

## ماهیت ایجاد اختلال در حضانت

علی‌آبادی\*

### چکیده

حضانت کودک امری است که با همه سختیهایش لذتبخش است از همین رو «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف والدین است» و تا زندگی مشترک تداوم دارد والدین بدون توجه به اولویت‌ها مشترکاً امر حضانت را عهده‌دار می‌شوند و در صورت قطع زندگی مشترک امر حضانت فرزند نیز ناچار به یکی از دو طرف واگذار و برای تأمین نیاز روحی فرزند و نیز پدر یا مادر محروم از حضانت وقت ملاقات تعیین می‌شود که گاهی طرفی که فرزند را در اختیار دارد از ملاقات یا طرف مقابل از استرداد پس از ملاقات فرزند ممانعت به عمل می‌آورد که به علت شمول ظاهری مقررات ۳ ماده از سه قانون متفاوت با اوصاف کیفری و مدنی، ماهیت ممانعت مذکور دچار دوران بین وصف کیفری و مدنی گردیده و به تبع این ابهام دادگاه صالح به رسیدگی نیز مردد جلوه‌گر گردیده است که در نهایت با امعان‌نظر در قوانین و میانی حاکم ماهیت عمل ارتكابی مدنی و دادگاه صالح، دادگاه خانواده تشخیص گردیده است.

**کلیدواژه:** حضانت، ملاقات، کیفری، مدنی، دادگاه صالح

---

\* استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال [ali.aliabadi24@gmail.com](mailto:ali.aliabadi24@gmail.com)

تاریخ وصول: ۹۰/۴/۱۵ - پذیرش نهایی: ۹۱/۲/۱۲

## طرح مسأله

یکی از ابهامات پیشرو چیستی ماهیت اقدام پدر یا مادر به ممانعت از ملاقات یا استرداد فرزند پس از ملاقات پدر یا مادری که حسب مورد طبق حکم دادگاه استحقاق ملاقات یا استرداد و حضانت و نگهداری او را دارد می‌باشد که در اثر عقیده به شمول مقررات ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، ماده واحده مربوط به حق حضانت مصوب سال ۱۳۶۵ مجلس شورای اسلامی و سرانجام ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ دورانی حادث شده و اصرار نظریات متعدد و آراء متهافتی را از محاکم مختلف دادگستری سبب گردیده و در نتیجه ضمن این که آثار گوناگونی در مقابل عمل واحدی قرار گرفته، ضمانت اجرای واقعی مدنظر نظر مقنن مجهول مانده است. لذا برای رفع ابهام از موضوع، تحقیق، تعیین و تبیین قانون حاکم و به تبع آن دادگاه صالح ضروری است که نگارش حاضر را رقم زده است. وقتی این ضرورت به اوج خود می‌رسد که نکوهش شرعی مجازات انسانی بی‌گناه نیز مدنظر قرارگیرد چرا که «... فان الامام ان یخطئ فی العفو خیر من ان یخطئ فی العقوبه». (قواعد فقه / ۱ / ۱۲۲)

## مقدمه

همه فرزند خود را به عنوان ثمره زندگی و هدیه گران بهای خداوندی دوست دارند و در جهت حفظ و تعالی او می‌کوشند این خصوصیت یکی از جهات مسلم پیوند زن و مرد و گرمی و طراوت کانون خانواده است (مختصر حقوق خانواده / ۶۹ و ۲۳). معمولاً پدر و مادر مشترکاً بار حضانت فرزند خود را به دوش می‌کشند. لکن هرگاه بین پدر و مادر کودک فراق حاصل شود به ویژه هنگامی که عامل جدایی طلاق باشد که موجب تشدید نفرت طرفین نیز می‌گردد. اولاً هر یک از زوجین می‌کوشند تا فرزند مشترک را در اختیار بگیرد ثانیاً چون امکان انجام مشترک به تعبیر ماده ۱۱۶۸ ق.م. حق و تکلیف والدین از بین رفته است دادگاه ناچار نگهداری و حضانت کودک را حسب صلاحیت‌ها، امکانات و مضایق زندگی طرفین و اولویت و مسئولیت قانونی زن و مرد نسبت به صدور حکم واگذاری کودک اقدام می‌کند. (سیدحسین امامی، حقوق مدنی / ۵ / ۱۹۳) (حقوق مدنی خانواده / ۲ / ۱۳۷) تا زندگی کودک در شکل جدید تداوم یابد.

مسأله ملاقات طفل امر مهمی است که هر دو طرف می‌توانند در آن ایفای نقش کنند زیرا ممکن است فرد دارنده حق حضانت از ارائه طفل برای ملاقات یا طرف مقابل از

استرداد طفل پس از ملاقات ممانعت به عمل آورد در حالی که ملاقات و ضوابط آن حتی اگر در حکم دادگاه هم مضبوط نباشد وفق آیه ۳۳ سوره بقره «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده» و طبق ماده ۱۱۷۴ ق.م که مقرر می‌دارد «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر هم والدین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند هر یک از والدین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد حق ملاقات طفل خود را دارد تبیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه به آن در صورت اختلاف بین والدین با محکمه است.» اقدام والدین به تنظیم و اجرای صحیح این وظیفه مورد انتظار است، این اقدام از چنان اهمیتی برخوردار است که برخی کلمه حق ملاقات مضبوط در ماده را مسامحه قانونگذار دانسته و آن را حکم تلقی کرده‌اند. (حقوق مدنی / ۵ / ۱۹۵).

اهمیت حضانت طفل و حساسیت رفتار با او موجب اعمال مراقبت بیشتر مسئولین از طریق تصویب قوانین متعدد شده است و این خصوصیت اختلاف در قانون حاکم و دادگاه صالح را سبب شده است.

زیرا جمعی قانون حاکم را ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۵ بهمن ۱۳۵۳ دانسته‌اند که مقرر می‌دارد. «هرگاه دادگاه خانواده تشخیص دهد، کسی که حضانت طفل به او محول شد، از انجام تکالیف مربوط به حضانت، خودداری کرده یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذیحق شده او را برای هر بار تخلف به پرداخت مبلغی از هزار ریال تا ده هزار ریال و در صورت تکرار، به حداکثر مبلغ مذکور محکوم خواهد کرد.

دادگاه در صورت اقتضاء می‌تواند: علاوه بر محکومیت مزبور حضانت طفل را به شخص دیگری واگذار نماید.

در هر صورت حکم این ماده مانع از تعقیب متهم، چنانچه عمل او طبق قوانین جزایی، جرم شناخته شده باشد نخواهد بود.

تبصره ۱- پدر یا مادر یا کسانی که حضانت طفل، به آن‌ها واگذار شده، نمی‌توانند: طفل را به شهرستانی غیر از محل اقامت مقرر بین طرفین یا غیر از محل اقامت قبل از وقوع طلاق و یا به خارج از کشور، بدون رضایت والدین بفرستند، مگر در صورت ضرورت با کسب اجازه از دادگاه.

تبصره ۲- وجوه موضوع این ماده و ماده ۱۱ به صندوق حمایت خانواده که از طرف دولت تأسیس می‌شود پرداخت خواهد شد.

نحوه پرداخت وجوه مذکور به اشخاص ذینفع طبق آئین‌نامه ایست که به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.»

عده دیگری موضوع را در شمول ماده واحده قانونی مربوط به حق حضانت مصوب ۲۲ تیر ماه ۱۳۶۵ که حدود ۱۱/۵ سال بعد تصویب شده است می‌دانند که مقرر می‌دارد. «چنانچه به حکم دادگاه مدنی خاص یا قائم مقام آن دادگاه، حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر یا مادر 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 و در صورت مخالفت به حبس محکوم خواهد شد.» و بالاخره آخرین نظر را باید مربوط به کسانی دانست که معتقدند موضوع در شمول ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب دوم خرداد ۱۳۷۵ است که بیش از ۲۱ سال بعد از قانون حمایت خانواده و قریب ده سال بعد از ماده واحده مذکور به تصویب مقنن رسیده و دو ماده قبلی با آن نسخ ضمنی شده است که در این صورت موضوع ممانعت از حضانت یا استرداد طفل به اشخاص ذیحق واجد وصف کیفری خواهد بود و مقرر حاکم یعنی ماده ۶۳۲ ق.م.ا. به شرح «اگر کسی از دادن طفلی که به او سپرده شده است در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارد امتناع کند به مجازات از سه ماه تا شش ماه حبس یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار تا سه میلیون ریال محکوم خواهد شد.» مبین وصف کیفری اخلال در حضانت است و رسیدگی به آن از دادسرا شروع خواهد شد که با مقررات حاکم بر خانواده مناسبت چندانی ندارد.

### ضوابط نسخ

قبل از ورود بیشتر به بحث، لازم است به این سؤال متبادر به ذهن پاسخ گفت که در حالی که هر نظر لاحق قانونگذار، نظر سابق او را حتی اگر مورد اشاره قرار نگرفته باشد در صورت تعارض نسخ ضمنی می‌کند (مقدمه علم حقوق / ۱۷۰ و ۱۹۸) چرا بین سه قانون مذکور که به ترتیب مصوب سالهای ۱۳۵۳، ۱۳۶۵ و ۱۳۷۵ هستند رابط ناسخ و منسوخ برقرار نیست تا نظریه سوم مذکور در قسمت قبل جامه عمل بپوشد و تنها ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی، لازم الاجرا، و بر قضیه حاکم گردد؟ برای پاسخ به سؤال مقدر مذکور، باید توجه داشت که در این بررسی دو نکته مسلم است یکی این که نسخ صریح اتفاق نیافتاده است. چون با مراجعه به هر یک از سه قانون مورد بررسی مشخص است که قانونگذار اعلام نسخ دیگر مقررات مورد بحث را نکرده است. (مقدمه علم حقوق / ۱۴۳) و دیگر این که تنها تقدم و تأخر قوانین که سه مصوبه مورد نظر واجد آن هستند برای وقوع نسخ ضمنی کافی نیست. چون علاوه بر تقدم و تأخر زمانی، باید شرط تناقض یا تعارض مفاد نیز وجود

داشته باشد تا نسخ ضمنی تحقق پیدا کند (مقدمه علم حقوق / ۱۹۸) لذا باید محل اعمال سه مقرر مذکور تبیین گردد تا با روشن شدن تعارض یا قابل جمع بودن آنها وقوع یا عدم وقوع نسخ ضمنی نیز روشن گردد.

### محل کاربرد مواد مورد بررسی

محل اجرای ماده ۶۳۲ قانون مجازات تخصصاً از بحث خارج و موضوعاً منتفی است. زیرا از طرفی از بحث پدر و مادر و حضانت خارج است و از طرف دیگر حسب تیتیر مربوط که «جرائم علیه اشخاص و اطفال» است به همان عنوان مربوط منصرف می‌باشد از این رو نمی‌توان و نباید آثار آن بر حضانت که میدانی از فداکاری پدر و مادر مطرح هست و در حقیقت والدین با حسن نیت در مسابقه پیشی گرفتن در خدمت به فرزند خود و در آغوش داشتن او هستند بار کرد و با کاربرد ماده ۶۳۲ که ماهیت آن در عنوانش متبلور است، تطبیق نمود. چون در این اقدام عنصر سوء نیت نسبت به طفل وجود ندارد. این رابطه آن قدر عزیز است که در مواردی قانونگذار دادستان و به طور کلی مرجع قضایی را از ورود به آن منع کرده (مختصر حقوق خانواده / ۸۷) و ضمن ماده ۷۳ قانون امور حسبی مقرر داشته است «در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در اداره امور او ندارند و فقط دادرس بعد از رسیدگی لازم می‌تواند وصایت وصی را تصدیق نماید.» بنابراین ماده ۶۳۲ کاربرد خاص خود را دارد و با فقدان شرط تعارض نمی‌تواند نسخ هیچیک از دو مقرر منظور باشد. از این رو باید پذیرفت که ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی عنایتی نسبت به حق حضانت ندارد و به علت فقدان تقابل یا تعارض با دو ماده مذکور، نمی‌تواند مبنایی برای پیدایش نسخ ضمنی باشد.

قسمت اخیر ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده نیز که مقرر داشته است «در هر صورت حکم این ماده مانع از تعقیب متهم، چنانچه عمل او طبق قوانین جزائی جرم شناخته شده باشد نخواهد بود.» از موارد مندرج در منطوق ماده خارج است و مشعر به عمل احتمالی واجد وصف کیفی است چون تصور ارجاع تعیین چستی عمل مورد تصویب قانونگذار. به سایر قوی از قانونگذار مقبول و معقول نیست و دیگر قوا تنها می‌توانند برای کشف و اجرای نظر مقنن کوشش کنند از این رو مسلم است در ما نحن فیه مقنن از تسری حکم صادره به سایر موارد احتمالی که ممکن است جنبه کیفی داشته باشد منع کرده است. نه این که تبیین ماهیت حکم خود را محول به سایر قوا کرده باشد. بنابراین اگرچه ماده ۶۳۲ تعزیرات مؤخر از ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده و ماده واحده مربوط به حق حضانت تصویب شده است ولی

تعارض یا تراحمی با آنها ندارد. به همین جهت ماده ۶۳۲ خدشه‌ای به لازم‌الاجرا بودن ۲ ماده دیگر وارد نکرده است تا بتوان در خصوص نسخ ضمنی آنها مطلبی گفت به علاوه بند ۷ ماده واحده تخصیص تعدادی از دادگاههای موجود به موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی نیز که در سال ۱۳۷۶ یعنی مؤخر بر ماده ۶۳۲ تصویب شده است و حضانت و ملاقات اطفال را در صلاحیت این دسته از دادگاهها یعنی همان دادگاه خانواده قرار داده و با توجه به قاعده اذن در شی اذن در لوازم شیعی است. (قواعد فقه / ۵۹) موارد مورد بحث را نیز شامل می‌شود و دلیلی برای اعمال ماده ۶۳۲ باقی نمی‌ماند.

در خصوص رابطه ناسخ و منسوخی بین ماده واحده مربوط به حق حضانت که مؤخر بر ماده ۱۴ حمایت خانواده است با ماده ۱۴ نیز علاوه برای اثبات همسویی ۲ ماده نکات متعدد دیگری نیز می‌تواند مد نظر قرارگیرد از جمله این که دایره شمول دو ماده از هم مستقلند. زیرا ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده بر تخلف شخص منتخب دادگاه برای حضانت متمرکز است ولی ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت بر کسی که مزاحم فرد منتخب دادگاه در جهت ممانعت از اجرای وظایفش شود تمرکز دارد و این تفاوت عمده‌ای است که نمی‌تواند از نظر دور بماند. بنابراین هر یک از دو ماده مذکور نیز کاربردی مشخص و مستقل از دیگری دارند و با هم تداخل ندارند تا بتوان بحث از نسخ ضمنی را مطرح کرد.

با این که جایی برای تردید نیست و شک یا تردید احتمالی نیز با اعمال اصل عدم نسخ (مقدمه عمومی علم حقوق / ۱۹۶، (تحریرالفصول / ۳ / ۱۹۲۶ - ۱۹۲۴) دفع می‌شود و قابل اجرا بودن هر سه ماده مورد بررسی به علت کاربردهای متفاوت امری مبرهن است. در عمل به دلیل اختلاف برداشتها، رویه‌های مختلفی به وجود آمده است که مرور اجمالی رویه‌ها نیز می‌تواند در جهت روشنگری بیشتر و در نهایت گزینش روش صحیح‌تر مؤثر باشد.

## رویه الف

یکی از رویه‌ها که از وسعت و صحت نیز برخوردار است ناظر به اعمال هر دو ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده و ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت است که حسب مورد با عنایت به واقعه مورد بررسی طبق مقررات یکی از مواد را اعمال می‌کند. این رویه به نظریات متعدد کمیسیون امور حقوقی و قضایی دفتر حقوقی قوه قضائیه متکی است که کراراً اعلام کرده‌اند.

قانون مجازات اسلامی مربوط به سپردن طفل به کسی و امتناع وی از رد طفل به هنگام مطالبه او است و شامل ملاقات طفل نمی‌شود. صاحبان این نظریه اعتقاد دارند عدم تحویل فرزند از جانب یکی از والدین به کسی که حضانت فرزند را به عهده دارد و نیز عدم استرداد او پس از ملاقات و عدم رعایت استحقاق ملاقات طرف دیگر توسط ایشان با، بودن یا مخفی کردن کودک وسیله اشخاص دیگر غیر از والدین تفاوت دارد. لذا چون ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی شامل والدین نمی‌شود. موضوع والدین از شمول ماده مذکور و صلاحیت محاکم کیفری خارج است، در اینجا مرور به چند نمونه از نظریات دفتر حقوقی قوه قضائیه که در پاسخ سوالات مراجع قضایی صادر شده است مناسب می‌نماید. دفتر مذکور پس از ارجاع امر مورد استفسار به ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت و نقل ماده طی شماره ۷۷۱۵۳ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۸ ا.ج. ق: چنین اظهار نظر می‌کند «ماده واحده مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵ به وسیله ماده ۶۳۲ ق. م. ۱ نسخ نشده و هر یک در جای خود قابل اعمال است. در صورت خودداری از تحویل طفل برای ملاقات به نحوی که در حکم مقرر شده است. دادگاه باید طبق ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ اقدام نماید.» (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، مجموعه جرائم و مجازات‌ها/ ۱ / ۴۹۲).

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که حسب نظر کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی نیز هر سه ماده مورد بحث لازم‌الاجرا هستند چون دفتر ضمن ابراز این حقیقت که ماده ۶۳۲ و ماده واحد هر یک در جای خود قابل اعمالند دعوی را به ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده احاله می‌کند. لکن دست‌اندرکاران امر قضا مورد مطروحه دیگری را طرح می‌کنند که حکایت از عدم افتاع وجدانی ایشان دارد و این بار دفتر حقوقی نظریه شماره ۷/۲۸۸۲-۱۳۸۱/۴/۶ ا.ج. ق را به شرح «خودداری پدر از تحویل طفل به مادر به نحوی که در حکم حضانت دادگاه مقرر شده مشمول مقررات ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ خواهد بود.» (همان) اعلام می‌دارد که تأکید همان نظر قبلی است.

استفسار مکرر مخالفین نظر ابرازی موجب اعلام نظر نسبتاً مشروح دفتر حقوقی تحت شماره ۷/۸۷۲۸-۱۳۸۳/۱۱/۲۰ ا.ج. ق می‌شود. «ممانعت پدر یا مادر از اجرای حکم ملاقات یا عدم تحویل طفل به ذی‌حق مشمول مقررات ماده ۶۳۲ ق. م. ا. نیست.

چنانچه کسی که حضانت طفل به وی سپرده شده مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق شود عمل وی مشمول ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده خواهد بود.

چنانچه پدر یا مادر یا شخص دیگری از تحویل طفل به کسی که حضانت به وی سپرده شده ممانعت کند یا مانع اجرای حکم شود مشمول مقررات ماده واحده قانون مربوط

به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۶ می‌گردد. اتخاذ تصمیم جدید دادگاه خانواده در مورد کاهش مدت ملاقات یا تغییر در آن لازم‌الاجرا بوده و باید به شخص ملاقات کننده که تصمیم به ضرر وی می‌باشد، اطلاع داده شود و نیازی به صدور اجرائیه جدید ندارد.» (همان/ ۴۹۳) اظهار نظرهای مکرر دفتر حقوقی نمی‌تواند قضات را قانع کند لذا ایشان با تکیه به اطلاق کلمه «کسی» در متن ماده ۶۳۲ مجدداً طرح سؤال می‌کنند که منجر به نظریه شماره ۷/۶۰۹۵ - ۱۳۸۴/۸/۲۸ ا.ج. ق به شرح آتی می‌شود. «چنانچه به حکم دادگاه خانواده حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر یا مادر طفل از استرداد او امتناع ورزد یا مانع ملاقات با اشخاص ذیحق شود، عمل وی جرم محسوب نمی‌شود، بلکه این عمل تخلف از دستور دادگاه است و ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و ماده واحده مربوط به قانون حق حضانت مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۶ در مورد آن تعیین تکلیف نموده است و با توجه به جرم نبودن تخلف، موضوع از شمول مقررات ماده ۶۳۲ ق.م.ا. خارج است و دادیار و بازپرس باید ضمن صدور قرار منع پیگرد، شاکی را ارشاد نمایند. به دادگاه صادر کننده حکم (برای اتخاذ تصمیم به الزام مستنکف) مراجعه کند. دادگاه نیز راساً دستور اجرای تصمیم خود را به هر ترتیب که مقتضی بداند به مأمورین ذی‌ربط صادر می‌نماید. منظور از کس مذکور در ماده ۶۳۲ ق.م.ا کسی غیر از والدین طفل می‌باشد. (همان ۳/۴۹۲) این نظر تحت شماره ۷/۷۳۵ - ۱۳۸۵/۹/۲۰ نیز ابلاغ شده است. کمیسیون دفتر حقوقی در اظهار نظر خود راه صواب پیموده و در جهت نظر قانونگذار حرکت کرده است. چون عمل پدر و مادر در این قبیل موارد جنبه عاطفی دارد و این جنبه سمت و سوبش با عنصر روانی جرم مغایر است و جرم بدون عنصر روانی قابل تصور نیست، حقیقت حرکت عاطفی پدر و مادر به فرزند و نیز جایگاه ابویین هم در احکام شرعی و هم در احکام عرفی کراراً خود نموده و موجب مغایرت نتیجه یک عمل با توجه به فاعل آن شده است که این حقیقت نباید از نظر دور بماند لکن ورود به آن مدنظر نگارش حاضر نیست.

شاید عنایت به این نکته نیز خالی از فایده نباشد که قضات دادرها در برخورد با این دسته از شکات همچون قضات معتقد به رویه قضایی مذکور به دلیل فاقد وصف کیفری بودن موضوع باید با قرار منع تعقیب به شکایت خاتمه دهند. اصرار خارج از قاعده مخالفین نظر ابرازی موجب پافشاری و ابراز نظرهای متعدد کمیسیون امور حقوق و قضایی دفتر حقوق در مواقع مناسب شده است که تقریباً تکرار نظریه‌های قبلی است. لذا با توجه به تکراری بودن مفاد نظریه‌ها به همین مقدار بسنده می‌نماید.



### بررسی تداخل احتمالی ماده ۶۳۲ با دو ماده مربوط به حضانت

اگرچه قبلاً اثبات شد که ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی به علت مغایرت کاربردش با وجود مؤخر بودن نسبت به زمان تصویب ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده و ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت اصولاً نمی‌تواند ناسخ ضمنی آن دو ماده واقع شود و نسخ صریح هم با توجه به متن موجود صورت نگرفته است. لذا هر سه ماده در محل خود لازم‌الاجرا هستند. اکنون ضمن اشعار به این نکته که «یای» انتهای کلمه «کس» نمی‌تواند یای وحدت باشد چون در آن صورت جرم تخصیص می‌یابد که قابل قبول نیست پس ناچار «ی» مذکور یای نکره است در حالی که پدر و مادر هیچ‌یک اجنبی، ناشناخته یا نکره نیستند تا بتوانند با یای نکره مورد اشاره قرار گیرند از این لحاظ کلمه «کسی» مندرج در ماده ۶۳۲ شامل پدر و مادر طفل مورد حضانت نیست و قطعاً منصرف از ایشان است با این وجود با توجه به سؤال پرسشگران از رابطه ناسخ و منسوخی بین ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی و مواد ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت مصوب سال ۱۳۶۵ و پاسخ شماره ۷/۶۱۸۵ مورخ ۱۳۸۴/۸/۳۰.ح. ق کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی مبنی بر «ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت مصوب سال ۱۳۶۵ به وسیله ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی نسخ نشده و هر یک در جای خود قابل اعمال است. در صورت خودداری از تحویل طفل برای ملاقات به نحوی که در حکم مقرر شده است دادگاه باید طبق ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ اقدام نماید.» ارائه استدلال نیز لازم می‌نماید لذا این مهم با فرض به نفع سؤال کننده ارائه می‌گردد.

الف: قبل هر چیز این نکته گذشته را مجدداً یادآوری می‌نماید که در دوران بین نسخ و تخصیص «اصل عدم نسخ» جاری می‌شود (مبانی استنباط حقوق اسلامی / ۱۱۴) از این رو در موارد تردید در نسخ و عدم نسخ باید اصل عدم فسخ اعمال گردد.

ب: با این که قبلاً ثابت شد که ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی منصرف از محل اعمال ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده و ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت است اکنون با فرض تداخل محل اعمال مواد مذکور رابطه ناسخ و منسوخی بین مواد مذکور را بررسی می‌کند تا اثناء وجدانی دوستان معتقد به عمومیت و اطلاق لفظ «کسی» مندرج در ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی تأمین گردد.

دو اصطلاح نسخ و تخصیص اگرچه نسخ و تخصیص هر یک دارای مفهومی مستقل از دیگری هستند ولی در نتیجه تخصیص با نسخ جزئی مشابه است و در مصداق هم گاهی قابل اشتباه با یکدیگرند همین حقیقت طرح بحث «دوران امر بین تخصیص و نسخ» در

کتاب اصولی را سبب شده است لذا توضیح مختصری در خصوص مورد می‌تواند در ایضاح مطلب مؤثر باشد.

از لحاظ معنی شناسی از بین معانی مختلف نسخ در این مبحث معنی از بین بردن مد نظر قرار دارد چون در اصطلاح فقه و حقوق به «ازاله استمرار قانون سابق به وسیله قانون لاحق کلاً یا بعضاً...» تعریف شده است (مبسوط در ترمینولوژی حقوق / ۵ / ۳۷-۳۶) و ابطال الشیء و إقامة آخر مقامه (لسان العرب / ۱۴ / ۱۲۱) دانسته شده است.

نسخ اقسامی دارد که از آن جمله می‌توان به نسخ صریح و ضمنی و نسخ کلی و جزئی که در نگارش فعلی ملحوظ نظر واقع شده است اشاره کرد لکن پرداختن به آن از حوصله نگارش فعلی خارج است.

تخصیص را خارج کردن تعدادی از افراد حکم عام از شمول آن دانسته‌اند (مبسوط در ترمینولوژی حقوق / ۲ / ۴۲-۴۳)

به طوری که ملاحظه شد تخصیص بیان حکم عام است در حالی که نسخ برداشتن حکم قبلی است به وسیله حکم یا قانون بعدی بنا بر این در تخصیص هر دو حکم عام و خاص مورد عمل قرار می‌گیرد در حالی که در نسخ فقط قانون یا حکم لاحق انجام می‌شود با این وجود نسخ جزئی با تخصیص تشابه زیادی دارد و تنها وجه افتراق آن‌ها از طریق مقایسه زمان صدور حکم خاص نسبت به صدور حکم عام معلوم شدنی است چون حکم خاصی که مخصص واقع می‌شود باید قبل از رسیدن زمان عمل به حکم عام یا حداقل همزمان با آن صادر شود تا بتواند نظر قایل را تبیین کند ولی حکم یا قانون خاص ناسخ حکم یا قانون عام باید پس از عمل به عام صادر شود تا حکم عام را در حد تعارض با خود حذف کند و به اصطلاح نظر لاحق قانونگذار جایگزین نظر سابق او شود.

نکته دیگری که باید به مطالب مذکور افزوده شود این که هرگاه دو حکم یا دو قانون مورد مقایسه نسبت به هم هر دو عام یا خاص یعنی دارای دایره شمول برابر باشند طبیعی است که با ملاک ابرازی مقرر مؤخر ناسخ مقرر مقدم باشد و در صورت عدم تساوی دایره شمول دو قانون چنانچه قانون خاص نسبت به قانون عام مؤخر باشد خاص در دامنه شمول خود عام مقدم را نسخ می‌کند ولی در صورتی که قانون خاص مقدم و قانون عام مؤخر باشد یعنی دقیقاً مثل مورد مبتلا به که ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی نسبت به ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت و ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده عام مؤخر دانسته شده در ناسخ

بودن قانون عام مؤخر یا مخصص بودن خاص مقدم اختلاف شده است که از آن به دوران امر بین تخصیص و نسخ تعبیر می‌شود.

### حکم دوران امر بین تخصیص و نسخ

هرگاه قانونی خاص موجود باشد و قانونی عام، مغایر با آن به تصویب برسد بحث ناسخ بودن قانون عام مؤخر و منسوخ بودن قانون خاص مقدم یا مخصص بودن خاص مقدم و تخصیص خوردن عام مؤخر مطرح می‌شود که به دلیل انطباق موضوع با مسأله مد نظر پاسخ این قضیه پاسخ مسأله مبتلا به نیز خواهد بود.

اصولاً در تعارض زمانی عام و خاص چهار شکل قابل تصور است زیرا یا تاریخ تصویب هر دو متن معلوم است یا مجهول، فرض اول یعنی معلوم بودن تاریخ‌های عام و خاص، که موضوع مبتلا به نیز واجد همین خصوصیت است. خودداری سه قسم است. یا هر دو هم زمانند یا عام مقدم و خاص مؤخر که در هر دو مورد خاص همزمان یا مؤخر ناسخ عام خواهد بود که در حال حاضر مبتلا به نیست ولی حکم حال سوم قابل تصور یعنی خاص مقدم و عام مؤخر که منطبق با وضعیت موجود نیز هست. (زیرا ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و ماده واحده قانون مربوطه به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵ نسبت به ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ از لحاظ کاربرد خاص و از لحاظ زمانی مقدمند).

در اصول مورد اختلاف است و عده‌ای که برخی از بزرگان فقه نیز با آنان هم عقیده‌اند معتقدند عام مؤخر خاص مقدم را نسخ می‌کند و برعکس اکثریت بزرگی از فقها خاص مقدم را مخصص عام مؤخر دانسته‌اند و سرانجام گروه دیگری معتقدند که باید در چنین وضعی توقف نموده و برای یافتن حکم مسأله به مرجحات دیگر یا اصول عملیه مراجعه نمود.

موضوع مبتلا در مورد مشابهی از نظر حقوقی مطرح و هیأت عمومی دیوان عالی کشور ضمن رأی لازم‌الاتباع شماره ۲۱۲ مندرج در روزنامه رسمی مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ نظریه مخصص بودن خاص مقدم را به شرح زیر تصویب و ابلاغ کرده، و در حقیقت مسأله از نظر حقوقی در کشور ایران پایان یافته است.

«قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را به طبقه دیگر تصریح نموده و ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب سال ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرایم آن در اموال و دارایی عموم مؤدیان ناظر به اشخاص ورشکسته که

وضع مالی آن‌ها تابع قانون خاصی می‌باشد نبوده و آراء شعب پنجم و دهم دیوانعالی کشور که وزارت دارایی در مورد وصول مالیات متعلق به آن از بازرگانان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته صحیحاً صادر گردیده و به اکثریت آراء تأیید می‌شود. این رأی ... لازم‌الاتباع است.» (مبانی استنباط حقوق اسلامی/ ۱۱۷)

بدین ترتیب موضوع از نظر مقررات ایران پایان یافته تلقی و خاص مقدم مخصوص عام مؤخر محسوب می‌گردد و در، ما نحن فیه نیز همانطوری که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت هر سه مقرر مورد بحث در محل خود لازم‌الاجرا هستند.

## رویه ب

این رویه مستند به مفاد ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی است که قبلاً نادرستی اعمال آن در دایره شمول ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت و ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده ثابت گردید. به هر حال طرفداران این رویه چنین استدلال می‌کنند که اطلاق لفظ کسی در ماده ۶۳۲ شامل کلیه افراد اعم از پدر و مادر یا دیگران می‌شود و از این لحاظ تفاوتی در شمول ماده نیست. به ویژه با توجه به این که ماده ۶۳۲ جایگزین ماده ۱۹۸ قانونی مجازات سال ۱۳۰۴ شده که با بیان «اگر کسی + غیر از مادر - از دادن طفلی که به او سپرده شده است، در موقع مطالبه اشخاصی که حق مطالبه دارند. امتناع کند به یک تا شش ماه حبس محکوم خواهد شد.» مادر را استثناء کرده بود، ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی که جایگزین آن شده است، قید غیر از مادر را بر داشته و واژه «کسی» را به طور مطلق جایگزین آن کرده است که حکایت از تغییر عقیده قانونگذار در خصوص استثناء دارد. از این رو باید معتقد شد که هیچ کس از شمول ماده مستثنی نیست اعم از والدین با غیر ایشان و تأکید می‌کنند که اگر قانونگذار قصد استثناء می‌داشت باید مثل ماده ۱۹۸ قبلی افراد استثناء شده را مورد اشاره قرار می‌داد و اصالة الظهور از اصول لفظی معتبر می‌تواند با دفع هر نوع تردیدی موجب ایقان به این نظر شود.

صاحبان این نظر همچنین ابراز می‌دارند، عنصر مادی این جرم امتناع از دادن طفل به اشخاص ذینفع است و کلمه «دادن» نیز به طور مطلق در ماده به کار رفته که شامل دادن موقت و دایم هر دو می‌گردد، سپردن موقت مثل این که طفل به مهدکودک سپرده شود و دادن دایم همچون هنگامی که کودک به سن هفت سالگی می‌رسد و از حضانت خارج می‌گردد و در نتیجه مادر موظف است در صورت مطالبه پدر او را تحویل دهد. این عده

قسمت اخیر ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده را که مقرر می‌دارد. «در هر صورت حکم این ماده مانع از تعقیب متهم، چنانچه عمل او طبق قوانین جزایی جرم شناخته شده باشد نخواهد بود» را تأیید دیگری نسبت به عمل خود می‌دانند. لکن چنان که گذشت اعمال ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی در موارد خاص حضانت که وسیله ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده و نیز ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت تخصیص خورده و جاهت قانونی ندارد و به طوری که می‌دانیم مخصص منفصل ممکن است لفظی یا لبی باشد. و در ما نحن فیه می‌توان به مخصص لبی استناد کرد و هم چنین اصول حاکم بر کلیات مثل اینکه در دعاوی خانواده اصل بر مدنی بودن است و اینکه نمی‌توان پدر یا مادری را به خاطر علاقه به فرزند خود که بریدن از او برایش سخت یا غیرممکن است زندانی و مجازات کرد و بالاخره رای وحدت رویه دیوانعالی کشور که در حکم قانون و برای همه دادگاهها لازم الاتباع است همه و همه نادرستی رویه ب را القاء و اثبات می‌کنند از این رو باید آرائی که مستنداً به ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی صادر شده است را سزاوار نقض دانست و آن تعداد از این دسته آراء که زمان نقضشان سپری شده را باید مشمول حدیث شریف نبوی بی دانست که قضات را به چهار دسته تقسیم می‌کند و فقط یک دسته از ایشان را که می‌دانند و حکم درست و به حق صادر می‌کنند را رستگار می‌شناسد. (عروه‌الوثقی / ۳ / ۳)

### رویه ج

این رویه استدلالی شبیه به رویه «ب» دارد و مغایرت آن در چگونگی اعمال دادرسی است که با وجود اتکا به ماده ۶۳۲ طرح شکایت در دادسرا را لازم نمی‌داند ولی چون هم از لحاظ مفهوم و هم از لحاظ مصداق دچار مشکل است طرفدار زیادی ندارد لذا چون این رویه نیز همانطوری که گذشت مبنای درستی ندارد باید آن را نیز مانند رویه «ب» به دست فراموشی سپرد. در خصوص دادگاه صالح نیز با عنایت قانون حاکم صلاحیت دادگاههای خانواده امر مسلمی است که نیاز به بحث و بررسی ندارد.

### نظری همسو با استدلالی مستقل

چون موضوع از کانون وکلا نیز استفسار و در پاسخ، نظریه جامع و مناسبی صادر شده است نقل کامل نظر مذکور با تصرفاتی ناچیز ولی متعدد می‌تواند قرینه دیگری بر درستی نظر ابزاری در این نگارش محسوب گردد.

موضوع سؤال. اصولاً ناظر بر واجد وصف حقوقی و جزایی بودن. «ممانعت از ملاقات طفل و همچنین صلاحیت مرجع قضایی مربوط می‌باشد.» در این خصوص علاوه بر ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۰/۱۵ و ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ و همچنین قانون مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۲ قابل توجه و بررسی است.

تردیدی نیست که با توجه به بند ۷ ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاهها به موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) مصوب ۱۳۶۷/۵/۸ صرفاً این دادگاهها صلاحیت رسیدگی به موضوع ممانعت از ملاقات طفل را دارند و ممانعت مذکور دارای هر دو وصف حقوقی و جزایی می‌باشد. النهایه در مواردی که خواسته اعطای حضانت، راجع به ملاقات طفل و مدت و محل آن و ... است همین دادگاه می‌تواند تصمیم بگیرد و در خصوص ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده نیز، دادگاه خانواده می‌تواند ضمن الزام مستتکف (شخصی که حضانت طفل با او است و از ملاقات طفل با طرف مقابل جلوگیری و ممانعت به عمل می‌آورد) به رفع ممانعت، ... او را برای هر بار تخلف به پرداخت مبلغ مندرج در ماده ۱۴ قانون فوق که حکم مقرر در صدر ماده مزبور (محکومیت به پرداخت مبلغ معین) را مانع تعقیب جزائی متهم طبق قوانین جزائی نشناخته، باید بر آن بود که از نظر مقنن، محکومیت متخلف از ملاقات طفل با اشخاص ذیحق به پرداخت مبلغی از هزار ریال تا ده هزار ریال وصف کیفری و جزایی ندارد و موضوع به عنوان یکی از متعلقات و تبعات رأی دادگاه بر ممانعت از ملاقات طفل در صلاحیت دادگاه خانواده خواهد بود. چنانچه عبارت مندرج در قسمت آخر ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده پیش بینی نمی‌شد به طور قطع باید حکم به پرداخت مبلغ معین مندرج در صدر ماده مزبور را با لحاظ ماده ۲ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد. «در هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود.» با توجه به مجازات تعیین شده برای ترک فعل منظور واصل ۳۶ قانون اساسی مبنی بر «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» و همه خصوصیات مورد عنایت این اصل در اعمال ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده جمع است واجد وصف مجرمانه دانست، لکن مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده مذکور استثناء مفاد ماده را از وصف کیفری به خوبی تبیین کرده است. لذا تحت هیچ شرایطی نمی‌توان مفاد منطوق ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده را جرم دانست، مگر این که اقدامی غیر

آنچه در ماده موجود است واقع شود که وصف مجرمانه داشته باشد. که آن میدان دیگری است.

نکته دیگر این که ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ عمدتاً ناظر به اشخاصی که در قبال دستمزد و در مدت کوتاهی، از طفل نگهداری می‌کنند، مانند متصدیان مهدکودک یا، خدمه و اشخاصی که در منزل به این کار گمارده می‌شوند می‌باشد و در نهایت اطلاق مقرر مذکور به کیفیتی است که می‌توان آن را ناظر به استنکاف از ملاقت طفل با اشخاص ذیحق نیز دانست ولی به لحاظ اصول حاکم بر مقررات کیفری از جمله استثنائی بودن مقررات جزائی و حاکمیت تفسیر مضیق بر آن، که دست برداشتن از این نوع تفسیر موجب جرم‌انگاری خواهد شد و علاوه بر همه، مغایرتی آشکار با رأی لازم‌الاتباع شماره ۲۱۲ هیأت عمومی دیوانعالی کشور خواهد داشت.

### نتیجه‌گیری

تخلف پدر یا مادر در ممانعت از تحویل طفل برای حضانت یا ملاقات حسب مورد مشمول ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ یا ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت است و تحت هیچ شرایطی واجد وصف کیفری نیست و مجازات مذکور در ماده ۱۴ موصوف حسب قسمت اخیر آن مستثنی شده است و ماده ۶۳۲ از جهتی به جهت کاربرد مستقل تخصصاً خروج موضوعی دارد و از جهت دیگر به استناد سایر ادله به ویژه به استناد رأی لازم‌الاتباع شماره ۲۱۲ هیأت عمومی دیوانعالی کشور وسیله دو ماده مذکور تخصیص خورده است.

### منابع

#### ۱- قرآن کریم

- ۲- ابن منظور، لسان العرب، *دار احیاء التراث العربی*، بیروت، ۱۴۰۸ هـ ق ۱۹۸۸ م.
- ۳- اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، *مجموعه جرائم و مجازات‌های ریاست جمهوری* (معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات)، تهران، ۱۳۸۵.
- ۴- امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چ ۳، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۵۰.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، چ ۶ کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
- ۷- ذهنی تهرانی، سیدمحمدجواد، *تحریرالفصول*، انتشارات خا ذق، قم، بی‌تا.

- ۸- صفایی، سیدحسین و امامی، اسداله، *مختصر حقوق خانواده*، چ ۱۴، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶.
- ۹- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *عروه الوثقی*، مکتب دآوری، قم، بی تا.
- ۱۰- قبله‌ای خوبی، خلیل، *قواعد فقه*، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، تهران، ۱۳۸۰.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی* (آثار برگزیده حقوقی ۹-)، چ ۷، خانواده، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵.
- ۱۲- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی خانواده*، چ ۵، دوره مقدماتی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
- ۱۳- \_\_\_\_\_، *مقدمه علم حقوق*، چ ۴۳، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۴.
- ۱۴- محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، چ ۱۱، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۸۹.
- ۱۵- محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چ ۲۹، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۶.
- ۱۶- واحدی، قدرت ا...، *مقدمه علم حقوق*، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.