیت کیفری است؛ لیکن این نتیجه را در پی دارد که اهمال هر دسته، فقط یک نفر مسئولیت کیفری دارد که با مصلحت طفل سازگاری ندارد. نکته دیگر اینکه ولی قهری و ولی خاص متفاوت از حضانت می‌باشد چون که ولی قهری، ولایت بر اداره امور مالی و غیرمالی دارد در حالی که حضانت ناظر به نگهداری و تربیت طفل می‌باشد، بدیهی است در صورت زنده‌بودن پدر و مادر و جد پدری، تکلیف حضانت بر دوش جد پدری نیست و او مشمول ماده نمی‌شود؛ همچنین است وصی و قیم هم این مورد صدق می‌کند. از مطالب فوق برمی‌آید در اهمال در حضانت، هردو والدین شریک جرم هستند. به دیگر سخن در مواردی که والدین هردو تکلیف دارند، هرگاه هردو آن‌ها کوتاهی کنند، هر دو به‌عنوان شریک و فاعل مستقل مجازات می‌شوند؛ اما در مواردی که حضانت به دلیل ناتوانی روانی و جسمی یکی از آن‌ها، اختصاص به یکی دارد، مسئول فقط همان فرد می‌باشد.

ب- مسئولیت کیفری حاضن ثالث

از ماده ۱۱۶۸، ۱۱۶۹ و ۱۱۷۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود که حضانت صرفاً حکم و ناشی از اراده قانون‌گذار نیست و والدین می‌توانند با رعایت مصلحت طفل، درباره آن تراضی کرده و حق حضانت را از پدر به مادر یا بالعکس منتقل کنند. چنین توافقی که بر مبنای ماده ۱۰ ق.م.مدنی شکل می‌گیرد تا زمانی که طرفین به آن پایبند هستند، لازم‌الرعایه است و در این صورت فقط متعهد قراردادی حضانت، مسئولیت کیفری خواهد داشت؛ اما اگر یکی از والدین از آن عدول کند مرجع قضایی با لحاظ این امر که در حال حاضر تکلیف قانونی حضانت برعهده چه کسی است، تصمیم می‌گیرد و در این حالت طرف مقابل نمی‌تواند به دلیل امتناع متعهد قراردادی، از انجام تکلیف قانونی خود امتناع نماید (نظریه مشورتی ۷/۱۱۴۴- ۱۳۸۲/۲۷) و در غیر این صورت مسئولیت مدنی و کیفری خواهد داشت؛ درواقع با عدول یکی از طرفین، تکلیف اولیه حضانت بر ذمه والدین واگذارکننده حق حضانت بازگشت می‌نماید.

در مقابل اغلب حقوقدانان معتقدند بر اساس اصل حاکمیت اراده و مواد ۹۵۹ و ۹۷۵ قانون مجازات اسلامی، واگذاری حق حضانت به شخص ثالث امکان‌پذیر است. بر همین مبنا است که دادگاه نیز می‌تواند در مواردی که سلامت روحی و جسمی کودک تهدید می‌شود، نگهداری طفل را از والدین سلب و به شخص ثالثی واگذار کند (ماده ۱۱۷۵ ق.م.)، (صفایی، ۱۳۹۸: ۴۳۳-۴۰۹) حال در این فرض اگر شخص ثالث در نگهداری طفل کوتاهی کند و یا از اجرای آن امتناع ورزد، به مجازات درجه هفت موضوع ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده محکوم خواهد شد. منطوق ماده قانون حمایت

خانواده، برداشت مزبور را تقویت می‌کند؛ زیرا مقنن به جای والدین از عبارت «هرکس که حضانت طفل را بر عهده دارد» استفاده نموده است که با اطلاق خود، شامل غیر والدین نیز می‌گردد.

۵-۳-۲- مرتکب جرم در زمان طلاق

از دیدگاه مشهور فقها در زمان طلاق، حضانت دختر تا سن ۷ سالگی با مادر است و در مقابل پاره‌ای از فقها معتقدند که حضانت پسر نیز تا سن ۷ سالگی بایستی به مادر و مابقی آن تا سن بلوغ به پدر واگذار شود (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱: ۲۹۰؛ خوبی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۵۸؛ خمینی، ۱۴۰۹: ۳۳۳). قانون مدنی و قانون حمایت خانواده در اصلحیه خود به دلیل اهمیت و حساسیت نگهداری طفل در سنین ابتدایی، از نظریه غیر مشهور تبعیت کرد و سن حضانت طفل پسر را نیز در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ به ۷ سال تغییر داد؛ بنابراین در زمان طلاق، دادگاه به حکم قانون، حضانت را به نفع مادر طفل صادر و اعلام می‌کند که در این صورت اگر مادر از انجام تکلیف خودداری نماید و یا در حضانت طفل مرتکب اهمال و تفریط و زیاده‌روی گردد، وفق ماده ۵۴ حمایت از اطفال به مجازات قانونی محکوم می‌شود در نتیجه مرتکب جرم در زمان طلاق برای اطفال ۷ ساله اصولاً مادر طفل می‌باشد؛ اما همان‌گونه که گفته شد در حضانت اطفال بالای ۷ سال، اولویت با پدر است و دادگاه در زمان طلاق، حکم به حضانت طفل بر عهده پدر می‌دهد، مگر این که موجبات اسقاط حضانت در او وجود داشته باشد، حتی اگر دادگاه در خصوص حضانت تصمیمی نگرفته باشد تکلیف حضانت در این زمان بر عهده پدر بوده و ارتکاب جرم تنها از طرف او امکان‌پذیر است. در چنین حالتی کوتاهی مادر در حضانت هر چند غیر اخلاقی و از نظر مدنی مسئولیت داشته باشد؛ اما مسئولیت کیفی برای او در پی ندارد، این نظر با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تفسیر به نفع متهم تقویت می‌شود. با رسیدن اطفال به سن بلوغ، آن‌ها برای اداره امور غیرمالی خود صلاحیت پیدا می‌کنند و از این زمان موضوع حضانت به‌عنوان امری غیرمالی منتفی است؛ بنابراین افراد بالغ می‌توانند تصمیم بگیرند و با هریک از والدین که بخواهند باشند (نظریه مشورتی ۷۶۲۶/۷-۱۳۸۰/۸/۲). بنابراین اهمال در نگهداری و تربیت فرد بالغ جرم تلقی نمی‌شود، حتی اگر شخص زیر ۱۸ سال و غیر رشید تلقی شود؛ چراکه رشد ناظر به اداره امور مالی است و حضانت موضوعاً از رشد خارج می‌باشد.

۵-۳-۳- مرتکب جرم در زمان مرگ والدین

به استناد ماده ۱۱۷۱ ق.م. در صورت فوت یکی از والدین، حضانت با فردی است که زنده است. حکم این ماده در حالتی که ولایت پدر بعد از فوت به جد پدری می‌رسد نیز حکم‌فرما خواهد بود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۶۱۵؛ حلی، ۱۴۰۹: ۴۱۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۴۳۶). زیرا در حالت عادی،

با وجود یکی از والدین، هیچ شخصی شایسته‌تر از وی در امر حضانت نسبت به طفل نیست؛ حتی برخلاف قانون به عقیده برخی از فقها، ازدواج مادر در این حالت مانعی ایجاد نمی‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۱۲). حقی که در این فرض برای مادر لحاظ شده به موجب قانون است و بدون مداخله دادگاه قابل اعمال است و مستلزم نصب از طرف دادگاه نیست؛ بنابراین در چنین فرضی تکلیف حضانت به صورت پیش فرض بر عهده والدین زنده قرار گرفته و در صورت اهمال در حضانت، وی مستوجب مجازات خواهد بود؛ اما چنانچه هر دو والدین فوت کرده باشند، بنا بر اصل، حضانت متعلق به جد پدری خواهد بود؛ لذا اگر وی از حضانت طفل خودداری ورزد یا مرتکب تقصیر شود، به مجازات مقرر در ماده ۵۴ محکوم خواهد شد.

با این حال در تمام حالت‌های فوق‌الذکر (زندگی مشترک، زمان طلاق و فوت والدین)، اگر مصلحت طفل اقتضا کند، دادگاه می‌تواند حق اولویت پدر و مادر و جد پدری را سلب و حضانت طفل را به شخص دیگری واگذار کند که در این صورت، مسئولیت کیفری مقرر در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده به حاضن انتخابی دادگاه تحمیل می‌شود.

۵-۳-۴- مرتکب جرم در تلقیح مصنوعی

از نظر پزشکی تلقیح مصنوعی در شکل‌های مختلفی صورت می‌گیرد که حکم قسم عمده‌ای از آن‌ها در قانون بیان نشده است و فقها و حقوقدانان درباره مشروعیت و آثار وضعی آن عقاید متفاوت و متعارضی بیان داشته‌اند؛ به‌طور کلی کودک حاصل از این نوع تلقیح با سه دسته افراد شامل: صاحبان نطفه، صاحب رحم و گیرندگان جنین ارتباط پیدا می‌کنند. صرف نظر از مشروع و غیرمشروع دانستن این اقسام، سؤالی که مطرح می‌شود این است که حضانت این طفل بر عهده چه کسی است و در صورت ارتکاب جرم موضوع ماده ۵۴، آیا پدر و مادر نسبی یعنی صاحبان نطفه مسئول می‌باشد یا کس دیگری (گیرنده جنین)؟ برای پاسخ به این سؤال حضانت در فروض مختلف تلقیح واکاوی می‌شود.

۱- تلقیح با نطفه شوهر

در این فرض طفل متولد از نطفه شوهر، طفل قانونی زن و مرد می‌باشد و تمامی احکام مدنی و کیفری حضانت بر آن‌ها بار می‌شود. تنها تفاوت آن با لقاح طبیعی، فقدان رابطه نزدیکی است که قانون‌گذار آن را در ایجاد نسب و احکام وضعی مؤثر نمی‌داند.

۲- مرتکب جرم در تلقیح با نطفه بیگانه

قوانین موضوعه درباره حکم این قسم، ساکت است. دیدگاه غالب در بین حقوقدانان و فقها، عدم مشروعیت تلقیح مصنوعی است؛ باین حال درباره نسب و حضانت دو حالت از هم تفکیک شده است: در حالتی که زن و مرد به عمل لقاح جاهل باشند، طفل ملحق به پدر و مادری طبیعی (صاحبان نطفه) است؛ زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبه است و همان گونه که شبه ولد ملحق به کسی است که جاهل به حرمت رابطه بوده است؛ در فرض مزبور نیز به دلیل فقدان نزدیکی و زنا، این الحاق صورت می‌گیرد؛ بنابراین تکلیف حضانت درجایی که هر دو طرف جاهل باشد با هر دو طرف هست که چنانچه پدر و مادر طبیعی از اجرای این تکلیف خودداری نمایند، به مجازات مقرر در ماده ۵۴ محکوم خواهند شد. مشکلی که در اینجا به وجود می‌آید این است که اگر زن شوهردار باشد با توجه به اینکه امکان زندگی مشترک با پدر طبیعی ممکن نیست، مسئولیت کیفری مشترک هم‌زمان نیز منتفی خواهد بود، حضانت طفل با لحاظ قاعده اولویت و مصلحت کودک بر عهده یک نفر خواهد بود و همان فرد، جرم مورد بحث را مرتکب می‌شود.

اما در حالتی که زن و مرد به واقعیت امر آگاهی دارند برای مثال همسر زن نابارور بوده و وی با گرفتن اسپرم مرد بیگانه‌ای، صاحب فرزند می‌شود. درباره نسب ناشی از این امر بین علما اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند که طفل به صاحبان نطفه (صاحب اسپرم و مادر طبیعی) ملحق می‌شود؛ زیرا از نظر اصول حقوقی و مواد قانونی، هر فرزند طبیعی، قانونی است؛ مگر اینکه قانون تصریح به خلاف نموده باشد و موردی که قانون به رسمیت نشناخته است ولد زناست که ملحق به زانی نمی‌شود و در بقیه موارد طفل ملحق به پدر و مادر صاحب نطفه می‌شود. در تلقیح مصنوعی چون اعمال ارتكابی را نمی‌توان زنا به معنای واقعی دانست؛ لذا نسب بین صاحبان نطفه و طفل ایجاد می‌شود و مصلحت طفل نیز مقتضی این نظر است (صادقی مقدم، ۱۳۸۳: ۱۶۲). بنابراین با اثبات این رابطه، تکلیف حضانت طفل بر عهده صاحبان نطفه قرار می‌گیرد که در صورت استنکاف از حضانت، می‌توان مجازات قانونی را درباره آن‌ها اعمال کرد، حتی اگر به تبعیت از دیدگاه مخالفان، نسب قانونی بین صاحبان نطفه برقرار نشود، باز تکلیف به حضانت صاحبان نطفه و در نتیجه مسئولیت کیفری آنان، مشکلی پیش نمی‌آید؛ زیرا تکلیف به حضانت، ملازمه‌ای با نسب بین حاضن و طفل ندارد.

اما در خصوص امکان اعمال مجازات نسبت به شوهر زوجه باید گفت چون وی هیچ نقشی در تکوین و تولد طفل ندارد، بنابراین هیچ رابطه‌ای نسبی با فرزند حاصل از لقاح مصنوعی پیدا نمی‌کند و در نتیجه هیچ تکلیف حضانتی نیز برای وی متصور نیست تا بتوان وی را به مجازات اهمال

در حضانت محکوم ساخت. در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: اصولاً صاحب نطفه هیچ تمایلی به تولد فرزند و ایجاد تکلیف برای خود ندارد و در بیشتر موارد این شوهر زوجه است که با توافق با همسرش، نطفه بیگانه را دریافت می‌کند؛ و طبق قرارداد، خود را در برابر اهداءکننده نطفه ملزم به تأمین نفقه و تربیت و نگهداری کودک می‌سازد و در این صورت تحمیل حضانت به صاحب نطفه از یکسو خلاف توافق و مصلحت کودک بوده از دیگر سو با تفسیر به نفع متهم همخوانی ندارد؛ به نظر می‌رسد در این فرض با وحدت ملاک از قانون اهدای جنین به زوجین ناباور، بایستی گیرندگان را ملزم به حضانت نمود و مجازات ماده ۵۴ قانون را درباره آن‌ها اعمال نمود.

۵-۳-۵- مرتکب جرم در رحم جایگزین

در مورد جواز و عدم جواز رحم اجاره‌ای و نسب و حضانت طفل ناشی از آن در قانون مدنی و قوانین خاص حکم صریحی وجود ندارد؛ به همین جهت درباره مادر قانونی طفل دو دیدگاه مطرح شده است: برخی اندیشمندان صاحب تخمک را مادر قانونی طفل دانسته و احکام حضانت را بر او تحمیل می‌کنند و اما برخی دیگر قائل به وجود دو مادر برای وی هستند (صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۱۲۱). مطابق یک برداشت هیچ کدام از صاحب رحم و صاحب تخمک را نمی‌توان از حضانت محروم ساخت. بنابراین در حالت جانشینی در بارداری هر کدام از مادران (صاحب تخمک و یا صاحب رحم) که مادر قانونی طفل محسوب شود، به لحاظ قرابتی که از نقش هریک از آن‌ها در شکل‌گیری طفل ناشی می‌شود، باید در شمار اقربا محسوب شود و حق ملاقات طفل را برای وی محترم شمرد (مجتهد سلیمانی و عزیز، ۱۴۰۰: ۱۴۴-۱۱۵). بر پایه این دیدگاه در رحم اجاره‌ای، اگر هر دو مادر از تکلیف حضانت امتناع ورزند، هر دو شریک جرم بوده و مسئولیت کیفری خواهند داشت. به نظر مؤلفان، این دیدگاه مصلحت کودک را تأمین نمی‌کند؛ زیرا وجود اختلاف بین دو مادر درباره حضانت کودک مشکلات روحی و تربیتی زیادی را برای کودک به وجود می‌آورد و دخالت دادگاه و تعیین مادر حاضن را ناگزیر می‌سازد. از طرفی حضانت، برخلاف ارث و حقوق مالی با نسب ملازمه ندارد و بیشتر تابع مصلحت و اراده مقنن می‌باشد. به نظر می‌رسد ایجاد مسئولیت کیفری برای دو مادر، مقصود و غرض قانون‌گذار نباشد؛ لذا با وحدت ملاک از قانون اهدای جنین، در اینجا نیز می‌توان زن صاحب نطفه را که گیرنده جنین هم هست، مادر قانونی و مکلف به حضانت دانست و تنها او را مرتکب جرم موضوع ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده به شمار آورد.

در هر حال در مورد صاحب اسپرم و مسئولیت کیفری او در اهمال حضانت بحثی وجود ندارد؛

زیرا هم پدر قانونی طفل می‌باشد و هم گیرنده جنین.

۵-۳-۶- مرتکب جرم در اهدای جنین به زوجین نابارور

در بحث اهدای جنین که مقنن به صراحت گیرندگان را موظف به تکالیف حضانت و نفقه می‌نماید؛ به نظر می‌رسد اهمال در حضانت ناظر به گیرندگان باشد نه صاحبان نطفه. در این خصوص ماده ۳ قانون اهدای جنین اشعار می‌دارد: «وظایف و تکالیف زوجین گیرنده جنین و طفل متولدشده از لحاظ نگهداری و تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.» همان گونه که ملاحظه می‌شود ماده مذکور فقط از وظایفی مثل تربیت و نگهداری سخن به میان آورده و از اصطلاح حقوقی حضانت استفاده نکرده است؛ به علاوه هیچ بحثی راجع به نسب و ارث و محرومیت در نکاح بیان نکرده است. از تدقیق در محتوای ماده برمی‌آید قانون‌گذار طفل را به اهداکنندگان ملحق و میان آن‌ها رابطه نسبی ایجاد نمی‌کند؛ با این حال واگذاری حق حضانت به دریافت‌کنندگان که حقیقتاً پدر و مادر واقعی و طبیعی می‌باشد، نشانگر آن است که رابطه فرزند با گیرندگان، معادل رابطه نسبی است و دیدگاهی که دو مادر برای کودک قائل هستند از نظر مسائل حقوقی حضانت، مشکل ایجاد کرده و مصلحت کودک و منافع او را تهدید می‌کند. از طرفی اهداکنندگان اصلاً قصد ایجاد تکلیف برای خود نداشته‌اند و به حکم قرارداد و قانون مشخصاتشان محرمانه باقی می‌ماند، بر این اساس زوجین گیرنده همان حقوق و تعهدات مصرح در ماده ۱۱۶۸ را بر عهده دارند و امتناع آنان از انجام تکالیف حضانت، موجب ایجاد مسئولیت مدنی و کیفری خواهد بود. حتی حقوق و تکالیف حضانت را نمی‌توان از زوجین گیرنده سلب نمود؛ مگر اینکه موارد سقوط حضانت مندرج در ماده ۱۱۷۳ درباره آن‌ها وجود داشته باشد. در همین راستا رویه قضایی، امکان استرداد طفل و سلب حضانت به صرف اختلاف را با این استدلال رد نموده است که: اولاً؛ ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ تصریح دارد که قانون‌گذار بین زوجین اهدا گیرنده و فرد متولدشده از جنین اهدایی، رابطه‌ی نسبی قائل نشده و به تأسی از مشهور فقهای معاصر، این فرد را ملحق به صاحبان گامت (اسپرم و تخمک) کرده است.

ثانیاً، صرف وجود قرابت نسبی میان اهداکننده و کودک حاصل از اهدای جنین موجب نمی‌شود تا استرداد کودک به صاحبان گامت امکان‌پذیر شود. به نظر می‌رسد اهدا گیرندگان برابر ماده ۳ مذکور، از نظر قانونی دارای حق حضانت هستند و اخذ کودک تحت حضانت از ایشان و واگذاری آن به فرد دیگر از جمله صاحبان اسپرم و تخمک، تابع مقررات مربوط به سلب حق حضانت از دارنده آن است (نظریه مشورتی شماره ۱۸۱۸-۱۳۸۷/۷/۸).

نکته دیگر آنکه، در فرزندخواندگی هم گیرندگان کودک مستحق مجازات هستند نه والدین نسبی، زیرا مقنن تکلیف حضانت را به صراحت بر عهده سرپرستان جدید می‌گذارد.

۵-۳-۷- مرتکب جرم در تولد ناشی از رابطه نامشروع

مشهور فقهای امامیه، ولد الزنار را به زانی و زانیه ملحق نمی‌دانند و به تعبیر دقیق‌تر رابطه نسبی میان آن‌ها را از نظر شرعی به رسمیت نمی‌شناسد. در حقوق موضوعه از آنجاکه از لحاظ زیستی میان این کودکان با سایرین تفاوتی وجود ندارد؛ زانی و زانیه پدر و مادر عرفی و طبیعی کودک تلقی می‌شوند و به‌جز توارث، کلیه تکالیف پدر و مادر نظیر نفقه و حضانت بر عهده آنان قرار می‌گیرد؛ زیرا اولاً سبب ایجاد طفل شده و از باب تسبیب مسئولیت دارند. ثانیاً عدالت و مصلحت کودک اقتضا می‌کند همه حقوق کودک بر والدین طبیعی تحمیل گردد. هیأت عمومی دیوان عالی کشور (در رأی وحدت رویه ۶۱۷-۷۳/۴/۳) از این دیدگاه حمایت نمود و حکم به تکلیف زانی و زانیه در حضانت و نفقه کودک نامشروع داد. بر این پایه اگر والدین طبیعی از انجام این تکلیف خودداری ورزند، مستحق مجازات اهمال در حضانت خواهند بود. حقوقدانان در مورد مشابه عدم پرداخت نفقه اطفال نامشروع، به مسئولیت کیفری والدین طبیعی نظر داده‌اند که گویای تمایل حقوقدانان به تعمیم حکم آن به مسئله حضانت است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۳۷۶). در این زمینه اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۳۱۳۸۴۷-۷۳/۶/۷ نظر داد: «هرچند در قانون مدنی نسبت به حضانت اطفال نامشروع حکمی صادر نشده است، لیکن با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و عرف و عادت مسلم و روح قانون و فتوای صریح امام خمینی (ره) پدر و جد پدری به ترتیب و مادر طبیعی طفل، مکلف به انفاق هستند و ترک انفاق از سوی آنان قابل تعقیب کیفری و مجازات است (زراعت، ۱۴۰۰: ۳۷). بنابراین بر اساس مبانی این دیدگاه و الغای خصوصیات از ترک نفقه، در قضیه خودداری از حضانت نیز، مسئولیت کیفری والدین طبیعی، ثابت می‌شود.

۶- عنصر روانی جرم

تحقق جرم صرفاً با انجام عمل مادی تحقق نمی‌یابد؛ بلکه فعل مجرمانه باید نتیجه خواست و اراده فاعل باشد، به دیگر سخن، باید میان فعل مادی و حالات روانی فاعل نسبتی موجود باشد تا بتوان مرتکب را مقصر شناخت. جرم اهمال در حضانت نیز تنها در صورتی به حقوق کیفری راه پیدا می‌کند که عنصر مادی آن یعنی اهمال فیزیکی و خشونت جسمی و ترک حضانت و ... ناشی از اراده و خواست مرتکب باشد، بنابراین چنانچه کسی به اجبار اقدام به ترک حضانت طفل نماید یا در اثر اکراه، مانع تحصیل طفل شود یا به جهت فقدان تمکن مالی، به رفتارهای مضر در تربیت طفل ارتکاب نماید به جهت ارادی نبودن عمل مادی، جرم تحقق پیدا نمی‌کند.

قانون گذار در برخی از موارد بیان می‌کند که این جرم عمدی است و برای این کار از عبارتی نظیر «عالم‌آباداً یا با سوءنیت استفاده می‌کند که این‌ها دلالت بر عمدی بودن جرم می‌کند. در مورد جرم غیرعمدی هم قانون گذار تصریح دارد. گاه این جرم غیرعمدی است یا عباراتی از قبیل «سهواً، از روی بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی یا عدم رعایت نظامات دولتی و... را به کار می‌گیرد، مانند تخریب غیرعمدی اموال دولتی در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی.

در خصوص جرم اهمال در حضانت، قانون حمایت خانواده عبارتی نظیر «قصود و علم و عمد» مشاهده نمی‌شود؛ باین‌حال از فحوای کلام مقنن: «هرگاه مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری نماید»، برمی‌آید که خودداری از حضانت صرفاً در حالت عمدی آن، جرم می‌باشد؛ علاوه بر این اصل عمدی بودن جرائم مؤید نظر فوق است. درعین‌حال به جهت آثار متعدد منفی مترتب بر بد حضانتی به نظر می‌رسد قانون‌گذار باید اهمال در حضانت را به‌عنوان یک جرم غیرعمدی محسوب نماید. باین‌حال از حیث مسئولیت مدنی، عمد و غیر عمد حاضن تأثیری بر ثبوت خسارت ندارد.

۷- کیفر مستنکف از حضانت و نقد آن

یکی از نقاط مثبت قانون حمایت خانواده جدید، در نظر گرفتن نوعی تنبیه مالی برای مستنکف از وظایف حضانت و ایجاد ممانعت در حق ملاقات طرف دیگر است تا آنجا که با تکرار این اعمال می‌توان حضانت را به دیگری واگذار کرد و در صورت داشتن ارکان سه‌گانه‌ی جرم (رکن مادی، معنوی و قانونی) او را به حداکثر جزای نقدی درجه هشت محکوم نمود. ماده ۵۴ قانون جدید حمایت خانواده «ماده ۱۴ قانون سابق» در این خصوص بیان می‌دارد: «مسئول حضانت... به جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار آن به حداکثر مجازات محکوم می‌گردد.» ملاحظه می‌شود مجازات مرتکب پایین‌ترین درجه کیفر در نظام کیفری است که با لحاظ ماده ۱۹ ق.م.ا. نهایتاً بتوان مجازات مالی ناچیز کمتر از یک میلیون تومان را بر او تحمیل کرد و حتی با تعدیلی که توسط هیات وزیران در سال ۱۴۰۰ صورت گرفت میزان جزای نقدی از ۳۰ میلیون ریال فراتر نخواهد رفت که بعید است با تورم کنونی بازدارندگی حداقلی برای اهمال در حضانت ایجاد کند (اردبیلی، ۱۴۰۲: ۵۲).

نکته دیگر همسانی مجازات منع ملاقات با خودداری از حضانت است و اگر تناسب بین جزای نقدی درجه هشت با ممانعت از ملاقات قابل توجیه باشد چنین تناسبی را در حوزه حضانت که می‌تواند موجب آسیب‌های عاطفی و جسمی شدید و دائمی به کودک باشد، قابل‌تصور نیست.

آیا با جزای نقدی ثابت درجه هشت می‌توان مسئول حضانت را به ایفای تعهد قانونی وادار کرد؟ پاسخ منفی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۳۳). لذا شایسته است قانون‌گذار همانند نظام‌های حقوقی خارجی از کیفر کاراتری نظیر حبس و محرومیت از حقوق اجتماعی مانند سلب موقت و دائم حق حضانت بهره‌جوید.

ذکر این نکته ضروری است که هرگاه اهمال در حضانت، مشمول عناوین خاص مجرمانه مقرر در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان شود. مجازات شدیدتر اعمال می‌شود، بدین توضیح که هرگاه حاضن از ثبت‌نام کودک در تحصیل خودداری کند و یا با تهدید و تشویق موجبات ترک تحصیل و فرار او از خانه و مدرسه را فراهم کند، به ترتیب به جزای نقدی درجه ۷ و به یک یا چند مورد مجازات درجه شش محکوم می‌گردد (مواد ۷ و ۸) و یا در مواقعی که بی‌توجهی و سهل‌انگاری حاضن (والدین یا غیر والدین) منجر به فوت و آسیب جسمی، بروز بیماری روانی و آزار جنسی کودک شود، کیفر مرتکب به حبس افزایش می‌یابد که بسته به نتایج حاصله، مجازات بین حبس درجه ۵ (زمان فوت) و یکی از مجازات درجه ۸ (آزار جنسی) نوسان دارد.

در مقایسه با قانون حمایت خانواده، مجازات‌های مذکور از بازدارندگی بیشتری برخوردارند؛ لکن با این ایراد جدی روبرو هستند که هرگاه مرتکب از والدین کودک باشند، مطابق تبصره ماده ۹ نهایتاً «حداقل کیفر» اعمال می‌شود. مبنای این تفاوت مشخص نیست؛ به‌علاوه این امر با مصلحت کودک سازگاری ندارد؛ چراکه در قریب به اتفاق موارد، حاضن یکی از والدین طفل می‌باشد. ایراد مهم‌تر عدم تعیین حداقل مجازات برای والدین می‌باشد که از عبارت «تا حداقل مجازات» ناشی می‌شود؛ بر اساس این لفظ، میزان حداقل به اختیار قاضی واگذار شده است که می‌تواند یک روز حبس و حتی یک ریال جزای نقدی را در برگیرد؛ لذا هرگاه دادرس در فرض بند ت و ث ماده ۹ یک ریال برای متهم مجازات تعیین نماید، عملاً نمی‌توان بر او اشکال نمود. ازاینجا روشن می‌گردد مجازات مقرر در ماده ۹ که ارتباط تنگاتنگی با جرم ماده ۵۴ دارد، در مقام عمل، بازدارندگی کمتری دارد.

در تعارض با این رویکرد در جرائم موضوع مواد ۷ و ۱۰ تا ۱۴، والدین بودن و داشتن سمت حضانت و قیمومت و وصیت مرتکب، از کیفیات مشدده محسوب شده است و در این حالت میزان کیفر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی کمتر نخواهد بود. به نظر می‌رسد علت این تفاوت سیاست را در عنصر روانی جرائم باید جستجو کرد نه در نتایج و صدمات وارده بر کودک؛ یعنی جرم موضوع ماده ۹ جرم غیر عمدی است؛ اما در جرائم دیگر، والدین و حاضن از روی عمد و با سوءنیت مرتکب جرم می‌شوند. مقتضی تشدید فراهم است؛ باین حال مشخص نیست مقنن

بر چه مبنا و معیاری به فرمول میانگین رسیده است و چرا معیار حداکثر مجازات یا عبور از حداکثر را تعیین نکرده است.

نکته دیگر امکان اعمال جایگزین‌های حبس به برخی از مرتکبان جرم طبق قانون حمایت از اطفال هست برای مثال در برخی موارد مانند جرم موضوع ماده ۹ (ایراد آسیب ناشی از بی‌توجهی و کوتاهی حاضن)، قاضی در نهایت ملزم به اعمال مجازات جایگزین حبس خواهد بود؛ چراکه جرم مزبور غیر عمدی بوده و حداکثر مجازات قانونی آن‌ها حبس درجه شش (زیر ۲ سال) می‌باشد. قاعده نیز آن است که به موجب ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی مرتکبان جرائم غیر عمدی به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌شوند؛ مگر اینکه مجازات قانونی جرم ارتكابی بیش از دو سال حبس باشد که در این صورت حکم به مجازات جایگزین حبس، اختیاری است (میر محمدصادقی، ۱۴۰۲: ۹۲) یا به موجب ماده ۱۰، آزار جنسی غیر تماسی، حسب مورد حبس درجه ۷ و ۸ دارد که الزاماً به جایگزین‌های حبس تبدیل می‌گردد. همچنین حبس در تشویق و تسهیل غیر مؤثر به خودکشی (ماده ۱۴) به دلیل درجه هشت بودن، مشمول جایگزین‌های حبس خواهد بود.

علاوه بر این قانون‌گذار در برخی مصادیق اگر مرتکب جرم والدین طفل باشد، حداقل کیفر را اعمال می‌نماید که این امر سبب می‌شود درجه مجازات قانونی در محدوده جایگزین‌های حبس الزامی قرار گیرد و جنبه بازدارندگی مجازات را در عمل با مشکل مواجه سازد. برای مثال اگر در اثر بی‌توجهی والدین حاضن، کودک نقض عضو و زوال عقل و به بیماری صعب‌العلاج دچار شود، مرتکب حداقل به حبس درجه شش (۶ ماه تا دو سال) یعنی از ۱ روز تا ۶ ماه حبس محکوم می‌شود که با توجه به ماده ۶۵ الزاماً به جایگزین حبس، تبدیل می‌شود.

نتیجه‌گیری

بدون شک پیشرفت و سعادت هر ملتی در آینده، در گرو سلامت تن و روان اطفال و کودکانی است که امروزه تحت حضانت والدین یا دیگران هستند. اگر مسئولین حضانت و تربیت اطفال به مسئولیت خود به نحو شایسته‌ای ملتزم باشند تا حدود زیادی نظم و امنیت آینده تضمین خواهد شد؛ لذا والدین یا کسانی که مسئولیت حضانت اطفال را بر عهده می‌گیرند، نقشی بی‌بدیل و غیرقابل جایگزین در زمینه پیشگیری از بزه‌کاری اطفال و نوجوانان بر عهده دارند. از آنجاکه حریم خانواده با حربه مجازات حفظ نمی‌شود، اقدامات فکری و فرهنگی مداومی لازم است تا حقوق کودکان و اطفال، و رای تهدید کیفری تأمین شود؛ با این حال زمانی که نهادهای فرهنگی و اخلاقی جامعه در ایفای وظایف اصلی و غیرقابل اغماض خود، دچار سهل‌انگاری و غفلت می‌شوند، برای جلوگیری

از خسارات بیشتر ناگزیر ابزارهای حقوقی و کیفری باید فعال گردند لکن در این راستا مهم‌ترین بحث در حوزه جرم‌انگاری حضانت، مبنای حقوقی و توجیه توسل به ابزار کیفری است، نقد بررسی موضوع نشان داد که در قانون خانواده، از میان سه مبانی رایج حقوقی (اصل ضرر، پدرسالاری حقوقی و اصل اخلاقی) جرم‌انگاری اهمال در حضانت بیشتر بر مبنای اصل ضرر یعنی جلوگیری از آسیب مادی و معنوی به اطفال صورت پذیرفته است به علاوه بد حضانتی عملی غیراخلاقی و مذموم در جامعه نیز به شمار می‌رود که در جهت تقویت مبانی به مقتن اجازه می‌دهد برای جلوگیری از نقض این ارزش اخلاقی نیز به جرم‌انگاری دست بزند به‌طور کلی حساسیت قانون‌گذار در ارتباط با ایفاء مطلوب حضانت امری شایسته و درخور تحسین است. مستفاد از آیات و روایت و منطوق مواد قانونی این است که از حیث قلمرو جرم، اهمال در حضانت نه تنها شامل امور ناظر به حضانت مادی طفل می‌شود بلکه خودداری و کوتاهی و اقدامات ایجابی که منجر به آسیب به بعد روحی و معنوی طفل گردد سبب تحقق جرم خواهد شد.

با این وجود در مرحله کیفرگذاری برخلاف نظام حقوقی خارجی که از مجازات شدیدتر حبس و جزای نقدی نسبی بهره گرفته‌اند، قانون‌گذار در ماده ۵۴ برای خودداری از حضانت، کیفر ناچیز درجه ۸ استفاده کرده است که فاقد بازدارندگی مطلوب می‌باشد؛ البته یکی از دلایل مهم این برخورد ناچیز و ضعیف قانون‌گذار با موضوع اهمال در حضانت آن است که معمولاً قانون‌گذار مهم‌ترین مصادیق اهمال در حضانت را به صورت خاص و موردی جرم‌انگاری نموده است؛ لیکن با جرم‌انگاری خودداری از حضانت به صورت عمومی و فراگیر به دنبال رفع نقایص و خلأهای مزبور بوده است تا هیچ فردی با استناد به فقدان یا اجمال قانون، نتواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند. با این حال این اصطلاح «ترک کامل حضانت» را به ذهن متبادر می‌سازد؛ در حالی که مشکل اصلی بسیاری از اطفال نه در ترک کامل حضانت، بلکه در بد حضانتی یا اصطلاحاً اهمال در حضانت است و قانون‌گذار باید برای رسیدن به مقصود خود از اصطلاح اخیر استفاده می‌نمود. هر چند که در شرع مقدس اسلام بعضی از مصادیق همانند تربیت دینی و اخلاقی به عنوان مصادیق حضانت تعیین و ثابت است؛ اما از آنجا که اقتضائات عصر نوین در تربیت طفل نباید فراموش شود؛ لازم است که به موازات رشد و تحول فنی و حتی شناختی در جوامع بشری، مصادیق و محتوای حضانت نیز تا حدودی متحول و به‌روز می‌شود؛ لذا نهادهای فرهنگی و دانشگاهی باید به صورت دوره‌ای و متناوب کدهای رفتاری و اخلاقی حضانت اطفال را احصا نمایند تا به طرق مقتضی مورد تقنین قرار گیرد.

از طرفی کسی که مسئول حضانت طفل می‌باشد لازم است طفل را عضوی از بدن خود بداند و لااقل تا زمان بلوغ و رشد طفل به صورت شبانه‌روزی مراقب او بوده و لحظه‌ای از او غفلت ننماید. لذا سلامت روانی و جسمی حاضن پیش شرط برعهده گرفتن حضانت است. در نتیجه اگر دادستان و نظام قضایی در تشخیص صلاحیت حاضن سهل‌انگاری نموده و طفل را نزد کسی که فاقد صلاحیت برای این کار است، بسپارند مسئولیت شرعی و قانونی دارند. در مجموع علاوه بر پیشنهاد‌های قبلی موارد زیر نیز به‌عنوان آورده‌های این نوشتار اعلان می‌گردد:

- آموزش حضانت و فرزند داری با لحاظ آموزه‌های دینی و اقتضائات نوین با همکاری مشترک نخبگان حوزه‌های علمیه و مراجع دانشگاهی و علمی به شیوه‌های مختلف؛
- الزام به گذراندن دوره‌های خاص آموزش حضانت به‌ویژه برای متقاضیان فرزندخواندگی؛
- اخذ تعهد کتبی و آگاه نمودن متقاضی حضانت در بدو پذیرش مسئولیت مذکور از مجازات کیفری مزبور؛
- تماس‌های دوره‌ای و اتفاقی تلفنی یا ملاقات حضوری با طفل تحت حضانت برای آگاهی از کیفیت فرآیند حضانت؛

- اصلاح قانون حمایت خانواده در جهت توسعه قلمرو جرم حضانت و افزایش بازدارندگی کیفر مجرم با حرکت به سمت جزای نقدی نسبی و مجازات‌های محرومیت از حقوق اجتماعی.

منابع

- ◀ ابن ادریس، محمد بن منصور، (۱۴۱۰). السرائر، قم: نشر اسلامی.
- ◀ ابن سعید، یحیی بن احمد، (۱۴۰۵). الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء.
- ◀ ابن قدامه، (بی‌تا). المغنی، الطبعة الثالثة بدار المناره بالقاهره.
- ◀ اردبیلی محمدعلی، (۱۴۰۲). جزای عمومی ۳، تهران: میزان.
- ◀ احمد عبدال موجودی فرغلی، (۲۰۱۹). حق الطفل فی الحضانه فی القانون الدولی الخاص، مجله الدراسات القانونیه المجلد ۶، العدد ۱.
- ◀ انصاری، محمد علی، (۱۴۱۵). الموسوعه الفقہیہ المیسره، ج ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- ◀ بروجردی، حسین، (۱۳۸۶). منابع فقه شیعه، ج ۲۶، تهران: فرهنگ سبز.
- ◀ بیگدلی، سعید، (۱۳۹۰). «مشکلات و حق‌های قانونی حضانت در نظام حقوقی ایران، ندای صادق، س ۱۶، ش ۵۵.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۳۷۶). الصحاح، ج ۵، بیروت، بی‌نا.
- ◀ حاجی ده‌آبادی، احمد، (۱۳۸۹). مقررات کیفری لایحه‌ی حمایت از خانواده در بوت‌هی نقد، مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۸.

- ◀ حلی، حسن، (۱۴۰۹). ارشادالاذهان، کتاب نکاح، قم: نشر اسلامی.
- ◀ حلی، محقق ابوالقاسم، (۱۳۷۳). شرایع الاسلام، ج ۲، قم: استقلال.
- ◀ حیدری نراقی، علی محمد، (۱۳۸۵). رساله حقوق امام سجاد، انتشارات مهدی نراقی.
- ◀ خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰). منهاج الصالحین، بیروت: اعلمی.
- ◀ خمینی، روح الله، (۱۴۰۹). تحریر الوسیله، تهران: موسسه نشر آثار امام خمینی (ره).
- ◀ روشن، محمد و عاصف حمداللهی، (۱۳۸۷). نسب طفل متولد از رحم جایگزین، پژوهش‌های حقوق اسلامی، د ۹، ش ۲۸.
- ◀ راغب اصفهانی، حسین، (۱۴۱۷). المفردات، دمشق: دارالقلم.
- ◀ زراعت، عباس، (۱۴۰۰). شرح قانون مجازات اسلامی، تهران: فیض.
- ◀ شهید ثانی، (۱۴۱۳). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، ج ۵، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- ◀ طباطبایی محمد حسین (۱۳۷۴)، تفسیر المیزان، ج ۴، قم: نشر اسلامی
- ◀ صادقی مقدم، محمد حسن، (۱۳۸۳). باروری مصنوعی از دیدگاه حقوق اسلام، نشریه مدرس علوم انسانی ش ۳۷.
- ◀ صفایی، حسین و اسدالله امامی، (۱۳۹۸). مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- ◀ صمدی اهری، محمدهاشم، (۱۳۸۲). نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، تهران: گنج دانش.
- ◀ عبدالعزیز بن الصالح الرضیمان، (۲۰۲۰). «الحضانه فی الاسلام» مکه: چاپ نوع الوعا.
- ◀ فضل الله، محمدحسین، (۱۴۳۲). فقه الشریعه، ج ۳، بیروت: دار الملائک للطباعه و النشر و التوزیع.
- ◀ فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۵). القاموس المحیط، ج ۴، بیروت، دارالتراث العربی.
- ◀ قاسمی مقدم حسن، (۱۴۰۰). آزار، بی‌توجهی و سوء رفتار نسبت به کودک، در کتاب دانشنامه بزه دیده شناسی اثر پاملا بوند. جنیفر وب، تهران: میزان.
- ◀ کاتوزیان ناصر، (۱۳۹۶). حقوق خانواده. تهران: میزان
- ◀ کاسانی ابوبکر، (۱۴۰۶). بدائع الصنایع، بیروت: دارالکتب العلمی.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷). الکافی، ج ۶، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- ◀ گلدوزیان، ایرج، (۱۴۰۲). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: مجد.
- ◀ لنگرودی محمد جعفر، (۱۳۸۷). ترمینولوژی، تهران: گنج دانش.
- ◀ مهاجرى، مریم و احمدرضا موسوی، (۱۴۰۱). «تأملی بر جایگاه عنصر کراهت در طالق خلع با تأکید بر فتاوی‌ای امام خمینی (ره)»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۴، ش ۹۵.
- ◀ مجتهد سلیمانی ابوالحسن و راضیه عزیزى، (۱۳۹۸). حضانت در کودکان ناشی از لقاح مصنوعی. مجله علمی سازمان نظام پزشکی، د ۳۷، ش ۳.
- ◀ محمدحسن بن باقر، معجم، (۱۴۱۷). فقه الجواهر؛ ج ۲، بیروت: دار الغدیر.

- ◀ محمودی جانکی فیروز، (۱۳۸۶). مبانی فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود، فصلنامه حقوق، س ۳۷، ش ۱.
- ◀ مصطفوی، حسن، (۱۴۳۰). التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ج ۴، بیروت-قاہرہ-لندن، چاپ سوم.
- ◀ موسوی سبزواری، عبدالعلی، (۱۴۱۶ ق). مہذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۵، قم: المنار.
- ◀ مومن قمی محمد، (۱۳۷۴). سخنی درباره تلقیح، فقه اهل بیت، س ۱، ش ۴.
- ◀ میر محمدصادقی حسین، (۱۴۰۲). جزای اختصاصی ۴، جرائم علیه اشخاص، تهران: میزان.
- ◀ میر کمالی، سید علیرضا، (۱۳۹۶). مبانی فقهی - حقوقی جرم‌انگاری تجاوز زناشویی. خانواده پژوهی، د ۱۳، ش ۳.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۷). جواهرالکلام، ج ۲ و ۳۱، تهران: دارالکتب اسلامی.
- ◀ هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ج ۳، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- A.M. Fournier, (1970) La protection judiciaire de l'enfance en danger, 3ème. éd., Paris.
- Cf. L. Pépin, (1977) L'enfant dans le monde actuel, édit. Bordas, Paris.
- Devlin, Patrick, The Enforcement of Morals, Oxford: Oxford University Press 1965.
- Hamowy, Ronald, (2008) The Encyclopaedia of Libertarianism. Thousand Oaks, California: Sage Publications.
- Mirkamali, S. A. (2018). Legal and Jurisprudential Bases of Marital Rape Criminalization. Journal of Family Research, 13(3).