

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

صص ۱-۱۸

## تقابل ضمانت اجرای کیفری قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ با ویژگی‌های خاص جرم‌انگاری در حوزه خانواده

دکتر احمد حاجی ده آبادی<sup>۱</sup>، هادی کرامتی معز<sup>۲\*</sup>

۱- دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

۲- مدرس دانشگاه و پژوهشگر دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

### چکیده

در مداخله‌ی حقوق کیفری باید اصول و قواعد قانونگذاری و قانون‌نویسی به طور کامل رعایت شود. اهمیت و ظرافت خانواده اقتضا می‌کند که قانونگذاری در زمینه‌ی آن با دقت هر چه بیشتر صورت گیرد؛ به طور کلی ضمانت اجرای کیفری آخرین حربه برای حفظ و حمایت از ارزش‌ها و حقوق و تکالیف است. به خصوص در حقوق خانواده رعایت این اصل ضروری است؛ در جرم‌انگاری رفتارها در روابط خانوادگی برخی موارد باید به طور خاص مورد توجه قرار گیرند؛ رعایت این موارد در سایر حوزه‌ها نیز ضروری است، اما در حوزه خانواده نیازمند توجه جدی است بررسی مقررات کیفری قانون حمایت از نشان می‌دهد که این قانون از حیث قواعد و اصول قانونگذاری و قانون-نگاری همچون ضرورت، جامعیت، تناسب جرم و مجازات و... با اشکال‌های جدی روبه‌رو است.

**واژگان کلیدی:** خانواده، جرم‌انگاری، قانون حمایت از خانواده، حقوق کیفری.

---

\* نویسنده مسئول [keramatihadi@ut.ac.ir](mailto:keramatihadi@ut.ac.ir)

## مقدمه

خانواده کوچک‌ترین واحد اجتماع است، اما نقش مهمی در روابط اجتماعی اشخاص، تعلیم و تربیت فرزندان و پیشرفت و آبادانی کشور ایفا می‌کند؛ چرا که کشوری آباد است و مردمانی سعادتمند دارد که مدیران موفق داشته باشد و چنین مدیرانی در خانواده‌های خوب تربیت می‌شوند و خانواده‌های خوب و همسرانی شایسته دارند. به طور کلی زنان یا مردانی که در حوزه اجتماع عهده دار کارهای کوچک یا بزرگ-اند زمانی موفق خواهند بود که خانواده خوبی داشته باشند. گزارف نیست اگر بگوییم مردی در خارج از خانواده در شغل و کارش موفق است که پیش از آن خانواده‌ی خوبی دارد و در زندگی خانوادگی‌اش موفق است و بی‌جهت نیست که پیامبر اکرم خدا می‌فرماید: «من سعادة المرء الزوجة الصالحة» (صابری یزدی، ۱۳۶۳: ۲۱۸) بنابراین حفظ جایگاه خاص خانواده از اهمیت بسزایی برخوردار است و انتظار می‌رود قانون حمایت از خانواده این جایگاه خاص را مورد تأکید قرار بدهد و در این مقاله به نقد از منظر بایسته‌های قانونگذاری و قانون‌نگاری در حوزه ضمانت اجرای کیفی در قانون جدید حمایت از خانواده می‌پردازیم. نویسنده در این مقاله در مبحث اول در قالب دو گفتار در به تعریف خانواده و ویژگی‌های خاص جرم-انگاری در حوزه خانواده می‌پردازد و در مبحث دوم به نقد ضمانت اجرای قانون جدید حمایت از خانواده که در تعارض با جایگاه خاص خانواده تدوین شده است؛ بررسی خواهد شد.

### ۱. مفهوم و ویژگی‌های خاص جرم انگاری در حوزه حقوق خانواده

در این مبحث در قالب دو گفتار به بررسی تعریف خانواده و ویژگی‌های خاص جرم انگاری در حوزه خانواده پرداخته خواهد شد.

#### ۱-۱. مفهوم حقوقی خانواده

خانواده کوچک‌ترین، بنیادی‌ترین و اساسی‌ترین نهاد اجتماعی است و این همان تعبیری است که مقدمه‌ی قانون اساسی به منظور بیان اهمیت خانواده به کار برده است (خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است). از ازدواج که زیر بنای خانواده است؛ تعاریف متعددی شده است. گیدنز آن را پیوند جنسی می‌داند که از نظر اجتماعی به رسمیت شناخته شده است. وی با آرمانی کردن خانواده مخالف است و می‌گوید زندگی در خانواده، همواره ارضاء‌کننده و لذت بخش نیست، بلکه خانواده‌ها اغلب منبع تنش و خصومت زیاد هستند (گیدنز، ۱۳۷۴: ۳۱۴) در تعریف دیگر، ازدواج فرآیندی از کنش متقابل بین دو فرد، یعنی یک مرد و یک زن است که برخی شرایط قانونی را تحقق می‌بخشد و عمل آنان مورد پذیرش قانون قرار می‌گیرد (ساروخانی، ۱۳۷۰: ۱۳).

این تعاریف، هر یک جای بحث دارد. تعبیر کنش متقابل از روابط زوجین، بدون بیان نقاط تفکیک این کنش، از کنش‌ها در دیگر جوامع، وضع ویژگی «مورد پذیرش قانون قرار گرفتن»، به عنوان اساس تعریف این نهاد، یا منحصر نمودن پیوند زوجین به «پیوند جنسی» در تعاریف، ناشی از نگاهی تک بعدی به خانواده و ازدواج به عنوان زیر بنای آن است. نگاه سیستماتیک به خانواده ایجاب می‌نماید که در تعریف خانواده، کلیه عناصری که در کنار هم این نهاد را ایجاد می‌کنند؛ به خوبی دیده شوند و مورد غفلت قرار نگیرند.

نکاح، در لغت به منزله‌ی ضمّ چیزی به چیز دیگر و به معنای نزدیکی است (حلی، ۱۳۶۴: ۴۲۸)؛ در تعریف حقوقی نکاح گفته‌اند: «عقدی است که تسلط بر اباحه‌ی بضع است بدون ملکیت» (حلی، ۱۳۶۴: ۴۲۸)؛ صاحب جواهر نیز بر عدم انتقال بضع و صرف تسلط بر آن تأکید نموده است که در این صورت، نکاح نیز مانند بیع و صلح اجاره و غیره آن تلقی می‌شود (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۳۹).

برخی حقوقدانان در تعریف نکاح گفته‌اند: «نکاح رابطه‌ی حقوقی - عاطفی است که به وسیله‌ی عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه؛ حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۱).

با توجه به تعریف نکاح، می‌توان گفت خانواده نهاد ناشی از نکاح است که در تداوم همدلی زوجین و اهداف آنان حین نکاح تداوم می‌یابد. ازدواج توافق همدلانه، ارادی و منطبق با قانون و شرع میان زن و مرد است که بر شروع زندگی مشترک، تداوم آن بر اساس عشق، اخلاق و قانون، و تلاش در جهت رفع نیازهای

مادی و معنوی یکدیگر در طول زندگی مشترک صورت می‌گیرد. این تعریف که کمتر به بُعد حقوقی نکاح در خانواده توجه دارد؛ ضمن جدا نمودن نکاح از معامله و ردّ معاوضی بودن آن، به تعهد اخلاقی زوجین و خاصیت طبیعی محبت میان آنان که با هیچ قراردادی قابل ایجاد نیست، تاکید می‌کند.

خانواده را خاندان، دودمان و تبار نیز معنی کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۸۵: ۱۰۷۸) و از آن، تعاریف متعددی صورت گرفته است که دارای عناصر مشترکند. از جمله گفته شده است که یک واحد حقوقی است که لااقل از یک زن و یک مرد که بین آنها رابطه زوجیت وجود پیدا کرده، ناشی می‌شود. وجود زن و مرد در ابتدا شرط حدوث خانواده است، اما شرط بقای آن نیست. مانند خانواده‌ای که از یک مادر و یک فرزند تشکیل شده و پدر خانواده فوت کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵۶).

این تعریف از خانواده دارای جنبه حقوقی است؛ زیرا خانواده را یک واحد حقوقی به شمار آورده است. در این تعریف، عناصر خانواده عبارتند از رابطه‌ی قرابت سببی که می‌تواند به دنبال رابطه‌ی قرابت نسبی ایجاد شود. یعنی زوجین که سابقاً دارای رابطه‌ی خویشاوندی نسبی بوده‌اند، حال به سبب ازدواج، رابطه‌ی قرابت سببی نیز پیدا کرده‌اند و یا آن که زوجین که هیچ رابطه‌ی نسبی نداشته‌اند، حال به واسطه‌ی عقد نکاح، قرابت یافته‌اند. به هر حال بین زوجین و فرزندان مشترک، رابطه‌ی نسبی وجود خواهد داشت (اسدی، ۱۳۹۲: ۵۲).

عناصر مهم در هر یک از این تعاریف، تفاوت جنسیتی اولین اعضای خانواده است. این تعریف در تعیین حدود خانواده موفق نبوده است؛ زیرا قید «لااقل از یک زن و مرد» این ابهام را ایجاد می‌کند که آیا مردی که دارای چند زن است، صرفاً دارای یک خانواده است یا چند خانواده. ابهام دیگر اینکه آیا خانواده می‌تواند از یک زن و چند مرد تشکیل شود که در پاسخ باید گفت نه تنها در مقررات ایران چنین امری ممنوع است، بلکه در بسیاری از کشورها<sup>۱</sup> با ممنوعیت چند همسری، چنین خانواده‌ای را غیر قانونی اعلام کرده‌اند.

برخی، خانواده را گروهی از اشخاص دانسته‌اند که در اثر قرابت یا نکاح با یکدیگر بستگی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱). این تعریف بسیار عام است و مفهومی گسترده از خانواده ارائه می‌دهد. با این تعریف، عمو و برادرزاده نیز یک خانواده را تشکیل می‌دهند. همچنین پیشنهادی که در تعریف در مورد حدود و ثغور خانواده شده است، مبنی بر این که باید با ملاحظه‌ی حقوق و تکالیفی که قوانین برای اعضای خانواده در برابر هم مقرر داشته است، حدود و قرابتی را که سبب ایجاد رابطه‌ی خانوادگی است، مشخص نمود، نیز نمی‌تواند به تنهایی کارساز باشد؛ زیرا «انفاق» از تکالیفی است که برخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵۷). آن را «عنصر» خانواده دانسته‌اند، در حالی که مطابق ماده‌ی ۱۱۹۶ قانون مدنی، در روابط بین اقارب، اقارب نسبی در خط عمودی اعم از سعودی یا نزولی، ملزم به انفاق یکدیگرند. با این وصف جد پدری نیز می‌تواند از نوه‌ی خود مطالبه‌ی نفقه کند، اما در این که آیا این دو می‌توانند یک خانواده را تشکیل دهند، جای بحث است.

برخی دیگر خانواده را در دو مفهوم عام و خاص تعریف کرده‌اند و در مفهوم عام، خانواده‌ی گسترده را گروهی مرکب از شخص و خویشان نسبی و همسر او و کسانی دانسته‌اند که از یکدیگر ارث می‌برند. استناد این تعریف به مواد ۸۶۲ و ۱۰۳۲ قانون مدنی است که طبقات اقربای نسبی را بیان کرده است. ضابطه‌ی این تعریف توارث است (صفایی امامی، ۱۳۹۱: ۱۲) و خانواده به معنی خاص یا محدود را شامل زن، شوهر و فرزندان است در برمی‌گیرد. (صفایی امامی، ۱۳۹۱: ۱۲).

این تعاریف نیز جامع و مانع نیستند. بی تردید توارث و قرابت، می‌تواند ضابطه‌ی تشکیل قبیله و عشیره باشد، نه خانواده، از سوی دیگر مقید نمودن خانواده به زن و شوهر و فرزندان، مانع از آن است که زن و

۱. از جمله مطابق ماده‌ی ۹۶ قانون مدنی سوییس: «هر شخصی که قصد ازدواج مجدد دارد، باید ثابت نماید که ازدواج قبلی وی، باطل یا منحل گردیده است.» همچنین است ماده ۱۴۷ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد: «تا زمانی که عقد نکاح اول منحل نشود، نمی‌توان به انعقاد عقد نکاح دوم اقدام نمود.»

شوهر فاقد فرزند مشترک یا زن مطلقه‌ای را که با فرزند خود زندگی می‌کند، خانواده تلقی کنیم. اگر بگوییم این تعریف، حداکثر مرزهای خانواده را معین نموده که فراتر از آن نمی‌توانند داخل شوند، نیز این ایراد جای طرح دارد که فرزند خوانده داخل چنین تعریفی نمی‌شود و این ترتیب، اجتماع زن و مردی که کودکی را به فرزندی قبول کرده اند، صرفاً تا حیات هردو والد، خانواده محسوب می‌شود و با فوت یکی از زوجین سرپرست، دیگر نمی‌توان عنوان خانواده را بر آن بار کرد. همچنین این سوال مطرح است که آیا برادرانی که پس از فوت والدین خود با یکدیگر زندگی می‌کنند، خانواده محسوب می‌شوند؟

به نظر می‌رسد بهتر آن است که تعریف خانواده را به عرف و آداب و بیشتر به حمایت از خانواده بپردازیم؛ زیرا خانواده مفهومی متحول در طول زمان است. اصطلاح خانواده گسترده در مقابل خانواده هسته‌ای که این دو نیز نسبی بوده، به گونه‌ای متفاوت تعبیر می‌شوند، ناشی از همین تحول است.

قوانین ایران نیز از خانواده تعریفی ارائه نداده و حدود و ثغور آن را مشخص نکرده‌اند. قانون مدنی در باب اشخاص بدون این که به تعریفی از خانواده بپردازد، به روابط حقوقی بین زوجین، فرزندان و اقارب اختصاص یافته است. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز در تعیین دعوی خانوادگی، نگاهی به حدود و ثغور خانواده نداشته است.

در مورد تعریف خانواده بیان شد که خانواده نهادی است متشکل از یک سری اعضا و ارزش‌ها که حقوق و تکالیف خاصی را برای هر یک از اعضا ایجاد می‌کند. همانطوری که اعضا یک اجتماع وقتی در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند جامعه را تشکیل می‌دهند، اعضای خانواده هم وقتی در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند، کیان خانواده را تشکیل می‌دهند. به همان نحو که حقوق جامعه ممکن است با حقوق افراد تعارض پیدا کند و به همان صورت که افراد یک جامعه ممکن است موجب اخلال و صدمه به جامعه شوند، اعضا خانواده نیز ممکن است موجب اخلال و صدمه به کیان خانواده شوند و همانطور که جامعه برای اینکه از تعرض اعضای خود مصون بماند احتیاج به وضع مقررات حمایتی دارد لذا کیان خانواده نیز برای اینکه از تعرض در امان باشد، احتیاج به وضع مقررات حمایتی دارد.

مهم‌ترین مقرراتی که از تعرض و آسیب به جامعه حمایت می‌کند مقررات کیفری هستند، اما در مورد کیان خانواده اگرچه در مقایسه با جامعه به راحتی نمی‌توان به قوانین کیفری متمسک شد اما در پاره‌ای از موارد، تمسک به ضمانت اجرای کیفری به عنوان آخرین راه حل مفید فایده به نظر می‌رسد. به همین دلیل است که امروزه مقررات کیفری حاکم بر کیان خانواده در مقایسه با مقررات غیر کیفری حاکم بر خانواده بسیار ناچیز بوده و به طوری که نمود خارجی این مطلب را حتی در کتاب‌های حقوقی نگارش یافته نیز به وضوح می‌توان ملاحظه کرد. در زمینه مقررات غیر کیفری حاکم بر کیان خانواده کتاب‌های بسیاری نگارش یافته و در این کتب به صورت حاشیه‌ای و جزئی به مقررات کیفری ناظر بر کیان خانواده اشاره شده است.

همچنین لازم‌الذکر است که قانون اساسی ما به عنوان اولین و مهمترین قانون، نهاد خانواده را به عنوان یک نهاد بنیادی مورد توجه قرار داده و قانونگذار عادی را مکلف کرده است که از جهات مختلف حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و کیفری از این تاسیس مبنایی حمایت کند. قانون اساسی، خانواده را به عنوان واحد بنیادی جامعه اسلامی به شمار می‌آورد. علت این امر را می‌توان به دلیل کارکردهای مختلف این نهاد بخصوص از لحاظ جامعه‌شناسی و جرم‌شناسی دانست. همچنین قانون اساسی در زمینه حمایت کیفری از کیان خانواده اصولی را بیان نموده که زمینه‌ساز ضمانت اجرای کیفری شده‌اند. حمایت‌های قانون اساسی ناظر به دو مرحله، یعنی مرحله تشکیل خانواده و مرحله استمرار آن است. البته اصل دهم قانون اساسی مقرر نموده است که تمامی قوانین و مقررات باید در جهت حمایت از تشکیل خانواده و پاسداری از قداست و استواری آن وضع گردد.

## ۲-۱. ویژگی‌های خاص جرم‌انگاری در حوزه خانواده

در جرم‌انگاری رفتارها در روابط خانوادگی برخی موارد باید به طور خاص مورد توجه قرار گیرند. رعایت این موارد در سایر حوزه‌ها نیز ضروری است، اما در حوزه خانواده نیازمند توجه جدی است، شاید بتوان گفت رعایت ویژگی‌های عام، همان قدر در حوزه خانواده ضروری است که در دیگر حوزه‌ها باید مورد توجه

قرار گیرد، اما عدم رعایت معیارهایی که در این گفتار ذکر می‌شود، موجب ورود آسیب جدی به خانواده خواهد شد، در حالی که کارکرد این معیارها در دیگر کانون‌ها، همانند معیارهای عام است یا حتی کم اهمیت‌تر ارزیابی می‌شود.

### ۱-۲-۱. شناسایی ارزش‌های نیازمند حمایت در حوزه خانواده

رفتارهایی که باید ممنوع شوند، مرتبط با ارزش‌هایی است که قانونگذار سعی در حفظ آن‌ها دارد. خانواده به عنوان کانون عاطفه، سرشار از ارزش‌های اخلاقی و انسانی است، به گونه‌ای که آمیختگی اخلاق و حقوق در خانواده، بیش از سایر حوزه‌ها نمود دارد، اما پیشروی حقوق کیفری در جرم‌انگاری تمامی ضد ارزش‌ها، تحکیم خانواده را در معرض خطر قرار می‌دهد،<sup>۱</sup> زیرا اگرچه برقراری نظم با ابزارهای سرکوب کننده ممکن است، اما ایجاد و تقویت عاطفه با این ابزارها، نه تنها ممکن نیست، بلکه آثار منفی بر جای خواهد گذارد.

در راستای دستیابی به یک جرم‌نگاری مطلوب و شایسته، تعیین الگوی مشخصی با توجه به ساختار و جوانب پدیده‌ی مجرمانه ضروری است. قانونگذار نمی‌تواند در برج عاجی بدون پنجره‌ای رو به جامعه بنشیند و مبادرت به قانونگذاری کند، بلکه باید با حضور در جامعه و نظر سنجی از آحاد آن، آگاهانه قانونگذاری نماید. بنابراین نگاهی مجموعی به حقوق و تکالیف اعضای خانواده و انتظارات عرفی از آن‌ها باید مورد توجه قرار گیرد. همچنین چنین ارکان جرم به ویژه رکن معنوی باید با توجه به ارزش‌هایی باشد که حاکمیت آن بر روابط خانواده ضروری است.

جرم‌انگاری متعادل باید به نحوی صورت پذیرد که همه‌ی افراد بزه‌دیده را در برگیرد. ارتکاب جرم منجر به ایجاد بزه‌دیدگان مستقیم و غیر مستقیم می‌شود و همه‌ی این گروه‌ها نیاز به حمایت و اتخاذ راهکارهای همه جانبه‌ی جبرانی دارند. در نتیجه، توجه به وضعیت تمام افراد آسیب‌دیده از ارتکاب یک جرم و حتی توجه به افرادی که از اعمال مجازات بر فرد مجرم که متکفل یک خانواده است، متضرر می‌شوند، جزو اصول اولیه جرم‌نگاری مطلوب و حمایتی است.

توجه به وضعیت و درجه‌ی آسیب‌پذیری بزه‌دیده نیز ضروری است. بدین ترتیب رفتارهای آسیب‌زا برای کودکان در خانواده، برای ورود به حوزه‌ی رفتارهای ممنوع در حقوق کیفری، باید بیشتر مورد نظر باشد.

### ۱-۲-۲. توجه به ماهیت روابط اعضای خانواده

استواری کانون خانواده بر عشق، بر ضمانت اجرای حقوقی حاکم بر آن نیز اثر گذاشته است. به گونه‌ای که مقررات مدنی خانواده، بعضاً فاقد ضمانت اجرا می‌باشند. فقدان ضمانت اجرا برای این مقررات به دو شکل است:

الف. گاه به طور مطلق است، یعنی قانونگذار هیچ ضمانتی در نظر نگرفته است. به عنوان مثال مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۷ قانون مدنی، زوجین را در برابر یکدیگر و کودک را در برابر والدین، مکلف به رعایت احترام کرده است. اما از آنجا که برقراری ارتباط مبتنی بر احترام، نیازمند پذیرش درونی ضرورت آن از سوی احترام کننده است، لذا ضمانت اجرایی برای آن پیش بینی نشده است؛ زیرا از اهداف مجازات‌ها، اصلاح مجرم و برقراری عدل است که همانا ایجاد تعادل و توازن است که مخدوش گردیده است.

ب. همچنین گاه رفتار مخالف قانون، فاقد ضمانت اجرای «مستقیم» است، اما نتایجی بر تخلف فرد از قانون و عدم اصلاح وی در صورت تذکر قاضی در نظر گرفته شده است. الزام زن به تمکین از شوهر، از

۱. در میان اصول حاکم بر خانواده، اصل تقدم اخلاق بر حقوق مهم است. حقوق نباید ناقض و نافی قواعد اخلاقی باشد، بلکه این دو باید یکدیگر را تأیید و تکمیل کنند و در کنار یکدیگر باشند. در بخش خانواده، نه تنها قواعد حقوقی با قواعد اخلاقی هماهنگ است، بلکه حقوق در خدمت اخلاق است و اخلاق مقدم بر حقوق می‌باشد. (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۱۰۷-۱۱۴)؛ تا جایی که گفته شده است قوانین حاکم بر خانواده، توسط اخلاق و مذهب انشاء می‌شود و دولت کار مهمی جز تعیین ضمانت اجرا برای آن قواعد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۹۱).

اینگونه رفتارهاست. به همین جهت رویه قضایی، حکم الزام به تمکین را حکم انشائی نمی‌داند و بر آن اجراییه صادر نمی‌کند، بلکه معتقد است الزام به تمکین، از احکام اعلامی است که در صورت عدم تسلیم زن به آن، نتایج ناشزه بودن شامل عدم استحقاق زن بر نفقه، حق مرد بر درخواست اذن به ازدواج مجدد از دادگاه یا عدم استحقاق بر اجرت المثل حین طلاق به درخواست مرد، به زن بار می‌شود و به هرحال قاضی، دستور اجبار نمودن زن به حضور در منزل شوهر و تمکین از او را صادر می‌نماید. زیرا لازمه ی تمکین، احترام و رعایت حرمت‌هاست که با زور و اجبار همخوانی ندارد.

حساسیت قانونگذاری در حوزه‌ی خانواده، توجه به برخی بایسته‌ها از جمله ضرورت تحکیم مبانی خانواده با توجه به ماهیت روابط اعضای خانواده را می‌طلبد تا بتوان کارایی و اثر بخشی قانون را تضمین نمود.

بنابراین در تعیین ضمانت اجرای کیفری باید به ماهیت روابط اعضای خانوادگی و محدودیت اثر بخشی تضمین‌های کیفری توجه شود، به ویژه وقتی آثار تخلف از وظایف زناشویی، متوجه زوجین است. به هرحال، در موردی که عدم اجرای تکالیف والدینی نسبت به کودک مطرح است، پیش‌بینی تضمین‌های کیفری از محدودیت‌های کمتری برخوردار است.

### ۲-۳. اهمیت رفتار از جهت میزان اختلال ناشی از آن

احتیاط در جرم‌انگاری رفتارها در حوزه‌ی خانواده، از آن جهت نیز ضروری است که بزهدار و بزهدیده به عنوان اعضای یک خانواده، پس از اجرای مجازات نیز باید در کنار یکدیگر زندگی کنند. این خصیصه، مانعی برای جرم‌انگاری در سایر حوزه‌ها نمی‌باشد. بنابراین جرم‌انگاری رفتارهای محل نظم خانواده و ضد ارزش، صرفاً هنگامی می‌تواند به عنوان یک راه حل قانونی انتخاب شود که ادامه‌ی نتایج ناشی از آن رفتار، آثار سوء غیرقابل جبرانی بر خانواده به جای گذارد و همچنین منع مرتکب به طریق دیگری ممکن نباشد. به عنوان مثال، جرم‌انگاری به کارگیری کودک در کارهای خلاف مانند قاچاق مواد مخدر در ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان (۱۳۸۱) از آن جهت که ادامه‌ی این وضعیت، شخصیت و آینده‌ی کودک را در معرض مخاطرات جبران ناپذیری قرار می‌دهد، امری بجا است.

### ۲. ضرورت ورود حقوق کیفری به حوزه خانواده

با پذیرش خانواده به عنوان یک حریم خصوصی و در نتیجه لزوم احتیاط در ورود حقوق کیفری به آن، ضرورت ورود حقوق کیفری باید مشخص شود. همچنین نحوه‌ی ورود و ویژگی آن‌ها باید تبیین گردد. امروزه حقوق خانواده در حوزه‌ی حقوق خصوصی قرار می‌گیرد؛ زیرا رابطه‌ی میان افراد را مدون می‌سازد، اما ورود حقوق کیفری به عنوان شاخه‌ای از حقوق عمومی در این حوزه نیز ضروری به نظر می‌آید. جرم‌انگاری ازدواج دائم یا طلاق بدون ثبت، ازدواج با دختر زیر سن نکاح، ترک انفاق و غیره، از ظاهر دخالت دولت در این حوزه است. آنچه این ورود را توجیه می‌کند، در دو عنوان برقراری نظم جامعه و حفظ حقوق اعضای خانواده قابل بحث است.

#### ۲-۱. برقراری نظم در جامعه

یکی از اهداف قوانین کیفری، برقراری نظم و انتظام در جامعه است و گاه ارتباط صرفاً خصوصی افراد می‌تواند مخدوش کننده‌ی این نظم باشد. به عنوان مثال طلاق، رخدادی است که رابطه‌ی زناشویی حاصل از نکاح بین زوجین را منحل می‌سازد، اما پیامدهای سوء ناشی از طلاق در جامعه، ایجاب می‌نماید که دولت در کنترل آن دخالت کند و محدودیت‌هایی را بر طرفین تحمیل نماید. الزام زوجین موافق بر طلاق به مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش از دادگاه به منظور ثبت صیغه‌ی طلاق در قانون اصلاح مقررات مصوب ۱۳۷۱ و پس از آن در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و جرم‌انگاری اجرای طلاق بدون ثبت در دفاتر اسناد رسمی، الزام مرد خواهان طلاق به مراجعه به دادگاه و طی تشریفات دآوری به منظور ایجاد صلح و سازش بین زوجین در قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۳۵۸، یا منوط نمودن اجرای صیغه‌ی

طلاق توسط زوج به تادیه‌ی حقوق مالی زوجه در قانون اصلاح مقررات طلاق و قانون حمایت خانواده، نمونه-ای از دخالت حکومت در حوزه‌ی روابط خصوصی افراد است.

در تعریف نظم عمومی<sup>۱</sup> گفته شده مجموعه‌ی سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره‌ی یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد است؛ به طوری که افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۱۷). با این وصف، نظم عمومی، مجموعه قوانین الزامی شامل امر و نهی مقنن است که اشخاص نمی‌توانند خلاف آن توافق کنند و چنین توافقی بی اثر است.

این تعریف از نظم عمومی، به وسیله‌ی ایجادکننده‌ی آن اشاره دارد و به دولت حق می‌دهد برای حفظ نظم جامعه به قانونگذاری آمره و قرار دادن ضمانت اجرایی بر تخلف از آن متوسل شود، اما برقراری نظم عمومی، یک مطلوب است که استواری و اقتدار هر حکومتی با تأمین آن محقق می‌شود و این تأمین باید در جهت حفظ منافع افراد جامعه باشد.

برقراری نظم عمومی، یکی از اهداف حقوق کیفری است و نظم اجتماعی «مبیین توقعات اساسی زندگی اجتماعی» می‌باشد که با پیشرفت جوامع رو به افزایش است. نظم عمومی با برقراری قواعد آمره از سوی دولت تأمین می‌شود و این قواعد با پیشرفت و توسعه‌ی جوامع رو به فزونی می‌گذارد. گستردگی حوزه‌ی قوانین به موازات پیچیدگی روابط جامعه، به لزوم کنترل روابط افراد در حوزه‌های جدید بر می‌گردد. به عنوان مثال، برقراری ارتباطات اینترنتی، ابزارهای کنترل جدید را می‌طلبد و به این طریق تعدی به حقوق دیگران در جنبه‌های جدید نمودار می‌شود. همچنین نهادهای قدیمی از جمله خانواده، با توسعه‌ی جوامع، پیش‌بینی کنترل‌های جدید را ضرورت می‌دهد و این کنترل نیز نیازمند تدوین مقررات جدید است.

امروزه واکنش‌های اجتماعی در برابر مسائل خانوادگی تحول یافته است، به گونه‌ای که روابط اعضای خانواده را نمی‌توان صرفاً به خود آنان مربوط دانست. گسترش وسایل ارتباطی موجب می‌شود که تمام افراد جامعه از کودک آزاری توسط والدین یا عدم مواظبت از کودک متأثر می‌شوند. تشکیل سازمان‌های مردم نهاد با هدف حمایت از حقوق کودکان یا زنان، نمایانگر پیشرفت حساسیت اجتماع در برابر این مورد است. قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحیه بعدی آن در تاریخ ۹۴/۳/۲۴ در ماده ۶۶ مقرر می‌دارد: «سازمان‌های مردم نهادی که اساسنامه آن‌ها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان ... می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند.» این ماده همسو با اندیشه‌های نوین بزه‌دیده‌شناسی و سیاست جنایی مشارکتی در حقوق کیفری در جهت حمایت از بزه‌دیده و مشارکت دادن سازمان‌های مردم نهاد در این امر وضع شده است (خالقی، ۱۳۹۴: ۸۵).

با توجه به مراتب فوق، ورود خانواده از برخی جنبه‌ها به حوزه‌ی حقوقی عمومی یا به عکس و دخالت حقوق عمومی در خانواده، ناشی از ارتباط یافتن خانواده با نظم عمومی و مسؤولیت دولت در حفظ این نظم است. در توجیه این تفکر، توجه به تعریف حریم خصوصی و تعیین مرزهای آن ضروری است.

حوزه‌ی خانواده، به عنوان یک مکان فیزیکی که افراد خانواده را در بر می‌گیرد، حریم خصوصی محسوب می‌شود و باید مورد احترام باشد. همچنین اراده‌ی زوجین و حق تصمیم‌گیری آنان در کلیه‌ی مراحل حین نکاح، در طول زندگی مشترک و پس از آن در موارد کاملاً مرتبط با آنان، محترم است و حفظ اسرار خانواده نیز از ارزش‌های مورد احترام می‌باشد. از این رو دخالت جامعه و حکومت در هر یک از این برداشتها از حریم خصوصی، آن گاه تجاوز است که از ارتباط صرف بین افراد خانواده خارج شده و با منافع و مصالح جامعه مرتبط شود. به عنوان مثال، پرخشگری والدین به کودک، امری درون خانوادگی است و تا آنجا که با هدف تربیت کودک همراه باشد، به عنوان اسرار خانواده در حوزه‌ی حریم خصوصی می‌گنجد، اما شدت یافتن آن به گونه‌ای که طفل را در معرض خطر جسمی، روانی، عاطفی یا اخلاقی قرار دهد، مورد پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا افزون بر آزرده‌گی وجدان عمومی از چنین رفتاری طفل به عنوان عضوی از جامعه‌ی انسانی که

اثرگذاری قابل توجهی در آینده‌ی جامعه دارد، باید مورد حمایت قرار گیرد. با این وصف باید گفت که حمایت از چنین کودکی، ورود حوزه‌ی عمومی به تصدی دولت و حوزه‌ی عمومی جدای از دولت ضرورت می‌یابد (اسدی، ۱۳۹۲: ۶۸).

## ۲-۲. حفظ حقوق اعضای جامعه

یکی از وظایف دولت‌ها، حفظ حقوق افراد جامعه در مقابل تجاوز و تعدی دیگران است و ابزار لازم برای وصول به این هدف، جرم‌انگاری و استفاده از ضمانت اجراهای کیفری است. با این هدف، ورود دولت‌ها به حریم خصوصی افراد توجیه می‌شود. این ورود معمولاً وقتی صورت می‌گیرد که طرفین رابطه‌ی خصوصی از نظر قدرت یا موقعیت و جایگاه برابر نباشد. در حوزه‌ی خانواده نیز چنین نابرابری از نظر عینی و قانونی وجود دارد. نابرابری زن و مرد از نظر جسمی و فیزیکی در بعد عینی انکارناپذیر است. قضاوت عرف در خصوص جایگاه زن و مرد در خانواده و انتظارات عرف از زن که گاه فراتر از الزام‌های قانونی است، این نابرابری را نمود بیشتری می‌دهد. به عنوان مثال عرف جامعه، تکلیف انجام کارهای خانه، نگهداری فرزندان مشترک و حتی تربیت آنان را به تنهایی متوجه زن می‌داند و در بسیاری از مناطق روستایی، انجام کارهای بیرون از منزل مانند کار در مزارع و شالیزارها یا خرید کالاهای مورد نیاز خانواده به عهده‌ی زن است. برخی قوانین ماهوی نیز در ظاهر نابرابری میان زن و مرد را در حوزه‌ی خانواده رقم زده است.

اقدام قانونگذار برای رفع این نوع نابرابری‌های ظاهری و بعضاً ضروری، از طریق ضمانت اجراهای کیفر صورت گرفته است. به عنوان مثال، در قانون مدنی، اصطلاح «تمکین» و الزام به آن صرفاً درباره زن به کار می‌رود و نشوز مرد مورد توجه قرار نگرفته است.<sup>۱</sup> حق مرد به منع زن از اشتغال در ماده‌ی ۱۱۱۷ قانون مدنی، حمایت متقابل از زن در برابر بی‌مسئولیتی مرد نسبت به تامین معاش زوجه را ایجاب می‌نماید و این حمایت در ماده‌ی ۵۳ قانون حمایت خانواده منسوب ۱۳۹۱ با مجازات تارک انفاق، تبلور یافته است. چنین نابرابری‌هایی، بی‌عدالتی تلقی نمی‌شود، بلکه برای نظم بخشی به روابط اعضای خانواده ضروری است. مع هذا گاه فرد ذی حق از حق خود سوءاستفاده می‌کند و از این طریق، زمینه‌ی ورود ضرر به طرف مقابل را فراهم می‌سازد. مردی که نه به منظور حفظ مصلحت خانواده، بلکه به منظور اجبار زن به تسلیم در برابر خواسته‌های نابجای خود، درخواست منع اشتغال او را از دادگاه می‌نماید و پس از ممنوعیت زوجه از اشتغال، از انجام تکلیف پرداخت نفقه که به منظور تعدیل حق ریاست زوج توسط شارع و قانونگذار وضع شده است، خودداری می‌ورزد، باید تعزیر شود. مثال دیگر بی‌ارزش بودن ناکارآمدی اراده‌ی زن در روابط طرفینی است. در عمل به ویژه در شهرهای کوچک و روستاها، دختران در تعیین تشریفات انجام نکاح مانند میزان مهریه، مستند نمودن نکاح، در قالب سند رسمی یا عادی و غیره، نقشی ندارند. به همین جهت قانونگذار در برخی موارد ضمانت اجراهای کیفری برای عدم رعایت تشریفات نکاح را صرفاً برای مرد پیش بینی نموده است؛ به عنوان مثال به منظور سهولت در اثبات عقد نکاح، ثبت ازدواج دائم ضروری است. قانونگذار با جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج دائم (ماده‌ی ۴۹ قانون حمایت از خانواده منسوب ۱۳۹۱)، مسؤولیت عدم ثبت واقعه‌ی نکاح را اگر چه زوجه نیز یکی از طرفین آن محسوب می‌شود، صرفاً متوجه مرد کرده است. دخالت حکومت در حفظ هویت طفل در ماده‌ی ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی، آن گاه که پدر و مادر وی در واگذاری طفل به ثالث توافق دارند، به منظور حمایت از طفلی است که در کانون خانواده در جایگاهی ضعیف‌تر از دیگران قرار گرفته است. سلب صلاحیت حضانت طفل در ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی از والدین، از مظاهر ورود حقوق عمومی به حوزه‌ی خانواده است و مثال‌های دیگری نیز قابل ذکر است.

با این وصف باید گفت اگر چه در تعریف ابتدایی از حقوق خصوصی، باید خانواده را نیز به طور کلی در چارچوب این حقوق قرار داد، اما پیچیده شدن روابط میان اعضای خانواده، گستردگی و انسجام جوامع که واکنش‌های اجتماعی را بر عملکرد اعضای خانواده توجیه می‌نماید و همچنین لزوم حمایت از افراد ضعیف

۱. مواد ۱۱۱۴، ۱۱۰۸ و ۱۱۱۷ قانون مدنی مصادیقی از ریاست مرد بر خانواده را مقرر نموده است. به عنوان مثال ماده‌ی ۱۱۰۸ (هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود).



در حوزه‌ی خانواده، ایجاب می‌نماید که در مواردی حکومت به این حوزه وارد شده و با وضع قواعد آمره، به تنظیم روابط درون خانواده بپردازد. به عبارت دیگر، قرار گرفتن حقوق خانواده در حوزه‌ی حقوق خصوصی، بدین معنا نیست که تنظیم روابط آنان باید به طور کلی به اعضای این نهاد واگذار شود. به همین جهت است که دخالت آمره‌ی قانونگذار در زمینه‌ی انعقاد نکاح و انحلال آن، بیش از دخالت در سایر عقود است. به عنوان مثال، فسخ در عقود با شرط خیار ممکن است، اما در عقد نکاح، فسخ صرفاً در موارد خاصی که در مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی احصا شده است، میسر می‌گردد. مثال دیگر آن که والدین نمی‌توانند با توافق یکدیگر حضانت طفل مشترک را به ثالث واگذار نمایند، توافق زوجین به شروط بسیاری مانند شرط عدم تمکین و شرط واگذاری ریاست خانواده به زن باطل است (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۷: ج ۱، ۴۹)؛ بدون آن که بطلان آن تأثیری در صحت عقد نکاح داشته باشد.

این روش در قوانین سایر کشورها نیز اتخاذ شده است. به عنوان مثال ماده ۲۸۷ قانون مدنی فرانسه، توافق والدین در حضانت طفل را چنانچه خلاف مصلحت طفل باشد، غیرقابل اثر می‌داند؛ طبق ماده ۲۹۲ همین قانون، در طلاق توافقی دادگاه می‌تواند توافق زوجین در خصوص کودک را مورد بازنگری قرار دهد؛ همین روش در ماده‌ی ۱۳۳ قانون مدنی سوییس نیز اتخاذ شده است و این دادگاه است که اقتدار والدینی را با لحاظ غبطه صغیر، به یکی از والدین اعطا می‌کند و توافق والدین در این خصوص باید به تایید دادگاه برسد (اسدی، ۱۳۹۲: ۷۱).

پس به طور کلی می‌توان گفت که خانواده یک قانون اجتماعی است که منشاء تشکیل آن توافق است. پایداری خانواده نیازمند تنظیم روابط اعضای آن است تا مجادلات پیشگیری شود. در تنظیم این روابط گاه ضمانت اجرای مدنی کفایت می‌کند که چنین تضمین‌هایی در حوزه‌ی حقوق مدنی که شاخه‌ای از حقوق خصوصی است قرار می‌گیرد و گاه نیاز به ضمانت اجرای قهرآمیز و تا حدی سرکوبگر است که آنگاه تصویب مقررات کیفری ضرورت می‌یابد.

به هر حال، آنجا که نظم مرتبط با عموم؛ معمولاً با رفتارهایی مختل می‌شود که جلوه‌ی عمومی داشته باشد و آثار آن به جامعه سرایت کند، لذا بیشتر جرم‌انگاری‌ها در حوزه‌ی عمومی صورت می‌گیرد و ورود به حریم خصوصی افراد، استثنایی بر اصل است که به کارگیری آن نیازمند دلیل متقن بر ضرورت است. در واقع چنین ورودی باید جهت دفاع از ارزش‌هایی صورت گیرد که اگرچه در رابطه‌ی خصوصی اعضای خانواده نقض شده است، اما آثار آن بر جامعه نیز بار می‌شود و از سوی دیگر ضمانت اجرای حقوقی برای جبران آن ناکارآمد بوده یا کفایت نمی‌کند. مسلماً جمع چنین شرایطی به سختی محقق می‌شود و قانونگذار در تشخیص شرایط باید نهایت دقت را مبذول دارد.

### ۳. تعارض ضمانت اجرای کیفری با جایگاه خاص خانواده

در این مبحث به بررسی ضمان اجرای قهرآمیزی که در قانون جدید حمایت خانواده با ارزش و جایگاه خانواده در تعارض است، بررسی می‌کنیم:

#### ۳-۱. جرم عدم ثبت نکاح

ماده‌ی ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۲، جرم عدم ثبت نکاح را با تغییراتی پیش بینی نمود. مطابق این ماده «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است؛ از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استتکاف کند نیز مقرر است.» از نظر شرعی برای ایجاد علقه‌ی زوجیت صرف انشای عقد کفایت می‌کند و نیازی به ثبت نیست. اما قانونگذار بنا به برخی مصالح که در این ماده به آن اشاره نشده ولی در ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات بدان اشاره کرده است، ثبت را الزامی می‌داند. می‌توان پذیرفت که ثبت نشدن واقعه‌ی ازدواج یا طلاق باعث ضرر به دیگران به خصوص زوجه و فرزندان است و نیز منافع اجتماعی ایجاب می‌کند که جلوی این ضرر گرفته شود اما سؤال این است که آیا برای جلوگیری از ورود ضرر ناشی از

ثبت نشدن واقعه‌ی ازدواج و طلاق، باید از حربه‌ی مجازات‌ها استفاده کرد؟ بدین منظور باید ببینیم ضمانت اجرای تخلف از ثبت ازدواج و طلاق چه می‌تواند باشد و آیا ضمانت اجراهای حقوقی کافی نبوده که قانونگذار به ضمانت اجرای کیفری روی آورده است؟ (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۱۵).

ضمانت اجرای چنین ازدواج یا طلاقی مادام که به ثبت نرسیده است می‌تواند منشأ آثار حقوقی نباشد، یعنی نتوان بر اساس آن اقامه‌ی دعوی نفقه، تمکین، ارث و... نمود مگر اینکه به ثبت برسد. به نظر می‌رسد اگر قانونگذار ضمانت اجرای اموری تشریفاتی همچون ثبت واقعه ازدواج یا طلاق و... را مترتب ندانستن آثار حقوقی و الزام به ثبت واقعه می‌دانست، بهتر از این بود که برای آن مجازاتی در نظر بگیرد. البته برای اینکه حق زوجه در این میان از بین نرود، لازم است قانونگذار برای زوجه این حق را پیش‌بینی نماید که بتواند دادخواست الزام زوج به ثبت واقعه‌ی ازدواج یا طلاق به دادگاه بدهد و در نهایت در صورت استنکاف زوج، ترتیبی را پیش‌بینی کند که ازدواج یا طلاق به ثبت رسد. این وضعیت درباره‌ی فرزندان نیز وجود دارد. نتیجه آن که بهترین ضمانت اجرا برای لزوم ثبت طلاق یا ازدواج آن است که علاوه بر الزام مرد به ثبت واقعه، چنانچه مرد از ثبت منتفع می‌شده از آثار ثبت منتفع نیست تا واقعه را به ثبت برساند اما چنانچه زن یا فرزندان از ثبت منتفع می‌شوند، بتوانند با ترتیباتی واقعه را به ثبت رسانده و از آثار آن منتفع شوند (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۱۵).

این ماده ثبت نکردن ازدواج دائم یا طلاق را در دفاتر رسمی جرم دانسته است و ظاهر ماده حکایت از آن دارد که ثبت، باید فوری صورت پذیرد. این امر اگر نسبت به غیر ازدواج یعنی طلاق و فسخ... صحیح باشد، که آن هم جای تأمل دارد، نسبت به ازدواج دائم صحیح نیست و جا داشت قانونگذار به شیوه‌های بهتر عمل کند. توضیح اینکه آنچه عملاً در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود، این است که گاه عقد ازدواج صورت می‌پذیرد و پس از مدتی در دفاتر رسمی ثبت می‌شود. از نظر شرعی برای تحقق رابطه‌ی زوجیت صرف عقد کافی است و ثبت عقد تشریفاتی است که دولت آن را لازم دانسته است. این در حالی است که همیشه امکان ثبت فوری واقعه‌ی عقد ازدواج نیست. گاه افراد در مکان‌های مقدس یا زمان‌های مقدس که دسترسی به دفاتر رسمی ندارند اقدام به ازدواج می‌کنند حتی گاه در خارج از ایران در اماکن مذهبی همچون مکه یا مدینه یا کربلا یا نجف دختر و پسرشان را به عقد دیگری در می‌آورند، در حالی که دسترسی به دفاتر رسمی ندارند اما اهمیت زمان و مکان ایجاب می‌کند که فوری خطبه‌ی عقد خوانده شود و نمی‌توان توقع داشت تا امکان ثبت در دفاتر رسمی عقد را به تأخیر انداخت. گاه برای راضی کردن دختر و پسر و خانواده‌ی ایشان تلاش‌های مستمر و زیادی صورت گرفته و در آخرین لحظه رضایت تحصیل شده و مصلحت ایجاب می‌کند که عقد فوری خوانده شود، درحالی که دسترسی به دفتر رسمی نیست. این وضعیت در مورد طلاق یا فسخ نکاح نیز وجود دارد، یعنی ما نباید وضعیت شهرهای بزرگ را در نظر بگیریم که امکان دسترسی به دفاتر رسمی به راحتی فراهم است. در روستاها و... چه بسا دسترسی مشکل باشد. حتی در جاهایی ممکن است، دفتر رسمی ازدواج باشد ولی سردفتر مرخص بوده، به مسافرت رفته و... و در یک جمله امکان حضور وی در لحظه‌ی عقد نباشد و نتوان صبر کرد. لذا الزام فوری به ثبت ازدواج و طلاق و پیش‌بینی مجازاتی سنگین صحیح نمی‌باشد. بهتر است قانونگذار لزوم ثبت واقعه ازدواج و... را فوری نداند، بلکه زمانی را برای آن در نظر بگیرد که با انقضای آن و عدم ثبت، شخص به مجازات محکوم شود (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۳۲-۳۳).

قانون حمایت خانواده در ماده‌ی ۴۹ برای زوج مستنکف از ثبت، تلفیقی از مجازات تعزیری درجات پنجم و هفت را مقرر کرده است؛ جزای نقدی درجه پنج (هشتاد میلیون تا یکصد و هشتاد میلیون ریال) یا حبس تعزیری درجه هفت (نود و یک روز تا شش ماه)؛ پیش‌بینی دو نوع مجازات تعزیری از درجه‌های متفاوت، مشکلاتی را در اجرای قانون پیش خواهد آورد. این مشکلات ناشی از آن است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اعمال برخی نهادهای مرتبط با مجازات‌ها را براساس درجات تعزیر پیش‌بینی کرده است. به عنوان مثال «تعویق صدور حکم» موضوع ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است که در جرایم موجب تعزیر درجه‌های شش تا هشت قابل اعمال است و دادگاه پس از احراز مجرمیت با ملاحظه-

ی وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده، در صورت تحقق شرایطی مانند وجود جهات تخفیف، پیش‌بینی اصلاح مرتکب و فقدان سابقه کیفری موثر، صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق می‌اندازد. در اعمال این ماده نسبت به جرم ثبت عدم نکاح، قاضی با سردرگمی مواجه می‌شود؛ زیرا مجازات قانونی این جرم از دو درجه‌ی پنج و هفت پیش‌بینی شده است و تعویق صدور حکم نسبت به جرایم تعزیری درجه‌ی شش تا هشت قابل اعمال است. ضمن اینکه اصولاً با توجه به این ماده و دیگر مواد قانون مجازات اسلامی، جرایم تعزیری بر اساس درجه‌ی مجازات طبقه بندی می‌شوند و تعیین مجازات تعزیری در دو درجه برای یک جرم، قرار دادن آن جرم در یکی از درجات را مبنایی برای تشخیص اهمیت جرم است، غیر ممکن می‌سازد. از دیگر سو، قانونگذار در ماده‌ی ۱۹ در تمامی درجات مجازات‌های تعزیری، انواع مجازات‌های شامل حبس، جزای نقدی و غیره را پیش‌بینی کرده است و قرار دادن انواع مجازات‌ها در یک درجه، به این معنا است که از نظر قانونگذار، این مجازات‌ها از نظر شدت و اهمیت نسبتاً مساوی هستند (کرامتی معز، ۱۳۹۴: ۳۸).

رویکرد ماده‌ی ۴۹ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱) مبنی بر انتخاب جزای نقدی از یک درجه و حبس از درجه‌ی دیگر مجازات‌های تعزیری، به معنای نفی نظر قانونگذار در دسته بندی مجازات‌ها بر اساس اهمیت است. البته تبصره‌ی ۲ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تا حدی مشکل را رفع کرده است. مطابق این تبصره «مجازات‌هایی که حداقل آن منطبق بر یکی از درجات فوق و حداکثر آن منطبق با درجه بالاتر باشد، از درجه بالاتر محسوب می‌شود»، اما توجه به این نکته لازم است که این تبصره در مقام رفع تحجیر از انطباق مجازات‌های تعزیری مندرج در قوانینی است که قبلاً تصویب شده است که از آن جمله قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ می‌باشد و به عنوان مثال در جرم جعل موضوع ماده ۵۲۴ قانون مذکور که مجازات آن سه تا پانزده سال حبس است، چنانچه قاضی در مقام احراز ادعای متهم یا محکوم دائر بر شمول مرور زمان بر جرم خود باشد، و سوال کند که آیا مجازات جرم مذکور در این ماده از درجه پنجم (حبس بیش از دو سال تا پنج سال) است یا در شمول تعزیر درجه‌ی سه (حبس بیش از ده سال تا پانزده سال) می‌باشد، از راه حل مندرج در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ استفاده می‌کند، اما این امر به آن معنا نیست که به عملکرد قانونگذار در انتخاب دو مجازات تعزیری از دو درجه‌ی متفاوت برای یک جرم صحنه بگذارد؛ ضمن اینکه دو قید «حداقل» و «حداکثر» در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) به یک نوع مجازات، مثلاً حبس برمی‌گردد و در شمول آن بر دو نوع مجازات (حبس و جزای نقدی) مندرج در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تردید است.

اصل تعیین قواعد عمومی کیفرها در برابر میزان کیفرها که بر اساس آن درجه بندی کیفرها برای تعیین نوع و میزان مجازات‌های جرایم پیش‌بینی شده در قانون نیست؛ بلکه برای اعمال قواعد عمومی مجازات‌ها است. طبق تبصره ۴ ماده ۱۹، مقررات این ماده و تبصره‌های آن تنها جهت تعیین درجه مجازات است و تأثیری در میزان حداقل و حداکثر مجازات‌های مقرر در قوانین جاری ندارد. پس قرار نیست که مجازات‌های پیش‌بینی شده در قوانین کیفری دگرگون شود بلکه همان مجازات تعیین می‌شود. در واقع دادرس در تعیین کیفر برای بزه‌های تعزیری اصالتاً و ابتدائاً با درجه بندی نظر ندارد بلکه ابتدا میزان کیفر مرتکب را بر اساس ماده اصلی جرم مربوطه تعیین و سپس برای اعمال قواعد عمومی مانند تخفیف یا تشدید کیفر یا تعلیق اجرای مجازات به ماده ۱۹ رجوع می‌کند تا بداند جرم ارتكابی در چه درجه‌ای قرار می‌گیرد تا نسبت به اعمال یا عدم اعمال قواعد عمومی تصمیم بگیرد. البته این قضیه در همه جرایم صدق نمی‌کند. نسبت به جرایم در قانونگذاری‌های آتی با پیش‌بینی خود قانونگذار، درجه بندی ماده ۱۹ برای میزان کیفر نیز به کار می‌آید مانند قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ که هر چند زودتر از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ تصویب شده ولی میزان کیفر را به ماده ۱۹ ارجاع داده است (کرامتی معز، ۱۳۹۴: ۴۵).

### ۳-۲. جرم ازدواج با دختر زیر سن نکاح

«هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به واقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه

بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به واقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود.»

«تبصره - هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسؤول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است.»

سؤال این است که آیا نیازی به وضع این مجازات برای مرد و عاقد و ولی هست؟ آیا چنین عملی باعث ایراد ضرر به دیگری می‌شود و به فرض که چنین باشد، آیا ضمانت اجرای حقوقی کفایت نمی‌کند؟ توضیح اینکه برای ارتکاب جرم ماده ۴۷ صرف اجرای صیغه‌ی ازدواج یعنی «انکحت و قبلت» کافی است. آیا برای صرف ایجاد صیغه‌ی انکحت و قبلت که منتهی به هیچ واقعه‌ای نشده است، باید مرد و ولی و عاقد را به مجازات محکوم کرد؟ آیا نمی‌توان برای حمایت از ماده ۱۰۴۱ ضمانت اجرای حقوقی و طبیعی خودش را به کار بست، یعنی چنین ازدواجی را موقوف به تشخیص دادگاه صالح دانست؟ به نظر می‌رسد که معلق بودن صحت چنین نکاحی به تحصیل حکم دادگاه صالح کفایت می‌کند.

از حیث مبانی فقهی نیز صدر این ماده با اشکال مواجه است، زیرا نهایت دلیلی که می‌توان برای وضع مجازات در غیر موارد منصوص بیان کرد، قاعده‌ی «التعزیر لکل حرام» است که به موجب آن هر عمل حرامی که در شرع برای آن مجازات تعیین نشده باشد قابل تعزیر است. درباره‌ی کلیت این قاعده بحث است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۹۰-۳۱۲) و به نظر می‌رسد حق با فقهای است که معتقدند حرام بودن شرط لازم برای جرم بودن است ولی شرط کافی نمی‌باشد و در نتیجه حرام‌هایی که باعث اذیت دیگران و اخلال نظام و هتک حرمت‌ها و فساد امور و تضعیف امنیت و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود جرم و مجازات کردنی است (صافی، ۱۳۶۳: ۱۳۸ - ۱۳۹).

با وجود این و به فرض پذیرش کلیت این قاعده اشکال این است که صرف انشای عقد ازدواج با صغیره بدون اذن ولی یا با اذن ولی اما بدون تشخیص مصلحت مورد ادعای ولی توسط دادگاه، از نظر شرعی عمل حرام محسوب نمی‌شود که بتواند توجیه‌گر مجازات باشد. در نهایت مانند عقد فضولی است که از نظر حکم تکلیفی متصف به حرمت نیست و از حیث حکم وضعی به شرط اجازه‌ی اصیل صحیح و نافذ و در صورت رد وی باطل است. با توجه به آنچه گفته شد، صرف انشای یک صیغه‌ی نکاح چه اخلاقی در نظم جامعه ایجاد می‌کند که وضع مجازات را ایجاب نماید؟

این ماده از جهات دیگر هم مورد اشکال هست و نمی‌تواند از کیان خانواده حمایت کند اولاً این ماده مقرر می‌دارد: «هر مردی بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ازدواج کند» در حالی که در ماده ۱۰۴۱ هم از دختر صغیری که به سن ۱۳ سال تمام شمسی نرسیده حمایت شده و هم از پسری که به سن ۱۵ سال تمام شمسی نرسیده است، این سؤال مطرح می‌شود که وضعیت زنی که بدون اخذ اجازه‌ی دادگاه صالح با پسری که به سن ۱۵ سال تمام شمسی نرسیده ازدواج می‌کند چیست؟ به خصوص زنی که باکره‌ی رشیده نیست که باید با اجازه‌ی ولی ازدواج کند. آیا چنین زنی مستحق مجازات نیست؟ آیا این ماده زن سالارانه نوشته نشده است؟ آیا بهتر نبود قانونگذار به جای واژه‌ی «مردی» واژه‌ی «شخصی» می‌آورد و چنین مقرر می‌داشت «هر شخصی بر خلاف...»

ثانیاً این مشکل مطرح می‌شود که این ماده اصلاً از قصاص صحبتی نکرده است، در حالی که می‌تواند چنین واقعه‌ای مجازات قصاص را به دنبال داشته باشد. این مجازات در صورتی است که واقعه با دختر بچه نوعاً ایجاد نقص، یا مرض دائم یا مرگ می‌کند و مرد بدان آگاه است یا بی احتیاطی و بی‌پروایی شدیدی کرده است. اگرچه شوهر نوعاً قصد قتل یا صدمه ندارد ولی اگر بداند که عملش منجر به قتل و صدمه می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌شود. به همین جهت است که برخی مراجع معاصر عمل شوهر مبتلا به ایدز را که با علم به مریضی با همسرش مقاربت نموده و باعث ابتلای وی به ایدز و در نهایت فوت وی می‌شود، جنایت عمدی و موجب قصاص می‌دانند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۱۹-۲۰).

به هر حال این که قانون حمایت از خانواده وارد حریم حقوق کیفری در بخش قصاص و دیات شده است و قواعد آن را نادیده گرفته است صحیح نیست؛ چرا که مطابق قواعد باب قصاص در صورتی که کسی عمل منتهی به جنایتی را به قصد ایجاد آن جنایت انجام دهد یا اینکه عملش نوعاً منجر به آن جنایت شود، عمد محسوب و با رعایت شرایط مقرر به قصاص محکوم می‌شود. جا داشت که در این قانون چنین آورده می‌شد: «علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد...»

اشکال سوم این است که در تبصره‌ی این ماده برای ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه، مجازات مقرر می‌دارد، به شرط آنکه اشخاص مزبور «در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشد مقصود ما واژه‌ی «تأثیر مستقیم» است که واژه‌های شناخته شده، به خصوص از منظر حقوق کیفری، نیست. حقوق کیفری تمام اشخاصی را که به نوعی در ارتکاب جرم دخالت دارند با رعایت شرایط و ضوابط مقرر با عناوین شناخته شده‌ی معرفی می‌کند: مباشر، شریک، معاون، فاعل معنوی و... ضمن اینکه تأثیر آن هم به قید مستقیم خود ابهام دارد. آیا مقصود تحریک و تطمیع و... است، آیا صرف پذیرفتن پیشنهاد ازدواج مرد با صغیره تأثیر مستقیم است؟ اگر مقصود قانونگذار معاونت است، جا دارد به این واژه‌ی شناخته شده اشاره و مقرر کند: «هرگاه ولی قهری... در ارتکاب جرم موضوع این ماده معاونت داشته باشد...» و اگر مقصود چیز دیگری است لازم است، آن مقصود را روشن سازد.

### ۳-۳. جرایم مرتبط با ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی بدون اخذ اذن از دولت

«هر فرد خارجی که بدون اخذ اجازه مذکور در ماده (۱۰۶۰) قانون مدنی و یا بر خلاف سایر مقررات قانونی با زن ایرانی ازدواج کند به حبس تعزیری درجه پنج محکوم می‌شود.»

با توجه به ویژگی‌هایی که حقوق کیفری خانواده دارد؛ تنوع مجازات‌ها از ضروریات جرم انگاری در این حوزه است که موجب می‌گردد با دادن اختیار وسیع به قاضی در انتخاب نوع مجازات، زمینه‌ی متناسب کردن مجازات با وضعیت مرتکب و خانواده‌ی او فراهم شود. در جرم ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی بدون اخذ مجوز، چنانکه زوجه شکایتی از این باب نداشته باشد و تعقیب مجرم توسط دادستان و از باب آثار عمومی جرم صورت گرفته باشد، بی تردید محبوس کردن زوج به مدت دو تا پنج سال، پایه‌های خانواده را که با چنین ازدواج تا حدی سست نیز هست، فرو خواهد ریخت (اسدی، ۱۳۹۲: ۲۱۳-۲۱۴).

البته از نظر قواعد اولیه‌ی شرعی چنین ازدواجی به شرط رعایت شرایط شرعی صحیح است و نمی‌توان حکم به بطلان یا معلق بودن صحت آن بر تحصیل اجازه دولت دانست. زیرا از نظر شرعی هیچ دلیلی بر لزوم تحصیل اجازه‌ی مخصوص دولت در مورد ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی و بالعکس وجود ندارد. در نتیجه قانونگذار می‌تواند ضمانت اجرای دیگری را پیش‌بینی کند و آن اینکه مترتب شدن آثار قانونی بر چنین ازدواجی را موکول به تحصیل اجازه‌ی دولت بدانند یعنی مقرر دارد که هرگاه مرد تبعه‌ی خارجی بدون اجازه‌ی مخصوص از دولت با زنی ایرانی ازدواج کند، این ازدواج واجد آثار حقوقی نیست تا زمانی که اجازه‌ی مخصوص دولت را تحصیل نماید. یا چنین مقرر دارد که «نمی‌توان بر اساس چنین ازدواجی اقدامات حقوقی به عمل آورد مگر آنکه اجازه‌ی مخصوص دولت تحصیل گردد» (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۲۲-۲۳).

نقد دیگر این است که چرا در این ماده نسبت به زنی که حاضر شده بدون صدور مجوز با تبعه‌ی خارجی ازدواج کند مجازاتی پیش‌بینی نشده است؟ وضعیت کیفری او و نیز ولی او، در صورتی که تحصیل اذن ولی لازم بوده، چگونه است؟ شاید بتوان او را با عنوان معاونت در جرم مجازات کرد. بنابراین ضرورت دارد که مقنن وقتی به وضع ماده ۴۸ می‌پردازد، مجازات زن و نیز ولی او را که حاضر به دادن اجازه شده است نیز مشخص نماید.

### ۳-۴. جرم زوجیت یا ادعای زوجیت

هرکس در دادگاه زوجیت را انکار کند و سپس ثابت شود این انکار بی‌اساس بوده است یا برخلاف واقع با طرح شکایت کیفری یا دعوای حقوقی مدعی زوجیت با دیگری شود به حبس تعزیری درجه شش و یا جزای نقدی درجه شش محکوم می‌شود.

این حکم در مورد قائم مقام قانونی اشخاص مذکور نیز که با وجود علم به زوجیت، آن را در دادگاه انکار کند یا علیرغم علم به عدم زوجیت با طرح شکایت کیفری یا دعوای حقوقی مدعی زوجیت گردد، جاری است. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۴۸).

به رغم تغییرات مثبت قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱) در باب جرایم انکار زوجیت موجود و ادعای زوجیت غیر موجود، هنوز چند ایراد به شرح زیر جای توجه دارد:

الف. ماده ۵۲ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱) انکار زوجیت را «در دادگاه» قابل تحقق می‌داند. قید مذکور به جهت زیر با ایراد مواجه است:

نخست، آیا انکار زوجیت در دیگر مراجع قضایی مانند دادسرا وصف کیفری ندارد؟ به عنوان مثال، چنانچه زوجه شکایت ترک انفاق نماید و حین انجام تحقیقات در دادسرا، زوج نزد دادیار، رابطه‌ی زوجیت را انکار کند، مشمول ماده‌ی ۵۲ نخواهد شد؛ این نتیجه‌ی غیرمنطقی و ترجیح بلامرجح است، زیرا اهمیت دعوای کیفری ایجاب می‌نماید که انکار زوجیت در این دعوای، وصف مجرمانه‌ی شدیدتری داشته باشد؛ به عنوان مثال، زوجه‌ای که با شکایت ترک انفاق، نفقه‌ی حال خود را مطالبه کرده است، نسبت به زوجه‌ای که برای نفقه‌ی گذشته‌ی خود دادخواست تقدیم نموده، از نظر مالی در تنگنای بیشتری است.

دوم، وجه برتری جرم ادعای زوجیت غیر موجود چیست که موجب شده است قانونگذار تحقق آن را با طرح شکایت و دعوای کیفری نیز ممکن بداند اما انکار زوجیت صرفاً در محضر دادگاه و در جریان رسیدگی به دعوای حقوقی قابل تحقق است.

ب. عبارت «زوجیت را انکار می‌کند» عام است و می‌تواند زوجیت سابق را نیز در برگیرد. لذا بهتر بود عبارت «زوجیت موجود» استعمال می‌شد. در جرم ادعای زوجیت نیز همین سوال مطرح است؛ چنانچه زنی که با طرح دعوای نفقه معوقه، برخلاف واقع مدعی شود که سابقاً در قید زوجیت مردی بوده، آیا مرتکب جرم ادعای زوجیت خلاف واقع شده است؟ شاید بتوان گفت فعل‌ها «کند» و «شود» این ماده، زمان حال را می‌رساند، اما نحوه‌ی گسترش ماده به گونه‌ای است که انکار زوجیت سابق و نیز ادعای زوجیت در زمان گذشته را نیز در پی می‌گیرد.

پ. همچنین این ابهام مطرح است که آیا جرایم موضوع بحث، مخصوص نکاح دائم است یا نکاح موقت را نیز در بر می‌گیرد. صدر ماده‌ی یک قانون راجع به انکار زوجیت، در خصوص دعوی زن راجع به حقوق مالی ناشی از عقد ازدواج، صدق و نفقه را از باب تمثیل آورده و با ذکر واژه‌ی «و غیره»، راه ورود دعوای مالی دیگر را باز گذاشته بود. ممکن است گفته شود که ذکر مثال نفقه، نشان از اختصاص این جرایم به نکاح دائم دارد؛ زیرا مطابق ماده‌ی ۱۱۱۳ قانون مدنی در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد. در تحلیل این نظر باید گفت که اولاً، جمع کلیه‌ی دعوای مالی مندرج در ماده‌ی یک ماده برای تحقق جرم لازم نیست و این در حالی است که در عقد منقطع، صدق موجود است و حتی شرایط صحت عقد نیز می‌باشد.<sup>۱</sup> از سوی دیگر مطابق ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی، در عقد منقطع نیز می‌توان شرط نفقه کرد یا عقد را مبنی بر الزام مرد به پرداخت نفقه به زن جاری ساخت. بنا بر این با عنایت به اطلاق اصطلاح «عقد ازدواج» در ماده‌ی یک و «زوجیت» در ماده‌ی ۲ قانون راجع به انکار زوجیت، دائمی بودن نکاح مورد انکار یا غیر مورد ادعا، شرط تحقق جرم نبود. ماده‌ی ۵۲ قانون حمایت خانواده با حذف دعوای مالی، باز هم «زوجیت» را به نحو مطلق آورده است. بنابراین جهتی برای منحصر نمودن موضوع ادعا یا انکار چنین علقه‌ای، مانند نوع دائم آن قابل توجیه است.

۱. ماده‌ی ۱۰۹۵ قانون مدنی: «در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است».

نکته متفاوت و قابل بحث در مواد ۱ و ۲ قانون راجع به انکار زوجیت، آوردن قید «وارث» زوج برای جرم انکار زوجیت و درج قید «قائم مقام قانونی زن» در جرم ادعای زوجیت است. قائم مقام کسی است که به جانشینی از دیگری، حقوق و تکالیفی پیدا می‌کند، خواه برای اجرای هدف او کار کند (مانند نماینده تجارته)، یا برای اجرای هدف خود (مانند وراثت در ارتباط با ترکه و خریدار در ارتباط با مبیع پس از بیع) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ص ۵۰۹).

پ. برای تحقق جرم صدر ماده‌ی ۵۲ لازم است که انکار زوجیت با علم به زوجیت باشد. قانون در این قسمت هیچ اشاره‌ای به لزوم علم نکرده است اما آنگاه که به ادعای زوجیت می‌رسد، واژه‌ی «برخلاف واقع» را می‌آورد که به نوعی به همان علم موضوعی یعنی «علم به عدم زوجیت» باز می‌گردد و در مورد قائم مقام قانونی که می‌رسد با عبارت «علیرغم علم به زوجیت» و «علیرغم علم به عدم زوجیت» تصریح می‌کند. به هر حال یا باید در همه جا از قید علم موضوعی تصریح کند یا در هیچ جا آورده نشود. حداقل انتظار آن است که در یک ماده مثل ماده‌ی ۵۲ دو گونه عمل نشود و حداقل در صدر ماده‌ی ۵۲ واژه‌ی «علیرغم علم به زوجیت» آورده شود و واژه‌ی «برخلاف واقع» به «علیرغم علم به عدم زوجیت» تغییر یابد.

### ۳-۵. جرم ترک انفاق به زوجه

ماده ۵۳ مقرر می‌دارد: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقة امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود.»

«تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است.»  
در باره‌ی مردی که نفقه‌ی همسرش را و به طور کلی نفقه نمی‌دهد، روایاتی است که بر حبس مرد تا اداء نفقه دلالت می‌کند. (حرعاملی، ۱۴۲۲، ج ۱۳: ۱۴۸). و برخی فقها همچون شیخ طوسی به مضمون این روایات فتوا داده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۶، ۲۲). قانونگذار می‌توانست حبس مردی را که نفقه‌ی زوجه یا اشخاص واجب‌النفقة را نداده است تا زمان ادای آن مقرر کند نه اینکه حبس را به عنوان کیفر چنین مردی پیش‌بینی کند. در وضعیت فعلی ولو اینکه مرد بعداً نفقه را بدهد، مجازات حبس در انتظار وی خواهد بود؛ پیشنهاد می‌شود برای حفظ کیان خانواده در صورتی که مرد بعداً نفقه را ادا کرده باشد، به مجازات حبس محکوم نشود.

### ۳-۶. جرم عدم انجام تکالیف مربوط به حضانت

ماده ۵۴ مقرر می‌دارد: «هرگاه مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی حق شود، برای بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود.»

در ماده‌ی ۵۱، مشکل نبود تناسب در انتخاب نوع مجازات است؛ سؤال این است، آیا واقعاً جریمه‌ی نقدی می‌تواند چنین حاضنی را به انجام تکالیف مقرر وادارد یا او را مجبور کند تا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذیحق نشود. آیا بهتر نبود برای چنین جرمی مجازات سلب مسئولیت حضانت موقتی یا دائمی پیش‌بینی می‌شد یا حداقل در کنار جریمه‌ی نقدی چنین مجازاتی هم پیش‌بینی می‌شد (کرامتی معز و عبدالهی، ۱۳۹۶: ۶۸).

### ۳-۷. جرایم مرتبط با عدم ارائه‌ی گواهی سلامت حین ثبت نکاح

ماده ۵۵ مقرر می‌دارد: «هر پزشکی که عامداً برخلاف واقع گواهی موضوع مواد (۲۳) و (۳۱) این قانون را صادر یا با سوء نیت از دادن گواهی مذکور خودداری کند، بار اول به محرومیت درجه شش موضوع قانون مجازات اسلامی از اشتغال به طبابت و بار دوم و بالاتر به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود.»  
اهمیت و ظرافت خانواده اقتضا می‌کند که قانونگذاری در زمینه‌ی آن با دقت هر چه بیشتر صورت گیرد؛ به طور کلی ضمانت اجرای کیفری آخرین حربه برای حفظ و حمایت از ارزش‌ها و حقوق و تکالیف است. به

خصوص در حقوق خانواده رعایت این اصل ضروری است بررسی مقررات کیفری قانون حمایت از خانواده من جمله ماده ۵۵ و سایر مواد، نشان می‌دهد که این قانون از حیث قواعد و اصول قانونگذاری و قانون‌نگاری همچون ضرورت، جامعیت، تناسب جرم و مجازات و... با اشکال‌های جدی روبه‌رو است.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

خانواده، واژه مقدسی است که به یکی از ارکان بنیادین و تأثیرگذار بر ساختار جامعه اطلاق می‌گردد. این نهاد، نقش بارزی در ارتقاء روابط اجتماعی و جامعه‌پذیری افراد ایفا می‌کند. اما باید در نظر داشت که این نهاد ارزشمند در معرض بلایا و خطرات بنیانی است که چه بسا از درون، موجب اضمحلال و از هم‌پاشیدگی آن گردد، اگر سیاست‌های حمایتی حقوقی و کیفری نباشد، بدون شک به تدریج جامعه مملو از خانواده‌های مضمحل و آسیب‌دیده رو به انحطاط خواهد بود. قانونگذار کشورمان به تأسی از آموزه‌های اسلام، در قالب قوانین و مقررات گوناگون، تدابیری را در این ارتباط مقرر داشته است. تنوع و دامنه تهدیدات خانواده به حدی است که واکنش مؤثر و هوشیاری سیاست‌گذاران جامعه را می‌طلبد. در کنار حقوق داخلی کشورمان در سطح بین‌الملل نیز به این نهاد مقدس پرداخته شده و خانواده، نقطه اتکای جامعه تلقی و دولت‌ها موظف به حمایت از آن شده‌اند. به علاوه، همواره بر عدم تبعیض جنسیتی زن و مرد و حمایت از حقوق کودکان به عنوان عضوی از خانواده تأکید شده است. از این رو در طول مدتی که از تأسیس سازمان ملل متحد می‌گذرد این سازمان اعلامیه‌ها، بیانیه‌ها و کنوانسیون‌های متعددی در موضوعات مختلف حقوق بشری صادر کرده است. جرایمی که ارتکاب آنها تهدیدی برای خانواده است، متنوع‌اند.

برخی از جرائم علیه قداست خانواده رخ می‌دهند، برخی دیگر، علیه تحکیم مبانی و بنیان‌های نهاد خانواده واقع می‌گردند و برخی دیگر نیز مستقیماً اعضای خانواده را هدف می‌گیرند؛ بدیهی است جرم‌نگاری این رفتارها، حمایت کیفری از نهاد خانواده را در قوانین و مقررات داخلی کشورمان رقم خواهد زد؛ زیرا اعتقاد بر این است که حمایت کیفری متناسب بدون آسیب زدن به بنیان خانواده می‌تواند سبب استحکام این نهاد و مجری نظم باشد و صرف نظر از معیارهای مهم جرم‌نگاری و نیز فارغ از اهداف و آثار کیفری، مسلماً توسل به ضمانت‌اجراهای کیفری، فقط در صورت فقدان ابزارهای غیرکیفری یا عدم کارایی آنها، به عنوان آخرین حربه، قابل توجیه است، البته به شرطی که آثار اجرای آن، زیانبارتر از اصل عمل نباشد.

با وجود نظرات فراوان در مورد جرم‌نگاری و یا عدم جرم‌نگاری رفتارهایی که توسط مقنن در حوزه خانواده صورت گرفته است همواره تأثیرات مطلوب مداخله کیفری در جهت حمایت و تحکیم بنیان خانواده را شاهد بوده‌ایم. این راهکار مناسب نه تنها در حقوق داخلی بلکه در اسناد بین‌المللی نیز متبلور شده است. برای افزایش زمینه‌های حمایتی در این حوزه، همواره باید به نیازها و مقتضیات جامعه توجه نمود. خلاء قانونی در برخی از زمینه‌ها که مداخله کیفری در آنها نقش بسزایی در حفاظت از قداست حمایت از کیان این نهاد و اعضای آن بخصوص زنان و کودکان را دارد از مشکلات اساسی در این حوزه است.

با وجود همه جرم‌نگاری‌ها در قوانین داخلی، جای برخی از حمایت‌های اساسی به ویژه نسبت به زنان و کودکان از جمله حمایت‌های حیثیتی و شخصیتی خالی است؛ چرا که تمام اسناد بین‌المللی مربوط به حمایت از زنان و کودکان به این نوع حمایت‌ها اشاره داشته و اعمال آنان را تکلیفی برای دولت‌های عضو دانسته‌اند. بر اساس یافته‌های این پژوهش، تلاش مقنن حمایت بیش از پیش از کیان خانواده بوده است، به ویژه با تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱ و به خصوص ماده ۲۱ و مواد ۴۹ تا ۵۶ این قانون، این تلاش کاملاً به چشم می‌خورد. لیکن انتظار می‌رود در اصلاحات و تحولات قانونی در آینده، حمایت مفید از کیان خانواده و اعضای آن دامنه‌ی گسترده‌تری بیابد و جهت برطرف شدن خلاءهای موجود گام‌های موثرتری برداشته شود.



به نظر می‌رسد اگر قانونگذار در مورد جرم عدم ثبت نکاح؛ ضمانت اجرای امری تشریفاتی همچون ثبت واقعه ازدواج یا طلاق و... را مترتب ندانستن آثار حقوقی و الزام به ثبت واقعه می‌دانست، بهتر از این بود که برای آن مجازاتی در نظر بگیرد. در مورد جرم ازدواج با دختر زیر سن نکاح؛ صرف انشای عقد ازدواج با صغیره بدون اذن ولی یا با اذن ولی اما بدون تشخیص مصلحت مورد ادعای ولی توسط دادگاه، از نظر شرعی عمل حرام محسوب نمی‌شود که بتواند توجیه‌گر مجازات باشد. در نهایت مانند عقد فضولی است که از نظر حکم تکلیفی متصف به حرمت نیست و از حیث حکم وضعی به شرط اجازه‌ی اصیل صحیح و نافذ و در صورت رد وی باطل است.

در مورد جرایم مرتبط با ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی بدون اخذ اذن از دولت؛ از نظر قواعد اولیه‌ی شرعی چنین ازدواجی به شرط رعایت شرایط شرعی صحیح است و نمی‌توان حکم به بطلان یا معلق بودن صحت آن بر تحصیل اجازه دولت دانست. زیرا از نظر شرعی هیچ دلیلی بر لزوم تحصیل اجازه مخصوص دولت در مورد ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی و بالعکس وجود ندارد. در نتیجه قانونگذار می‌تواند ضمانت اجرای دیگری را پیش بینی کند و آن اینکه مترتب شدن آثار قانونی بر چنین ازدواجی را موکول به تحصیل اجازه‌ی دولت بداند یعنی مقرر دارد که هرگاه مرد تبعه خارجی بدون اجازه مخصوص از دولت با زنی ایرانی ازدواج کند، این ازدواج واجد آثار حقوقی نیست تا زمانی که اجازه‌ی مخصوص دولت را تحصیل نماید. یا چنین مقرر دارد که «نمی‌توان بر اساس چنین ازدواجی اقدامات حقوقی به عمل آورد مگر آنکه اجازه‌ی مخصوص دولت تحصیل گردد».

در مورد جرم ترک انفاق به زوجه دربار‌ه‌ی مردی که نفقه‌ی همسرش را و به طور کلی نفقه نمی‌دهد، روایاتی است که بر حبس مرد تا اداء نفقه دلالت می‌کند. و برخی فقها همچون شیخ طوسی به مضمون این روایات فتوا داده‌اند. قانونگذار می‌توانست حبس مردی را که نفقه‌ی زوجه یا اشخاص واجب النفقه را نداده است تا زمان ادای آن مقرر کند نه اینکه حبس را به عنوان کیفر چنین مردی پیش‌بینی کند. در وضعیت فعلی ولو اینکه مرد بعداً نفقه را بدهد، مجازات حبس در انتظار وی خواهد بود؛ پیشنهاد می‌شود برای حفظ کیان خانواده در صورتی که مرد بعداً نفقه را ادا کرده باشد، به مجازات حبس محکوم نشود. اهمیت و ظرافت خانواده اقتضا می‌کند که قانونگذاری در زمینه‌ی آن با دقت هرچه بیشتر صورت گیرد؛ به طور کلی ضمانت اجرای کیفری آخرین حربه برای حفظ و حمایت از ارزش‌ها و حقوق و تکالیف است. به خصوص در حقوق خانواده رعایت این اصل ضروری است بررسی مقررات کیفری قانون حمایت از نشان می‌دهد که این قانون از حیث قواعد و اصول قانونگذاری و قانون‌نگاری همچون ضرورت، جامعیت، تناسب جرم و مجازات و... با اشکال‌های جدی رو به‌رو است.

پیشنهاد دیگر نگارنده لزوم جرم انگاری نشوز زوج است بخاطر اینکه؛ مطابق یافته‌های حقوق کیفری، ضرر دست دوم یا غیرمستقیم می‌تواند به عنوان یکی از مبانی جرم‌انگاری واقع شود، به دیگر سخن معلق گذاشتن زوجه و خودداری از طلاق او از طرفی و معاشرت به معروف نداشتن از سوی دیگر، گذشته از ضررهای فردی بر زوجه، پیامدهای منفی اجتماعی‌ای دارد که می‌تواند به جرائمی چون خیانت جنسی، ضرب و جرح، قتل، خودکشی و امثال آن منجر شود. بر این اساس متولیان سیاست جنایی نمی‌توانند به چنین اضرائی بی‌توجه باشند. اگر گفته شود در صورت تحقق نشوز زوج، با وجود امکان طلاق قضایی چه نیازی به جرم‌انگاری است، پاسخ آن است که جرم‌انگاری نشوز در بادی امر جرم مانع تلقی شده و تلاشی در جهت حراست از این کانون مقدس است و در وهله‌ی بعد واکنشی از سوی جامعه در قبال سوء استفاده‌ی افراد از حقوق شرعی و قانونی محوله است.

در مجموع، به نظر می‌رسد در مواردی که زوج از تأدیه‌ی حقوق شرعی از جمله حسن معاشرت امتناع ورزد و به علاوه حاضر به طلاق زن نیز نشود، ناشز بوده و مرتکب عمل حرامی شده است که هم در تعارض با مقاصد عالی شریعت است و هم ابعاد عمومی و اجتماعی آن بر کسی پوشیده نیست و حکومت نمی‌تواند به یک فرد اجازه و امکان سوء استفاده از حقوقی را بدهد که هم ظلم بودن، هم آثار منفی اجتماعی آن انکارناپذیر است؛ لذا پیشنهاد می‌شود این ماده در قوانین مربوط به خانواده اضافه شود. «هرگاه مردی با

وجود شرایط و امکانات لازم، از حسن معاشرت و تأدیه‌ی حقوق شرعی و قانونی همسرش خودداری کند و حاضر به طلاق او نیز نشود، ناشز بوده و به ..... محکوم می‌گردد.» به علاوه پیشنهاد می‌شود این جرم قابل گذشت باشد و به جای کیفرهای کلاسیک، از محرومیت‌های اجتماعی به عنوان مجازات استفاده شود. همچنین پیشنهاد می‌شود که وجود وزارتخانه‌ای تخصصی و مستقل در زمینه حوزه خانواده امری ضروری و اجتناب ناپذیر می‌باشد و امید است در سال‌های آتی وزارت خانه‌ای به نام وزارت امور خانواده تأسیس و پی ریزی شود.

### فهرست منابع

۱. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ بایسته‌های تقنین (با نگاهی به قانون مجازات اسلامی)، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۲. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ مقررات کیفری لایحه حمایت از خانواده در بوته نقد «فصلنامه راهبردی زنان، سال دوازدهم، ۴۸، تابستان ۱۳۸۹.
۳. حلی، ابوالقاسم نجم الدین (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، برگردان: ابوالقاسم بن احمد یزدی، جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
۴. حرعاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه، دفتر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه قم، ۱۳۹۴.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۶. خالقی، علی؛ نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، انتشارات شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۷. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، جلد نخست، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ نخست، ۱۳۸۵.
۸. ساروخانی، باقر، دایره المعارف علوم اجتماعی، تهران: انتشارات سروش، چاپ نخست، ۱۳۷۰.
۹. صابری یزدی، علیرضا، الحکم الزاهره، مؤسسه النشرالاسلامی، ۱۳۶۳.
۱۰. صافی، لطف الله، التعزیر، قم، مؤسسه النشرالاسلامی، ۱۳۶۳.
۱۱. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱.
۱۲. طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران، المکتبه المرتضویه، ج ۶، ۱۳۸۷ق.
۱۳. کرامتی معز، هادی؛ مبانی و کارکردهای درجه بندی مجازات‌های تعزیری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
۱۴. کرامتی معز، هادی و عبدالهی، سامان؛ بایسته‌های جرم‌انگاری در حقوق خانواده با تأکید بر حفظ کيان خانواده، قم: انتشارات نوید حکمت، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۵. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده، جلد نخست، تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
۱۶. گیدنز، آنتونی، جامعه‌شناسی، برگردان: منوچهر صبوری، تهران: انتشارات نی، چاپ نخست، ۱۳۷۴.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵.
۱۸. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده (۲)، جلد سی و هشتم، تهران: انتشارات جنگل، چاپ نخست، ۱۳۸۷.
۱۹. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد دهم (دوره‌ی پانزده جلدی)، بیروت، موسسه المرتضی العالمیه، چاپ نخست، ۱۴۱۲ هجری قمری.