



قوه قضائیه
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق خانواده

عنوان:

تزام حق فرزندآوری با سلامت کودک و مصلحت جامعه

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر محمد هادی دارایی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر عباس میرشکاری

دانشجو:

فاطمه اسدی

آبان ۱۳۹۸

ما حاصل آموخته هایم را با افتخار تقدیم میکنم به:

پدر عزیز و مادر مهربانم که در لحظه لحظه زندگیم وجودشان گرما بخش روح من بود
و در سختی ها و دشواری ها همواره یآوری دلسوز و فداکار و پشتیبانی محکم و مطمئن
بودند.

«رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ»^۱

و سپاس بی پایان خدمت استاد بزرگوار جناب آقای دکتر محمد هادی دارایی که بدون راهنمایی ایشان پیمودن این راه عظیم ناممکن بود.

و همچنین استاد گرامی جناب آقای دکتر عباس میرشکاری که با یاری و کمک بی چشمداشت ایشان بسیاری از سختی ها بر من آسان گردید.

و تشکر بی پایان خدمت کسانی که مرا در این امر مهم یاری نموده اند.

^۱ آیه ۱۵ سوره احقاف

چکیده

فرزندآوری حقی ثابت برای زوجین محسوب می‌گردد که آنان می‌توانند در رابطه با زمان تولد، تعداد، فاصله سنی فرزندان و حتی امروزه در رابطه با جنسیت آنان آزادانه تصمیم بگیرند. با این وجود هر حقی در مقام امتثال با محدودیت‌هایی همراه است. در همین راستا حق فرزندآوری زوجین نباید به سلامت کودک و نیز منافع و مصالح افراد جامعه ضرر وارد آورد؛ چرا که در اینجا قاعده لاضرر موجب محدود شدن زوجین در اجرایی کردن آن حق می‌شود. کودکان بی‌دفاع‌ترین انسان‌ها می‌باشند و حمایت از آنان باید به مراتب بیشتر از بزرگسالان باشد و توجه به مصالح و منافع کودکان جزء اصول اساسی قوانین و معاهدات بین‌المللی محسوب می‌گردد و تمامی جوامع باید سازوکارهای مناسبی را برای حفظ این اصول تدبیر نمایند. دیگر ذی‌حقی که در مقوله فرزندآوری وجود دارد، جامعه و مصالح آن می‌باشد. جمعیت به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اساسی یک حاکمیت محسوب می‌شود و از دیرباز توجه به این مهم در دستور کار همه دولت‌ها بوده است؛ اما نباید از نظر دور داشت که جمعیتی مدنظر است که پویا و کارآمد باشد و بتواند فعالیت مؤثری را برای شکوفایی آن انجام دهد، بنابراین زوجین نمی‌توانند بدون در نظر گرفتن سود و مصلحت جامعه، موجب تولد فرزندان نابهنجار ذهنی و جسمی شوند و هزینه‌های جبران‌ناپذیری را بر جامعه تحمیل نمایند. در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ به این مهم توجه نموده و در ماده ۲۳ و تبصره آن زوجین را به انجام آزمایش‌هایی جهت تشخیص بیماری‌های واگیردار برای زوجین و فرزندان الزام نموده است. در تبصره همین ماده در صورتی که زوجین حامل بیماری‌های خطرناک برای جنین باشند، مراقبت و نظارت باید شامل منع تولیدمثل گردد. اگرچه این ماده یک نوآوری و توجه به همه افراد خانواده و نیز جامعه می‌باشد، اما بعد از گذشت ۷ سال از تصویب این قانون، همچنان شاهد ابهامات و نیز مشخص نبودن راهکار مناسب از سوی مقامات ذی‌صلاح هستیم. با این اوصاف تمام تلاش نگارنده بر این است که با تکیه بر اصول حقوقی و نیز با تمسک به قاعده لاضرر و نیز نظم جامعه به تبیین درست از حق فرزندآوری برسد تا بتوانیم در آینده نه‌چندان دور شاهد تولد کودکان سالم باشیم.

واژگان کلیدی: حق فرزندآوری - سلامت کودک - مصلحت جامعه.

فهرست

چکیده	۵
مقدمه	۱
۱-تیین موضوع تحقیق	۱
۲-اهمیت و ضرورت انجام تحقیق	۲
۳-سؤالات تحقیق	۲
۴-فرضیه تحقیق	۳
۵-پیشینه تحقیق	۳
۶-روش تحقیق	۴
۷-ساختار تحقیق	۴
فصل اول: حق فرزند آوری	۵
مبحث اول: مفهوم و صاحب و ماهیت حق فرزند آوری	۶
گفتار اول: مفهوم حق فرزند آوری	۶
گفتار دوم: صاحب حق فرزند آوری	۸
بند اول: حق زوجه	۸
بند دوم: حق زوج	۱۰
بند سوم: حق زوجین	۱۱

بند چهارم: حق جامعه	۱۳
گفتار سوم: ماهیت فرزند آوری با تاکید بر مفهوم حق و حکم	۱۳
بند اول: مفهوم حق و حکم	۱۳
الف: مفهوم حق	۱۳
ب: مفهوم حکم	۱۵
بند دوم: ماهیت فرزند آوری	۱۵
مبحث دوم: مبانی و منابع حق فرزند آوری	۱۹
گفتار اول: مبانی حق فرزند آوری	۱۹
بند اول: مبانی اقتصادی حق فرزند آوری	۱۹
بند دوم: مبانی اجتماعی حق فرزند آوری	۲۱
بند سوم: مبانی فردی حق فرزند آوری	۲۳
گفتار دوم: منابع حق فرزند آوری	۲۵
بند اول: حق فرزند آوری در فقه	۲۵
الف: آیات	۲۶
ب: روایات	۲۹
ج: ادله فقها	۲۹

- ۱-قائلین به حرمت عزل ۳۰
- ۲-قائلین به کراهت عزل ۳۲
- بند دوم: حق فرزند آوری در مقررات داخلی ۳۵
- بند سوم: حق فرزند آوری در مقررات بین‌المللی ۳۷
- فصل دوم: حق سلامت کودک و فرزند آوری ۳۹**
- مبحث اول: مفهوم ، مبانی و منابع حق سلامت کودک ----- ۴۰
- گفتار اول: مفهوم حق سلامتی ۴۱
- گفتار دوم: مبانی حق سلامت کودک ۴۴
- بند اول: فطرت انسان ۴۵
- بند دوم: کرامت انسان ۴۶
- بند سوم: مصلحت عالیّه کودک ۴۷
- گفتار دوم: منابع حق سلامتی کودک ۵۲
- بند اول: توجه به حق سلامت کودک در مقررات داخلی ۵۳
- بند دوم: توجه به حق سلامت کودک در مقررات بین‌المللی ۵۹
- مبحث دوم: تزامم حق فرزند آوری با سلامت کودک ----- ۶۱
- گفتار اول: ترجیح حق فرزند آوری زوجین ۶۱

گفتار دوم: ترجیح حق سلامت کودک ۶۳

بند اول: ادله ترجیح حق سلامت کودک ۶۴

الف: قرآن ۶۴

ب: روایات ۶۵

ج: نظرات فقها ۶۷

د: عقل ۶۸

نخست: قاعده لاضرر ۶۹

دوم: احسان ۷۰

سوم: مصلحت ۷۱

چهارم: قاعده اهم فالهم ۷۱

بند دوم: ضمانت اجرا ۷۳

فصل سوم: مصلحت جامعه و حق فرزندآوری ۷۸

مبحث اول: مفهوم مصلحت جامعه ۷۹

گفتار اول: تعریف و مصادیق مصلحت جامعه ۷۹

بند اول: تعریف مصلحت جامعه ۷۹

بند دوم: مصادیق مصلحت جامعه ۸۳

الف: نظم عمومی ۸۳

- ب: اخلاق حسنه ۸۵
- ج: بهداشت عمومی ۸۶
- د: امنیت عمومی ۸۷
- گفتار دوم: مبانی و منابع مصلحت جامعه ۸۸
- بند اول: مبانی مصلحت جامعه ۸۸
- الف: نفع گرایی ۸۹
- ب: اصالت جامعه ۹۱
- ج: مصلحت عمومی ۹۲
- بند دوم: منابع مصلحت جامعه ۹۵
- مبحث دوم: تزامم حق فرزند آوری با مصلحت جامعه ۹۹
- گفتار اول: ترجیح حق فرزندآوری ۱۰۰
- گفتار دوم: ترجیح مصلحت جامعه ۱۰۱
- بند اول: زیان اقتصادی ۱۰۱
- بند دوم: زیان اجتماعی ۱۰۲
- بند سوم: زیان فرهنگی ۱۰۵
- نتیجه گیری ۱۰۸
- پیشنهادها ۱۱۲

منابع ۱۱۵

کتاب‌های فارسی ----- ۱۱۵

کتاب‌های عربی ----- ۱۱۶

مقالات فارسی ----- ۱۱۷

مقالات غیر فارسی ----- ۱۲۱

پایان نامه‌ها ----- ۱۲۱

فرهنگ‌های لغت ----- ۱۲۱

سایت‌های داخلی ----- ۱۲۱

سایت‌های خارجی ----- ۱۲۲

قوانین ----- ۱۲۲

مقدمه

۱- تبیین موضوع تحقیق

خانواده یکی از نهادهای مهم در همه جوامع محسوب می‌شود که از دو جنس مخالف، باسلیقه‌های متفاوت، برای رسیدن به اهداف مشترک تشکیل می‌شود که اهداف آن‌ها می‌تواند؛ ایجاد تسکین برای اعضای خانواده، برپایی سنت پیامبر، حفظ دین، تعدیل در احساسات نفسانی، تولید نسل و... باشد. به جرئت می‌توان گفت در هر دوره‌ای فرزند دار شدن به‌عنوان محرکه‌های اصلی برای ایجاد یک زندگی و تشکیل خانواده محسوب می‌گردید، با این وجود اگرچه فقها آن را ذات نکاح نمی‌دانند اما در رابطه با جلوگیری از فرزند آوری جانب احتیاط را گرفته‌اند چراکه امتداد نسل و جلوگیری از انقراض بشری از اصول پذیرفته‌شده در هر جامعه و اعتقادی می‌باشد و فرزند خواهی از وجوه مشترک انسان‌ها در همه‌ی دنیا محسوب می‌گردد. چراکه هر فردی دوست دارد از وجود خود فرزندی در این عالم خاکی به یادگار بگذارد. باید این نکته را اشاره کنم که اگرچه جهانیان به فرزند آوری اهتمام ورزیده‌اند اما آن را به‌عنوان بخشی از آزادی‌های والدین می‌دانند و در اعلامیه‌های حقوق بشری همه افراد جامعه را برابر می‌شناسند و هرگونه مداخله خودسرانه در قلمرو خصوصی و خانوادگی را منع کرده و تصمیم‌گیری در رابطه با تعداد و فاصله سنی فرزندان، بهداشت باروری، حق سقط جنین، حق تنظیم خانواده، رهایی از عقیم‌سازی اجباری و... را آزاد می‌دانند؛ و همه افراد می‌توانند از این حق استفاده کنند و هیچ معنی نه در قانون ما و نه اعلامیه‌های حقوق بشری به چشم نمی‌خورد و زوجینی که دارای مشکلات ژنتیکی هستند، از این قوانین مستثنا نبوده‌اند. اگرچه فرزند دار شدن و حتی زمان و تعداد آن از حقوق پذیرفته‌شده برای زوجین محسوب می‌شود؛ اما این مطلق‌گویی و نیز وسعت مصداق، باعث نادیده گرفتن حقوق ابتدایی کودکان آینده می‌شود. نباید از نظر دور داشت که کودکان بی‌دفاع‌ترین و آسیب‌پذیرترین گروه‌های هر جامعه هستند. بر همین اساس فرض کنیم که کودک از همان ابتدا با نوعی از معلولیت همراه باشد که این مسئله آثار زیان باری را هم برای خانواده‌ها و هم برای جامعه به همراه خواهد داشت. مسئله بعدی که در اینجا وجود دارد و آن مصالح جامعه است؛ اقتضای مصلحت جامعه، وجود نسلی سالم و پرانرژی و شکوفا را دارد و این جامعه است که باید بستر را برای رشد و بالندگی افراد خود فراهم کند تا آن‌ها بتوانند جامعه را به مسیر تعالی و سازندگی که مدنظر اوست هدایت کنند و در این رابطه باید نگاه مساوی به اقشار

جامعه داشته باشد؛ و در فرض وجود معلولیت، مشکلات اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خاصی را برای جامعه به وجود می‌آورد. باینکه در قانون حمایت خانواده به نسلی سالم توجه نموده، اما با ابهامات گسترده و نیز عدم ضمانت اجرای مناسب روبه‌رو هستیم که بدون هیچ توضیح و رفع ابهامی این ماده را به حال خود رها نموده است و نادیده گرفتن این مسئله می‌تواند خسارت جبران‌ناپذیری را چه برای خانواده‌ها و چه برای جامعه به همراه داشته باشد.

۲- اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

باین وجود اگرچه علم ژنتیک به‌عنوان علمی نو برای شناخت و کاهش معلولیت در افراد می‌باشد؛ اما همچنان شاهد تولد کودکان ناتوان در عصر کنونی می‌باشیم و بر اساس آمار سازمان بهداشت جهانی بیش از یک میلیارد نفر با نوعی از معلولیت در سراسر جهان زندگی می‌کنند و بر اساس این آمار کودکانی که از خانواده‌های فقیر و کسانی که در اقلیت‌های قومی زندگی می‌کنند، معلولیت‌های بیشتری را تجربه می‌کنند.^۱ اگرچه قانون‌گذار نسبت به این مطلب بی‌تفاوت نبوده و در سال ۱۳۹۱ در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده به این مهم پرداخته است و در این ماده هدف از گواهی سلامت را شناخت بیماری‌های خطرناک و واگیردار برای زوجین و کودکان یاد می‌کند و در تبصره همین ماده در صورت خطرات جبران‌ناپذیر برای نسل آینده، راهکار منع تولید نسل را ارائه می‌دهد. اگرچه گامی مؤثر در جهت کاهش کودکان ناتوان و توجه به حقوق آنان است، اما صرف بیان مسئله کفایت نمی‌کند و در آیین‌نامه‌های مربوط، به مراقبت‌های قبل از ازدواج برای زوجینی که در معرض خطر هستند اکتفا کرده و نسبت به مراقبت‌های بعد از ازدواج و نیز در حین باروری راهکاری ارائه نداده است. با توجه به مطالب گفته‌شده اگرچه توجه به این مطلب حق کودکان و جامعه را پوشش می‌دهد، اما همچنان نیازمند ارائه راهکارهای مناسب از سوی مقامات ذی‌صلاح برای رفع هرگونه ابهام در این قانون می‌باشیم.

۳- سؤالات تحقیق

سؤال اصلی

^۱<http://www.who.int/health-topics/disabilities/index.html>2019.

چگونه مصلحت جامعه یا سلامت کودک می تواند مبنای منع والدین از تناسل فرزندان شود که مشکلات ژنتیکی یا ناهنجاری دارند؟

سؤال فرعی

- مسئولیت والدین در برابر کودکان نابهنجار چیست و آیا کودکان می توانند علیه آنان طرح دعوا نمایند؟

۴-فرضیه تحقیق

- سلامت کودک و مصلحت جامعه از مبانی منع والدین از توالد فرزندان است که ناهنجاری های جسمی و ذهنی دارند.

۵-پیشینه تحقیق

تاکنون کتب و مقالات نگارش شده در این باب مستقیماً بدین موضوع نپرداخته و برخی حواشی آن را مطرح نموده اند. منابع نزدیک به این کار ذیلاً درج می شود:

مقاله «حق فرزند آوری زوج های دارای معلولیت ژنتیکی در اسناد بین المللی» که توسط دکتر محمود عباسی و دیگر همکاران نگارش یافته و هدف از آن تحلیل فرزند آوری زوج های معلولی است که به واسطه ژن های معیوب احتمال ابتلا به نارسایی های مشابه برای فرزندان را بالا می برند.

مقاله «حق حیات جنین نابهنجار از منظر اخلاق انسانی و منافع علیه کودک» که توسط فاطمه سادات و سید محمدمهدی موسوی رکنی نگارش یافت. هدف از این نوشتار این است که تا ضمن توجه به اصول و مبانی فقهی و فلسفی و اخلاقی تحلیل دقیق و روشنی ارائه دهند تا مشخص سازند که رفتار ما با جنین نابهنجار باید به چه شکل باشد و تلاش آنان بر راهکار علمی دقیق و بر اساس مبانی اخلاقی فقهی و حقوقی است تا در نهایت موجب پیشرفت و تعالی انسان گردد.

مقاله «مفهوم، مصادیق و خاستگاه حق تولیدمثل و باروری انسان در اسلام و اخلاق و حقوق لیبرال» که توسط محمد قائمی و محدثه معینی فر نگارش یافته است و هدف این مقاله تحلیل و مقایسه حق تولیدمثل و باروری در کشورهای مختلف و اسلام می باشد.

مقاله «شرط فرزند آوری و یا عدم آن» توسط سید مصطفی محقق داماد نگارش یافته است مؤلف درصدد یافتن پاسخی برای مسائل فقهی و چالش‌برانگیز همچون وجود و یا عدم اشتراط و التزامات ناشی از نکاح، مشروعیت و لازم‌الاجرا بودن اشتراط عدم فرزند آوری بر اساس آیات و روایات و نظرات فقهی امامیه می‌باشد.

۶- روش تحقیق

این نوشتار به مدل پژوهشی_توصیفی تحلیلی، نگارش یافته و به روش کتابخانه‌ای با توجه به تمامی امکانات موجود از قبیل؛ کتاب، مقاله، پایان‌نامه، سایت‌های معتبر و همچنین نظرات فقها و نیز حقوق‌دانان جمع‌آوری شده است.

۷- ساختار تحقیق

با توجه به موضوع تحقیق که تزامم حق فرزند آوری با سلامت کودک و مصلحت جامعه می‌باشد این نوشتار در ۳ فصل موردبررسی قرار گرفت. در فصل اول بعد از بیان ماهیت فرزند آوری و نیز شناخت صاحب حق در این امر به مبانی و علت اصلی گرایش افراد به فرزند دار شدن و یا عدم فرزند دار شدن پرداخته شد؛ و با توجه به موضوع، در فصل دوم نیز بعد از بیان تعریف حق سلامت و نیز مبانی حق بودن سلامت برای کودکان، به حقوق کودکان نابهنجار ذهنی و جسمی توجه شد و مسئولیت والدین در برابر آن موردبررسی قرار گرفت. در فصل سوم به موضوع مهم مصلحت و نفع جامعه توجه شده، در همین راستا بعد از بیان تعریف مصلحت، مصادیق و مبانی مصلحت جامعه موردبررسی و تبیین قرار گرفت و در آخر مشکلاتی که یک جامعه در صورت وجود افراد ناتوان متحمل می‌شود، بیان شده است.

فصل اول: حق فرزند آوری

خانواده یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین نهاد در هر جامعه به شمار می‌آید و این نهاد در عرف رایج از پیوند دو جنس مخالف تشکیل و با تولد فرزندان به اوج شکوفایی خود می‌رسد. هر خانواده با توجه به اهداف، آرزوها و انگیزه‌هایی تشکیل می‌شود که می‌تواند در هر فردی متفاوت باشد؛ بر همین اساس هر یک از افراد برای تشکیل یک زندگی هدف‌ها و انگیزه‌هایی را در ذهن خود پرورش می‌دهند و برای رسیدن به آن هدف تلاش می‌کنند. در طول تاریخ، خانواده نیز همچون نهادهای دیگر در جامعه دست‌خوش دگرگونی و تغییر شده که در هر دوره مؤلفه‌هایی چون فرهنگ، اقتصاد، سیاست و... در آن دخیل بوده‌اند. فرزند دار شدن به‌عنوان یک هدف و انگیزه بسیار مهم بوده است که در هر دوره به شکل خاصی به آن توجه می‌شده برای مثال؛ اگر فردی بدون فرزند از دنیا می‌رفت زن بیوه، عضوی از خانواده محسوب نمی‌شد؛ با این توضیح می‌توان این ادعا را کرد که فرزندان موجب استقرار نکاح می‌شدند؛ اما رفته‌رفته نگرش نسبت به خانواده تغییر پیدا کرده و شکل خانواده را از خانواده گسترده به خانواده متمرکز و هسته‌ای سوق داد. برخی صاحب‌نظران اثر اجتماع را روی شکل و ساخت خانواده نشان داده‌اند و بر این عقیده هستند که خانواده همیشه در حال تحول بوده و از شکل پست‌تر به شکلی عالی‌تر به‌حسب رشد و پیشرفت اجتماع بوده است.^۱ با ظهور فناوری و تغییر سبک زندگی افراد انگیزه آنان از نکاح و ازدواج، بر اساس مقتضیات زمانه تغییر پیدا کرد و نگاه به ازدواج صرفاً توجه به بعد مادی نیست، بلکه می‌توان گفت هدف ابتدایی، تشکیل یک خانواده مستقل است. اگرچه برای ایجاد آن رویکردهای فرهنگی خاص هر منطقه دخیل هستند و تفکرات افراد را مستقیماً تحت‌الشعاع قرار می‌دهد اما چیزی که در هر دوره از تاریخ محرک‌های اصلی ازدواج محسوب می‌شد، فرزند و امتداد نسل است که در این فصل سعی در شناخت مفهوم حق فرزند آوری در ابعاد مختلف هستیم برای این منظور ابتدا به تعاریفی چون فرزند آوری و مفهوم حق می‌پردازیم و در ادامه در جهت کشف صاحب حق در این موضوع هستیم و نیز مبانی و علل اصلی فرزند آوری و گرایش افراد به آن را در ابعاد مختلف مورد بررسی قرار می‌دهیم.

^۱ اعزازی، شهلا. جامعه‌شناسی خانواده، با تأکید بر نقش، ساختار و کارکرد در دوران معاصر، چاپ سوم، روشنگران و مطالعات زنان، تهران،

۱۳۸۲، ص ۱۰

^۲ آندره، میشل، جامعه‌شناسی خانواده و ازدواج، فرنگیس اردلان، ۳، انتشارات دانشکده علوم اجتماعی و تعاون، ۱۳۵۴، ص ۲۴.

مبحث اول: مفهوم و صاحب و ماهیت حق فرزند آوری

همان‌طور که سابقاً بیان شده خانواده برای رسیدن به اهداف مختلف ایجاد می‌گردد؛ که آن اهداف برحسب زمان‌ها و مقتضیات تغییر پیدا می‌کند و تأثیرات این مؤلفه‌ها را می‌توان در طول تاریخ به‌وضوح مشاهده نمود؛ برای مثال بر اساس ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۱ سن ازدواج برای دختران ۱۳ و برای پسران ۱۵ قرار داده شده، اما همین ماده قبل از اصلاح، عقد نکاح قبل از بلوغ را با اجازه ولی صحیح می‌دانسته و این تغییر نشان می‌دهد که هدف اولیه نکاح آرامش در کنار همسران است و نیز فهم متقابل برای ساختن یک زندگی سراسر عشق و دوستی و همراه با فداکاری می‌باشد و هدف ازدواج فقط افزایش نسل و نگاه ابتدایی به مسائل جنسی نیست. باین‌وجود در اعصار گذشته فرزند دار شدن از مؤلفه‌های اصلی برای داشتن یک زندگی پویا بوده؛ چراکه فرزند نقش تولیدی را در خانواده بازی می‌کرده و فرزند بیشتر، نیروی کار بیشتر و درنهایت تولیدات بیشتر بوده است اما امروزه با صنعتی شدن جوامع و رفتن خانواده‌ها به سمت خانواده هسته‌ای این نگاه و این نقش برای فرزندان رفته‌رفته به فراموشی سپرده شد.^۱ بر همین اساس تعریف و مفهوم فرزند آوری در هر دوره بنا به نیازهای آن جامعه و خانواده می‌تواند متفاوت باشد؛ در این مبحث ابتدا به تعریف فرزند آوری چه در لغت و چه در اصطلاح می‌پردازیم و در ادامه به شناخت صاحب حق و نیز ماهیت اصلی فرزند آوری اهتمام می‌ورزیم.

گفتار اول: مفهوم حق فرزند آوری

همچون روال هر نوشتاری برای فهم درست مطلب ابتدا به تعریف عبارات کلیدی این بحث می‌پردازیم: فرزند آوری در لغت با واژه‌هایی چون تولید مثل و تولید نسل و نیز باروری همپوشانی دارد تولیدمثل در کتب لغت معادل زاد و ولد کردن پدید آوردن و فرزند آوری است و آن را ادامه دودمان موجودات زنده تعریف کرده‌اند.^۲ در اصطلاح پزشکی تولیدمثل فرآیند ترکیب گامت های زن و مرد می‌باشد.^۳ و در

^۱ اعزازی، شهلا، جامعه شناسی خانواده، با تأکید بر نقش، ساختار و کارکرد در دوران معاصر، ص ۱۰

^۲ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۵، چاپ ۱، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۱، ص ۱۷۷۰

^۳ قائنی، محمد، معینی فر محدثه، موجه سازی حق تولید مثل و باروری انسان در قرآن، مطالعات راهبردی زنان، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۶۶، ۲۰۰

فقه فرزندآوری را با واژه استیلا بیان می‌دارند و از آنجاییکه در باب استفعال است به معنی طلب فرزند و بچه خواستن است و در فقه به معنی یک توانایی بالقوه نیز تعریف شده که انسان توانایی باردار شدن و باردار کردن را دارند^۱ و در ادامه حق تولیدمثل را برخی نظریه‌پردازان حقوقی اینگونه تعریف می‌کنند: «حق تولیدمثل حقی است برای کنترل نقش خود در تولیدمثل، مگر این‌که دولت دلیل مناسبی برای ممانعت از اعمال این حق ارائه دهد.»^۲ سازمان بهداشت جهانی حق باروری را این‌گونه تعریف کرده است: «حقوق باروری بر مبنای به رسمیت شناختن حق اساسی تمام افراد و زوجین برای تصمیم‌گیری آزادانه و مسئولانه درباره تعداد، فاصله سنی و زمان بچه‌دار شدن و داشتن اطلاعات و وسایل کافی برای تحقق این امر و حق دستیابی به بالاترین استانداردهای بهداشت جنسی و باروری تعریف می‌شود این حقوق شامل حق تمامی افراد برای تصمیم‌گیری درباره باروری به‌دوراز هرگونه تبعیض، اجبار و خشونت می‌باشد.»^۳ با توجه به تعریف مذکور، سازمان بهداشت جهانی فرزندآوری را حق همه افراد از جمله زوجین می‌داند و از این منظر همه افراد چه در قالب ازدواج و چه غیر آن حق فرزند دار شدن را دارند و هیچ ارگانی نمی‌تواند وارد حریم خصوصی آنان شود و دولت‌ها مسئول فراهم آوردن امکانات و تجهیزاتی هستند تا افراد بتوانند از این حق به نحو احسن استفاده کنند؛ از جمله این امکانات شامل گذاشتن اطلاعات کافی و ابزار و وسایل لازم برای تسهیل این امر است.

در نهایت فرزندآوری امتداد نسل است که محصول تولیدمثل والدین می‌باشد که از این رهگذر دختران و یا پسرانی متولد می‌شوند که موجودیت خود را مدیون والدین هستند. و حق فرزند دار شدن یک سلطه و اختیاری است که همه ی زوجین از آن برخوردار می‌باشند و یک توانایی بالقوه است که هر انسان در وجود خود دارد و حتی آنان که امکان باروری در آنان موجود نیست این حق را دارند که با استفاده از ابزار های کمک باروری به این رویداد شیرین دست یابند.

^۱ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۲، ص ۴۶۰۹.

^۲ قاننی، محمد، محدثه، معینی فر، مفهوم و مصادیق و خاستگاه حق تولید مثل و باروری انسان در اسلام و اخلاق و حقوق لیبرال، مجله ایرانی اخلاقی تاریخ پزشکی، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۵، ص ۴۲

^۳ <http://www.amnesty.org.uk.sexual> and Reproductive Right.

گفتار دوم: صاحب حق فرزند آوری

مبحث بعدی که باید به آن توجه کرد این است که اگر فرزند دار شدن را از مصادیق حق بدانیم صاحب این حق چه کسی است؟ آیا این حق منحصر در زوجه است یا زوج، یا حقی است که می‌توان در هر دو تصور کرد و یا این حق، صاحب دیگری هم دارد که جامعه است؟

بند اول: حق زوجه

در اینکه صاحب حق در فرزند آوری در بین زوجین کیست؛ نظر صریحی در این رابطه وجود ندارد بر همین اساس فقها به طور صریح این حق را به زوج یا زوجه نداده‌اند؛ اما در قالب مباحثی چون؛ عزل و فسخ و برخی از بیماری‌ها به این نکته اشاره کرده‌اند. برخی بر این نظر هستند که فرزند دار شدن حق زوجه است و زوج هیچ حقی برداشتن یا نداشتن فرزند ندارد و این زن است که تصمیم می‌گیرد. در فقه این نظر طرفدارانی دارد؛ همچون شهید ثانی که این حق را به زوجه می‌دهد و در ذیل عزل منی بیان می‌دارد که علت تحریم عزل استیلاست: «و یظهر من الاخبار ان النهی کراهه و تحریم لحکمہ الاستیلا و ان الحق فیہ للمراه»^۱ و در اینجا با توجه به واژه (الحق فیہ للمراه) نشان از انحصار این حق بر زن می‌باشد^۲ و شهید در همین راستا بیان می‌دارد که اگر زوج برخلاف شرط و بدون رضایت زوجه عزل کرد، بر اساس اصل برائت تکلیفی بر ذمه زوجه نیست.^۳ محقق کرکی نیز علت ممنوعیت عزل را فرزند آوری و عزل را مخالف با حق زن می‌داند^۴ و اکثر فقها کراهت یا حرمت عزل را درجایی در نظر می‌گیرند که ضمن عقد، عزل شرط نشده باشد یا زن نیز به این عمل راضی نباشد و راضی بودن یا نبودن زوجه شرط است و اگر راضی نباشد و مرد عزل کند برخی به کراهت و برخی به حرمت حکم کرده‌اند^۵ و

^۱ «و یظهر من الاخبار ان النهی کراهه و تحریم لحکمہ الاستیلا و ان الحق فیہ للمراه». العاملی، زین الدین، مسالک الافهام، جلد ۷، چاپ اول، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، سال ۱۴۱۶، ص ۶۵.

^۲ محقق داماد، مصطفی، شرط فرزندآوری و عدم آن، فصلنامه پزشکی، سال دوم، بهار ۱۳۸۹، شماره دوم، ص ۱۴.

^۳ «فلو عزل بدون الشرط و الاذن لم یجب علیه للمراه شی لصاله البره». العاملی، زین الدین، مسالک الافهام، جلد ۷، ص ۶۵.

^۴ کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲، اول، موسسه اهل البیت (علیه السلام) لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۱، ص ۵۰۴.

^۵ «العزل عن الحره اذا لم یشرط فی العقد و لم تاذن... العاملی، زین الدین، مسالک الافهام، جلد ۷، ص ۶۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الاکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، چاپ دوم، مکتب اسلامی، تهران، ۱۳۶۶، ص ۱۱۱. یزدی، محمدکاظم، العروه الوثقی، جلد ۵، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۰، ص ۴۹۸.

با این همه نشان می‌دهد که حق فرزند دار شدن برای زوجه است؛ چراکه رضایت بر عزل به دست زوجه است و حتی برخی از فقها پرداخت دیه از طرف زوج برای زوجه را ضمانت اجرای عزل بدون رضایت او در نظر می‌گیرند.

علاوه بر استیلا بر برخی عزل را مخالف با تلذذ زن می‌دانند چراکه انزال سبب لذت زن از رابطه است و این از حقوق اوست و برخی در موارد فسخ نکاح از سوی زوجه همچون خصا (که در ادامه بیشتر توضیح داده می‌شود) بر این نظر هستند که علت اصلی آن عدم فرزند آوری است نه عدم توانایی بر رابطه جنسی چراکه در خصا مرد توانایی برقراری رابطه را دارد و آن چیزی که مفقود است توانایی باروری است.

در قوانین داخلی اگرچه از این عنوان به صراحت بحثی مطرح نشده، اما در ماده واحده سقط درمانی برای سقط جنین در شرایط خاص فقط به اجازه مادر نیاز است نه پدر. شاید در نگاه اول به این نتیجه برسیم که قانون حق فرزند دار شدن را فقط به زوجه می‌دهد. بر اساس این ماده: «سقط درمانی با تشخیص قطعی ۳ پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. متخلفین از اجرای مفاد این قانون به مجازات مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند.» این ماده نشان می‌دهد که این یک حکم ثانوی است و زمانی سقط درمانی تجویز می‌شود که مادر در سختی باشد. تا پیش از تصویب این قانون در صورتی که ادامه حاملگی برای مادر خطرناک بوده و یا موجب تشدید عوارض بیماری و وخامت حال او می‌شد با ارسال مدارک به پزشکی قانونی مبتنی بر لزوم قطع بارداری، سقط جنین هرچند سالم صورت می‌گرفت در آن زمان اگر مادر نسبت به شدت وضع خود آگاهی نداشت و حاضر به قطع بارداری نمی‌شد با گواهی طیب معالج و تأیید پزشکی قانونی سقط انجام می‌شد. اما در قانون جدید حرج مادر مورد نظر قانون گذار است چراکه کسی که ضرر می‌کند باید رضایت به سقط جنین دهد؛ اما سؤال اساسی که مطرح می‌شود آن است که اگر زوجه رضایت به سقط ندهد آیا

^۱ افشار قوچانی، زهره، نقد و بررسی ماده واحده قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴، فصلنامه فقه و حقوق خانواده، سال نوزدهم، ۱۳۹۳، شماره ۶۰، ص ۱۲۹

همچنان فقط مادر متضرر است یا افراد دیگر را نیز تحت الشعاع قرار می‌دهد؟

در سند نکاحیه دریکی از بندهای مربوط به شروط ضمن عقد نکاح عدم توانایی فرزند آوری زوج را از مواردی می‌دانند که زوجه می‌تواند به وکالت طلاق را جاری کند. ولی بازهم نمی‌توان این بند را دلیلی بر حق بودن فرزند آوری برای زوجه در نظر گرفت چراکه در قانون مرد این توانایی را دارد که با رعایت تشریفات قضایی، همسر خود را طلاق دهد و این زن است که برای طلاق نیاز به دلیل دارد برای همین و برای تسهیل درجایی که امکان اثبات عسر و حرج آن سخت است در سند نکاحیه برخی از شروط به صورت ثابت بیان شده است. در قوانین بین‌المللی نیز منطوقی در رابطه با فرزند آوری یافت نمی‌شود اما از کلیت برخی از مواد می‌توان این برداشت را کرد که این حق مختص زوجه است نه زوج؛ و حق باروری به معنی خاص، ناظر به زنان است و با در نظر گرفتن حق سقط جنین و ارتباط آن با حق باروری می‌توان آن را حق زوجه دانست.^۱

بند دوم: حق زوج

برخی بر این نظر هستند که فرزند آوری از حقوق زوج است و تصمیم‌گیرنده برای داشتن و یا نداشتن فرزند، زوج می‌باشد. فقها هم در ذیل موضوع عزل و نیز ذیل حکم ابزار جلوگیری از باروری در این رابطه بحث کردند. آیت‌الله خوئی در کتاب النکاح خود در رابطه با عزل زن بیان می‌دارد: «منعها من الانزال فی فرجها فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج فانه مناف للتمکین الواجب علیها» ایشان عزل زن را حرام می‌داند و عنوان ناشزه را بر آن بار می‌کند. صاحب عروه نیز بر همین نظر می‌باشد. فقها برای اثبات ادعای خود به روایتی که عبدالرحمن از امام صادق علیه‌السلام نقل می‌کند استناد می‌کند که از حضرت در رابطه با عزل سؤال شد و امام فرمودند: «ذلک الی الرجل» و یا صحیحه محمدبن مسلم که از امام صادق علیه‌السلام در رابطه با عزل پرسیدند و حضرت فرمود: «ذاک الی الرجل یصرفه حیث یشاء» آیت‌الله خامنه‌ای در استفاده از روش‌های جلوگیری از باروری عقیده دارند که زوجه در استفاده از

^۱ عباسی، محمود، فتح پور، علی اکبر، اصغری، ابوالفضل، حق فرزندآوری زوج‌های دارای معلولیت ژنتیکی، در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق پزشکی، سال نهم، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۳۳، ص ۹۳.

^۲ «عزل المرء بمعنی منعها من الانزال فی فرجها فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج فانه مناف للتمکین الواجب علیها». خوئی، سید ابولقاسم، کتاب النکاح، جلد ۱، مدرسه دارالعلم، قم، ۱۴۰۴، ص ۱۴۱.

روش‌های جلوگیری باید از زوج اذن داشته باشد درحالی‌که زوج نیاز به چنین اذنی ندارد. آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در رابطه با ابزار پیشگیری بر این نظر هستند؛ ابزاری که توسط زنان استفاده می‌شود منوط به اجازه زوج است درحالی‌که مردان در این رابطه نیاز به اذن زوجه ندارند.^۱

در قوانین داخلی تنها در رابطه با بیماری قرن که امکان فسخ نکاح را برای زوج فراهم می‌آورد، برخی بر این نظر هستند که قرن مانع باروری می‌شود برای همین از عوامل فسخ نکاح می‌باشد، اگرچه به‌صرف این ماده نمی‌توان به‌حق انحصاری فرزند آوری برای زوج رسید چراکه در رابطه با عوامل فسخ نکاح برای زوجه نیز مواردی همچون خصا ذکرشده و به عقیده اکثر فقها مانع فرزند آوری می‌شود.^۲

در سال ۱۹۹۸ در آمریکا نظریه سقط جنین مردان با تأکید بر مقوله پدر بودن مورد مباحثه قرار گرفته است. بر اساس این نظر وقتی زنی باردار می‌شود ۳ گزینه پیش رو دارد؛ ۱- سقط ۲- فرزندخواندگی ۳- مادری. بر اساس تساوی جنسیتی، مردان نیز در مراحل اولیه حاملگی می‌توانند از همه‌ی حقوق پدری صرف‌نظر کنند.^۴

بند سوم: حق زوجین

فرزند از بدو تولد و حتی قبل‌تر، در دوران جنینی مسئولیت‌های مالی و غیرمالی و تکالیف سنگینی را بر والدین بار می‌کند؛ بنابراین نمی‌توان حق داشتن فرزند و تصمیم‌گیری در رابطه با آن را منحصر در زوج و یا زوجه دانست و موجب اضرار دیگری شد. همان‌طور که غزالی بیان داشته؛ نطفه فقط از منی مرد به وجود نمی‌آید و از الحاق مایع مرد و خون قاعدگی زن در رحم زن یک فرزند ایجاد می‌شود.^۵ اگر هدف از نکاح فرزند دار شدن باشد این هدف برای هر دو آنان است. با همه این موارد در فقه نیز فقهایی هستند که فرزند دار شدن را حق هر دو می‌دانند برای همین عزل از سوی زوج بدون رضایت زوجه را

^۱ خامنه‌ای، سید علی، راهنمای فتاوا، بی‌جا، ۱۳۹۰، ص ۴۲

^۲ مکارم شیرازی، ناصر، احکام پزشکی، ابوالقاسم، علیان نژادی دامغانی، اول، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، قم، ۱۳۸۷، ص ۶۶.

^۳ فاضل هندی، کشف الثام، جلد ۲، مکتبه السید المرعشی، قم، ۱۴۰۵، ص ۷۱.

^۴ لمیعان، می نور، مشهوری وایقان، آذر، حاجی میرزایی، سعیده، معماریان، زهرا، محمدی، نسا، سام کن، زینب، حقوق باروری از منظر حقوق بشر، نشریه تخصصی زنان و مامایی ایران، دوره ۸، سال ۱۳۹۲، شماره ۲، ۳۸

^۵ غزالی، ابو حامد محمد، احیاء علوم الدین، محمد خوارزمی، مولدین محمد خوارزمی، انتشارات علمی فرهنگی، بیتا، ص ۱۰۶

موجب ثبوت دیه برای زوج و عزل از سوی زوجه بدون رضایت زوج را موجب ثبوت دیه برای زوجه می‌دانند^۱ و یا برخی از فقها نیز شرط استیلا در ضمن عقد نکاح را برای زوجین در قالب شرط صفت پذیرفته‌اند و برای مشروط له در صورت تخلف مشروط علیه خیار تخلف از وصف را در نظر گرفته‌اند^۲ و در این رابطه صاحب جواهر نیز شرط فرزند آوری را هم برای زوج و هم زوجه در نظر می‌گیرد.^۳

در قوانین داخلی در رابطه با موضوع خاص فرزند آوری ساکت است، اما می‌توان مسئولیت والدین، در برابر فرزندان همچون حضانت که بر اساس قانون، حق و تکلیف والدین محسوب می‌شود را دلیلی بر حق بودن فرزندآوری برای زوجین دانست. در همین راستا در قوانین بین‌المللی در رابطه با حق بارداری بر این نکته تأکید دارد که این حق بر مبنای به رسمیت شناختن حق اساسی تمام افراد و زوجین می‌باشد و در اجلاس بین‌المللی قاهره که در رابطه با سلامت باروری به‌طور مفصل بحث شده این حق را منحصر به جنس خاص نمی‌داند و داشتن سلامت جنسی و باروری را حق همگان می‌داند و یا در اعلامیه اجلاس حقوق بشر در تهران در سال ۱۹۶۸ برگزار شد این حق را حق اساسی والدین می‌داند که در رابطه با زمان فرزند دار شدن و تعداد و فاصله سنی فرزندانشان تصمیم بگیرند. در قرآن نیز در آیه ۲۳۳^۴ سوره بقره والدین را در برابر کودکان مکلف می‌داند و برای هر یک وظایفی در نظر می‌گیرد و حتی برای گرفتن از شیر قبل از دو سال خدای متعال سفارش به مشورت و تعامل با یکدیگر می‌کند که نه به ضرر والدین شود و نه مصلحت کودک پایمال گردد. با توجه به مطالب گفته‌شده و از آنجایی که فرزند چه خواسته و چه ناخواسته برای والدین تکالیفی به وجود می‌آورد و گاه می‌تواند بسیار زیاد باشد؛ برای همین تصمیم‌گیری در رابطه با این مسئله حق هر دو طرف می‌باشد که بر اساس تصمیم زوج یا زوجه، دیگری متحمل ضرر مادی و معنوی نشود. مگر اینکه ضمن عقد هر یک از طرفین داشتن و یا نداشتن فرزند را شرط نماید که در این صورت عمل به شرط اولویت دارد.

^۱ «الظاهر كونه في الدية كائنا ما كان السبب و لا ينافي ذلك اختصاصها بالزوجه، لكون الاب هو السبب في الفوات...» نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، ص ۱۱۱.

^۲ محقق داماد، مصطفی، شرط فرزندآوری یا عدم آن، ص ۱۸.

^۳ نجفی، محمد حسن، جواهرالكلام، جلد ۳۰، ص ۳۸۴.

^۴ «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرْضِعَ وَالرَّضَاعَةُ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلُهُ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ»

بند چهارم: حق جامعه

جامعه دیگر ذی حق در مسئله فرزند آوری است؛ چراکه داشتن جمعیت از مؤلفه‌های اصلی یک حاکمیت محسوب می‌گردد. البته جمعیتی که سالم و پویا باشد و جامعه را به‌سوی توسعه و پیشرفت هدایت نماید. با اینکه فرزندان ابتدا در خانواده و بر اساس تعامل والدین شکل می‌گیرند اما نمی‌توان اثر مثبت و یا منفی افزایش و نیز کاهش جمعیت را نادیده گرفت. با توجه به قوانین بین‌المللی تعداد و فاصله سنی فرزندان از اختیارات زوجین می‌باشد؛ اما در تاریخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ طرح افزایش نرخ باروری و پیشگیری از کاهش جمعیت کشور به تصویب نمایندگان مجلس رسید و بر اساس ماده ۱ این طرح: «کلیه اعمال جراحی که به‌منظور پیشگیری دائمی از بارداری انجام می‌شود به استثنا موارد مرتبط با تهدید سلامت جسمی ممنوع است. عدم رعایت این حکم توسط شاغلین حرف پزشکی تخلف محسوب می‌شود...»^۱ این طرح نشان از این است که جامعه و حاکمیت در امر فرزند آوری به‌عنوان ذی نفع شناخته می‌شوند^۲

نفع جامعه یک بحث مفصل است و از آنجایی که فصل آخر این نوشتار به این عنوان اختصاص دارد و برای جلوگیری از تکرار، ادامه بحث را در جای خود پی می‌گیریم.

گفتار سوم: ماهیت فرزند آوری با تاکید بر مفهوم حق و حکم

در این گفتار ابتدا سعی در شناخت مفهوم حق و حکم می‌باشیم و در ادامه بر اساس نظر هوفلد حقوق دیگر افراد و اشخاصی که که با تولد فرزند تحت الشعاع قرار می‌گیرد ادامه می‌دهیم.

بند اول: مفهوم حق و حکم

الف: مفهوم حق

حق جز کلمات پرکاربرد در فقه است و اهل لغت برای آن تعاریفی ذکر می‌کنند که علاوه بر معنی درست دانستن و یقین نمودن به معنی ثابت نیز هست^۳ و برخی آن را مقابل باطل قرار می‌دهند و معنایی چون

^۱ مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۴۴۶، تاریخ مراجعه، majles.ir.۱۳۹۸/۶/۹

^۲ لازم به ذکر است که این طرح به دلیل ایراد شورای نگهبان در خصوص کل مصوبه که مغایر با سیاست‌های کل جمعیت اعلام شده حذف گردید

^۳ دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت، جلد ۹، ص ۲۲۹۴

خداوند و حق تعالی نیز در آن دیده می‌شود.^۱ برخی از فقها واژه حق را از لحاظ مصدری به معنی ثبوت، همچون حق والد بر ولد و در مفهوم وصفی به معنی ثابت می‌دانند.^۲

در حقوق بحث در رابطه با حق و حکم سابقه طولانی دارد و فقهای شیعه بسیاری از فروع فقهی مستند حکم خود را حق و حکم بودن مساله مطروحه قرار داده اند^۳ وقتی از حق بحث می‌شود نوعی قدرت فرد برای اعمال اراده خود بر اشیاء و افراد دیگر است.^۴ و آن اقتدار و سلطه ای است که در حقوق نوعی برای اشخاص و اجتماعات شناخته شده است؛ همچون حق مالکیت و... برخی در تعرف خود آن را در مقابل ملک قرار می‌دهند و آن را مرتبه ضعیفی از ملک می‌دانند^۵ اما برخی بر این نظر ایراد دانسته و بیان می‌دارند که ملکیت امری اعتباری و بسیط است و مراتبی بر آن وجود ندارد و در ادامه حق را یک نوع سلطنت اعتباری بر اشیا و اشخاص در جهت خاص معنا کرده اند^۶ و برخی آن را توانایی خاصی می‌دانند که آن توانایی خود مجوزی است تا دیگران نسبت به شخص یا شی خاص تصرف نمایند.^۸

بر اساس تعاریف گفته شده می‌توان گفت؛ حق یک نوع اعتبار شرعی و یا عقلی ایست که افراد بر اساس آن امتیاز یا توانایی خاص، می‌توانند تصرف یا از اموری بهره‌مند گردند.^۹

^۱ سیاح، احمد، فرهنگ دانشگاهی فارسی به عربی، چاپ دوم، انتشارات اسلام، تهران، ۱۳۷۵، ص ۱۹۸

^۲ «فان الحق معناه اللغوی هو الثبوت الوالد علی الولد و نحوهما من الاحکام عباره عن ثبوتها.» نجفی الخوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی الشرح المکاسب، تقریرات المحقق المیرزا محمد حسین النائینی، ج ۱، مو سسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸، ص ۱۰۵ و ۱۰۶.

^۳ کریمی، عباس، شعبانی کندسری، هادی، اسکندری، حسن، تاملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، ۱۳۹۵، شماره ۱۵، ص ۲۴۸

^۴ احمدوند، شجاع، فلسفه سیاسی هگل و مدرنیته، پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، ۱۳۸۶، شماره ۲۳، ص ۸

^۵ احمدی، جعفر، فلاح، محمدرضا، تبیین اختیارات زوج در تصمیم‌گیری زوج در امور پزشکی، مطالعات حقوق، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱۲، ص ۷۰.

^۶ محقق داماد، سید مصطفی، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد ۱، چاپ چهارم، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی (سمت)، تهران، ۱۳۹۱، ص ۶۳.

^۷ «و قد یقال: انه مرتبه ضعیفه من الملک؛ و فیه: ان الملکیه التي هی امر اعتباری بسیطه لا یكون لها مراتب و اختلاف المملوک سعه و ضیقاً اجنبی عن اختلاف مراتب الملکیه. فالحق ان یقال: انه عباره عن اعتبار السلطنه علی شی او شخص فی جهه خاصه، مثلاً حق الشفعه عباره عن السلطنه علی ضم حصه الشریک الی حصته بتملکه علیه قهراً.» الروحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، جلد ۱۵، چاپ ۳، موسسه دارالکتاب، قم، ۱۴۱۲، ص ۲۰۳.

^۸ گرجی، ابولقاسم، حق و حکم و فرق میان آنها، فصلنامه حقوقی مطالعات حقوقی و قضایی، سال ۱۳۶۴، شماره ۱، ص ۳۰

^۹ محقق داماد، سید مصطفی، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ص ۶۳

ب: مفهوم حکم

حکم عبارت از اوامر و نواهی قانون‌گذار است که یا به‌طور مستقیم، کاری را مباح و یا واجب و ممنوع می‌دارد یا آثار حقوقی خاصی بر اعمال اشخاص بار می‌کند.^۱ حق و حکم؛ اگر «مدلول یک قانون طوری باشد که اراده افراد علیه آن تأثیر نداشته باشد آن مدلول را حکم می‌نامند؛ اما اگر مدلول یک قانون طوری باشد که نتواند اراده افراد را مقید و محدود سازد آن را حق می‌نامند.»^۲ برخی حکم را همان الزامات و التزامات و ترخیصات شرعی می‌دانند که به فعل مکلف تعلق نمی‌گیرد^۳ و برخی وضع حکم را فقط به شارع و یا حاکم می‌دهند اما برخی عقل را نیز به عنوان وضع‌کننده احکام قرار می‌دهند.^۴ احکام قابل اسقاط نمی‌باشند زیرا با هدف اصلاح بشر وضع شده و اسقاط آن نوعی نقض غرض است.^۵

احکام به ۳ دسته تقسیم می‌گردد: ۱- احکام تکلیفی ۲- احکام وضعی ۳- موضوعات مستنبطه احکام تکلیفی که ذاتاً و بدون واسطه به افعال انسان‌های مکلف تعلق می‌گیرد. احکام وضعی احکامی است که به‌خودی‌خود موجب واداشتن انسان به انجام دادن کاری یا بازداشتن عملی نمی‌گردد به‌عبارت‌دیگر هر حکمی که از احکام پنجگانه تکلیفی نباشد وضعی است.^۶

بند دوم: ماهیت فرزند آوری

بر اساس نظرات گفته‌شده حکم در برابر اراده افراد قرار دارد و چیزی که نه قابل اسقاط است و نه انتقال. ثمره عملی تفکیک حق و حکم در قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال آنهاست اینکه حکم قابل اسقاط و به‌طریق‌اولی قابل نقل و انتقال نیست و این نظر بین فقها اجماعی است زیرا اختیار حکم به دست حاکم و قانون‌گذار و یا یک حکم عقلی است؛ چراکه بسیاری از احکام را شارع مقدس جعل نکرده بلکه مجعول

^۱ کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، چاپ چهارم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۰، ص ۳۷۶

^۲ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق در نظام حقوقی ایران، چاپ شصت و سوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۸، ص ۲۷

^۳ الحائری یزدی، کاظم، فقه العقود، جلد ۱، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۲۳، ص ۱۲۱

^۴ موسوی بجنوردی، سید محمدبن حسن، قواعد فقهیه، جلد ۱، چاپ سوم، موسسه عروج، تهران، ۱۴۰۱، ص ۶۲

^۵ کریمی، عباس، شعبانی کندسری، هادی، اسکندری، حسن، تاملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی،

ص ۲۵۵

^۶ محقق داماد، مصطفی، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۶۵

عقل بما هم عقلاست،^۱ و محکوم علیه اصولاً حق اسقاط و نقل و انتقال آن را ندارد اما در مورد حق، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال آن وجود دارد، اما در این موضوع فقها در همه مصادیق آن اتفاق نظر ندارند؛ و برخی بر این نظر هستند که قابل اسقاط بودن آن بدیهی است اما برخی قائل به تفضیل شده‌اند و بر این نظرند که در رابطه با حقوقی که قائم به شخص است همچون حق تولیت در وقف، یا حق ولایت همچنان حق اسقاط و یا نقل و انتقال آن موجود نیست. آقای دکتر محقق داماد در ادامه در توضیح این فرضیه بر این عقیده هستند که غیرقابل اسقاط بودن برخی از حقوق برمی‌گردد به مصالح و حکمت‌های آن برای مثال؛ در حق ولایت به علت اینکه این اعتبار به خاطر رعایت حال مولی علیه بوده نه دارنده حق. به همین دلیل حقوق را به چند دسته تقسیم می‌کنند؛^۱ - حقوق غیرقابل اسقاط و نقل. ۲- حقوق قابل اسقاط و غیرقابل نقل و انتقال. ۳- حقوق قابل اسقاط و انتقال قهری و غیرقابل نقل ارادی همانند حق خیار و حق شفعه. ۴- حقوق قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال همانند تحجیر.^۳ با این اوصاف آیا فرزند آوری حکمی است غیرقابل تغییر و یا حق؟ در مورد ماهیت فرزندآوری و حق بودن و یا نبودن آن در حقوق انگلستان اختلافاتی به چشم می‌خورد و برخی آن را حق می‌دانند و گروه دیگر خلاف آن را نظر دارند ولی در فقه حق بودن استیلا را مفروض دانسته در این رابطه بحثی مطرح نشده با توجه به مطالب گفته شده برخی بر این نظر هستند که فرزندآوری حکم است از آن جهت که اسقاط فرزندآوری به صورت شرط نتیجه وجود ندارد و با اراده هیچ شخصی حق فرزندآوری او ساقط نمی‌شود و فرزندآوری ریشه در جسم و کالبد انسان دارد و صرف اشاء قابل اسقاط نیست و از آنجاییکه یک حق غیر مالی است و در حیطة خانواده است اصل بر امری بودن آن می‌باشد^۴ اما همانطور که گفته شده حق یک امر اعتباری است که توسط محق امکان اسقاط و انتقال آن وجود دارد و می‌تواند موضوع تعهد قرار بگیرد و از آنجاییکه امکان سلب آن وجود دارد می‌توان علیه قابلیت فرزندآوری نیز تعهد نمود^۵ و با توجه به مطالب گفته شده و اینکه در

^۱ موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، قواعد فقهیه، جلد ۱، ص ۶۳.

^۲ محقق داماد، مصطفی، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۶۸

^۳ همانجا.

^۴ رحیمی، حبیب الله، صادقی، محمد جواد، ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح، فصلنامه خانواده پژوهی، سال چهاردهم، ۱۳۹۷، شماره ۵۵، ص ۴۷۲.

^۵ همان، ۴۷۳

قرآن کریم اختیار فرزند دار شدن را به والدین داده و بر اساس روایاتی که شرط فرزند آوری در ضمن عقد را صحیح می‌دانند و طرف مقابل را به پایبندی به شرط امر می‌کنند و نیز بر اساس مقررات بین‌المللی که والدین را آزاد برای فرزند دار شدن و نیز تعداد و فاصله سنی قرار می‌دهد، می‌توان به این نتیجه دست یافت که فرزند دار شدن و یا نشدن یکی از حقوق والدین است و قابل اسقاط می‌باشد. اما نباید فراموش کرد زمانی می‌توانیم فرزند آوری را حق بدانیم که با نظم و مصالح و منافع جامعه در تعارض نباشد.

از آنجاکه ماهیت حق بر اساس نظرات هوفلد در رابطه با ماهیت حق مطرح شده بدین منظور در اینجا به شناخت ماهیت حق والدین، فرزندان و جامعه می‌پردازیم.

حق ادعا: «الف دارای یک ادعا نسبت به چیزی در مقابل ب است اگر و تنها اگر ب دارای یک تکلیف نسبت به آن چیز در مقابل الف باشد.»^۱

حق امتیاز (آزادی): «الف دارای یک امتیاز نسبت به چیزی در مقابل ب است اگر و تنها اگر الف تکلیفی به خودداری از آن چیز در مقابل ب نداشته باشد.»^۲

حق قدرت: «نسبت به یک رابطه قانونی معین الف دارای یک قدرت قانونی علیه ب است، اگر و فقط اگر الف قادر باشد عملی را انجام دهد که نسبت به ب با آن رابطه قانونی تغییر دهد.»^۳

حق مصونیت: «نسبت به یک رابطه معین الف در برابر ب از مصونیت قانونی برخوردار است اگر و تنها اگر ب فاقد هرگونه صلاحیت برای تغییر روابط حقوقی در ارتباط با آن چیز نسبت به الف باشد.»^۴

بعد از بیان تعریف هر یک از حقوق باید دید حق فرزند آوری در کدام یک جای می‌گیرد: با توجه به اسناد بین‌المللی و نیز ارتکازات عرفی و بر مبنای یک فهم عقلی می‌توان به این نتیجه رسید که والدین از حق استیلا برخوردار هستند و بخشی از حریم خصوصی افراد محسوب می‌شود؛ براین اساس دولت حق مداخله در زندگی شخصی آنان را ندارد و از طرف دیگر، مصلحت و سلامتی کودک یک حق

^۱ کریمی، عباس، چلبی، آزاده، معرفی و بسط نظریه تحلیلی هوفلد از حق و کاربرد آن در زمینه حقوق کودک، مطالعات حقوق خصوصی، سال ۳۸، پاییز ۱۳۸۷، شماره ۳، صفحه ۲۱۴.

^۲ همان، ۲۱۴.

^۳ همان، ۲۱۴.

^۴ همان، ۲۱۴.

انکارناپذیر است که باید توسط ارگان‌های ذی‌ربط نظارت شود و نمی‌توان بدون توجه به دیگری حق خود را اعمال کرد و این مصداق بارز اضرار به غیر محسوب می‌شود. والدین در درجه اول از حق ادعا نسبت به موضوع حق که همان فرزند آوری است برخوردار می‌باشند و در اینجا خانواده دو حق در مقابل دولت دارند؛ ۱- این حق را دارند که جامعه و حاکمیت منابع لازم و حمایت‌های کافی را در جهت تسهیل در این امر ایجاد کنند. ۲- دولت نیز تکلیف بر عدم‌مداخله در حریم خصوصی افراد دارد این حق از جمله حق‌های ماندگار نیست چرا که اگر یک حق والاتر با این حق در تزامن باشد مسلماً از آن صرف‌نظر می‌کنیم؛ و در اینجا دولت از یک تکلیف ایجابی و یک تکلیف سلبی در مقابل والدین برخوردار می‌باشد. اگرچه نمی‌توان گفت حق والدین نسبت به دیگران در اولویت قرار دارند چراکه حق کودک و سلامت و حیات او از هر نظر در صدر قرار می‌گیرد و از حقوق ماندگار است و آن حقی که در هر حال باید در نظر گرفته شود مصلحت کودک است که این مصلحت هم سلامتی جسمی و هم روحی او را شامل می‌شود و در اینجا نیز کودک حق ادعا دارد و والدین تکلیف دارند تمام جوانب را در نظر بگیرند تا سلامت کودک چه روحی و چه جسمی حفظ شود؛ و نیز جامعه باید تمام لوازم را برای هر چه بهتر پرورش یافتن کودکان فراهم کند پس می‌توان به این نتیجه رسید که کودک ابتدای امر در مقابل والدین قرار می‌گیرد و همان‌طور که سازمان بهداشت جهانی تأکید کرده اگرچه والدین برای باروری آزاد هستند اما این حق، تکالیفی را نیز به همراه دارد. در طرف دیگر دولت‌ها قرار دارند که یک نوع ارگان نظارتی هستند. اگرچه درجایی ذی‌حق نیز می‌باشند و ابتدا دولت از حق قدرت برای تغییر وضع موجود برخوردار است چراکه بر اساس تبصره ۲۳ قانون حمایت خانواده مراقبت و نظارت می‌تواند در جهت منع تولیدمثل شود بر این اساس دولت این حق را دارد در شرایطی خاص مانع فرزند آوری و سلب این حق شود اگرچه شاید بتوان گفت جامعه درجایی می‌تواند از حق ادعا نسبت به والدین برخوردار باشد که فرزند دار شدن ضرر جبران‌ناپذیری برای دولت و جامعه فراهم کند در اینجا زوجین در مقابل آن دارای یک نوع تکلیف می‌باشند. این طرح کلی مؤید این نکته است که مصلحت و سلامت کودک از اهمیت بیشتری برخوردار است و یک حق ماندگار و ثابت است و باقی حقوق باید در ترازو غبطه کودک سنجیده شوند.

مبحث دوم: مبانی و منابع حق فرزند آوری

با توجه به مطالب گفته شده چگونگی توجه به فرزند آوری در هر دوره متفاوت هست که یکی از دلایل اصلی آن تغییر نگرش افراد در طول تاریخ می باشد. در این مبحث ابتدا به شناخت مبانی و علل اصلی فرزند آوری می پردازیم و در ادامه به منابعی که این حق را به رسمیت شناختند رجوع می نماییم.

گفتار اول: مبانی حق فرزند آوری

یکی از مهم ترین اهداف تشکیل خانواده تولید و بقای نسل می باشد که بقای نسل می تواند به دلایلی چون حفظ بقا و ادامه نام خانوادگی، رفع یکنواختی زندگی، معنا بخشیدن به زندگی، تحکیم روابط زوجین، دستورات قومی و مذهبی بستگی داشته باشد؛ اما تمایل به داشتن فرزند در هر جامعه ای امری ثابت است اگرچه انگیزه اصلی هر فرد در فرزند دار شدن متفاوت باشد. اهمیت فرزند آوری به اندازه ایست که برخی مردم شناسان ماهیت خانواده را منحصر در همین امر دانسته اند و برخی دیگر تنها کارکرد خانواده را در همین امر می دانند.^۱ و در این مبحث به سه مبنا و دلیل برای فرزند دار شدن بسنده می کنیم: مبانی اقتصادی، مبانی اجتماعی و مبانی فردی.

بند اول: مبانی اقتصادی حق فرزند آوری

در دوره های ابتدایی افراد بیشتر به دنبال فراهم کردن نیازهای اساسی خود بودند چراکه مواد اولیه به صورت امروزه راحت در اختیار آنان قرار نمی گرفت و افراد به صورت گروهی به حل مشکلات اساسی خود می پرداختند ابتدا که زندگی ها به صورت گسترده بود، افراد با ازدواج از خانواده ابتدایی جدا نمی شدند و پدر یا پدربزرگ رئیس آن خانواده محسوب می شدند و برای آینده آنان تصمیم می گرفتند، این نوع از خانواده دو ویژگی عمده داشتند ۱- شامل ۳ نسل و بیشتر بودند که باهم در زیر یک سقف زندگی می کردند بر محور تولیدی-مصرفی ادامه می دادند. ۲- تمرکز قدرت در دست پدر خانواده و انتقال

^۱ روشن، محمد، غدیری، ماهر، فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالح عالیله کودک، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، ویژه نامه شماره ۱۴، ص ۸۰

^۲ حکمت نیا، محمود، حقوق زن و خانواده، جلد ۳، چاپ ۳، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۹۲، ص ۷۸.

آن به پسر ارشد بود. این نوع از خانواده‌ها خود به صورت یک اجتماع بودند که برای رسیدن به هدف مشترک تلاش می‌کردند و منطقاً برای رسیدن به تولیدات بیشتر نیازمند نیروی کار بیشتر نیز بودند بر همین اساس هدف اول برای ازدواج، فرزند آوری بود، فرزند بیشتر یعنی نیروی کار بیشتر. در این دوران سن ازدواج پایین بود؛ چراکه امکان فرزند آوری را هر چه بیشتر فراهم می‌کرد. ^۲ و روسای این خانواده‌ها تمام راهکارهای موجود را فراهم می‌کردند تا بتوانند فرزندان بیشتری داشته باشند و در آن دوران همه ی کار یک زندگی به دست رئیس خانواده انجام می‌شده یعنی خانواده هم نقش تولیدی هم نقش مذهبی و نیز یک ارگان حمایتی برای کودکان و سالمندان محسوب می‌شد؛ اما باگذشت زمان این وظایف از خانواده‌ها به ارگان‌های دولتی و یا خصوصی واگذار شد؛ و در آن دوره تولید برای همان خانواده‌ها و افراد بود و آنان به طور مستقیم از آن سود می‌جستند.

با پیشرفت فناوری و نیز صنعتی شدن جوامع نیاز به فرزند بیشتر، کاهش یافت؛ چراکه با صنعتی شدن جوامع به نیروی کار کارآمد جهت پیشبرد اهداف صنعت نیاز بود که این مهم توسط کودکان انجام‌پذیر نبود و والدین باید هزینه‌های فرزندان را تا سنین بالا بر عهده می‌گرفتند. پس نشان می‌دهد فرزند آوری در ابتدا نه بر اساس یک نیاز عاطفی بلکه بر اساس نیازهای اقتصادی صورت می‌گرفت که اجتماع به آن نیاز داشت ولی با پیشرفت جوامع از آنجایی که کودکان نیروی کارآمد محسوب نمی‌شوند تمایل به داشتن فرزندان بیشتر نیز کاهش یافت و علاوه بر آن در معاهداتی که برای حمایت از کودکان نوشته شده کار کردن کودکان در سنین پایین را محکوم می‌کنند و کودکان تا سنین بالا باید توسط والدین و دولت‌ها از نظر مالی و اجتماعی مورد حمایت قرار گیرند. بر همین اساس برخی محققین بر این نظر هستند: «در عصر ماده‌پرستی و فردگرایی همه چیز در تقابل با والدین است. واقعیت ماجرا آن است که از دیدگاه صرفاً اقتصادی، همچنان که شکل‌های مختلف منطق اقتصادی به سوی تقابل پدران و مادران حرکت کرده‌اند بزرگ کردن فرزند به صورت فعالیت غیراقتصادی درآمد است. عموماً والدین هرگز کودکان را فقط به چشم دارایی مالی نگاه نکردند؛ اما در طول تاریخ و در میان فرهنگ‌ها والدین غالباً از رهگذر بزرگ کردن فرزند دست‌کم برخی منابع مادی را نیز به دست می‌آوردند مانند؛ کمک کردن در زمان

^۱ اعزاز، شهلا، جامعه شناسی خانواده با تاکید بر نقش، ساختار و کارکرد خانواده در دوران معاصر، ص ۹.

^۲ همان، ۴۰.

کاشت و برداشت محصول، حمایت در دوران پیری و مانند این‌ها اما امروزه هیچ‌یک از دلایل اقتصادی برای بزرگ کردن فرزند مصداقی ندارد چراکه کودکان در دنیای جدید بسیار پرهزینه و دارای کم‌ترین برگشت مالی برای والدین می‌باشند و کودک تا سن ۱۸ سالگی ۱۴۵۰۰۰ دلار برای والدین خود هزینه دارد.^۱ این نوع نگاه را می‌توان در نظریه مبادله جست؛ بر اساس این نظر رفتار بشر را حاصل منافع شخصی در نظر می‌گیرد. در این نظر افراد و گروه‌های اجتماعی را فقط به خاطر نفع شخصی‌شان شکل می‌دهند. اساسی‌ترین پیش‌فرض این نظریه این است که گروه‌ها صرفاً مجموعه‌ای از افرادی هستند که پیش‌بینی رفتار آن‌ها بر اساس مطالعه انگیزه‌هایشان صورت می‌گیرد و بر اساس نفع شخصی برانگیخته می‌شوند،^۲ و این نظریه درصدد این است که نشان دهد که رفتار و کنش افراد برحسب پاداش‌هایی که دریافت می‌کنند و هزینه‌هایی که به همراه دارد تغییر می‌کند.^۳ بر اساس نظریه هاروی لیبشتاین؛ منفعت یا عدم منفعت اقتصادی فرزندان عاملی است که در تصمیم‌گیری والدین نسبت به تعداد آنان موثر می‌باشد.^۴ بر همین اساس تحرکات اقتصادی خود عاملی است که می‌تواند بر تعداد فرزندان تأثیر بگذارد و فقط از سود رساندن و یا عدم سود رساندن فرزندان متأثر نمی‌شود چراکه در حال حاضر نیروی کار فقط منحصر به مردان نمی‌شود و زنان نیز در این جامعه با ساعات کاری یکسان در بازار کار حضور دارند و تغییر مشغله و خروج زنان از خانه و ورود آنان به اجتماع می‌تواند دلیل مستقلاً باشد برای رویگردانی از فرزند آوری.

بند دوم: مبانی اجتماعی حق فرزند آوری

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد نوع نگاه هر جامعه و فرهنگ نسبت به خانواده متفاوت است به عواملی چون صنعتی شدن بروز و ظهور فناوری در آن جامعه سنت‌های حاکم در آن منطقه و ایدئولوژی و...

^۱ حکمت نیا، محمود، حقوق زن و خانواده، ص ۱۱۱.

^۲ ملتفت، حسین، بررسی عوامل موثر به گرایش زوجین به طلاق، در شهرستان داراب، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، شیراز ۱۳۸۱ ص ۲۳

^۳ کلانتری، صمد، عباس زاده، محمد، مظفری، فاروق، راکعی بناب، ندا، بررسی جامعه‌شناسی گرایش به فرزندآوری و برخی عوامل مرتبط، سال بیست و یکم، بهار ۱۳۸۹، شماره ۳۷، ص ۸۷

^۴ همان، ۸۷

بستگی دارد و برای شناخت اینکه هدف هر فرد برای تشکیل خانواده چیست باید به این دلایل توجه کرد؛ و یکی از موضوعات مهم و دائمی در عرصه خانواده، فرزند دار شدن است.

نوع نگرش افراد تحت تأثیر رویکردهای اجتماعی قرار می‌گیرد برای نمونه در خانواده‌های شکل گسترده همسرگزینی به شدت تحت تأثیر فشار اجتماعی بوده و در آن جوامع فردیت معنی نداشته^۱ و افراد به سنی که می‌رسیدند بزرگ خانواده برای آن‌ها همسر مناسب را پیدا می‌کرد و در آن دوره کم‌تر افرادی را می‌بینیم که بر اساس عشق یا عناوینی از این قبیل با یکدیگر ازدواج کنند. در رابطه با اهداف ازدواج نظرات مختلفی وجود دارد طرفداران میل جنسی اعتقاد دارند که هدف اصلی زناشویی شکل حقوقی و رسمی دادن به محرکات غریزی است. برخی نیز هدف زناشویی را تولیدمثل و پرورش فرزندان برای آینده بهتر جامعه معرفی می‌کنند^۲ و ایجاد رابطه را برای رسیدن به هدف بالاتر که همان داشتن فرزند است قرار می‌دهند. در برخی از جوامع چنان بر فرزند آوری تأکید می‌کنند که ازدواج بدون آن را غیرقابل‌پذیرش و عملاً ملغی می‌دانند. برای همین نوعی خاصی از طلاق که به طلاق ارتجالی یا خودبه‌خود معروف است در آن دوره مرسوم بوده که بعد از مدتی خاص چنانچه ازدواجی به فرزند آوری منتهی نشد، هریک از طرفین بدون نیاز به فسخ، قرارداد تازه‌ای برای زوجیت با دیگری منعقد کند.^۳ البته نمی‌توان تأثیر ادیان را بر روی نگرش خانواده نادیده گرفت در حدیثی که از پیامبر نقل شده که می‌فرماید: «ازدواج کنید تا نسلتان افزایش یابد چراکه من به شما امت حتی سقط شده‌هایتان در روز رستاخیز مباحثات می‌کنم.»^۴ مسیحیت نیز به تکثیر نسل اهمیت جدی دارد و تکثیر نسل را برای سلامت امت مسیح و دلیلی بر ایمان خدا و اعتقاد به نهایت خداوند و سبب جلب خوشحالی خانواده می‌داند و در جایی که ممالک مسیحیت در اقلیت قرار دارند اهمیت به کثرت نسل بیشتر است.^۵

^۱ اعزازی، شهلا، جامعه شناسی خانواده، با تأکید بر نقش، ساختار و کارکرد خانواده در دوران معاصر، ص ۲۷.

^۲ ساروخانی، باقر، مقدمه ای بر جامعه شناسی خانواده، چاپ سوم، سروش، تهران، ۱۳۷۰، ۳۲.

^۳ همان ۲۴

^۴ «تناکحواتناسلوا، تکتروا، فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه و لو بالسقط». نمازی، حسن بن علی، مستدرک سفینه البحار، جلد ۴، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۹، ۳۴۰.

^۵ زینتی، علی، فلسفه ازدواج در اسلام و مسیحیت، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۷، ۱۳۸۴، شماره ۲۷، ص ۲۲۱.

در کل می‌توان گفت پذیرش به استیلا بدسته به جامعه ای است که فرد در آن زندگی می‌کند. هر فرد برای تصمیم‌گیری در انجام هر عملی به نظرات دوستان گروه‌ها والدین و به‌طور کلی جامعه توجه زیادی نشان می‌دهد و اگر فرد در انجام کنش خاص مثلاً فرزند آوری از پذیرش اجتماعی بالای آن خبردار باشد خواسته یا ناخواسته به آن تن درخواهد داد و بالعکس.^۱ همچنین در جوامعی که پذیرش دینی بیشتر باشد نگاه به فرزند آوری بیشتر است. برخی صاحب نظران بر این نظر هستند که: در جامعه فعلی زندگی روزبه‌روز مادی شده و در اثر این تحول خانواده نیز همانند دیگر نهادها از حالت ابتدایی خود فاصله گرفته و به شکل جدیدی دست پیدا کردند؛ یکی از این نوع تغییرات، تغییر در نوع نگرش مذهبی و اعتقادی است و بر این عقیده هستند که در جامعه‌ای که از نفوذ اعتقادات مذهبی کاسته شود طبیعی است که میزان باروری در آن جامعه کم‌تر است.^۲ آکاوہ فیروز در تحقیقی که انجام داده به این نتیجه رسیده که در دوره‌ای که علمای دینی در جامعه حضور و ورود پیدا کردند جامعه در مبحث کنترل جمعیت موفق‌تر عمل کرده‌اند.^۳ اگرچه دین به‌عنوان یک محرک می‌تواند عمل کند و در جامعه‌ای که پذیرش دینی آنان بالاتر است می‌توانند اصولی همچون فرزند آوری را راحت‌تر به آن‌ها آموزش داد ولی این‌همه مسئله نیست چراکه دلایلی چون امید به زندگی، اعتماد به آینده و... می‌تواند دلایلی مؤثر دیگر در این تصمیم‌گیری باشد که گرایش یا عدم گرایش به فرزند آوری را توجیه کند.

بند سوم: مبانی فردی حق فرزند آوری

در عصر کنونی با توجه به صنعتی شدن جوامع و فاصله گرفتن از افکار دینی شاهد عدم تمایل به فرزند آوری می‌باشیم و در این دوره دیگر رویکرد اقتصادی صرف محرک محسوب نمی‌شود، اگرچه می‌توان یکی از علل عدم تمایل به فرزند آوری را هزینه‌بردار بودن و عدم اعتماد و امید به آینده نام برد؛ اما دلیلی که همچنان با همه‌ی این مشکلات زوجین را ترغیب به استیلا می‌کند داشتن عشق به فرزند می‌باشد که انسان می‌تواند موجود زنده را در درون خود پرورش دهد و این موجود جز ساختار وجودی آن‌ها

^۱ کلانتری، صمد، عباس زاده، محمد، مظفری، فاروق، راکعی بناب، ندا، بررسی جامعه‌شناسی گرایش به فرزندآوری، ۸۵

^۲ همان، ص ۸۵

^۳ همان ۸۶

محسوب می‌شود و می‌توان گفت وجه مشترک همه دوران همین حس مادری و پدری است که فطری و ذاتی در درون هر فرد جایگذاری شده است. در قرآن در آیه ۴۶ سوره کهف^۱ اگرچه این آیه در نگاه اول به دو رکن اساسی یک جامعه یعنی مال و نیروی انسانی تأکید می‌کند؛ اما برخی مفسرین در تفسیر آیه بر این عقیده هستند که خداوند، میل و رغبت به فرزند را در درون هر انسان قرار داده و انسان خودش را با آن زینت می‌بخشد و این رغبت؛ یک امر فطری است. ادعاهایی که افراد برای داشتن فرزند می‌کنند نشان از جایگاه فرزند و فطری بودن فرزند خواهی است و یکی از برطرف‌کننده‌های نیاز اساسی انسان می‌باشد.^۲ در آیه ۲۱ سوره روم^۳ اگرچه از نظر علمای شیعه رحمت به معنی فرزند نیست و آیه در رابطه بیان منت خداوند بر روی بندگانش می‌باشد؛ اما مودت و رحمتی که با نکاح حاصل می‌شود با فرزند دار شدن به بالاترین درجه از اطمینان و ثبات خود می‌رسد،^۴ این نشان از این است که فرزند یک حس درونی است که هر انسانی در صورت امکان تمایل به این رویداد شیرین را دارد. در تحقیقی که از ۳۲ استان صورت گرفته بود بیشترین دلایل عنوان‌شده برای تمایل به فرزند آوری را علاقه به خود بچه و علاقه به پدر و مادر شدن معرفی کردند.^۵ همان‌طوری که گفته شد گرایش افراد به داشتن فرزند ابتدا یک امر درونی است که محرکات بیرونی بر تحقق وجود فرزند تأثیر می‌گذارد؛ چراکه وجود شرایط اقتصادی نامناسب، عدم امید به آینده، بی‌کاری، معضلات اجتماعی و عدم امنیت، می‌تواند به‌عنوان عوامل مؤثر در کاهش این میل و سرکوب کردن یک نیاز فطری و ذاتی باشد.

^۱ «الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا»

^۲ طبرسی، مجمع البیان، جلد ۶، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۵، ص ۳۵۱

^۳ ثمنی، لیلا، فتاحی، سید محسن، شاکری، طوبی، بررسی تطبیقی حکم فرزند آوری در فقه عامه و امامیه با رویکرد بر مقاصد شریعت، پژوهش نامه مذاهب اسلامی، سال پنجم، ۱۳۹۷، شماره ۹، ص ۱۸۳

^۴ «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»

^۵ قائنی، محمد، معینی فر، محدثه، موجه سازی حق تولید مثل و باروری انسان در قرآن، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ۲۳۷.

^۶ منتظری، علی، بررسی میزان تمایل به فرزندآوری و عوامل مرتبط با آن از نگاه مردم شهر و روستا ایران، گروه پژوهشی سلامت روان، مرکز تحقیقات سنجش سلامت پژوهشکده علوم بهداشتی جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۵، ص ۲

گفتار دوم: منابع حق فرزند آوری

در منابع مختلف به طور صریح از حق فرزند آوری بحثی نشده اما با توجه به مباحثی چون عزل در فقه و یا قانون سقط درمانی و نیز حق باروری در اسناد بین المللی می توان رگه هایی از آن حق را یافت.

بند اول: حق فرزند آوری در فقه

در همه‌ی ادیان داشتن یک خانواده صالح سفارش شده است. در اسلام نیز همچون دیگر ادیان و مذاهب، خانواده از مهم‌ترین و اساسی‌ترین نهاد است که ارزش‌های اخلاقی ابتدا در آن آموزش داده می‌شود. در رابطه با فلسفه نکاح فقها نظرات متفاوتی بیان می‌دارند که بر اساس نظر اکثر فقها می‌توان فلسفه نکاح را ۱- داشتن فرزند و ازدیاد نسل ۲- سبب دوری از گناه و منکر ۳- سلامت جسم و جان ۴- سلامت جامعه و... دانست. ^۱ که فرزند داشتن از جمله مواردی است برخی از فقها آن را از اهداف اصلی نکاح بیان می‌دارند و شرط مخالف آن را منافی با قصد شارع در نظر می‌گیرند. این نشان از اهمیت این بخش که فرزند هم برای بقا نسل و نیز بقای یک جامعه است چراکه از مؤلفه‌های اصلی یک نظام و حاکمیت، جمعیت آن است و اگر بخواهیم اسلام هم به‌عنوان یک اعتقاد قلبی و هم به‌عنوان یک دین حاکمیتی استوار باشد به توالد و تناسل نیاز داریم.

در متون روایی و نیز آیات به‌طور صریح به‌حق فرزند آوری تأکید نکردند و شاید بتوان با تفسیر موسع از آیات به این نکته دست‌یافت. بر همین اساس در اینجا به چند آیه‌ای که می‌توان آن را نمونه‌ای از مواردی که شبه بر حق فرزند آوری است را بیان داریم و نیز در ادامه به روایات و نیز ادله فقهی که در رابطه با فرزندآوری وجود دارد، می‌پردازیم.

^۱ مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح (سلسله مباحث خارج فقه آیت الله العظمی مکارم شیرازی)، جلد ۱، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، بیتا، ص ۴۳

الف: آیات

۱- : آیه ۱ سوره نسا^۱ «ای مردم از پروردگارتان پروا کنید همان که شمارا از یک تن یگانه بیافرید و همسر او را هم از او پدید آورد و از آن دو مردان و زنان بسیاری پراکند و از خدایی که به نام او پیمان می‌بندید یا سوگند می‌دهید همچین از گسستن پیوند خویشاوندان پروا کنید، چراکه خداوند (ناظر و) نگهبان شماست.»

در آیه به وحدت آفرینش انسان که از حضرت آدم و حوا هست اذعان دارد،^۲ و با توجه به تفاسیر نمی‌توان از این آیه به حق فرزند آوری دست‌یافت و اگرچه می‌توان به این نکته رسید که نوع انسان از دو جنس مختلف سبب افزایش انسان‌ها می‌شوند.^۳

۲- آیه ۷۲ سوره نحل^۴ «و خداوند برای شما از خودتان همسرانی قرارداد و از همسرانتان برای شما فرزندان و نوادگانی آفرید و به شما از خوراکی‌های پاکیزه روزی داد آیا به باطل ایمان می‌آوردند و به نعمت الهی کفران می‌ورزند.»

شاید در آیه بتوان به این نکته دست‌یافت که خدای عزوجل در پی متنی است که بر بندگان خود قرار می‌دهد، چراکه در این آیه به مدبرانه بودن نکاح و اینکه در ازدواج هم به نیازهای معنوی و هم به نیازهای مادی انسان توجه می‌شود، تاکید می‌کند؛ اما آیا این آیه مصداق حق فرزند آوری است یا خیر؟ با توجه به نظر اکثر مفسرین این آیه در جهت بیان حکمت خداوند و امتنان او برای ازدواج است نه فرزند آوری. در تفسیر نور در تفسیر اقبال‌باطل یومنون و نعمته الله هم یکفرون بیان می‌دارد: «ترک ازدواج و جلوگیری از فرزند آوری و تحریم حلال‌های الهی و باطل‌گرایی و کفران نعمت است»^۵ از تفسیر می‌توان به این

^۱ «يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا.» آیت الله مشکینی، علی، ترجمه قرآن کریم، چاپ چهارم، انتشارات آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۳۹۰، ص ۷۷.

^۲ قرائتی، محسن، تفسیر نور، مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، جلد ۲، چاپ یازدهم، ۱۳۸۳، ص ۱۶.

^۳ قائنی، محمد، معینی فر، محدثه، موجه سازی حق تولید مثل و باروری انسان در قرآن، ص ۲۱۳.

^۴ «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ نَبِيًّا وَخَفَدَهُ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۗ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِالنِّعْمَتِ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ.»

آیت الله مشکینی، علی، ترجمه قرآن کریم، ص ۲۷۴.

^۵ قرائتی، محسن، تفسیر نور، جلد ۴، ص ۵۵۳.

نکته رسید که مفسر هدف و مقصد نکاح را فرزند آوری می‌داند که خود به‌طور مستقل دارای ارزش است و ترک و نفی آن می‌توان آثار سو بر پیکره دین‌داری انسان وارد کند.

۳- آیه ۱۸۹ سوره اعراف^۱ «او کسی است که شمارا از تن یگانه‌ای آفرید و همسرش را از او پدید آورد تا در کنار او آرام گیرد و چون (آدم) با او (حوا) آمیزش کرد باری سبک گرفت و با آن آسان به سر می‌برد و چون گرانبار شد هر دو خداوند، پروردگارش را به دعا خواندند که اگر به فرزند سالم و شایسته‌ای عطا کنی از سپاسگزاران خواهیم بود.»

در آیه خداوند تأکید می‌کند که همسران شما موجب آرامش شما هستند و نیز به روابط جنسی زوجین البته در خفا توجه کرده و مفسرین بیان می‌دارند که آمیزش جنسی تنها برای لذت و شهوت نیست بلکه به دنبال هدف بالاتر که همان بقای نسل است می‌باشد؛^۲ و با توجه به این آیه یکی از آرزوهای هر انسانی داشتن فرزندی سالم است.

۴- آیه ۴۶ سوره کهف^۳ «اموال و پسران، تجمل زندگی دنیوی است و کارهای ماندگار شایسته نزد پروردگارت خوش پاداش‌تر و امیدبخش‌تر است.»

در آیه به این نتیجه می‌خواهد برسد که اگرچه انسان ذاتاً به مال و فرزند گرایش قلبی دارد و همه خواستار رسیدن به این آرزو می‌باشند اما این‌ها همه‌ی زینتی زودگذر هستند؛^۴ و در آیه فرزند را به‌عنوان زینت زندگی یاد می‌کند و دعاهای مکرری در جهت فرزند خواهی در قرآن وجود دارد نشان از جایگاه و فطری بودن فرزند خواهی و برطرف‌کننده نیاز انسان است.^۵

^۱ «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثَقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنْ الشَّاكِرِينَ» آیت الله مشکینی، علی، ترجمه قرآن کریم، ۱۷۵.

^۲ قرآنی، محسن، تفسیر نور، جلد ۳، ص ۲۴۱

^۳ «الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ تَوَابًا وَخَيْرٌ أُمَّلًا.» آیت الله مشکینی، علی، ترجمه قرآن، ص ۲۹۹.

^۴ علامه طباطبایی، محمد حسین، ترجمه تفسیر المیزان، سید محمد باقر موسوی همدانی، جلد ۱۳، مدرسه فقهات، ص ۴۴۲.

^۵ ثمنی، لیلا، فتاحی، سید محسن، شاکری، طوبی، بررسی تطبیقی حکم فرزند خواهی در فقه عامه و امامیه با رویکرد بر مقاصد شریعت، ص ۱۸۳.

۵- آیه ۲۲۳ سوره بقره^۱ «زنان شما کشتزار شمايند هر زمان و هرکجا که خواستيد به کشتزار خود درآييد و (و با رعایت حقوق يکديگر و حفظ عفت و پاکی در سایه زناشویی و توليد نسلی پاک و شايسته و صالح خیر و ثوابی) برای خودتان پيش فرستيد و از خدا پروا کنید و بدانيد که او را ملاقات خواهيد کرد و مؤمنان را بشارت بده.»

در اینجا مفسرين از دو تعبير زمانی و مکانی استفاده می کنند و اگر به معنی زمانی برسیم یعنی هر وقت خواستيد از کشتزار استفاده کنید و اگر معنی مکانی باشد یعنی به کشت زار خود در هر محلی که خواستيد وارد شوید و مفسرين بر این نظر هستند که کشتزار برای بقای نسل واجب است همان طوری که زمینی اگر نبود بذری کاشته نمی شد و از نظر تغذیه دچار مشکل می شد؛ و تنها دلیلی که موجب وجود شهوت در انسان است بقای نسل است.^۲ بر همین اساس باری تعالی تمایل به غیر هم جنس را در درون انسان قرار داده است و در تفسیر نور نیز به این هدف تأکید می کند و هدف و غایت میل جنسی را فرزند می داند و برای زن و مرد هر دو به یک اندازه حق قائل می شود.^۳ و شاید بتوان از آیه به حق فرزند آوری برای زوجین رسید و حکم شرعی آن را نیز یافت.

در آیه زنان را همچون مزارعی در نظر می گیرند که مردان می توانند بر آن وارد شوند. بر اساس نظر آیت الله مکارم شیرازی این آیه قصد دارد ضرورت وجود زن در اجتماع انسانی را نشان دهد که زن وسیله هوسرانی مردان نیست، بلکه برای هدف والاتر که همان بقای نسل است می باشد و از واژه شئتم می توان به این نکته دست یافت که حکم رابطه جنسی که لازمه و مقدمه فرزند آوری است امری اختیاری است باین وجود نمی توان وجوب را استنباط کنیم؛ و در مجموع یکی از آیاتی است که حق فرزند آوری در آن گنجانده شده است.

^۱ «بِنِسَائِكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ أَنِّي شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ وَأَتَقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ.» آیت الله مشکینی، ترجمه قرآن کریم، ص ۳۵.

^۲ طباطبایی، محمد حسین، ترجمه تفسیر المیزان، جلد ۲، ص ۳۱۹.

^۳ قرائتی، محسن، تفسیر نور، جلد ۱، ص ۳۵۱.

^۴ مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد دوم، چاپ سی و ششم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۷۰.

ب: روایات

با تفحص در متون فقهی می توان شاهد سفارشاتى از سوى ائمه برای فرزنددار شدن و افزایش نسل یافت، همچون روایاتی که از پیامبر اکرم در رابطه با ازدیاد نسل وجود دارد و حضرت می فرماید: «بر تعداد فرزندان بی افزایش تا در روز قیامت به فزونی شما بر امت ها تفاخر کنم»^۱ و یا حضرت سفارش به ازدواج با زنان باکره و فرزند آور می کنند^۲ و نیز بهترین زنان را نیز زنان فرزند آور میدانند و یا دعا هایی که برای فرزند دار شدن وجود دارد نشان از این است که هدف اصلی نکاح بعد از رسیدن به آرامش جسمی و روحی، فرزند آوری است. بر همین اساس همان طور که در آیات مشاهده شده یکی از اولویت های زن خوب فرزند آوری است. در روایتی که از پیامبر نقل شده می فرمایند: «با زنان باکره ازدواج کنید زیرا دهان ایشان خوشبوتر است و رحمی پاک تر دارند و شیر زیادتری در پستان دارند و فرزند بیشتری به دنیا می آورند»^۳ باین وجود با توجه به روایات گفته شده در این بخش و می توان گفت حق داشتن فرزند سالم و صالح از حقوق زوجین محسوب می گردد.

ج: ادله فقها

فقها در رابطه با حق فرزند آوری نظر صریحی را ذکر نمی کنند اما می توانیم در قالب عزل منی که به طور مفصل فقها به آن توجه نموده اند، پرداخت. عزل به معنی اخراج آلت، حین انزال است و بیرون ریختن منی در خارج رحم زن می باشد^۴ و در این راستا دو گروه وجود دارند که برخی عزل را حرام،

^۱ «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اکتروا الولد اکثر بکم الامم غدا». کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، جلد ۶، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷، ص ۲. «تناکحو اتناسلوا، تکثروا، فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه و لو بالسقط». نمازی، حسن بن علی، مستدرک سفینه البحار، جلد ۴، ۳۴۰. «ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: تزوجوا فانی مکاتر بکم الامم غدا فی القیامه حتی ان السقط لیجی محببنا». بابویه، ابی جعفر محمدعلی بن الحسن، (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، جلد ۳، چاپ دوم، جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، قم، ۱۴۰۴، ص ۳۸۳

^۲ «قال صلى الله عليه و آله: تزوجوا بکرا ولودا و لا تزوجوا حسنا جمیله عاقرا». عاملی، زین دین جبعی، شرح لمعه، جلد ۵، چاپ اول، داورى، قم، ۱۴۱۰، ص ۸۷ «جابر بن عبدالله یقوا: کنا عند النبی صلى الله عليه و آله فقال: ان خیر نسائکم الولود العفیفه، العزیزه، فی الهلها، الذلیله فی بعلمها المتبرجه فی زوجها الحصان علی غیره التی تسمع قوله و تطیع امره و اذا خلا بها بذلت له ما یرید منها و لم تبدل کتبذل الرجل». همان، ج ۵ ص ۳۲۴

^۳ «تزوجوا الابرار فانهن اطيب شی افواها و انشفه ارحاما و ادر شیء اخلافا و افتح شی ارحاما» - عاملی، جبعی، شرح المعه، جلد ۵، ص ۸۶

^۴ «العزل بمعنی اخراج الاله عند الانزال و افزاع المنی خارج فرج (زوجه)». یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی، جلد ۵، ص ۴۹۸

چراکه فرزند آوری را مقتضای ذات نکاح می دانند؛ اما برخی بر آن حکم کراهت بار کردند که در ادامه بحث، نظرات این دو گروه را بیان می داریم.

۱- قائلین به حرمت عزل

فقهایی چون شیخ صدوق و شیخ الطائفه بر این نظر هستند که فعل عزل حرام است و دلایلی که بیان می دارند به شرح ذیل است:

الف: اجماع؛ در نگاه اول شاید خدشه به ادعای اجماع این گروه شود اما مستحضر هستید که اجماع های شیخ طوسی در الخلاف اجماع «علی القاعده» است یعنی مطلبی که مطابق با قاعده باشد ادعای اجماع می کند.^۱

ب: روایات؛ قائلین بر حرمت عزل برای اثبات ادعای خود به روایت نیز استناد می کنند برای مثال: به روایت پیامبر که از عزل نهی می نماید مگر به اذن زوجه.^۲ و یا روایتی که از محمد باقر علیه السلام نقل می شود که عزل را در دو صورت جایز می دانند ۱- از زوجه رضایت داشته باشد ۲- ضمن عقد نکاح آن را شرط کرده باشد.^۳ و دو مورد را حصری می دانند و غیر آن را حرام تلقی میکنند در همین راستا به روایت نقل شده از یعقوب جعفری که عزل را در ۶ دسته از زنان بلا اشکال می داند.^۴ قائلین در اینجا نیز به مفهوم این روایت استناد کرده اند و یا روایاتی که به طور کلی عزل را برای زوجه دائم مکروه می دانند^۵ و کراهت را در اینجا به معنی حرمت می گیرند

^۱ درس خارج فقه آیت الله جوادی آملی، مبحث نکاح، جلسه ۲۹، ۱۳۹۴. از سایت:

<http://javadi.esra.ir>

^۲ «انه نهی ان یعزل عن الحره الا باذنها» نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹ ص ۱۱۱.

^۳ «عن حماد بن عیسی عن حریر بن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیها السلام: الا أن ترضی أو یشرط ذلک علیها حین یتزوجها» حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۲۰، چاپ دوم، موسسه آل البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۴، ص ۱۵۱.

^۴ «باسناده عن القاسم بن یحیی عن جده الحسن بن راشد عن یعقوب الجعفری قال: سمعت ابا الحسن علیه السلام یقول: لا بأس بالعزل فی سته وجوه: المره التي تیقنت انها لا تلد و المسنه و المره السلیطه و البذیه و المره التي لاترضع ولها و الامه» «عزل در شش دسته از زنان بلا اشکال است زنی که یقین داریم بچه دار نمی شود، زن مسن، زن سلیطه و پرخاشگر، زن بد زبان و نااهل و زنی که به بچه اش شیر نمی دهد و بنده». همان، ص ۱۵۲

^۵ «با اسناده عن الحسین بن السعید عن صفوان العلاء عن محمد بن مسلم عن احدهما انه سئل عن العزل: اما الامه فلا بأس و اما الحره فانی اکره ذلک» همان، ۱۵۱.

ج: مخالفین بر عزل بر این عقیده اند که هدف و غرض ابتدایی برای ایجاد نکاح از سوی شارع استیلا است و جلوگیری از آن به معنی مخالف با شارع و حکمت نکاح آن را نوعی نقض غرض می دانند.^۱ د: همانطور که در روایات استناد شد صاحب حق در عزل زوجه است و اگر بدون رضایت او این فعل انجام شود با التذاذ او در تنافی است و نوعی آسیب رساندن به زوجه است.^۲ و: دیه، فقهایی که قائل به حرمت هستند بر این عقیده اند که دیه و جبران خسارت برای فعل حرام است و برای عزل دیه برقرار است برای همین عزل فعل حرام است.^۳ و این را نوعی قتل خفی می دانند (الواد الخفی).^۴

اما بر اساس اصول و منطق فقهی نقدی بر این نظر وجود دارد که در ادامه به آن می پردازیم. اجماع، تنها درجایی به عنوان دلیل مستقل مطرح می شود که این اجماع اولاً محصل باشد دوما مدرکی نباشد. در حالی که مشهور فقها حکم به حرمت عزل نمی دهند و احادیثی هم در این رابطه وجود دارد. بر همین اساس این اجماع غیر محصل است و با توجه به روایات موجود، دلیلی مستقل محسوب نمی شود. احادیث، اگر بخواهیم از طریق کراهت به حرمت برسیم باید شواهد دیگری وجود داشته باشد تا کراهت را حمل بر حرمت کنیم در حالی که فقهای دیگر از این احادیث برای اثبات کراهت استفاده می کنند و افرادی که قائل به حرمت هستند باید دلیل بیاورند و نیز از کراهت نمی توان به حرمت یک مطلب رسید و در صورت شک، باید به اصل اباحه و برائت متمسک شد نه احتیاط. اگرچه استیلا از انگیزه های اصلی برای نکاح محسوب می شود ولی نمی توان به این نکته قائل شد که فرزند آوری از حکمت نکاح است چراکه غیر از این باشد شرط عدم استیلا و رضایت زوجه به عزل منی قابل خدشه است.

^۱ کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، جلد ۱۱، ص ۵۰۴

^۲ «لان فيه فوائد للغرض من النكاح و هو الاستيلاء و للحق الذي للزوجه و هو الالتذاذ بل ربما كان فيه ايذا لها» نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، ص ۱۱۱.

^۳ «العزل عن الحرة لا يجوز الا برضاها فمتى عزل بغير رضاها اثم و كان عليه عشر دية الجنين عشرة الدنانير» الطوسی، ابی جعفر بن محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۴، نوبت چاپ جدید، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۴، ص ۳۵۲

^۴ «و احتجوا بما روی عن النبی صلی الله علیه و آله انه قال فی العزل انه الواد الخفی و مراد بالواد قتل والد ...» کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، جلد ۱۱، ص ۵۰۴.

این که عزل مانع التذاذ زوجه است هیچ دلیل علمی بر آن بار نیست حتی برخی قائل شدن که حق زن صرف دخول است نه انزال.^۱

دیه با عدم حرمت منافاتی با یکدیگر ندارد چراکه در برخی موارد افراد نه به تقصیر موجب آسیب به دیگری می‌شوند در حالی که فعل حرامی صورت نگرفته است^۲ اما جبران خسارت باید صورت بگیرد همچون قتل شبه عمد.

دخول منی مرد در داخل رحم زن خود به عنوان مقدمه ای برای ایجاد نطفه است و عزل را به عنوان قتل نمی‌توان پذیرفت. غزالی در این رابطه بیان می‌دارد: «اولین مرحله وجود یا ورود نطفه به رحم آغاز می‌شود نه با دفع نطفه از مجرای مرد زیرا طفل تنها از منی مرد به وجود نمی‌آید بلکه از الحاق مایع مرد و زن یا از الحاق مایع مرد و خون قاعدگی زن به وجود می‌آید و چون اجتماع ایجاب و قبول است در وجود حکمی در عقدهای شرعی، پس هر که ایجاب کند و پیش از قبول طرف مقابل رجوع نماید این عمل نه نقض و نه انکار قرارداد است ولی اگر پس از قبول طرف مقابل نقض قرارداد و خلاف است.»^۳

۲- قائلین به کراهت عزل

مشهور فقها بر این نظر هستند که عزل حرام نیست؛^۴ و حکم به کراهت داده اند و دلیل ابتدایی که آنان به آن استناد میکنند روایاتی است که عزل را مکروه می‌دانند و اهم روایات از این قبیل است:

- محمد بن مسلم از امام صادق در مورد حکم شرعی عزل می‌پرسد حضرت می‌فرماید: «آن منی در اختیار مرد است هر جا که بخواهد می‌تواند مصرف کند.»^۵

^۱ «و لذه الزوجه لا یجب علی الزوج مراعاتها و ربما کانت بانزالها لا بانزال فیها... نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، ص ۱۱۳

^۲ «و وجوب دیه لا یقتضی الحرمة... همان، ص ۱۱۳.

^۳ غزالی، ابو حامد محمد، احیاء علوم الدین، محمد خوارزمی، ص ۱۰۶.

^۴ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، ص ۱۱۲، العالمی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام جلد ۷ ص ۶۴، کرکی، علین بن الحسین، جامع المقاصد، جلد ۱۲ ص ۵۰۳، الاسدی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر، (علامه حلی)، مختلف الشیعه، جلد ۷، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ص ۹۴.

^۵ «صحیح محمد بن مسلم که از امام صادق نقل می‌کند که امام می‌فرماید ذاک الی الرجل یصرفه حیث شاء». کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، جلد ۵ ص ۵۰۴.

- از امام علیه السلام در رابطه عزل سوال می شود و می فرمایند: «عزل نسبت به کنیز اشکال ندارد اما نسبت به زن آزاد کراهت دارد مگر اینکه هر کدام از آنان حین ازدواج شرط کرده باشند»^۱. شاید دلیل کراهت عزل بدون رضایت و شرط زوجه صرفاً به جهت امری روانی باشد مبنی بر اینکه زن به سبب عزل از لذت حاصل از انزال بی بهره می ماند.^۲

- روایت دیگری که از امام صادق علیه السلام سوال شد حضرت فرمودند: «آن در اختیار مرد است»^۳ و علاوه بر روایات موجود قائلین بر این نظر به اصالت الجواز و اصل اباحه در صورت شک در اصل حکم تمسک نموده اند^۴

در مجموع از آنجاییکه حکم صریحی نسبت به فرزندآوری نداریم و براساس شهرت این نظر می توانیم بر این عقیده بود اگرچه یکی از انگیزه های ابتدایی برای نکاح فرزندآوری است اما دلیل متقنی نیست که عزل را حرام بدانیم و مخالف با اصل عمل نماییم.

با همه این بحث‌ها تنها نکته‌ای که در اتمام بحث باقی می ماند که در ضمن بحث‌های گذشته گفته شده؛ حکم فرزندآوری چیست؟ واجب است و یا مستحب؟

با توجه به آیات شاید مهم‌ترین هدف نکاح افزودن نسل و فرزند آوری و هدف شارع از نکاح همین هدف باشد اما سؤالی که در اینجا مطرح می شود با توجه به فهم قصد شارع آیا می توان فرزند آوری را واجب دانست؟ در فقه اهل سنت فرزند آوری را مصداق بارز قصد شارع می دانند و معتقدند شهوت نیز برای تحقق این مقصد خلق شده است.^۵ غزالی مصلح و مقاصد شارع را به اعتبار اهمیت به ۳ قسم ضروریات، حاجیات و تحسینات تقسیم می کند؛^۶ که ضروریات شامل مواردی می شود که نظام زندگی

^۱ «محمد بن الحسین باسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام انه سئل عن العزل؟ فقال: اما الامه فلا باس فاما الحره فاني اكره ذلك الا ان يشترط عليهما حين يتزوجها». حرالعالمی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، جلد ۲۰، ص ۱۴۹ و ۱۵۰.

^۲ محقق داماد، مصطفی، شرط فرزندآوری یا عدم، ص ۱۷.

^۳ «سالت ابا عبدالله عليه السلام عن العزل فقال ذلك الى الرجل». نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، ص ۱۱۱.

^۴ علامه حلی، مختلف الشیعه، جلد ۷، ص ۹۵.

^۵ ثمنی، لیلا، فتاحی، سید محسن، شاکری، طوبی، بررسی تطبیقی حکم فرزند خواهی در فقه عامه و امامیه با رویکرد بر مقاصد شریعت، ص ۱۸۷.

^۶ علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، چاپ سوم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۹۴، ص ۷۱.

افراد را سامان می‌دهد و شارع گروه نخست را در حفظ دین، جان، عقل، نسل، مال منحصر می‌داند.^۱ بر همین اساس برخی با جمع نظر علامه طباطبایی در فقه که هدف اصلی برای میل به رابطه جنسی را تکثر نسل بیان میدارند^۲ و نیز با توجه به ضروریاتی که امام محمد غزالی بیان داشته به این نتیجه می‌رسند که در صورت وقوع نکاح و نبود مانع مطلوبیت ذاتی فرزند آوری نزد شارع اقتضای الزام و وجوب آن را دارد و بر این نظر هستند که هدف شارع صرف فرزند آوری نیست بلکه بقا و تکثر نسل است و اگر در یک جامعه این هدف حفظ شود کفایت می‌کند برای همین این یک واجب کفایی است نه عینی.^۳

با توجه به آیات قرآن در رابطه با فرزند آوری حکم صریحی در این باب نداریم و چه بسا در آیه ۲۲۳ سوره بقره استیلاذ را یک فعل اختیاری می‌داند و آن را منحصر در خواست زوجین می‌داند و در صورت شک در حکم در شبهه حکمی اصل بر اباحه و برائت می‌باشد و در روایت تناکحوا تناسلوا تکثروا... اگرچه امر دلالت بر وجوب می‌کند اما باید یادآور شویم امر زمانی دلالت بر وجوب می‌کند که قرینه‌ای بر استحباب آن وجود نداشته باشد،^۴ و در اینجا بر اساس روایاتی که از ائمه نقل می‌شود بر صحیح بودن شرط فرزند آوری و نیز جواز آنان بر عزل و جلوگیری از باروری و با توجه به سفارش‌های موجود می‌توان حکم بر استحباب فرزند آوری کرد. آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در حالت عادی نکاح و فرزند آوری را امری مستحب می‌داند اما ایشان در شرایط اضطراری و ترس از انقراض بشر، نکاح و فرزند آوری را واجب می‌دانند و حتی اگر موازنه جمعیت به ضرر اسلام و به نفع کفار باشد و در این صورت نیز برای ازدیاد نسل حکم وجوب بار می‌کنند.^۵

^۱ همان، ۷۱

^۲ طباطبایی، محمد حسین، ترجمه تفسیر المیزان، جلد ۲، ص ۲۷

^۳ ثمنی، لیلا، فتاحی، سید محسن، شاکری، طوبی، بررسی تطبیقی حکم فرزند خواهی در فقه عامه و امامیه با رویکرد بر مقاصد شریعت، ص ۱۹۵.

^۴ سبحانی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقه، چاپ ۴، موسسه امام صادق، قم، ۱۳۸۸، ص ۹۲.

^۵ آیت الله مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، جلد ۲، ص ۴۲.

بند دوم: حق فرزند آوری در مقررات داخلی

در مقررات داخلی به‌طور صریح از حق استیلا بحثی به میان نیامده اما می‌توان رگه‌های آن را در فسخ نکاح، ماده‌واحد سقظ درمانی، ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده و نیز قوانینی که در رابطه آزمایش‌های قبل ازدواج هست، یافت.

در ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی از عیوب مختص مرد که برای زن حق فسخ ایجاد می‌کند نام می‌برد. اولین موردی که نام می‌برد خصاء است در تعریفی که از خصا آورده شده؛ «کشیده شدن خصیه است، مردی که چنین صفتی را داشته باشند خصی گویند.»^۱ از نظر فقهی کسی که به این بیماری مبتلا است توانایی برقراری رابطه را دارد، چراکه در روایت برای کسی که با همسرش رابطه برقرار کرده باشد و بعد رابطه، زوجه متوجه خصا شود، زوج باید تمام مهریه را به زوجه پرداخت کند.^۲ در شرایع الاسلام نیز در فرضی که زوجه بعد از رابطه متوجه خصا شده باشد کل مهر بر ذمه زوج قرار می‌گیرد.^۳ برخی آن را مخالف با غرض نکاح می‌دانند و بر اساس ضرری که برای زوجه فراهم می‌شود و نیز عدم تناسل قائل به فسخ نکاح حتی بعد از رابطه هستند.^۴ افرادی همچون شیخ طوسی خصا را مجوزی برای فسخ نمی‌دانند چراکه عدم انزال را عیب نمی‌دانند،^۵ و دلایل این گروه اصل لزوم و تداوم نکاح و اینکه دلایل وارده به قبل از عقد برمی‌گردد.^۶ و این گروه بر این عقیده هستند که خصا در روایات زمانی دلیلی برای فسخ است که تدلیس شمرده شود؛^۷ اما نکته که در اینجا باید بیان شود خصا در قانون مدنی زمانی عنوانی برای فسخ نکاح می‌باشد که قبل از عقد موجود بوده و زن نیز از این بیماری آگاهی نداشته باشد و اگر بعد از عقد

^۱ عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: ۱- خصاء ۲- عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

^۳ مقطوع‌عبودن آلت تناسلی به اندازه ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

^۲ محقق داماد، مصطفی، تحلیل فقهی و حقوقی نکاح، چاپ هفتم، مرکز نشر اسلامی، قم، ۱۳۷۹، ص ۳۴۸

^۳ «صحيح علی بن جعفر عن اخيه عليه السلام المروي قرب الاسناد قال: يوجب ظهرو و يفرق بينهما و عليه المهر ان دخل بها و ان لم يدخل فعليه نصف المهر» نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۳۲۳.

^۴ «و کذا لو كان بالخصا بعد الدخول فلها المهر كاملا ان حصل الوطء». محقق حلی، شرایع الاسلام، جلد ۲، ص ۵۴۳.

^۵ فاضل هندی، کشف الثام، جلد ۲، ص ۷۱.

^۶ طوسی، ابی جعفر، محمد بن الحسن بن علی، المبسوط، چاپ دوم، حیدریه، تهران، ۱۳۸۸، ص ۵۷.

^۷ ناصری مقدم، حسین، نامداری موسی آبادی، مظاهر، تحلیل فقهی حقوقی عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره)، فصلنامه امام خمینی، دوره ۱۴، ۱۳۹۱، شماره ۵۵، ص ۷۰.

^۸ محقق داماد، مصطفی، تحلیل فقهی و حقوقی نکاح، ص ۳۴۹.

مرد خصی شود، موجب انحلال نکاح نیست و حتی برخی خصی را تنها درجایی موجب فسخ نکاح می‌دانند که ۱- پیش از نکاح حادث شده باشد و زن نیز به آن جاهل باشد ۲- مانع ایفای وظایف زناشویی شود. با این دو عنوان می‌توان به این نتیجه رسید که اگر مرد خصی باشد اما مانع رابطه زناشویی نباشد، مجوزی برای فسخ نیست و قانون مدنی شاید برخلاف برخی از فقها خصاء را از موارد لطمه به حق فرزند آوری نمی‌داند.

در ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی ارائه گواهی سلامت را برای قبل از ازدواج الزامی می‌داند اگرچه مواردی که در این ماده ذکر شده از جمله موارد مسریه است که ابتدا زوج یا زوجه را تحت الشعاع قرار می‌دهد، اما مواردی که در این ماده احصا شده تمثیلی است و در هر دوره بر اساس مقتضیات زمان می‌توان مواردی را بر آن افزود برای نمونه تصویب‌نامه هیئت وزیران مورخ ۱۳۷۶/۱/۱۰ آزمایش تشخیصی ناقلین تالاسمی در قبل ازدواج را الزامی کردند؛ و یا در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در این ماده علاوه بر بیماری‌های واگیردار و خطرناک برای زوجین بیماری‌های خطرناک برای فرزندان نیز بر آن افزودند؛ و این نشان از اهمیت قانون‌گذار و توجه بیشتر به نسل سالم می‌باشد که در تبصره همین ماده در صورتی که این بیماری خطرناک به نسل بعدی آسیب وارد کند مراقبت و نظارت باید شامل منع تولیدمثل شود و اولویت سلامتی جنین بر خواسته زوجین در این موارد مقدم می‌شود.

سقط درمانی در ماده واحد مربوط به سقط جنین، در صورتی که پزشک متخصص تأیید کند که بیماری جنین موجب حرج مادر شده یا بیماری مادر جان او را در معرض خطر قرار می‌دهد، با رضایت خود مادر قبل ۴ ماهگی می‌توان جنین را سقط کرد و در این ماده واحد فقط به سلامتی مادر برای مجوز سقط جنین توجه کرده چراکه در مواردی جان مادر در معرض خطر باشد اولویت نجات جان اوست و یک فهم عقلی است و نمی‌توان آن را تعمیم داد به حق فرزند آوری برای زوجه.

^۱ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهل و هفتم، زمستان، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۹۴، ۶۸۹.

بند سوم: حق فرزند آوری در مقررات بین‌المللی

در قوانین و معاهدات بین‌المللی نیز همچون قوانین داخلی ما به‌طور صریح در رابطه با حق فرزند آوری بحثی نشده اما نشانه‌های آن را در سلامت باروری، بهداشت باروری و نیز حریم خصوصی و آزادی افراد در خانواده می‌توان یافت. البته این نکته قابل‌ذکر است که بیشتر قوانین و معاهدات این حق را زیر مجموعه حقوق زن گنجانده‌اند. برای همین از توجه به این نکته زمان زیادی نمی‌گذرد؛ چراکه از زمان حضور فعال زنان در جامعه و نیز ورود آنان در بطن مسائل مهم در جامعه به‌جرئت می‌توان گفت به ۱۰۰ سال هم نمی‌کشد بر همین اساس اولین باری که از حق باروری نام‌برده شده و آن را زیرمجموعه حقوق بشر قرار داده‌اند به سال ۱۹۶۸ در بیانیه تهران برمی‌گردد که این‌گونه بیان می‌کند: «والدین دارای حق اساسی در انتخاب آزادانه و مسئولانه در تعداد و فاصله سنی بین فرزندان خود هستند و حق دارند در این زمینه آموزش و اطلاعات کافی داشته باشند.» که در پیمان‌نامه رفع تبعیض علیه زنان در سال ۱۹۷۹ در اعلامیه تهران با تأکید بیشتری به آن موضوع پرداخته شد که همین مقدمه‌ای شد که در اجلاس بین‌المللی جمعیت و توسعه قاهره ۱۹۹۴ در جامع‌ترین سند بین‌المللی در مورد سلامت باروری و جنسی بحث‌های مفصلی مطرح شود^۱ که در این رابطه بیان می‌دارد: «حقوق باروری شامل حقوق بشر مشخصی می‌شود که هم‌اکنون در قوانین ملی، اسناد حقوق بشر بین‌المللی و سایر اسناد مربوط به مجمع سازمان ملل متحد به رسمیت شناخته شده‌اند این حقوق بر به رسمیت شناختن حق اساسی تمام زوجین و افراد برای انتخاب آزادانه و مسئولانه تعداد و فاصله سنی فرزندان خود و زمان بارداری و داشتن اطلاعات و روش انجام این تصمیم‌ها و حق دستیابی به بالاترین استاندارد بهداشت جنسی و باروری استوار است. این حقوق همچنین شامل حق همگان برای تصمیم‌گیری درباره باروری بدون تبعیض، اجبار و خشونت، همان‌طور که در اسناد حقوق بشر بیان شده می‌شود برای پیاده کردن این حقوق، والدین باید نیاز فرزندان فعلی و آینده خود و مسئولیت در برابر جامعه را مدنظر داشته باشند.» اجلاس پکن سال ۱۹۹۵ حقوق جنسی و بهداشت باروری را جز حق بشر زنان قرار داده و در ادامه عدالت در روابط بین زن و مرد در زمینه ی

^۱ جان قربان، رکسانا، لطیف نژاد رودسری رباب، تقی پور، علی، عباسی، محمود، مروری بر مفهوم و ساختار حقوق باروری و جنسی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، مجله زنان مامایی و نازایی ایران، دوره هفدهم، ۱۳۹۳، شماره ۱۰، ص ۱۸.

جنسی و باروری شامل احترام به تمامیت شخصی نیاز به احترام متقابل رضایت افراد از رفتار جنسی و عواقب آن نیز دارد. در قوانین بین‌المللی توجه به این امر برای همه افراد یکسان است چه آن افراد معلول باشند و چه سالم و یک امر پذیرفته‌شده در ساختار حقوقی می‌باشد. در اجلاس جهانی حقوق بشر وین در سال ۱۹۹۳ و در بخشی از اعلامیه پایانی به این نکته تأکید می‌کند: «کنفرانس جهانی تأکید می‌کند کلیه حقوق بشر و آزادی‌های اساسی جهانی هستند و بدون استثنا شامل افراد معلول نیز می‌شوند کلیه افراد از بدو تولد یکسان هستند و از حقوق بشر مشترک حیات، رفاه، آموزش، کار، زندگی مستقل و شرکت فعال در کلیه جنبه‌های اجتماعی برخوردار می‌باشند؛ بنابراین هر نوع تبعیض مستقیم یا رفتار تبعیض‌آمیز منفی نسبت به فرد معلول نقض حقوق فرد تلقی می‌شود...» همچنین در ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر به این امر تأکید دارد: «هر مرد و زنی، بدون هیچ‌گونه محدودیتی از حیث نژاد، ملیت، مذهب حق ازدواج و تشکیل خانواده را دارد.» و در بند ۳ همین قانون خانواده را یک واحد طبیعی معرفی می‌کند که برای ارتقا نیاز به برخورداری از حمایت جامعه و دولت دارند؛ و در بند ۴ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز به این نکته تأکید کرده و بیان می‌دارد: «حقوق و مسئولیت‌های یکسان به‌عنوان والدین قطع نظر از وضعیت زناشویی آن‌ها در موضوعات مربوط به فرزندان در تمام موارد منافع کودکان در اولویت است.» و در بند ۵ همین ماده به حقوق مساوی والدین برای تصمیم‌گیری آزادانه و مسئولانه در زمینه‌ی تعداد و فاصله زمانی بارداری و دسترسی به اطلاعات آموزش و وسایلی که آن‌ها را برای اعمال این حق قادر می‌سازد تأکید می‌کند.

در بند ۲ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی بیان می‌دارد: «مادران در مدت معقولی پیش از زایمان و پس‌از آن باید از حمایت خاص برخوردار گردند. در آن مدت مادران کارگر باید از مرخصی با استفاده از حقوق و یا مرخصی با مزایا تأمین اجتماعی کافی برخوردار گردند.»

با نگاه اجمالی به این قوانین و معاهدات می‌توان به این نکات دست‌یافت که ازدواج و تصمیمات مربوط به آن از حقوق همه افراد است و دولت و جامعه نمی‌تواند افراد را محدود و وارد حریم خصوصی آن‌ها شوند و افراد معلول نیز از این حق محروم نیستند و حق زیستن و استمرار را همچون افراد عادی دارند و در نظریه شماره ۵ کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی؛ عقیم‌سازی اجباری دختران و زنان دارای معلولیت را به‌عنوان یکی از روش‌های معمول برای بازداشتن این افراد برای فرزند دار شدن و نقض

آشکار ماده ۱۰ میثاق حفاظت از زنان می‌دانند و در این فرض مادر شدن و بارداری به‌عنوان یک حق در نظر گرفته شده است. دیگری اینکه این حق برای همه‌ی افراد است اگرچه در مواردی خاص همچون بهداشت باروری به حقوق زن بیشتر توجه می‌کنند به علت زمان حملی است که از جانب او صورت می‌گیرد و در شرایط بسیار حساس قرار دارد و حاملگی از عوامل استرس‌زاست که می‌تواند سبب آشکار شدن یا تشدید زمینه افسردگی شود؛ اما به‌طورکلی فرزند دار شدن، یک حق اساسی برای زوجین است که دولت‌ها جز در موارد خاص نمی‌توانند در آن ورود پیدا کنند.

فصل دوم: حق سلامت کودک و فرزندآوری

سلامتی و سالم زیستن از حقوق ابتدایی هر فرد در هر قوم و ملیتی است. سلامتی از مؤلفه‌های اصلی برای رسیدن به مهم‌ترین حق بشری که همان حق حیات هست می‌باشد. بر همین اساس کشورها در حال تلاش برای رسیدن به بالاترین سطح در بهداشت عمومی و سلامت روانی و جسمی هستند. برخورداری از یک استاندارد مناسب زندگی، متضمن دسترسی به غذای کافی، آب آشامیدنی سالم، محیط‌زیست پاک، بهره‌مندی از سیستم بهداشت عمومی، مراقبت‌ها و خدمات بهداشتی و درمانی اولیه، ارائه پوشش‌های بیمه‌ای دولتی خصوصی یا مختلط و دسترسی به داروهای اساسی به‌طورکلی دسترسی

^۱ فضلی‌خانی، اکرم، سلامت زنان و باردار از منظر حقوق بشر، صیانت از حقوق زنان، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۸، ص ۱۲۴.

به مفاهیم ابتدایی و اولیه سلامتی می‌باشد.^۱ دولت‌ها در تلاش هستند با ایجاد سازوکارهای درست، افراد را به سوی محیطی آرام سوق دهند، اگرچه سلامتی افراد یک ذخیره سرمایه ای است که به مرور زمان و با گذر طبیعی عمر مستهلک می‌شود و بیماری، باعث استهلاک غیرطبیعی سلامتی می‌گردد؛ اما سرمایه‌گذاری در حیطه درمان و سلامت این استهلاک را جبران می‌کند. ^۲باین‌همه زیستن هر انسانی در بالاترین سطح از رفاه، نشان از احترام به کرامت و ارزش‌های هر انسان می‌باشد. علی‌ای‌حال کودک به واسطه نوع حالت روحی و جسمی خود نیازمند مراقبت و توجه چه در زمان حیات وزندگی و چه قبل به دنیا آمدنش می‌باشد. بر همین اساس از آنجایی‌که اساس این نوشتار بر پایه توجه به سالم به دنیا آمدن و سالم زیستن کودک می‌باشد به این خاطر تمام تلاش نویسنده این است تا بتواند بر روی کاغذ سلامتی کودک را بشناساند و نیز برای دستیابی به آن راهکار نشان دهد و در صورت تزامن با این عنوان توجه به کودک از اوجب واجبات است. به همین منظور ابتدا با تعریف حق سلامتی این فصل را آغاز می‌نماییم تا به حقوق کودکان در حیطه سلامت و نیز مسئولیت دیگر اعضای جامعه در قبالشان برسیم.

مبحث اول: مفهوم ، مبانی و منابع حق سلامت کودک

سلامتی و سالم زیستن از حقوق ابتدایی هر فرد در هر دوره محسوب می‌شود که سازوکارهای موجود و لوازم دسترسی به آن با توجه به شرایط اقتصادی و حتی فرهنگی متفاوت است. اما چیزی که از اهمیت بالایی برخوردار است توجه به سالم زیستن کودکان و فرزندان می‌باشد که نمی‌توان آنان را به هر دلیلی نادیده گرفت و موجبات ضرر و بیماری آنان را فراهم آورد. بر همین اساس این بخش را با تعریف حق سلامتی کودک آغاز و در ادامه به دلایل اصلی حق بودن سلامتی و نیز منابع اصلی برای اثبات این حق برای کودکان می‌پردازیم.

^۱ متقی، سمیرا، سیفی، آناهیتا، درودیان، مجید، ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن، پژوهشگاه حقوق اسلامی، سال ۱۸، ۱۳۹۶.

شماره دوم، ص ۱۲۷.

^۲ همان ۱۳۲.

گفتار اول: مفهوم حق سلامتی

سلامتی در لغت به معنی عافیت و تندرستی است،^۱ و سلامتی به کارکرد عادی یک ارگانیزم در حالتی فارغ از بیماری و ناهنجاری گفته می‌شود. اما در اساسنامه سازمان بهداشت جهانی در مقدمه خود سلامتی را این‌گونه تعریف نموده است: «یک حالت رفاه کامل جسمی و روحی و اجتماعی است و نه تنها نبود بیماری و یا ناتوانی»^۲ با این وجود سلامتی از حالت عادی خود فاصله گرفته، صرف نبود بیماری و مریضی را سلامتی ذکر نمی‌کنند و در این عبارت سلامتی یک مفهوم گسترده‌تری دارد با عبارتی چون بهداشت عمومی، مراقبت‌های بهداشتی، حمایت دولت، بیمه‌های درمانی و... همپوشانی دارد و این موارد را نیز در خود جای می‌دهد. با توجه به تعریف گفته‌شده سلامتی یک حالت نسبی است؛ چراکه محیط اجتماعی و زیستی هر انسان در معیارهای سلامتی دخیل هستند و نکته قابل ذکر، حق بر سلامت؛ به معنی حق بر سالم بودن نیست زیرا که عوامل ژنتیکی، محیطی، زیستی و رفتاری بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد که از اختیار دولت‌ها خارج است.^۳ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی فرهنگی در توضیحات شماره ۱۴ حق بر سلامتی را حق دسترسی به خدمات، وسایل و تسهیلات متنوع و شرایطی که برای دستیابی به بالاترین سطح سلامت ضروری است تعریف کرده است.^۴ در قوانین بین‌المللی نیز از سلامتی و موارد مرتبط با آن غافل نبوده، اولین جایی که به‌طور غیرصریح به سلامتی توجه نموده در بند الف ماده ۵۵ منشور سازمان ملل متحد است، اگرچه به‌طور صریح از حق سلامتی نام نبرده اما بهبود شرایط و سطح زندگی افراد و ارتقا آن از الزامات این سازمان محسوب می‌شود. اساسنامه سازمان بهداشت جهانی (WHO) نخستین جایی است که از سلامتی به‌عنوان اساسی‌ترین حقوق نامبرده و در مقدمه این اساسنامه به این نکته تأکید می‌کند؛ که برخورداری از بالاترین استانداردهای سلامتی یکی از اساسی‌ترین حقوق یک انسان بدون توجه به رنگ، نژاد، مذهب و ... می‌باشد و رسیدن همه ملل، به صلح و امنیت را اساسی می‌داند و به دنبال آن در

^۱ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۱۶، ۳۴۸

^۲ آل کجیاف، حسین، مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، سال هفتم، ۱۳۹۲، شماره ۲۴، ص ۱۴۴

^۳ متقی، سمیرا، سیفی، آناهیتا، درودیان، مجید، ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن، ص ۱۲۴

^۴ کوکی سقی، فاطمه، قابلیت دادخواهی حق بر سلامت در نظام حقوق بین‌الملل، فصلنامه حقوق پزشکی، سال دهم، ۱۳۹۵، شماره ۳۷، ص ۱۱

^۵ همان ۱۲

سال ۱۹۴۸ در اعلامیه جهانی حقوق بشر در بند ۱ ماده ۲۵ بیان می‌دارد: هر کس حق دارد از سطح معیشتی کافی برای سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش از قبیل خوراک، پوشاک، مسکن و مراقبت‌های پزشکی و خدمات اجتماعی ضروری بهره‌مند گردد و حق دارد به هنگام بیکاری، بیماری، ازکارافتادگی، بیوه‌گی و سالخورده‌گی یا فقدان وسیله‌ی امرارمعاش و گذران زندگی که خارج از اختیار وی است تأمین گردد. در این بند از سطح معیشتی کافی استفاده کرده یعنی سطحی که افراد به سلامتی که لازمه ادامه زندگی اوست برسد، همچنین حق برخورداری از استانداردهای زندگی که نیاز اساسی افراد را برطرف می‌کند، البته به این معنی نیست که دولت همه‌ی این امکانات و لوازم را کاملاً در اختیار قرار دهد بلکه به این معنی است که؛ تلاش افراد برای رسیدن به این سطح نتیجه‌بخش باشد و برای رسیدن به سلامتی نیازمند امکانات اجتماعی و اقتصادی خاصی است که دولت باید آن را فراهم کند. روشن‌ترین مصداق حق بر سلامتی را می‌توان در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ دانست، در بند ۱ ماده ۱۲ به این نکته اذعان دارد که: «کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن الحصول به رسمیت می‌شناسد.» و در بند ۲ همین ماده؛ تدابیری که کشورهای عضو برای تأمین استیفای کامل این حق باید اتخاذ کنند را بیان می‌دارد. در ماده ۵ کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی مصوب ۱۹۶۵ نیز به این حق پرداخته و حق استفاده از بهداشت عمومی و مراقبت‌های بهداشتی که زیرمجموعه حق سلامت است را حق همگان می‌داند. در کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ علاوه بر تأکید این نکته، به لزوم توجه بیشتر به زنان در دوران بارداری، زایمان و دوران پس از زایمان را نیز اشاره نموده است. با توجه به مطالب گفته‌شده، سلامتی یکی از حقوق اولیه انسانی است که همه کشورها به آن توجه و بر آن واقف‌اند اگرچه در عمل دچار بی‌تفاوتی و نادرستی‌هایی در این مسیر می‌شوند.

مقررات داخلی ما نیز به این مهم پرداخته و حتی در چند اصل از اصول قانون اساسی به حق سلامتی اشاره کرده است:

^۱ آل کجباغت، حسین، مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، ص ۱۴۸

در اصل ۴۳ قانون اساسی دولت را موظف می‌داند با پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه، مسکن، کار، بهداشت و تعمیم بیمه، همه امکانات خود را برای نیل به اهداف بکار گیرد. در اصل بیست نیز همه افراد را در دسترسی به حقوق انسانی و اقتصادی و اجتماعی و سیاسی و فرهنگی یکسان می‌داند. در بند ۲ اصل بیست‌ویک به توجه خاص به مادران باردار پرداخته است. در اصل ۲۹ نیز داشتن بیمه و برخورداری از تأمین اجتماعی را امری همگانی می‌داند و دولت را موظف می‌داند از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم خدمات و حمایت‌های موردنیاز را به مردم ارائه دهند.

علاوه بر قانون اساسی در متن سند چشم‌انداز ۲۰ ساله جمهوری اسلامی ایران یکی از ویژگی‌های مهمی که جامعه ایران باید به آن افق برسد برخورداری در سلامت، رفاه، امنیت غذایی، تأمین اجتماعی، فرصت‌های برابر، توزیع مناسب درآمد، نهاد مستحکم خانواده به دور از فقر، فساد، تبعیض و بهره‌مندی از محیط‌زیست مطلوب می‌باشد. در فصل هفتم برنامه چهارم توسعه به ارتقای سلامت و بهبود کیفیت زندگی نام‌گذاری شده است. در ماده ۸۴ دولت را موظف می‌داند به منظور نهادینه کردن مدیریت، سیاست‌گذاری، ارزشیابی و هماهنگی این قلمرو از جمله: امنیت غذا و تغذیه در کشور، تأمین سبد مطلوب غذایی و کاهش بیماری‌های ناشی از سوءتغذیه و گسترش سلامت همگانی در کشور اقدامات ذیل را به عمل آورد:

الف: تشکیل «شورای عالی سلامت و امنیت غذایی» با ادغام «شورای غذا و تغذیه» و شورای عالی سلامت پس از طی مراحل قانونی.

ب: تهیه و اجرای برنامه‌های آموزشی لازم به منظور ارتقاء فرهنگ و سواد تغذیه‌ای جامعه.

ج: تخصیص منابع اعتباری، تسهیلات بانکی و یارانه‌ای لازم برای تولید تأمین، توزیع و مصرف مواد غذایی، در جهت دستیابی به سبد مطلوب غذایی.

د: تهیه و اجرای:

۱- ایمنی غذا.

۲- کاهش ضایعات مواد غذایی از تولید به مصرف.

و دولت برای فراهم آوردن امکانات و رسیدگی سطح بهبود سلامت جامعه وزارت بهداشت درمان آموزش را متصدی این امر قرار داده است. در برنامه پنجم توسعه نیز بر محوریت طرح خدمات جامع و همگانی سلامت، مبتنی بر مراقبت‌های اولیه سلامت از سوی پزشک خانواده را در دستور کار خود قرار دادند.

با توجه به قوانین داخلی و بین‌المللی می‌توان به این نتیجه دست‌یافت که وظایف دولت‌ها در قبال حق سلامت در چند مورد خلاصه می‌شود:

۱- این حق، یک حق همگانی است و همه‌ی افراد جامعه بدون توجه به قومیت، جنسیت، رنگ، نژاد و... باید از این حق بهره‌مند گردند سلامتی همچون حق حیات، یکی از اساسی‌ترین حق در حقوق بشر محسوب می‌شود؛ و دولت‌ها باید در جهت فراهم کردن امکانات برای دسترسی همگانی افراد به آن کوشا باشند.

۲- افراد در جامعه مستحق داشتن امکانات موردنیاز برای نیل به اهداف خود هستند و رسیدن به اهدافی چون سلامت، نیازمند زیرساخت‌های اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و... دارد که دولت‌ها موظف‌اند لوازم ضروری برای این منظور را فراهم کنند، اگرچه دسترسی امکانات صرفاً به معنی رایگان بودن آن نیست.

۳- یک وظیفه سلبی که دولت‌ها باید آن را یادآور باشند عدم‌مداخله در سیر درمانی و نیز عدم اجبار یا عدم محدودسازی افراد می‌باشد و این در قالب تعهد به احترام دولت‌ها گنجانده می‌شود هیچ ارگانی نمی‌تواند افراد را به دادن آزمایش یا مصرف دارو خاص اجبار کند چراکه این برخلاف حقوق فردی است و انسان بر تمامیت جسمانی خود حق دارد.^۱

گفتار دوم: مبانی حق سلامت کودک

در این بخش سعی در شناخت دلیل و مبنای اصلی حق بودن سلامتی می‌پردازیم لازم به ذکر است که سلامتی یم امر طبیعی و بدیهی است و اولین گام برای داشتن زندگی شاد و توام با آرامش می‌باشد که

^۱ جاوید، احسان، نیاورانی، صابر، قلمرو حق بر سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر، فصلنامه حقوق عمومی، دوره ۱۵، ۱۳۹۳، شماره ۴۱، ص

نمود آن به هر دلیل مقدمه ای است برای سلب آن آرامش و نیز نبود سلامتی می تواند دیگر حقوق فطری همچون حیات را زیر سوال ببرد.

بند اول: فطرت انسان

حق فطری هر انسان یکی از حقوق طبیعی و ذاتی اوست. استاد مطهری حق را سزاواری فرد نسبت به یک چیز می داند و آن را به تشریعی و تکوینی تقسیم می نماید: «باید گفت حق یعنی ثابت و سزاوار و ما دو نوع ثبوت و سزاواری داریم یک سزاواری تکوینی که عبارت است؛ رابطه‌ای واقعی بین شخص و شیء و عقل آن را درمی یابد و یک ثبوت و سزاواری تشریعی که بر وفق آن وضع و جعل می شود.»^۱ همان‌طور که آیه ۳۰ سوره روم نیز بر یک امر ذاتی تأکید می دارد و بر اساس این آیه دین حنیف و خالص خالی از هرگونه شرک، دینی است که خداوند در سرشت همه انسان‌ها قرار داده است سرشتی است جاودانه و تغییرناپذیر.^۲ حقوق طبیعت یک غایتی است که برای آن منظور در وجود افراد قرار داده شده است و طبیعت به نقطه و هدف معینی توجه دارد و برای رسیدن به آن، سیر خود را آغاز می دارد بر همین اساس اصل غایت که مبنای حقوق طبیعی است می گوید:

۱- طبیعت دارای هدف است و خداوند استعدادها را خاصی در وجود همه‌ی موجودات قرار داده و آنان را به سوی غایت خاص سوق می دهد.

۲- انسان دارای یک سلسله حقوق خاص (حقوق انسانی) هستند.

۳- راه تشخیص این حقوق (حقوق طبیعی) مراجعه به نظام خلقت است.^۳

فطرت انسان در معنی عام وضع طبیعی جسمی و روانی و حیات ناب سالم و دست‌نخورده‌ی حین تولد اوست از دیدگاه فقهی ماهیت حق مطرح شده در اندیشه و نظام حقوق فطری نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال به غیر و استفاده از واژه حق در اینجا از سر تسامح است و چیزی که از این معنی استنباط

^۱ حسینی، سید امرالله، اصول نظریه حقوق فطری در اندیشه استاد مطهری، فقه اهلبیت، زمستان ۱۳۸۶، شماره ۵۲، ص ۵.
^۲ «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَرِيمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ». مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد ۱۶، ص ۴۴۰.

^۳ حسینی، سید امرالله، اصول نظریه حقوق فطری در اندیشه استاد مطهری، ص ۵.

می‌شود حکم است نه حق؛^۱ و این جزء حقوق نسبی محسوب نمی‌گردد که در شرایط و زمان و نیز برحسب اعتقادات و فرهنگ و آداب و رسوم هر ملت تغییر کند، بلکه یک امر ثابت است از گذشته تا به حال در همه‌ی مکان‌ها برای تمام افراد وجود داشته است. و از ماده ۱ تا ۳ اعلامیه حقوق بشر دربرگیرنده حقوق فطری و طبیعی تمام افراد بشر می‌باشد. برخی از صاحب نظران بر این نظر هستند که: «انسان‌ها برحسب طبیعت خود همگی آزاد، برابر و مستقل‌اند هیچ‌کس را نمی‌توان بدون جلب رضایت او از این وضعیت خارج کرد و تحت قدرت سیاسی دیگری درآورد. افراد از روی توافق به دیگری می‌پیوندند و به خاطر آسایش، سلامت و زندگی صلح‌آمیز در جامعه به وحدت می‌رسند در این جامعه حق آنان برای خود دارای مایملکشان تضمین می‌گردد و آنان در برابر هر که جزء آن جامعه نیست در امان خواهند بود.»^۲

بند دوم: کرامت انسان

زندگی انسان پرتوی از درخشش خداوند است. کرامت انسانی با تمام شکوه خود مورد توجه خداوند قرار گرفته است و هرگونه تعرض نسبت به این موهبت الهی که در وجود انسان حلول یافته به منزله کینه‌توزی به محضر پروردگار و نوعی بی‌حرمتی نسبت به خالق انسان‌هاست.^۳ مراد از کرامت انسانی این است که انسان به جهت انسان بودن خود دارای ارزش و اعتبار است. انسان‌ها در تبار مشترک هستند بر همین اساس زمانی که بپذیریم انسان دارای گوهری ارزشمند است خواه‌ناخواه باید تمام حقوقی که برای او تنظیم می‌شود بر مبنای کرامت باشد و کرامت و عزت وجودی انسان باید از هر جهت حفظ گردد.^۴ واژه کرامت را از آیه ۷۰ سوره اسراء می‌توان استنباط کرد؛^۵ و منظور از لُقْد کرْمنا بنی آدم «اختصاص دادن به عنایت و شرافت دادن به خصوصیتی است که در دیگران نباشد و با همین خصوصیت است که معنی

^۱ جواد پور، مریم، حمایت از حق سلامت کودکان در مخاصمات مسلحانه از منظر اسلام و حقوق بشر دوستانه بین‌المللی، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال سوم، ۱۳۹۵، شماره چهارم، ص ۷ و ۸.

^۲ معینی علمداری، جهانگیر، رابطه مصلحت عمومی و آزادی فردی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۷۷، تابستان ۱۳۷۸، شماره ۸۱۶، ص ۱۵۸.

^۳ چلبی، فائقه، قاسم آبادی، مرتضی، آقاپور، کمال، تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران، فصلنامه قضاوت، ۱۳۹۶، شماره ۹۱، ص ۱۰۱.

^۴ همان ص ۱۰۱.

^۵ «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا»

تکریم با تفضیل فرق پیدا می‌کند چراکه تکریم معنایی است نفسی و در تکریم کاری به غیر نیست بلکه تنها شخص مورد تکریم مورد نظر است که دارای شرافت و کرامتی بشود.^۱ در آیه ۱۳ سوره حجرات نیز از کرامت ذاتی انسان نام می‌برد و همه‌ی انسان از یک مرد و زن آفریده و قرار دادن قبیله‌ها و ملت برای شناسایی افراد است.^۲

با تدقیق در اعلامیه‌های حقوق بشری می‌توان رگه‌هایی از کرامت ذاتی هر انسان را در آن یافت و در ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر بر این نکته اذعان دارد: «تمامی انسان‌ها با کرامت و حقوقی یکسان به دنیا می‌آیند. همگی از موهبت و وجدان برخوردارند و همگان باید نسبت به یکدیگر چنان برادر و خواهر رفتار کنند.» همان‌طور که گفته شده انسان به حکم انسان بودن با همه‌ی افراد از حیث رنگ، نژاد، اعتقاد و ملیت برابر می‌باشد و این یک برابری ارزشی است؛ چراکه هر انسانی از آن جهت که انسان است واجد ارزشی ذاتی است و نباید او را وسیله‌ای برای نیل به اهداف دیگر افراد قرار دهیم این همان اصل کرامت انسانی و یا اصل ممنوعیت ابزار قرار دادن او است.^۳

با این اوصاف کودک نیز به جهت انسان بودنش از همان ابتدای ورودش به این عالم خاکی با دیگر افراد، در همه‌ی سطوح مربوط به بشریت برابر می‌باشد و یکی از این حقوق، سلامتی است و نباید فراموش کنیم که سلامتی خود زیربنای رسیدن به اساسی‌ترین نیازها بشری می‌باشد.

بند سوم: مصلحت عالیه کودک

یکی از مهم‌ترین مبناهای حق سلامت کودک توجه به مصلحت و منافع عالیه کودک است و از آنجایی که در قوانین داخلی و بین‌المللی از این مهم تعریفی ارائه ندادند بر همین اساس ابتدا باید به سراغ تعریف مصلحت در حوزه معنی و تفسیر شویم:

^۱ علامه طباطبایی، تفسیر المیزان، جلد ۱۳، ص ۲۱۹.

^۲ «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ».

طباطبایی، محمد حسین، تفسیر المیزان، جلد ۱۰، ص ۲۱۱.

^۳ راسخ، محمد، نظریه حق، پژوهشگاه فن آوری های نوین علوم زیستی جهاد دانشگاهی - ابن سینا، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۱۰، شماره ۴ ص ۳۰۱.

مصلحت در لغت به ضدونقیض و مخالف مفسده و فساد معنا شده است، چنان‌که به خیر نیز تفسیر گردیده^۱ و برخی مصلحت را «جلب منفعت و دفع ضرر»^۲ تعریف نموده‌اند؛ اما فقها و اصولین در تفسیر آن در عالم واقع قائل به تفصیل شدند و تا جایی که مصلحت را از سنخ منفعت و مفسده را از سنخ مضرت نمی‌دانند چراکه اعمالی همچون خمس اگرچه منفعت مادی برای فرد ندارد و حتی ضرر مالی دارد اما از سنخ مصلحت می‌باشد.^۳ با این توضیح منفعت بیشتر معطوف به امور مادی و دنیوی است در حالی که مصلحت تأمین‌کننده سعادت و ارزش‌های والای انسانی و معنوی است و جنبه کمال‌گرایی دارد.^۴ به‌طور کل مصلحت و منفعت اگرچه گاهی با یکدیگر جمع می‌شوند اما رابطه آنان رابطه تساوی نیست و رابطه بین مصلحت و منفعت رابطه عموم خصوص من وجه است؛ چراکه گاهی مصلحت با ضرر نیز همراه و حتی قابل جمع نیز می‌باشد با این توضیح آیا مصلحت در حوزه کودک صرف منفعت است یا خیر؟ و باید توجه داشته باشیم که منفعت یک امر مقطعی و سطحی است و مصلحت بیشتر معطوف به کمال انسانی است بر همین اساس علاوه بر فراهم آوردن غذا، پوشاک و رفع نیازهای مادی به نیازهای معنوی کودک همچون محبت کردن به دیگران، کمک به آموزش، کمک به هم نوع و... را نیز شامل می‌شود.^۵ چیزی که باید به خاطر داشته باشیم این است که کلیه این مصالح و منافع برای محدود ساختن میزان اقتدار بزرگسالان بر کودکان به وجود می‌آیند و این اصل تنها بر به رسمیت شناختن این امر مبتنی است که بزرگسالان فقط باید در جهت سود رساندن به کودکان حرکت کنند، چراکه کودکان از تجربه و توان قضاوت برخوردار نیستند^۶ و تمام اشخاصی که در مورد کودک تصمیم می‌گیرند با توجه به حقوق و تکالیف افراد ذی‌ربط و اوضاع و شرایط محیط و آثار بلندمدت، تصمیمات خود در رابطه با

^۱ علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت ص ۳۲۳

^۲ فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ یازدهم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۳۹

^۳ «ان المصلحه لیست من سنخ المنفعة و لا المفسده من سنخ المضرة غالبا و الظاهر ان هذه القاعدة انما تكون فی دوران الامر بین منفعه و المضرة لابین مصلحه و المفسده کما لا یخفی» موسوی الخویی، السید ابوالقاسم، محاضرات فی الاصول، جلد ۴، موسسه احیاء آثار الخویی، ۱۴۲۲، ص ۴۰۹ و ۴۱۰.

^۴ مقدادی، محمد مهدی، جایگاه و تاثیر مصلحت در سرپرستی کودک از دیدگاه فقه و حقوق، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، سال چهاردهم، ۱۳۹۰، شماره ۵۴، ص ۱۷۸.

^۵ همان ص ۱۷۹.

^۶ مانی، آیتای، منافع عالیه کودک در نظام بین المللی حقوق بشر، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبایی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۲، ص ۲۰.

کودک بر اساس حداکثر منافع و مصالح ممکن لحاظ می‌نماید.^۱ با این اوصاف در حیطة کودک در فقه با واژه ای روبروی می‌شویم بنام غبطه که فقها آن را هم‌معنی مصلحت می‌دانند اگرچه گفته‌شده مصلحت جدایی از منفعت است اما فقهای هستند که آن را عدل هم می‌دانند. محقق حلی در تعریف مصلحت این‌گونه بیان می‌دارد: «مصلحت آن چیزی است که موافق با مقاصد انسان در دنیا و یا آخرت و یا هر دو آن باشد و نتیجه آن به دست آوردن منفعت و یا دفع ضرر است».^۲ در حالیکه آیت‌الله خوئی به مخالفت با این نظر برخاسته و بر این عقیده هست؛ آن چیزی که در مقابل همدیگر قرار می‌گیرد مصالح و مفاسد است و در هر کدام از آن‌ها می‌توان ضرر یا منفعت نیز حاکم باشد.^۳ با این توضیح مختصر سراغ اصلی‌ترین موضوع که همان مصلحت و غبطه کودک است می‌رویم؛ در قانون داخلی در چندین ماده به صراحت وجود مصلحت برای کودک را تصریح نموده است برای نمونه؛ در ماده ۱۱۸۴^۴ قانون مدنی غبطه و مصلحت طفل را در مقابل ضرر قرار داده است و در صورت آشکار شدن ضرر برای طفل، ولی عزل می‌گردد، اگرچه با توجه به ابتدای ماده می‌توان گفت این ماده برای کلیه اقداماتی است که توسط ولی انجام می‌شود اما در انتها تصریح بر اقدامات مالی است و در اینجا قانون در بیان اعمال غیرمالی ساکت است، اما در ماده ۱۰۴۱^۵ قانون مدنی در رابطه با ازدواج دختر یا پسر قبل از سن ذکرشده اولین شرطی که قید می‌کند رعایت مصلحت آنان است و دکتر کاتوزیان در ذیل آن صرف عدم مفسده-ضرر- را کافی نمی‌داند^۶ و با توجه به روح قانون می‌توان گفت شرط صحیح برای نکاح است و در صورت عدم آن موجب بطلان می‌شود و حتی می‌توان گفت موجب عزل ولی نیز می‌گردد؛ چراکه بحث ازدواج و نکاح

^۱ غدیری، ماهرو، نیک کار چیننجانی، طیبه، گواهی سلامت پیش از ازدواج از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر با تاکید بر حقوق کودک، خانواده پژوهی، سال چهاردهم، ۱۳۹۷، شماره ۵۳، ص ۱۲۶.

^۲ «مصلحه: هی ما یوافق الانسان فی مقاصده الدنیا او الاخرته اولهما و حاصله تحصیل منفعه او دفع مفسده» محقق حلی، شیخ نجم الدین، معارج الاصول، محمد حسین الرضوی، نوبت چاپ اول، موسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۳، ص ۲۲۱.

^۳ موسوی الخویی، السید ابوالقاسم، محاضرات فی الاصول، جلد ۴، ص ۴۰۹ و ۴۱۰.

^۴ «هر گاه ولی قهری طفل رعایت غبطه ی صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رییس حوزه قضایی پس از اثبات دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید...».

^۵ «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».

^۶ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ص ۶۴۱.

از اهمیت بیشتری برخوردار است و تمامیت جسمانی و روانی طفل را تحت الشعاع قرار می‌دهد. بر همین اساس با توجه به مواد قانونی می‌توان گفت؛ توجه به مصلحت کامل برای طفل لازم و ضروری است؛ اما در فقه نیز در ذیل معاملات و نکاح در رابطه با حدود اختیارات ولی بحث شده و اختلافاتی نیز در حدود آن به چشم می‌خورد در این راستا در رابطه با ولایت ولی در نکاح برخی از فقها بر این نظر هستند که صرف عدم مفسده کفایت می‌کند برای همین سید یزدی در عروه می‌فرماید: در صحت ازدواج پدر و جد و نفوذ آن عدم مفسده شرط است.^۱ امام خمینی در تحریر الوسیله نیز بر این نکته اذعان داشته‌اند.^۲ و آیت‌الله خوئی با توجه باقاعده لا ضرر که بر همه احکام ترجیح و ولایت دارد و ایشان نیز حد بر کودک را مختص مواردی می‌دانند که با اعمال ولایت مفسده و ضرری به کودک بار نشود.^۳ بر همین اساس نظر برخی از فقها صرف عدم ضرر به کودک چه در امور مالی و چه در امور غیرمالی است و چه بسا آن عمل سود و یا منفعتی به کودک نرسد و با این بیان، پی به وسیع بودن سلطه اولیای کودک بر وی می‌بریم؛ اما این همه‌ی ماجرا نیست؛ چراکه برخی از فقها عدم مفسده را کافی نمی‌دانند و فقط به مصلحت حکم می‌نمایند. محقق حلی در شرایع بر این نظر می‌باشد و در باب عاریه بعد از بیان اینکه کودک نمی‌تواند عاریه دهد مگر به اذن ولی در ادامه بیان می‌دارد که آن اذن نیز باید در جهت مصلحت باشد و یا در بخش مهر که در آنجا نیز عفو ولی جایز نیست زیرا که در عفو هیچ مصلحتی متصور نیست.^۴ و نکته ای که باید مورد توجه قرارداد این است که دین الهی احکام خود را برای رساندن بیشترین سود به حال بندگانش پای ریزی کرده است و با بررسی در احکام و قوانین اسلام، روشن‌گر این حقیقت است که آنچه مشتمل بر مصلحت است به آن حکم داده شده و آنچه مشتمل بر مفسده باشد از آن نهی شده است.^۵ بر همین اساس نه همه‌ی مصالح بلکه با توجه به تغییر رویکرد افراد و نگرششان نسبت به جهان بیرون برخی از مصالح اجتماعی و فردی آنان دست‌خوش دگرگونی قرار گرفته است و باید یادآور شویم

^۱ «یشترط فی صحه تزویج الاب و الجد و نفوذه عدم مفسده و الا یكون العقد فضولیا کالاجنبی». طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، جلد ۵، ص ۶۱۷.

^۲ «یشترط فی صحه تزویج الاب و الجد و نفوذه عدم مفسده و الا یكون العقد فضولیا کالاجنبی یتوقف صحته علی اجازه الصغیر بعد البلوغ بل الاحوط مراعاة المصلحه». موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله ج ۲، چاپ دوم، دار المکتب العلمیه، قم، ۱۳۹۰، ص ۲۷۳.

^۳ موسوی خوئی، ابوالقاسم، المستند فی شرح العروه الوثقی، ج ۲، موسسه احیا آثار الامام خوئی، قم، ۱۳۷۷، ص ۲۸۱.

^۴ محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، ص ۴۰۸ و ۵۵۲.

^۵ فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، چاپ هشتم، سازمان چاپ و انتشار، تهران، ۱۳۸۹، ص ۳۸.

که مصالح موجود باید در جهت رساندن بیشترین سود چه برای افراد و چه برای جامعه باشد. بر اساس گفته صاحب جواهر که قرار دادن معاملات و غیر آن برای مصالح مردم و به خاطر سودی است که در دنیا و آخرت نصیبشان می‌شود و در ادامه ایشان از مصلحت به‌عنوان یک واژه عرفی یاد می‌کنند.^۱ از آنجایی که دین بالاترین مصلحت را در خود جای می‌دهد و باید به این نکته توجه کرد، بنا به گفته محقق حلی که نتیجه مصلحت در دنیا و آخرت را منفعت و دفع ضرر می‌داند می‌توان به این نکته قائل شد که در گفتمان فقه امامیه مصلحت مأخوذ در حقوق کودک مصلحت در مقام امتثال است نه استنباط^۲ چراکه رعایت مصلحت یک اصل مسلم و ثابت است اما چیزی که باعث دگرگونی رفتار می‌گردد تشخیص آن و نیز عمل به مصلحت می‌باشد.

با این اوصاف در قوانین داخلی و نیز بین‌المللی تفاوت چندانی برای معنی مصلحت و منفعت قائل نشده‌اند و آن چیزی که از اهمیت بالاتری برخوردار است رساندن بیشترین سود به کودک و عدم ضرر به آنان است که در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در بحث حضانت به مصلحت کودک توجه نموده مصلحت کودک از همه نظر مورد توجه می‌باشد.

در معاهدات بین‌المللی نیز به این مهم توجه نموده‌اند و در اعلامیه حقوق کودک مصوب ۱۹۵۹ در این اعلامیه صراحتاً از منافع عالی کودک نامبرده و بیان می‌دارد: «کودک باید از حمایت خاص بهره‌مند شده و به او فرصت‌ها و امکانات توسط قانون و دیگر ابزارها داده شود تا بتواند به شیوه سالم و در شرایط آزاد از نظر جسمی، روحی، معنوی و اجتماعی رشد کند و در تصویب قوانینی با این هدف بهترین منافع کودک باید در اولویت قرار گیرد» و در ادامه همین مطلب در کنوانسیون حقوق کودک در بند ۱ ماده ۳ توجه به منافع کودک را از اهم ملاحظات می‌داند.^۳ با این همه همچنان این سؤال مطرح است که منفعت کودک چیست؟ «رابرت نوکین در سال ۱۹۷۵ خاطر نشان کرد که تصمیم‌گیری در رابطه با اینکه چه چیزی

^۱ «یفهم من الاخبار و کلام الاصحاب بل طاهر الکتاب من ان جمیع المعاملات و غیرها و اثما شرعت لمصالح الناس و فوائدهم الدنیویة و الخرویة مما تسمى مصلحت و فائده عرفا». نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۲، ۳۴۴.

^۲ پارساپور، محمدباقر، نوربخش، سوسن، معیار ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، ۱۳۹۴، شماره ۵، ص ۲.

^۳ «در تمام اقدامات مربوط به کودکان که توسط موسسات رفاه اجتماعی عمومی و یا خصوصی دادگاه‌ها، مقامات اجرایی، یا ارگانهای حقوقی انجام می‌شود منافع کودک از اهم ملاحظات می‌باشد.»

برای کودک بهتر است مستلزم پرسش درباره اهداف و ارزش‌های خود زندگی است^۱ و در همین راستا می‌توان گفت منفعت از یک مفهوم گسترده تشکیل می‌گردد و از فردی به فردی دیگر از اجتماعی به اجتماع دیگر قابل‌تغییر و دگرگونی است؛ چراکه معیارهای نفع در هر دوره و در هر اجتماع و در هر خانواده‌ای متفاوت است؛ اما سکوت قانون‌گذار در این باره می‌تواند راه را برای قضاوت‌های نادرست باز بگذارد پس برای این سردرگمی نیازمند یک‌میزان و ارزیابی صحیح در هر دوره از منفعت مخصوصاً در حیطه کودکان هستیم. برای همین در چیش معیار واحد، باید برترین نفع کودک مدنظر قرار گیرد اگرچه نفع در برخی معیارهای خود یک امر نسبی است اما وجود فرهنگ‌ها و سنت‌های غلط می‌تواند ناقض حقوق کودک باشد؛ برای مثال تنبیه بدنی در مدارس و در خانواده‌ها یک امر ناپسند و نابهنجار شناخته می‌شود حتی اگر این فعل به‌عنوان یک عرف در جامعه رایج باشد عرفی است که مصلحت کودک در آن نقض می‌گردد.

و در آخر مصلحت بر اساس بندهای کنوانسیون حقوق کودک امر همگانی است و همه کودکان در همه جای جهان باید از بالاترین سطح استانداردهای رفاهی، بهداشتی و... برخوردار باشند.

گفتار دوم: منابع حق سلامتی کودک

برای شروع یک زندگی برحسب عرف و قانون نیازمند یکسری آزمایش‌ها و نیز مراقبت‌هایی هستیم تا حتی‌الامکان بتوانیم از افزایش و حتی بروز برخی از بیماری‌ها و درنهایت و اختلاف و درگیری در محیط خانواده جلوگیری کنیم. در ماده ۲۳ قانون حمایت مصوب ۱۳۹۱ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، دفاتر رسمی ازدواج را موظف به مطالبه گواهی سلامتی از سوی متقاضیان ازدواج می‌دارد و به‌طورکلی گواهی سلامتی سند معتبری است که در رابطه با سلامتی یا بیماری و اموری از این قبیل می‌باشد.^۲ در حال حاضر زن و مرد متقاضی به ازدواج نیازمند یکسری آزمایش‌های ابتدایی موردنیاز هستند تا سلامتی کامل آنان برای ساختن یک زندگی و تشکیل خانواده مشخص گردد و در جهت حمایت نهاد خانواده در جامعه و نیز اهمیتی که خانواده به‌عنوان بنیادی‌ترین نهاد دارد وزارت بهداشت،

^۱ مانی، آیتای، منافع عالی‌ه کودک در نظام بین‌المللی حقوق بشر، ص ۱۳

^۲ غدیری، ماهرو، نیک کار چینیجانی، طیبه، گواهی سلامت پیش از ازدواج از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر با تاکید بر حقوق کودک، ص ۱۱۶

آزمایش‌هایی را مشخص و به دستگاه‌های ذی‌ربط ابلاغ نمود و داشتن گواهی سلامت به‌عنوان تشریفات الزامی در نکاح محسوب می‌شود. برای همین برای ایجاد نکاح ابتدا از دفتر ثبت ازدواج برگه گواهی سلامت را اخذ کرده و آزمایش‌های مشخص‌شده را انجام می‌دهند و بر اساس قانون در صورت عدم انجام آن و بی‌توجهی دفترخانه نسبت به این مهم، مطابق ماده ۵۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به محرومیت درجه ۴ موضوع قانون مجازات اسلامی از اشتغال به سردفتری محکوم می‌گردد؛ و علت اهمیت نیز شاید وجود حق‌های دیگری باشد که بی‌توجهی به این آزمایش‌ها سلامتی و آینده آنان را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و کودکانی است که از این رهگذر به وجود می‌آیند و از آنجایی که مصلحت کودک در اعلی درجه قرار دارد بی‌توجهی به آن می‌تواند آثار زیان باری را برای والدین و کودکان و جامعه فراهم آورد. برای همین در شروع یک زندگی باید در حد توان از بروز مشکلات این‌چنینی که قابل پیش‌بینی و حل هستند جلوگیری شود و توجه همه‌جانبه و اقتضایی به آن می‌تواند کاهنده طلاق و جدایی و داشتن فرزندان سالم باشد. با این وجود در ادامه مقررات داخلی و بین‌المللی را در رابطه با سلامت کودک مورد توجه قرار می‌دهیم.

بند اول: توجه به حق سلامت کودک در مقررات داخلی

همان‌طور که گفته شد وجود سلامت جسم و روان در خانواده یکی از مهم‌ترین مسائلی است که باید به آن اهمیت داده شود و توجه به آن یعنی توجه به ارکان خانواده و حفظ آن و وجود نسلی سالم می‌باشد. بر همین اساس در طول تاریخ قانون‌گذاری، توجه به این مهم در صدر قرار داشته است. و در قوانین متعدد به‌صورت پراکنده و ضمنی یا صریح به آن پرداخته‌اند. در ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۰۵/۲۳ اشاره به بحث سلامتی در نکاح پرداخته است. در ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی اذعان می‌دارد: «هریک از طرفین می‌توانند برای انجام وصلت منظور از طرف مقابل تقاضا کند که تصدیق طبیب به صحت از امراض مسریه ی مهم، از قبیل سفلیس و سوزاک و سل ارائه دهد.» اولین نکته ای که در این ماده وجود دارد عدم وجود الزام برای طرفین برای داشتن گواهی سلامت است چراکه در ابتدای ماده از واژه (می‌تواند) استفاده کرده و نکته بعدی حصری نبودن بیماری‌های واگیردار است از کلیت متن می‌توان به این فهم رسید که این موارد تمثیلی است و قابل اضافه شدن می‌باشد. در ماده ۲ قانون لزوم ارائه گواهینامه پزشک

قبل از وقوع ازدواج مصوب ۱۳۱۷؛ قانون‌گذار داشتن تأییدیه پزشک برنداشتن امراض مسریه برای زوجین را الزامی دانسته است این خود می‌تواند نقطه عطفی بر اهتمام به خانواده از طرف قانون‌گذار باشد. در سال ۱۳۲۰ قانون طرز جلوگیری از بیماری آمیزی و واگیردار به تصویب رسید و در این قانون مبتلایان به بیماری آمیزی را مکلف کرده‌اند تا یک ماه اقدام به درمان آن کنند و برای افرادی که موجب انتشار آن شدن مجازات در نظر گرفته‌اند در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ با تأکید بر ماده ۲ قانون گواهینامه ازدواج، گواهی صحت مزاج نسبت به عوامل یا بیماری‌های دیگری که موجب بروز بیماری یا عوارض سوء در فرزندان یا زوجین می‌شود را نیز الزامی دانسته و این در نوع خود یک نوآوری محسوب می‌شد. در سال ۱۳۶۷ قانون الزام به تزریق واکسن ضد کزاز برای بانوان از سوی مجلس به تصویب رسید، بر اساس این قانون برای پیشگیری از کزاز در نوزادان، بانوان مکلف‌اند قبل از وقوع عقد نکاح نسبت به انجام واکسن اقدام کنند و دفاتر ازدواج نیز مکلف‌اند قبل از وقوع نکاح جهت اخذ گواهی معتبر اقدام کنند؛ و برای جلوگیری از انتقال تالاسمی در سال ۱۳۷۶ آزمایش تشخیص ناقلین تالاسمی قبل از ازدواج به تصویب هیئت‌وزیران رسید؛ و در نتیجه می‌توان بلوغ قانون سلامت در نکاح را در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ یافت که در آن اذعان دارد: «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است ظرف یک ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون بیماری‌هایی را که باید طرفین پیش از ازدواج علیه آن واکسینه شوند و نیز بیماری‌های واگیردار و خطرناک برای زوجین و فرزندان ناشی از ازدواج را معین و اعلام کند. دفاتر رسمی ازدواج باید پیش از ثبت نکاح گواهی صادرشده از سوی پزشکان و مراکز مورد تأیید وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی دال بر عدم اعتیاد به مواد مخدر و عدم ابتلا به بیماری‌های موضوع این ماده و یا واکسینه شدن طرفین نسبت به بیماری‌های مذکور را از آنان مطالبه و بایگانی کنند.»

تبصره: «چنانچه گواهی صادرشده بر وجود اعتیاد یا بیماری دلالت کند ثبت نکاح در صورت اطلاع طرفین بلامانع است در مورد بیماری‌های مسری و خطرناک که آن‌ها به‌وسیله وزارت، درمان و آموزش پزشکی تعیین و اعلام می‌شود طرفین جهت مراقبت و نظارت به مراکز تعیین‌شده معرفی می‌شوند. در مواردی که بیماری خطرناک زوجین به تشخیص وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی منجر به خسارت به جنین باشد مراقبت و نظارت باید شامل منع تولیدمثل نیز باشد.» همان‌طور که گفته شد این

ماده سعی بر رفع کلیه اشکالات در حوزه سلامت را نموده اگرچه همچنان جا برای پیشرفت دارد ولی همین مقدار نیز شایان تقدیر است. نوآوری‌هایی که در این ماده به چشم می‌خورد علاوه بر تأکید بر بیماری‌های واگیردار به بیماری‌هایی که عنوان خطرناک را نیز با خود حمل می‌کند نیز در این ماده آورده شده است و علاوه بر توجه به زوجین، فرزندان نیز به‌عنوان ذی‌نفع در سلامتی تأکید شده و اهتمام به آن را در دستور کار قرار داده است؛ و در این ماده بیماری‌هایی را تحت عنوان بیماری‌های واگیردار و خطرناک است را نام نبرده و مصادیق بیماری‌های خطرناک را نیز ذکر نکرده بر همین اساس وزارت بهداشت درمان و آموزش موظف است در هر دوره بیماری‌های نامبرده در این ماده را مشخص کند و به مراکز ذی‌ربط ابلاغ کند.

در تبصره این ماده نیز سلامت فرزند را در صورت تراحم با حق فرزند دار شدن، مقدم دانسته و پا را در این مقال فراتر گذاشته و دستور منع تولیدمثل را داده است و اولین ابهامی است که در این ماده وجود دارد عقیم‌سازی اجباری است. اگرچه یکی از نوآوری‌های قانون حمایت خانواده جدید همین ماده ۲۳ و تبصره آن می‌باشد و به‌طور جامع‌تر به مسئله بیماری زوجین و نیز قابل تسری بودن آن به کودکان توجه شده، اما نکته که همچنان بعد گذشته حدوداً ۷ سال از تصویب آن، هنوز مبهم است، بند آخر تبصره می‌باشد و در آن اذعان دارد: «...در مواردی که بیماری‌های خطرناک زوجین به تشخیص وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی منجر به خسارت به جنین باشد، مراقبت و نظارت باید شامل منع تولید نسل نیز باشد.» و در رابطه با منع تولیدمثل برخی از صاحب‌نظران بر این نظر هستند که این بند در جهت عقیم‌سازی زوجین بیمار می‌باشد^۱ و این ابهامی است که مراکز ذی‌ربط باید سریعاً در جهت شفاف‌سازی آن برآیند و در غیر این صورت شاهد تضييع حق زوجین، جامعه و از همه مهم‌تر کودکان می‌باشیم. در سال ۱۳۹۳ دو سال بعد از تصویب این قانون آیین‌نامه اجرایی آن به تصویب رسید و بر اساس تبصره ماده ۷ آیین‌نامه مذکور: «در مورد بیماری خطرناک که منجر به خسارت جنین باشد باید علاوه بر مراقبت و نظارت به شرح فوق، نسبت به جلوگیری از بچه‌دار شدن، پیشگیری مؤثری را تحت نظارت مراکز یادشده و پزشک متخصص انجام و نتیجه را به مراکز مزبور ارائه دهند در صورت تأیید مراکز فوق

^۱ غدیری، ماهرو، نیک کار چینیجانی، طیبه، گواهی سلامت پیش از ازدواج از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر با تأکید بر حقوق کودک، ص ۱۲۲.

مبنی بر انجام اقدامات فوق دفتر رسمی ازدواج نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.» همان‌طور که مشاهده می‌شود شناخت زوجین بیمار مؤثر بر فرزندان، در زمان قبل از ازدواج شناسایی می‌گردد و راهکارهای مؤثری را به افرادی که متمایل به ازدواج هستند را ارائه می‌دهند. عملاً باید بعد ازدواج هم بر اساس مراقبت‌های یادشده تحت نظارت باشد؛ اما در این آیین‌نامه نیز در رابطه با این موضوع ساکت است. اصلی‌ترین مرحله در صورت پذیرش زوجین به ازدواج به مرحله بعد ازدواج موكول می‌گردد تا از تولد فرزند معلول جلوگیری گردد؛ و سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا مراکز ذی‌ربط می‌توانند زوجین را به‌صورت دائمی عقیم کنند و از تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده عقیم‌سازی اجباری برداشت می‌گردد؟

باید یادآور شد بر اساس ماده ۱۰ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی در خصوص حق ازدواج و تشکیل خانواده، شامل افراد معلول نیز می‌گردد؛ اگرچه در طول تاریخ شاهد دولت‌ها باهدف کاهش نسل و یا اصلاح نژاد افراد معلول بودیم همچون؛ هیتلر زمانی که قدرت را در آلمان به دست گرفت یکی از اولویت‌های او برنامه عقیم‌سازی اجباری افراد دارای بیماری‌های ارثی به‌ویژه معلولان ذهنی و جسمی بود. البته طرح اصلاح نژاد قدمتی طولانی دارد در کتاب جمهوری افلاطون در تشریح مدینه فاضله خود از تولید کودکان سالم و برگزیده سخن به میان می‌آورد و پیشنهاد می‌کند که برای وصول به این امر، هر کس باید با جفت مناسب خود ازدواج نماید و افلاطون بر این نظر بود که تولیدمثل انسان باید تحت نظارت و کنترل دولت باشد.^۱ با این اوصاف در جوامع کنونی و روی کار آمدن قوانین، حمایت از حقوق ابتدایی افراد که همان آزادی در زیستن است موجب محدود کردن این نوع تفکر شده است. به‌طورکلی حتی اگر فرض عقیم‌سازی زوجین در راستای برنامه پیشگیری از شیوع بیماری‌های مسری را بتوان از تبصره مذکور تفسیر نمود، اما به لحاظ بین‌المللی نقض حقوق انسانی آنان تلقی می‌گردد و این امر برخلاف حقوق بشر و اصل کرامت انسانی و تعدی به تمامیت جسمانی افراد است^۲ و همان‌گونه که سازمان بهداشت جهانی در تعریف باروری ارائه نمود، باروری حق اساسی زوجین است و آنان می‌توانند

^۱ همان، ص ۱۲۳

^۲ ملا یوسفی، مجید، رضایی مستقیم، رضا، نگاهی به نظریه اصلاح نژاد فرانسویس گالتن، پژوهش‌های علم و دین، سال پنجم، ۱۳۹۳، شماره ۹، ص ۹۲.

^۳ غدیری، ماهرو، نیک کار چینیجانی، طیبه، گواهی سلامت پیش از ازدواج از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر با تاکید بر حقوق کودک، ص ۱۲۳.

با اختیار نسبت به فاصله سنی و نیز تعداد فرزندان خود تصمیم بگیرند و در ادامه دولت‌ها را به دادن اطلاعات کافی و در اختیار گذاشتن امکانات لازم به زوجین در جهت تسهیل این امر مکلف می‌دارد بر همین اساس دولت‌ها می‌توانند با دادن اطلاعات کافی نسبت به خطرات این‌گونه باروری و مصائب و مشکلاتی که این‌گونه افراد برای خانواده‌ها و نیز برای جامعه به همراه دارند با قرار دادن امکانات مؤثر و در جهت حمایت از حقوق آنان از تولد فرزندان ناسالم جلوگیری به عمل آورند.

علاوه بر قوانین گفته‌شده، قوانین دیگری نیز وجود دارد که وجود سلامتی در آن‌ها قابل توجه است:

در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳ یکی از شرایط برای اهدای جنین را سلامتی زوجین و نداشتن بیماری‌های صعب‌العلاج ذکر می‌کند. همین‌طور در قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴، اگرچه این ماده به بیماری جنین توجه کرده اما در صورتی مجوزی برای سقط جنین قائل شده که موجب حرج مادر شود و این خود می‌تواند یکی از ایرادات عمده این ماده‌واحد محسوب شود اگرچه وجود فرزند معلول ابتدا برای مادر موجب سختی و حرج می‌شود اما هزینه‌ها و بار عاطفی نیز برای پدر و حتی جامعه به همراه دارد و صرف توجه به حرج مادر و رضایت مادر، موجب بی‌توجهی به ارگان‌ها و ذی‌نفع‌های دیگر می‌شود.

در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ در بند ۵ ماده ۶ به سلامت جسمی و روانی لازم و نیز در بند ۸ به عدم ابتلا به بیماری‌های واگیر و صعب‌العلاج تأکید می‌کند. علاوه بر قوانین گفته‌شده می‌توان به بخشی از سیاست‌گذاری‌های نظام در این راستا استناد کرد: در سیاست‌های کلی سلامت ابلاغی ۱۳۹۳/۱/۱۸ و هدف از این برنامه، همگانی کردن و کارآمد کردن بخش سلامت است تا همه افراد، یکسان بتوانند از این امکانات بهره‌مند شوند و در ماده ۳ به صراحت به سلامت در خانواده تأکید می‌کند تا تحکیم در خانواده را هر چه بیشتر تضمین کنند. در سیاست‌های کلی جمعیت، داشتن جمعیت سالم را از مهم‌ترین هدف یک کشور می‌داند و در بند ۴ بر این نکته اذعان دارد: «تحکیم بنیان و پایداری خانواده با اصلاح و تکمیل آموزش‌های عمومی درباره اصالت کانون خانواده و فرزند پروری و با تأکید بر آموزش مهارت‌های زندگی و ارتباطی و ارائه خدمات مشاوره‌ای بر مبنای فرهنگ و ارزش‌های اسلامی - ایرانی و توسعه و تقویت نظام تأمین اجتماعی خدمات بهداشتی

و درمانی و مراقبت‌های پزشکی در جهت سلامت باروری و فرزند آوری میسر می‌گردد.» سیاست‌های کلی خانواده ابلاغی شهریور ۱۳۹۵ علاوه بر تأکید بر زیربنایی بودن خانواده و محور قرار دادن آن در همه جهات در بند ۱۶ ایجاد پتانسیل‌های لازم برای ارتقا سلامت همه‌جانبه خانواده به‌ویژه سلامت باروری و افزایش فرزند آوری در جهت جامعه جوان، پویا و سالم را در دستور کار خود قرار داده است. با توجه به قوانین و سیاست‌گذاری‌هایی که در این راستا وجود دارد، همچنان ما در امر سلامت در خانواده دچار مشکل هستیم و خانواده‌های ما همچنان نیازمند مشاوره‌ها در جهت بهبود سلامت جسم و همچنین در بهبود روان آنان هستند، بدین منظور بر اساس ماده ۹۰ بودجه سال ۱۳۹۶ مصوب مجلس شورای اسلامی کلیه متقاضیان به امر ازدواج باید گواهی انجام غربالگری را در شبکه‌های بهداشت و درمان را به‌منظور شناسایی ازدواج‌های پرخطر از نظر بروز اختلالات ژنتیکی داشته باشند. در همین راستا در قانون برنامه ششم پنج‌ساله توسعه در ماده ۷۵ علاوه بر الزام به ثبت ازدواج به همراه گواهی مذکور، داشتن گواهی انجام غربالگری در شبکه‌های بهداشت و درمان را به‌منظور شناسایی ازدواج‌های پرخطر از نظر بروز اختلالات ژن‌شناسی را نیز الزامی می‌داند به همین منظور با توجه به جواب غربالگری اگر زوجین در معرض خطر باشند به مراکز مشاوره وابسته به وزارت بهداشت و درمان و آموزش ارجاع داده می‌شوند و چنانچه نیازمند آزمایش‌های ژنتیکی باشند، آنان را راهنمایی می‌نمایند.

علاوه بر مطالب گفته‌شده که همگی در راستای گواهی‌های سلامت در قبل ازدواج و قبل پذیرش فرزند بود، درج‌های مختلف قوانین داخلی نه به‌صراحت به سلامت فرزند توجه نموده است در همین راستا در قوانین جزایی برای مادران باردار شرایط خاصی را ایجاد می‌کنند؛ چراکه روح و جسم کودک از همان ابتدا که نطفه آن بسته می‌شود در حال نمو و اثرگذاری است و نمی‌توان بدون توجه به فرزندی که در رحم مادر در حال پرورش است مجازات‌های سخت را بر مادر جاری کنیم و همچنین برای حفظ سلامت

^۱ پایگاه اطلاع رسانی دفتر مقام معظم رهبری، ابلاغ سیاست‌های کلی سلامت، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۳/۰۵ به آدرس اینترنتی:

کودک در صورت بروز هر نوع مشکلی که موجب نقض در جسم کودک شود برای عامل آن دیه در نظر گرفته می‌شود.^۱

بند دوم: توجه به حق سلامت کودک در مقررات بین‌المللی

بعد از جنگ جهانی گروه‌های آسیب‌پذیر بخصوص کودکان، توجه ملل را به خودشان جلب کردند که در کشورهای جنگ‌زده آنان آسیب‌دیده‌ترین گروه آن جامعه محسوب می‌شدند. برای همین در سال ۱۹۲۴ اعلامیه حقوق کودک در ژنو تنظیم شد که بیشتر برای کودکان جنگ‌زده در زمینه ی مسکن، تغذیه، بهداشت و حمایت آنان در برابر آسیب‌های جسمی و روانی ناشی از جنگ بود.^۲ صندوق بین‌المللی کودکان (یونیسف) در سال ۱۹۴۶ خود گام مؤثری در جهت پرداخت به کودکان جهان بوده است. یونیسف بر اساس قطعنامه مجمع عمومی ملل متحد بعد از جنگ جهانی دوم برای رهایی چهارده کشور اروپایی از بند فقر، گرسنگی، بیماری، بی‌سرپرستی و آوارگی پایه‌گذاری گردید.^۳ در اعلامیه جهانی حقوق بشر در بند ۲ ماده ۲۵ برای کودکان و مادران حق ویژه‌ای در رابطه با کمک‌ها و مراقبت‌های خاص قائل شده است و اگرچه این اعلامیه مختص کودکان نیست اما کودکان به‌عنوان یک فرد انسانی و به علت شرایط خاص خود نیازمند مراقبت‌های بیشتری هستند. در سال ۱۹۵۹ اعلامیه حقوق کودک به تصویب رسید، می‌توان گفت این خود مقدمه‌ای برای رسیدن به کنوانسیون حقوق کودک بود. در اعلامیه حقوق کودک، در اصل ۴ به سلامت کودک توجه می‌نماید و این توجهات و حمایت‌ها را مختص بعد تولد نمی‌داند و مراقبت‌ها و حمایت‌های موجود باید شامل قبل تولد نیز شود.^۴ همان‌طور که گفته شد همه این‌ها مقدمه‌ای بود برای تصویب کنوانسیون حقوق کودک که در سال ۱۹۸۹ به تصویب رسید و

^۱ «دیه اعضا و دیگر صدمات وارد بر جنین در مرحله‌های که استخوان بندی آن کامل شده ولی روح در آن دمیده نشده است به نسبت دیه جنین در این مرحله محاسبه می‌گردد و بهد از دمیده شدن روح حسب جنسیت جنین، دیه محاسبه می‌گردد چنانچه بر اثر همان جنایت جنین از بین برود فقط دیه جنین پرداخت می‌شود».

^۲ پور قهرمانی گلپیر، بابک، نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن، ۱۳۸۳، شماره ۲۸، ص ۶۸.

^۳ همان ص ۶۹.

^۴ «کودک باید از امنیت اجتماعی بهره مند گردد در محیطی سالم پرورش یابد و بدین منظور کودکان و مادران باید از مراقبت و حمایت خاص که شامل توجه کافی پیش و بعد از تولد می‌شود بهره مند شود. کودک باید امکان برخورداری از تغذیه، مسکن، تفریحات و خدمات پزشکی مناسب را داشته باشند».

هدف اصلی این کنوانسیون ایجاد زندگی بهتر برای کودکان و تلاش در راه رشد هماهنگ و متعادل آنان در زمینه‌های اساسی رشد جسمی، عاطفی، روانی و اجتماعی است.^۱ در این کنوانسیون نیز به‌طور مفصل حقوق کودکان را برشمارده؛ در ماده ۲۳ همین قانون علاوه بر تأکید بر اینکه کودکانی که از نظر جسمی و ذهنی ناتوان هستند باید در شرایطی رشد پیدا کنند که موجب حفظ منزلت و نیز حفظ اعتماد به نفس آنان شود، در بند ۴ به این مهم تأکید می‌نماید که کشورهای عضو کنوانسیون باید تمام تلاش خود را جهت مراقبت‌های بهداشتی برای پیشگیری و معالجات پزشکی مبذول دارند. علاوه بر آن در ماده ۲۴ همین کنوانسیون به حق سلامتی دقت بیشتری شده است. رسیدن به بالاترین سطح استانداردهای بهداشتی و برخورداری از امکانات لازم برای درمان از اهداف بسیار مهم این کنوانسیون محسوب می‌شود و در بند ۲ همین ماده مراقبت‌های بهداشتی اولیه و نیز مراقبت مادران قبل و پس از زایمان نیز به آن اضافه شده است. در قانون نمونه محافظت از کودکان در ماده ۳۵ خود به سلامتی کودکان به‌طور اختصاصی توجه نموده و در بند ۲ همین قانون، والدین و کسانی که سرپرستی کودکان را به عهده می‌گیرند باید مراقبت‌های بهداشتی و پزشکی آنان را تضمین نمایند و به والدین و قیم و سرپرستان آنان اجازه نمی‌دهند که از انجام هرگونه معاینه و آزمایش یا درمان پیشگیرانه یا لازم برای کودک، فارغ از باورهای دینی یا اخلاقی امتناع کنند^۲ و در صورت امتناع والدین از مراقبت‌های بهداشتی و عدم انجام درمان‌های پیشگیرانه همچون واکسن و... دادگاه والدین و افراد ذی‌ربط را برای انجام اقدامات لازم مجبور می‌سازد و حتی می‌تواند دستور خارج ساختن کودک از خانه را برای انجام آزمایش‌ها و درمان‌های خاص بدهد.

بااینکه بعد از جنگ جهانی یک قرن گذشته و با انبوهی از معاهدات، اعلامیه‌ها و قوانین مختلف در جهت حمایت از کودکان روبرو هستیم اما همچنان جنگ واژه‌ای آشنا برای بسیاری از کودکان مخصوصاً

^۱ پور قهرمانی گلپیر، بابک، نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن، ص ۷۰.

^۲ بند ۱: «سلامتی جسمانی، روانی و احساس کودک باید محافظت گردد. دسترسی به کمک، مراقبت، اطلاعات و درمان‌های پزشکی و بهداشتی باید تضمین گردد.»

بند ۲: «والدین و قیم‌ها نباید اجازه داشته باشند که دانسته از انجام هرگونه معاینه و آزمایش یا درمان پزشکی پیشگیرانه یا لازم برای کودک، فارغ از باورهای دینی یا اخلاقی امتناع ورزند HCPA می‌بایست یک فهرست از معاینات و آزمایشات و یا درمان‌های پزشکی پیشگیرانه یا لازم تهیه کند که به عنوان یک حداقل، واکسیناسیون‌های توصیه شده هرگونه درمان اساسی پزشکی، جراحی یا هر درمان شفابخش دیگر را که برای جلوگیری از وارد آمدن صدمه جدی به سلامتی کودکان لازم است، در آن گنجانده می‌شود.»

در کشورهای در حال توسعه می‌باشد و هر روز شاهد مرگ و بیماری‌های مختلف کودکان در جای‌جای جهان هستیم که نشان از عدم تأثیر صددرصدی این قوانین می‌باشد. فقر، سوءتغذیه، جنگ همه این‌ها مصائبی است که کودک امروز در قرن ۲۱ با آن روبروست و هر روز بجای نوازش و صدای پرمهر مادر، صدای گلوله‌ها گوش آنان را نوازش می‌کند و روح و جسم لطیف آنان را بیمار می‌سازد.

مبحث دوم: تزاخم حق فرزند آوری با سلامت کودک

همان‌طور که در گذشته بیان شد والدین حق دارند که از خود فرزنددی داشته باشند و این حق از ابتدای بشریت وجود داشته و تا ابد ادامه خواهد داشت؛ چراکه لازمه حیات بشری است و کسی نمی‌تواند آن را کتمان کند. با این‌همه غیر از طرفین ازدواج و جامعه ذی‌نفع دیگری هم در این رابطه وجود دارد که به دلیل وجود بالقوه و آسیب‌پذیری بسیار نیازمند حمایت ویژه می‌باشند و آن کودک یا کودکانی هستند که در آینده وارد زندگی خانوادگی زوجین می‌شوند.^۱ در نتیجه والدین ابتدا در حد توان باید از سلامتی کودکان آینده و محیطی که در آن قرار می‌گیرند مطمئن شوند؛ چراکه کودک به خواست و اراده آنان وارد این دنیا می‌شود و بروز هر مشکلی درآیند که قابل‌پیشگیری در گذشته بوده مسئول و مقصر اصلی آن والدین هستند.

گفتار اول: ترجیح حق فرزند آوری زوجین

فرض این دیدگاه مؤید این نکته است که زوجین اختیار مطلق در فرزند آوری دارند و آزادی آنان در تولید نسل مقید به هیچ قیدی نیست و هیچ شخص و ارگانی نمی‌تواند به حریم آنان وارد شود و برخی معتقدند که این حق منفی است به این معنا که اگر زوجین بخواهند صاحب فرزند شوند دیگران از جمله دولت‌ها نباید مانعی برایشان ایجاد کنند^۲ این همان تقسیم‌بندی که هوفلد حق امتیاز یا آزادی می‌نامد. در جوامع ابتدایی که افراد به صورت قبیله‌ای با یکدیگر زندگی می‌کردند همه‌ی افراد از رئیس قبیله تبعیت می‌کردند و خانواده تحت اختیار پدر و مادر بود و در این نظام اگر پدر و مادر زبانی به

^۱ غدیری، ماهرو، نیک کار چنجان، طیبه، گواهی سلامت پیش از ازدواج از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر با تأکید بر حقوق کودک، ص ۱۱۶

^۲ رحیمی، حبیب‌الله، صادقی، محمد جواد، ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح، ۶۹

فرزندان وارد می‌آوردند امکان اقامه دعوا وجود نداشت.^۱ همچنان نیز اقوام و ملت‌هایی وجود دارند که برای والدین هیچ‌گونه مسئولیتی قائل نیستند چراکه اعمال والدین را بر اساس احسان توجیه می‌نمایند و شاهد ازدواج‌های کودکان در سنین پایین و یا در جوامعی که زندگی قبیله‌ای حاکم است کشتن فرزندان و... همچنان دیده می‌شود. با تفحصی در قوانین داخلی می‌توان رگه‌هایی از این نظر را مشاهده نمود؛ برای نمونه برحسب ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی والدین حق تنبیه فرزندان خود را دارند و نمونه‌ای از حق تأدیب را می‌توان در مواد ۸۸ قانون مجازات اسلامی و ۱۵۸ قانون مذکور یافت و یا در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی اگر فرزند توسط پدر یا اجداد پدری مجنی علیه به قتل برسد، حکم اولیه که همان قصاص است اجرا نمی‌گردد. باین‌همه افرادی ورود حقوق بر این نظام و چهارچوب بندی برای خانواده‌ها را موجب تباهی آن می‌دانند. برای همین حقوق برای نفوذ به این کانون، همیشه با موانع بزرگی همراه بوده است. حکیمان رخنه دولت و حقوق در این سرای مردمی را زیان‌بار و خطرناک شمرده‌اند و تجربه نیز ثابت کرده هرگاه دولت‌ها خواسته‌اند وجود خویش را بر خانواده‌ها تحمیل کنند به آن آسیب‌زده‌اند؛^۲ و این گروه بر این نظر هستند که ارزش‌های اخلاقی در خانواده‌ها یک امر پذیرفته‌شده است و ارزش‌ها و قواعد اخلاقی در محدود کردن مسئولیت والدین در برابر فرزندان نقش مؤثری دارد^۳ و با توجه به آیات و روایات اسلامی نیز می‌توان به این نظر رسید که پدر و مادر از جایگاه والایی برخوردار هستند در آیه ۲۳ و ۲۴ سوره اسراء بر این امر تأکید می‌دارد و نیکی به پدر و مادر را امر می‌کند و در آیه ۱۵ سوره لقمان از این مطلب فراتر می‌رود و فرضی را بیان می‌دارد که: «اگر دو نفر تلاش کنند تا بر پایه جهالت و نادانی چیزی را شریک من قرار دهند از آنان اطاعت مکن ولی در دنیا با آن دو نفر به شیوه‌ای پسندیده معاشرت کن و راه کسی را پیروی کن که به من بازگشته‌اند سپس بازگشت شما فقط

^۱ احمد زاده، سید علی، پارساپور، محمد باقر، بادینی، حسن، عزیزی، ابراهیم، افول قاعده مصونیت والدین از مسئولیت مدنی در برابر فرزندان و شیوه‌های جبران خسارت مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس پژوهش‌های تطبیقی، سال نوزدهم، ۱۳۹۴، شماره ۴، ص ۴

^۲ کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، ص ۱۴۱.

^۳ عابدی، قبولی درفشان، سید محمد مهدی، سعیدی، امیر، موانع مسئولیت مدنی والدین در برابر فرزندان فصلنامه وکیل مدافع، ۱۳۹۴، شماره ۴، ص ۱۰۰

^۴ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (۲۳) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا (۲۴).

به سوی من است پس شما به آنچه انجام می‌دادید آگاه می‌کنم.^۱ و یا روایاتی که در این باب به چشم می‌خورد برای مثال روایت امام صادق؛ سزای کسی که از روی نفرت به پدر و مادر خود که به وی ستم کرده‌اند نگاه کند پذیرفته نشدن نماز در درگاه الهی است^۲ و بر اساس این نظر قرار دادن مسئولیت برای والدین برخلاف اخلاق می‌باشد. در همین راستا برخی از صاحب‌نظران در رد دعوی فرزندان علیه والدین بر این نکته تأکید می‌کنند که فرزند حقی دایر بر به دنیا آمدن یا سالم به دنیا آمدن ندارد اگر دعوی فرزندان را علیه والدین بپذیریم در این صورت همهی فرزندان می‌توانند به این دلیل که به دنیا آمده‌اند یا معلول به دنیا آمده‌اند علیه والدین طرح دعوا نمایند^۳ و بر اساس این نظر والدین از مصونیت ذاتی برای هر امری در برابر کودکان مخصوصاً تولد آنان دارند، اگرچه همان‌طور که سابقاً بیان شد اولین دلیل برای فرزند دار شدن عشق درونی به فرزند است اما نباید از نظر دور داشت که نامحدود بودن اختیار والدین در برابر فرزندان موجبات آسیب‌های جدی به آنان می‌شوند و هر فردی در این عالم حق زیستن دارد و نمی‌توانیم حق زیستن آنان را با بی‌توجهی به بدترین حالت ممکن بدل نماییم و برای رد این ادعا می‌توانیم به قاعده لاضرر که یک قاعده عقلی است استناد کنیم و هیچ‌کس نمی‌تواند برای اجرای حق خود به دیگری ضرر وارد آورد. در مجموع والدین نمی‌توانند برای اعمال حق خود سلامت کودکان آینده را نادیده بگیرند.

گفتار دوم: ترجیح حق سلامت کودک

کودکان ثمره زندگی والدین محسوب می‌گردند و هیچ پدر و مادری دوست ندارند که فرزندانشان کوچک‌ترین بیماری را در درون خود تحمل نمایند. با این‌همه در حال حاضر با پیشرفت‌های انجام‌شده همچنان شاهد بیماری‌های موروثی از سوی والدین به فرزندان هستیم که اولین دلیل این حادثه عدم توجه والدین ابتدا به خودشان و در ادامه به فرزندانشان می‌باشد و موجب تولد کودک با نوعی ناتوانی

^۱ وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبَيْهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ (۱۵). آیت الله مشکینی ترجمه قرآن، ص ۴۱۲.

^۲ کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، جلد ۲ ص ۳۴۹ و جلد ۴ ص ۶۳.

^۳ افشار قوچانی، زهره، ایزانلو، محسن، مطالعه تطبیقی امکان مطالبه زیان ناشی از تولد و زندگی و ارکان مسئولیت در آن، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ۱۳۹۳، شماره ۱، ص ۲۴.

می‌شوند. در همین راستا این دیدگاه، اصل را بر سلامتی کودک قرار می‌دهد و برای اثبات نظر خود ابتدا به دلایلی چون قرآن و روایاتی که سلامتی و توجه به این امر را در اولویت قرار می‌دهد رجوع می‌کنند، و در ادامه به دلایلی چون قاعده لا ضرر، مصلحت، احسان و نیز قاعده اهم فالهمم استناد می‌نمایند.

بند اول: ادله ترجیح حق سلامت کودک

الف: قرآن

همان‌طور که در فصل گذشته مورد بررسی قرار گرفت قرآن نسبت به اصل مطلب که همان فرزند آوری است حکم صریحی ندارد و جز در چند مورد که به‌طور غیرمستقیم به مسئله مبانی فرزند آوری و هدف نکاح می‌پردازد. با این اوصاف قرآن به‌عنوان اصلی‌ترین منبع فقه در رابطه با موضوع الزام یا جلوگیری از تولد این نوع از کودکان سکوت اختیار کرده است، اما در چند جای قرآن که شارع مقدس نسبت به وجود ذریه صالح توجه کرده، اشاره نمود و فرزند و نسل صالح را افتخاری برای والدین می‌داند یکی از آیاتی که به این مهم پرداخته آیه ۱۵ سوره احقاف می‌باشد که بر اساس این آیه؛ انسان از خدا سه تقاضا دارد نخست می‌گوید: «پروردگارا به من الهام ده و توفیق بخش تا شکر نعمتی را که به من و پدر و مادر من ارزانی داشتی به جا آورم» در دومین تقاضایش عرضه می‌دارد: «خداوندا به من توفیق ده تا عمل صالح به جا آورم و عملی که تو از آن خشنود باشی.» و در سوم تقاضا، می‌گوید: «خداوندا صلاح و درستکاری را در فرزندان و دودمان من تداوم‌بخش» اگرچه بر اساس تفاسیر صلاح در این آیه مترادف با فلاح و درستکاری در آینده است^۱ و علامه طباطبایی در تفسیر آن می‌فرماید: «اصلاح در ذریه به این معناست که صلاح را در ایشان ایجاد کند و چون این ایجاد از ناحیه خداست معنایش این است که ذریه را موفق به عمل صالح سازد و این عمل صالح کار دل‌هایشان را به صلاح بکشاند و اگر کلمه اصلاح را مقید کرد به (لی) و گفت (ذریه ام را برای من اصلاح کن) برای این است که بفهماند اصلاحی درخواست می‌کند که او از اصلاح آنان بهره مند شود یعنی ذریه او به وی احسان کنند همان‌طوری که او به پدر مادرش احسان کرد»^۲. اگرچه معنی ابتدایی که به ذهن متبادر می‌شود همان صلاح به معنی رستگاری

^۱ حسینی شاه عبدالعظیمی، حسین، تفسیر اثنی عشری، ج ۱۲، چاپ اول، انتشارات میقات، تهران، ۱۳۶۳، ص ۷۸.

^۲ علامه طباطبایی، تفسیر المیزان، جلد ۱۸، ص ۳۰۸.

می‌باشد اما باید توجه نمود که یک فرزند زمانی می‌تواند پشتیبان و حامی والدینش باشد که از همه نظر سالم و صالح باشد هم از لحاظ دینی و هم از لحاظ جسمی و روحی.

ب: روایات

در سنت نیز حکم صریحی نسبت به لزوم توجه به سلامتی کودک حکم صریحی نداریم؛ اما بر اساس آنچه در فصل گذشته گفته شد اکثر فقها در رابطه با حکم فرزند آوری بر استحباب نظر دارند و در رابطه با موضوع عزل نیز حکم به حرمت نداده‌اند در اینجا به علت تکراری بودن کلام از ادامه توضیح خودداری می‌کنیم.

بر این اساس فقها نسبت به اصل موضوع که همان فرزند آوری است حکم به وجوب نداده‌اند و آن را از اختیارات زوجین می‌دانند و شرط عدم فرزند آوری، ذیل عقد نکاح را صحیح می‌دانند فلذا به طریق اولی در جایی که احتمال دهیم فرزندان آینده دچار معلولیت هستند جلوگیری از آن را صحیح می‌دانند. با این اوصاف در فقه به روایاتی برمی‌خوریم که برای ازدواج به سلامتی زوجین توجه نموده و در صورت بیماری و حتی مشکل اخلاقی آنان را از آن ازدواج منع می‌نماید در ادامه به چند نمونه از این روایت اشاره می‌شود:

از پیامبر اکرم نقل شده که «هرکس شراب بخورد بعد آنکه خداوند حرام کرده آن را از زبان من، پس شایستگی ندارد که زمانی که خواستگاری نمود به او دختر بدهید و شفاعتش را نپذیرد و گفتارش تصدیق نگردد و به امانتی امین نگردد.»^۱

و یکی از دلایل کراهت ازدواج با کسی که مشروب می‌خورد به خاطر جلوگیری از ایجاد نسلی ناصالح است و سلامتی فقط مختص به جسم نیست چراکه روح ناسالم نیز از موارد نابهنجاری در فرزندان آینده می‌گردد.

^۱ «محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ابراهیم، عن ابیه و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد و عن عده من اصحابنا عن سهل ابن زیاد عن ابن محبوب عن خالد بن جریر عن ابی الربیع الشامی، عن ابی عبدالله علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: من شرب الخمر بعد ما حرمها الله علی لسانی فلیس باهل ان یزوج اذ خطب و لا یشفع اذا شفع و لا یرد اذا حدث و لا یؤمن علی امانه فمن ائتمنه بعد علمه» الحر العاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد ۲۵، ص ۳۱۰.

از امیر المومنین نقل شده که می‌فرماید: «از ازدواج با احمق بر حذر باشید چراکه صحبت او بلا و فرزند او ضایع و بی‌ارزش است.»^۱ و در این روایت نیز از ازدواج با فردی که موجب تضییع نسل شده جلوگیری می‌گردد.

از امام محمدباقر در رابطه با ازدواج با مجنون سؤال می‌شود و امام آن را جایز نمی‌دانند مگر اینکه کنیزی باشد و وطی با او را جایز می‌دانند؛ اما طلب فرزند را به صلاح نمی‌دانند.^۲

پیامبر صلی‌الله‌فرمودند: «از گیاهان روئیده در لجن‌زار پرهیز کنید از وی سؤال شد که گیاهان روئیده در لجن‌زار چیست؟ فرمودند: زنی زیبا که در مکانی پست پرورش یافته.»^۳ و در این حدیث نیز وجود جایگاهی سالم و پاک برای رشد صحیح و درست آینده فرزندان مهم است.

از امام صادق علیه‌السلام نقل شده که: «هنگام برخورد های آلت‌های تناسلی از سخن گفتن بپرهیز، زیرا لال شدن کودک را به همراه دارد.»

در وصیت پیامبر آمده ای علی با همسر خود در ابتدا، وسط و پایان ماه جماع نکن زیرا جنون و جذام خبل به فرزندان منتقل می‌گردد.^۴

و نیز روایاتی نقل می‌شود که با خویشاوندان و نزدیکان ازدواج نکنید چراکه فرزند ضعیف و لاغر می‌گردد.^۵

با توجه به روایات بیان شده می‌توان نتیجه گرفت که در اسلام سلامتی جسم و روان در نسل‌های آینده مورد توجه می‌باشد اگرچه در هر خانواده اهداف خاص خود را برای تکثیر نسل دارند و در اسلام نیز

^۱ «محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن لیبیه، عن النوافلی عن السکونی، عن ابی عبدالله علیه السلام قال: قال امیر المومنین علیه السلام: ایاکم و تزویج الحماء فان صحبتها بلا وولدها ضیاع» همان، جلد ۱۴، ص ۵۶.

^۲ «محمد بن یعقوب عن محمد بن عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن محبوب عن ابی ایوب الخزاز عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: ساله بعض اصحابنا عن الرجل المسلم تعجبه المراه الحسناء ایصلح له ان یتزوجها و هی مجنونه؟ قال لا و لکن ان کانت عنده امه مجنونه فلا یاس بان یتطها و لا یطلب ولدها» همان، جلد ۱۴، ص ۵۷.

^۳ قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم «ایاکم و خضراء الدمن» قیل یا رسول الله: ما خضراء الدمن؟ قال: «المراه الحسناء فی منبت السوء» عاملی، جبعی زین الدین، شرح لمعه، جلد ۵، ص ۸۸.

^۴ همان ص ۹۶.

^۵ الحلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، جلد نخست، چاپ اول موسسه سید الشهداء، قم، ۱۴۰۵، ص ۴۵۶.

به‌عنوان دین برگزیده، هدف خاصی را از ادامه نسل دنبال می‌کند و آن برافراشتن پرچم ایمان و بندگی است. بر این اساس سلامت جسم و جان از مؤلفه‌های اصلی آن می‌باشد.

ج: نظرات فقها

فقهای معاصر نیز همچون دیگر منابع نسبت به موضوع سلامت کودک ساکت‌اند اما با توجه به فتاوی‌یی که در صورت احتمال به وجود ناهنجاری در فرزندان آینده، جلوگیری از بارداری را منع نمی‌کنند می‌توانیم به این نتیجه دست‌یافت که سلامت متولد شدن کودکان مهم تلقی می‌شود. در ادامه به چند نمونه از آن فتاوا می‌پردازیم:

از آیت‌الله خامنه‌ای در رابطه با جلوگیری از بارداری‌های خطرناک سؤال شده با این مضمون:

آیا جلوگیری دائم از حاملگی برای زنی که خطر بارداری وجود دارد جایز است؟

جواب: جلوگیری از بارداری در فرض مذکور اشکال ندارد بلکه اگر حاملگی برای حیات مادر خطر داشته باشد باردارشدن به‌طور اختیاری جایز است.

آیا جلوگیری دائمی از بارداری برای زنانی که زمینه مساعدی برای به دنیا آوردن فرزندان معیوب یا مبتلابه بیماری‌های ارثی جسمی و روانی دارند، جایز است؟

جواب: اگر یک فرض عقلایی صورت بگیرد و ضرر قابل توجهی هم نداشته باشد و با اجازه شوهر باشد اشکالی ندارد.

آیا می‌توان با تشخیص قطعی بیماری در جنین‌هایی که دچار عیوب ژنتیک بوده یا مادر آن‌ها در طی بارداری بر اثر ابتلا به بعضی بیماری‌های عفونی بیمار شده‌اند قبل از دمیده شدن روح سقط نمود؟

جواب: اگر نگهداری و بزرگ کردن طفل معلول و عقب‌مانده و ناقص‌الخلقه برای والدین دارای زحمت و مشقت بیش از متعارف باشد به مقداری که در عسر و حرج واقع می‌شود اسقاط جنین پیش از دمیده شدن روح در او، مانعی ندارد.^۱

از آیت‌الله مکارم شیرازی در رابطه با جلوگیری از بارداری برای مبتلایان به بیماری ایدز سؤال شد و ایشان بر این نظر بودند که اگر زیان مهمی داشته باشد مانعی برای این کار وجود ندارد.

^۱ خامنه‌ای، علی، راهنمای فتاوا، ص ۴۲ و ۴۳،

اگر حمل زن موجب ناقصه الخلقه شدن کودک گردد، آیا بستن لوله واجب می‌گردد؟
جواب: هرگاه خوف ضرر و خطر قابل ملاحظه‌ای هرچند نسبت به بچه وجود داشته باشد، جایز می‌گردد. و یا در سؤالی که احتمال بسیار زیاد فرزند تالاسمی مینور می‌شود و زوجین مادام‌العمر جلوگیری می‌کنند نیز ایشان بر این نظر است که اگر احساس خطری برای فرزند کنند جلوگیری مادام‌العمر مانعی ندارد.^۱
با توجه به استفتائات فقهای معاصر می‌توان به این نتیجه دست‌یافت که در صورتی که کودک آینده احتمال معلولیت آن وجود داشته باشد و موجبات سختی و مشقت را برای والدین ایجاد کند، والدین می‌توانند با اختیار خود فعل عقیم‌سازی را هرچند دائمی انجام دهند چراکه بر اساس نظر فقها، قاعده لا حرج و لا ضرر بر حکم اولیه ورود پیدا می‌کند. البته ضرر کودک مدنظر فقها نیست بلکه بیشتر بر سختی و مشقتی که برای زوجین ایجاد می‌گردد نظر دارند.

د: عقل

از دیگر دلایلی که می‌توان به اثبات اولویت سلامتی در نسل آینده حکم کرد، دلیل عقلی می‌باشد. عقل در بسیاری از موارد مستقلاً حکم می‌نماید. همان‌طور که می‌دانید یکی از قواعد عقلی در فقه، قاعده لا ضرر می‌باشد و عقل وجود و یا ایجاد هرگونه ضرر را نفی می‌نماید و از آنجاکه فرزند ناسالم به همراه خود سختی و مشقت فراوانی را چه برای خود، چه برای خانواده و جامعه به همراه دارد و از منظر منطق عقلی می‌توان بر این موضوع حکم نمود که در صورتی که بیماری کودک آینده موجبات سختی و حرج غیرقابل جبران را به همراه داشته باشد، جلوگیری از آن اولی است. در ادامه برای اثبات ادعای خود به قواعد عقلی مرتبط با این دیدگاه را بررسی می‌نماییم:

^۱ ناصر، مکارم شیرازی، رساله توضیح المسائل با اضافات فراوان و استفتائات جدید جلد ۳، چاپ ۶۵، قدس، قم، ۱۳۹۲، ص ۳۰۰

نخست: قاعده لاضرر

ضرر در لغت به معنی نقض در حق و خلاف نفع معنی شده است.^۱ در اصطلاح ضرر شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌هایی وارد بر دیگری است ولی ضرار مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد می‌سازد که در اصطلاح امروزی سوءاستفاده از حق نامیده می‌شود.^۲ مهم‌ترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار، عقل است و عقل مستقلاً بر آن حکم می‌نماید.^۳ علاوه بر دلیل عقلی می‌توان برای تأکید بیشتر به آیات و روایاتی از این قسم اشاره نمود؛ در آیه ۲۳۳ سوره بقره بر یک حکم مهم تأکید می‌نماید و می‌فرماید: «...که هیچ مادری حق ندارد به کودک خود ضرر برساند و همچنین هیچ پدری نیز حق ندارد به آن زیاد برساند.»

معروف‌ترین روایات در باب لا ضرر روایت سمره بن جندب است که پیامبر در آنجا فرمودند: «لا مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن».^۴ و بر اساس ماده ۱۳۲ قانون مدنی که یکی از موارد سوءاستفاده از حق محسوب می‌گردد و در اینجا در تراحم بین قاعده لا ضرر و تسلیط، قاعده لا ضرر حاکم است و بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر و یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد و این اصل خود کافی است برای اثبات این فرض که در صورت بی‌توجهی والدین به حوزه‌های سلامتی خود و تولد کودک معلول، آنان مسئول شناخته می‌گردند و این از جمله مواردی است که به‌طور غیرمستقیم به دیگر افراد ضرر می‌رسانند در مسئولیت مدنی در خصوص مسئولیت ناشی از افعال غیرمستقیم در مباحث حقوقی بحث شده و برای فهم بهتر این موضوع به سه مورد از مواردی که در ضرر غیرمستقیم تفکیک شده را بیان می‌داریم:

۱- فعلی که قطعاً موجب ضرر بر دیگری می‌گردد.

۲- ممکن است در آینده زینانی از این فعل ناشی گردد.

^۱ الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، جلد ۲، دارالعلم، ۱۴۰۷، ص ۷۱۹- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد ۳، دفتر نشر فرهنگ

اسلامی، چاپ ۲، ۱۴۰۷، ص ۱۴

^۲ محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، جلد ۱، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۰۶، ص ۱۴۱

^۳ همان ص ۱۳۱

^۴ انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، چاپ اول، انتشارات باقری، قم، ۱۴۱۴، ص ۱۰۹

۳- احتمال می‌رود با انجام این فعل، فردی سربار جامعه قرار گیرد.^۱

مثال مورد اول: والدینی اقدام به خودکشی می‌کنند که این فعل قطعاً برای کودکان ضرر به همراه دارد.
مثال مورد دوم: اگر والدین حامل یک نوع بیماری ژنتیکی باشند با باردار شدن موجب انتقال آن به نسل آینده می‌شوند.

مثال مورد سوم: والدینی اقدام به فرزند دار شدن بکنند که دچار معلولیت ذهنی یا جسمی باشد و این فرد ناتوان موجب هزینه‌های گزاف برای جامعه می‌گردد.

دوم: احسان

در تعریف آن آمده «هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران موجب ورود خسارت به آنان شود اقدامش مسئولیت آور نیست.»^۱ محسن را به هیچ وجه نمی‌توان به سبب آنچه از عمل نیکوی او ناشی شده است مواخذه کرد؛ یعنی هرگاه عملی از کسی سر بزند که موجب زیان به دیگری شود و فاعل آن عمل قصد نیکوکاری داشته باشد مسئولیتی به عهده فاعل نیست؛^۲ و نمونه‌هایی از احسان را می‌توان در قرآن دید و در آیه ۱۴ سوره لقمان به خوبی نشان می‌دهد که مادر بدون هیچ چشم‌داشتی او را در خود حمل نمود و دو سال به او شیر داد و در ادامه از فرزندان می‌خواهد که شکرگزار والدین خود باشند.^۳ در آیه ۱۵ سوره احقاف نیز بر تحمل رنج‌هایی که والدین و بخصوص مادر برای رشد و نمو فرزند کشید تأکید می‌نماید.^۴ با این اوصاف اگرچه جزای کسی که احسان می‌کند جز احسان نیست و محسن را به هیچ وجه نمی‌توان به سبب آنچه از عمل نیکوی او ناشی شده است مواخذه کرد یعنی هرگاه عملی از کسی سر بزند که موجب زیان به دیگری شود و فاعل آن عمل قصد نیکوکاری داشته باشد مسئولیتی به عهده فاعل نیست،^۵ بر این اساس قصد سود رساندن علاوه بر قصد احسان حائز اهمیت است و فقها

^۱ مهرپور، حسین، تفرشی، محمد عیسی، ابدالی، مهرزاد، اجرای حقوق اخلاقی، ص ۱۳۳

^۲ محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ج ۲ ص ۲۹۵

^۳ همان، ص ۲۹۷

^۴ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالَهُ فِي غَامِثٍ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ (۱۴)

^۵ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ (۱۵)

^۶ محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه مدنی، جلد ۲، ص ۲۹۷.

صرف عدم ضرر را برای احسان کافی نمی‌دانند، جلب منفعت را نیز از مؤلفه‌های آن می‌دانند.^۱ برخی براین نظر هستند که اگر ضرر شخص بیشتر و یا حتی مساوی منفعت آن باشد عقلاً چنین شخصی محسن محسوب نمی‌شود.^۲ بر همین اساس اگر هم والدین را در جایگاه محسنین بدانیم ابتدا باید قصد احسان و نیز قصد سود رساندن آنان از به دنیا آوردن فرزند معلول، ثابت گردد باین‌همه درجایی می‌توان به‌قاعده احسان استناد کرد که پیشینه از اراده و علم آنان بر ناتوانی و ظهور ناهنجاری در کودکان نداشته باشیم.

سوم: مصلحت

مصلحت از جمله عناوینی است که برای تشخیص نفع یا ضرر کودک استفاده می‌گردد و در مباحث قبلی به‌عنوان یکی از پایه‌ای‌ترین و اصلی‌ترین حق کودک در سلامتی شناخته شد و قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی نیز در جهت شناخت و به‌کارگیری این حق می‌باشند بر همین اساس قوانین ابتدا باید نفع کودک را در همه‌ی جهات در نظر بگیرند تا بتوانند به بهترین نحو آن را در همه‌ی وجوه چه در خانواده و چه در جامعه بکار ببندند.

چهارم: قاعده اهم فالمهم

قاعده اهم فالمهم یکی از مرجحات بحث تزامم است بر همین اساس ابتدا به توضیح اجمالی به موضوع تزامم می‌پردازیم. تزامم در جایی مطرح می‌شود که «دو حکم و یا دو قانون هر دو فعلیت داشته و تصادفاً بر عهده مکلف قرار گرفته باشد و امکان نداشته باشد که مکلف هر دو را امتثال کند»^۳ به بیان اصولیین زمانی که تنافی در مقام جعل و انشا نباشد بلکه در امتثال با یکدیگر تنافی داشته باشند تزامم اتفاق می‌افتد.^۴ همانطور که بیان شد تزامم در مقام عمل به حکم یا قانون به وجود می‌آید. با این بیان

^۱ طوسی، ابی جعفر محمدبن الحسن، التبیان فی تفسیر قرآن، جلد ۵، چاپ اول، ۱۴۰۹، ص ۲۷۹

^۲ یزدانیان، علی رضا، ثقفی، مریم، مسئولیت مدنی ناشی از بیماران مبتلا به بیماری واگیردار آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳۹۳، شماره ۱۰، ص ۴۳

^۳ فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ یازدهم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۹، ص ۱۹۴

^۴ جعفر، سبحانی، الوسیط، ص ۱۸۷

ابتدا باید دید که آیا مرجحی در این امر موجود است یا خیر اگر نبود مکلف مخیر است بر انتخاب یکی از دو حکم. مرجحات به قرار ذیل می باشند:

۱- تقدیم آنچه که بدل ندارد بر آنچه که بدل دارد .

۲- تقدیم فعل مضیق و یا فوری بر موسع .

۳- اینکه یکی از دو واجب وقت مخصوص داشته باشد یا خیر که آنکه وقت مخصوص دارد اولویت دارد

۴- یکی از دو واجب وجوب مشروط به قدرت شرعی باشد .

۵- یکی از دو واجب بر حسب زمان اتتالش بر دیگری مقدم باشد .

۶- اینکه یکی از دو فعل از نظر شارع سزاوارتر و مقدم تر باشد.^۱

۷- تقدیم یکی از متزاحمین بر دیگری به علت اهمیت (اهم و فالمهم)^۲

با توجه به توضیحات مختصری که داده شده در رابطه با تزامم حقوق در وهله اول چیزی که باید مورد توجه قرار بگیرد توجه به یک قاعده است (الجمع مهما ممکن اولی من ترکه) و اگر بتوانیم بین دو حقوق متزاحم وجوه قابل جمعی را پیدا کنیم بهتر از رها کردن هر دو آن و در ادامه اگر نتوانیم، دست به تخییر (در صورت نبود مرجحات گفته شده) می زنیم و این اگرچه یک حکم عقلی است اما شرع نیز به آن حکم می کند^۳. در اینجا چیزی که مسلم است نمی توان بر آن هیچ خدشه ای وارد کرد این است که هیچ یک از افراد نمی توانند برای رسیدن به خواسته های مادی و معنوی خود حقوق افراد دیگر اعم از موجود و یا غیر موجود را تباه کنند بر همین اساس طبق بند ۷ و در صورت تزامم حق سلامت و حیات کامل کودک در برابر حق فرزند دار شدن زوجین، سلامت کودکان از اولویت بالایی برخوردار می باشد و حکم عقل بر مقدم داشتن آنچه مهم تر است حکم می کند و در مورد تزامم بین دو حکم که از آن استنتاج می شود که حکم مهم تر نزد خداوند فعلیت دارد^۴ و در عالم واقع نیز اگر یک فعلی از اولویت بیشتری برخوردار باشد ابتدا انجام می شود. با این توضیح وجود سلامتی به طور کلی یکی از مهم ترین

^۱ مظفر، محمدرضا، اصول فقه، علیرضا هدایی، جلد دوم، چاپ پنجم، انتشارات حکمت، تهران، ۱۳۸۱، ص ۱۹۸ تا ۲۰۵

^۲ سبحانی، جعفر، الوسیط، ص ۱۸۷

^۳ مظفر، محمدرضا، اصول فقه، علیرضا هدایی، ج ۲، ص ۱۹۸ تا ۲۰۵

^۴ همان، ص ۱۲۲

حقوق هر فرد است که تمام نیازها و آزادی‌های او را تحت الشعاع قرار می‌دهد و عدم وجود آن می‌تواند سرمنشا بسیاری از مشکلات فردی و اجتماعی باشد بر همین اساس سلامتی و سالم زیستن نسبت به حق فرزندآوری در اولویت قرار دارد و در صورت تزاخم بین حق سلامتی و حق فرزند دار شدن، سلامتی در اولویت قرار دارد.

بند دوم: ضمانت اجرا

همان‌طور که در فصل اول گفته شد عاطفه و محبت والدین نسبت به فرزندان یک امر درونی و تمایل انسان به فرزند حتی یک امر غیرارادی است و باعث وجود عشق میان والدین و فرزندان می‌شود که سرمایه بزرگی است و با هیچ مالی در دنیا قابل معاوضه نیست. با همه این‌ها گاه بلکه بیشتر اوقات شاهد فداکاری کورکورانه والدین برای فرزندانشان هستیم^۱ و این حس ناب مادری و پدری تنها چیزی است که در همه اعصار به همان شکل، خودش را نشان می‌دهد و حتی شاید به جرئت بتوان گفت در عصر فعلی به دلیل کمی زادوولد شاهد افزایش وابستگی والدین به فرزندان می‌باشیم. با همه این‌ها همان‌طور که گفته شد خانواده‌ها برای داشتن فرزند تا مرز خودخواهی می‌روند و حتی اگر فرزندی با احتمال زیاد معلول متولد شود آنان بر این ریسک تن می‌دهند که این خود می‌تواند سرآغاز مشکلات عدیده برای خودشان، فرزندان و جامعه باشد. در این بخش درصدد فهم این موضوع می‌باشیم که آیا می‌توان والدین را در صورتی که باوجود آگاهی از معلولیت فرزند آینده تن به بارداری‌های پرخطر می‌دهند، مسئول شناخت؟

مسئولیت مدنی یک خطای مدنی است و عبارت است از حقوق و منافع مردم که توسط قانون مورد حمایت قرار می‌گیرد.^۲ مسئولیت مدنی را به معنی عام و خاص تعریف می‌کنند. تعریف عام آن به هرگونه تعهدی که قانون بر عهده شخص قرار می‌دهد تا زیان وارد شده به دیگران را جبران کند و بر

^۱ اسدیپور، پروین، تحولات نهاد ولایت قهری نسبت به کودک با تاملی بر اسناد حقوق بشر، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شاهد دانشکده علوم انسانی، ۱۳۹۶، ص ۲۸.

^۲ داراب پور، مهرباب، اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی، ۱۳۸۷، شماره ۴۴ و ۴۵، ص ۶۹.

دوشاخه تقسیم می‌گردد؛ قراردادی و یا قهری اما مسئولیت مدنی بیشتر ناظر بر مسئولیت مدنی قهری است.^۱

استحکام خانواده، وابسته به اصولی متعالی مانند اصل مودت و رحمت، اصل معروف، اصل عدالت و مساوات، اصل تقدم اخلاق بر حقوق، اصل مصلحت، اصل خصوصی بودن حریم خانواده، اصل کرامت، اصل تعلیم و تربیت، اصل اطاعت و احترام، اصل ثبات، اصل امنیت و عفاف است. اگرچه خانواده مرکز فراهم آوردن صفات اخلاقی و انتقال آن به نسل‌های بعدی است اما نباید تکالیف افراد خانواده مخصوصاً والدین را نادیده گرفت و بر همین اساس در مقررات داخلی نیز می‌توان موادی را یافت که بیانگر این مطلب است برای نمونه ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده؛ والدین در صورتی که برخلاف ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی عمل نمایند به حبس تعزیری محکوم می‌گردند و یا در رابطه با نفقه فرزندان که از تکالیف پدر می‌باشد، در صورت عدم پرداخت، فرزند می‌تواند از مراجع قضایی مطالبه آن را درخواست نماید. برخی وجود مسئولیت برای والدین را مطلق در نظر می‌گیرند براساس این نظر در مسئولیت مدنی مطلق بسیاری از مسئولیت‌های مدنی وجود دارد که برای احراز آن ضرورتی به وجود بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و تقصیر نیست و این‌گونه مسئولیت‌ها را مسئولیت مدنی مطلق گویند. بر اساس این نظر والدین همین‌که فرزندی را به وجود بیاورند و حتی رابطه سببیت بین آنان و معلولیت فرزندان وجود نداشته باشد نیز مقصر می‌باشند ولی این نظر در اینجا نمی‌تواند کارایی داشته باشد چراکه والدین از نظر قانونی حق بر فرزند آوری دارند و در صورت تقصیر شاید بتوان آنان را مسئول دانست.

علاوه بر جنبه‌های فردی هر انسان او یک جنبه اجتماعی نیز دارد و زندگی انسان با این دو جنبه به‌طور وسیع به یکدیگر گره خورده است و بقای حیات انسان و آسایش او در گرو مدیریت صحیح این روابط است. حقوق و اخلاق به‌عنوان نظام‌های هنجاری برای این مدیریت در نظر گرفته شده‌اند و شکوفایی انسان در گرو همکاری آن دو می‌باشد نه رقابت و نیز مکتب اخلاقی حقوق بر این عقیده می‌باشند که

^۱ بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۴، ص ۳۲ و ۳۳

^۲ احمد زاده، سید علی، پارساپور، محمد باقر، بادینی، حسن، عزیزی، ابراهیم، افول قاعده مصونیت والدین از مسئولیت مدنی در برابر فرزندان و شیوه‌های جبران خسارت مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس، ص ۹.

^۳ ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی.

^۴ داراب پور، مهرباب، اصول کلی مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان، ص ۷۰.

وجود قوانین بدون در نظر گرفتن اصول اخلاقی در قوانین هر کشور شاهد بروز یکسری بایدها و نبایدهای خشک و بی‌روحي هستیم که نتیجه آن بی‌اعتمادی افکار عمومی به حقوق است و بدون در نظر گرفتن اخلاق در توجیحات حقوقی شاهد مرگ یک ارزش می‌شویم.^۱ با این همه یکی از وظایف مهم پدر و مادر در قبال کودک، توجه به سلامت جسم و جان و روان اوست. بر همین اساس اسلام توصیه می‌کند به هنگام ازدواج و تشکیل خانواده مشترک هریک از زوجین در صفات، خصایص، خصایل روحی و جسمی طرف مقابل دقت کنند تا محصول زندگی مشترک فرزندی سالم باشد. پیامبر اکرم می‌فرماید: «جایگاه مناسب برای نطفه برگزینید زیرا ریشه‌ها (ژن‌ها) سرایت کننده‌اند.»^۲ شناخت این وظایف می‌تواند از بسیاری از مشکلات جلوگیری نماید بر این‌که شخصیت و تمامیت جسمانی تمام افراد محترم است و هیچ‌کس و در هر جایگاهی نمی‌تواند به حریم جسمی و روانی انسان تعدی نمایند هرگونه تعرض با مسئولیت مدنی و کیفری روبه‌رو خواهند شد. با این‌همه همچنان در رابطه با مسئولیت والدین در برابر کودکان و امکان طرح دعوا در صورت نقض در جسم و روان کودک اختلافاتی به چشم می‌خورد. دیوان عالی ایلی نوبت در رأی اعلام نمود که جنین یا شخصی به نمایندگی از او نمی‌تواند علیه مادر برای تقصیر او که منجر به آسیب جنین گشته است اقامه دعوا نماید زیرا والدین مصونیت دارند.^۳ و دلیل آنان بر این است که اساساً وجود فرزند حتی معلول، آسیب برای والدین محسوب نمی‌شود و زندگی، خواه با تجربه نقص با ارزش تر است از عدم زندگی.^۴ در حقوق انگلستان مصونیت در مقابل مسئولیت حاکم بوده است اما در حال حاضر نظریه مسئولیت مدنی والدین مطرح شده است با تصویب قانون معلولیت‌های مادرزادی، طرح دعوا فرزندان علیه والدین ممکن گردید؛^۵ بنابراین یک دادگاه در انگلیس در پرونده‌ای که در آن خواهان دارای معلولیت مادرزادی بوده از مادر خود بابت ابتلا به بیماری

^۱ مهرپور، حسین، تفرشی، محمد عیسی، ابدالی، مهرزاد، اجرای حقوق اخلاقی، ص ۱۲۸.

^۲ موسوی بجنوردی، سید محمد، بررسی مفهوم و معیار کودک در تفکر اسلامی و قوانین ایران برای بهره‌مندی از حقوق مربوطه، پژوهشگاه متین، دوره ۵، ۱۳۸۲، شماره ۲۱، ص ۵۴

^۳ یزدانیان، علی رضا، ثقفی، مریم، مسئولیت مدنی ناشی از بیماران مبتلا به بیماری واگیردار، ص ۴۰

^۴ Liu, NC, (1987), Wrongful: some of the problems, journal of medical ethics, 71.

^۵ احمد زاده، سید علی، پارساپور، محمد باقر، بادینی، حسن، عزیزی، ابراهیم، افول قاعده مصونیت والدین از مسئولیت مدنی در برابر فرزندان و شیوه‌های جبران خسارت مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس، ص ۱۲

سرخجه در دوران بارداری و عدم اعلام آن به پزشک شکایت نمود و مادر مسئول شناخته شد.^۱ در قانون معلولیت‌های مادرزادی مصوب ۱۹۷۶ در صورتی که در نتیجه یکی از وقایع زیر کودک، معلول متولد شده باشد به کودک حق طرح دعوا اعطا می‌گردد: عبارت‌اند از اقداماتی که بر قدرت هریک از والدین در داشتن فرزند طبیعی سالم یا مادر در دوران بارداری، بر کودک که در زمان تولد وی تأثیر گذاشته است یا زمانی که در انتخاب یا جابه‌جایی یک جنین یا سلول جنسی به منظور لقاح مصنوعی و حاملگی برای درمان نازایی، بی‌احتیاطی صورت گرفته باشد. باید توجه کرد که والدین یا هر شخصی که در ارتباط با جنین است در صورتی مسئول شناخته می‌گردد که بتوان رابطه سببیت را از رفتار آن اثبات نمود و یک رفتار غیر عرفی را به قصد اضرار انجام دهند حتی اگر قصد اضرار نداشته باشند اماره آن رفتار اصولاً با ضرر همراه باشد نیز مسئول شناخته می‌گردد. در حقوق انگلستان نیز قید متعارف تعریف شده است و موجب پذیرش دعاوی فرزندان علیه والدین می‌شود؛ یعنی اگر والدین نسبت به فرزندان رفتار متعارف را انجام ندهند، مسئول شناخته می‌شوند و والدین مسئول ضررهای ناشی از تقصیر خویش به فرزندان هستند و از طرف فرزندان می‌توانند طرف دعوا قرار بگیرند. بر طبق این نظر مؤلفه اصلی در مصونیت والدین رفتار متعارف می‌باشد؛ عرفی قابل‌پذیرش است که از طرف شارع رد نشده باشد و برآمده از عقل و نیازهای معقول جامعه باشد.^۲ شاید بتوان رفتار غیرمتعارف والدین در خصوص جنین محتمل بر نابهنجاری را این‌گونه بیان نمود که ابتدا پزشک مشکوک به حمل یکسری بیماری‌های مسری از سوی والدین می‌شود و والدین را به انجام آزمایش‌های خاص الزام می‌دارد اما والدین آنان را انجام نمی‌دهند اگرچه نمی‌توان افراد را به انجام آزمایش اجبار نماییم اما می‌توان یکی از راه‌های اثبات تقصیر در صورت وجود نابهنجاری در کودکان باشد. در رابطه با آزمایش خون رویه قضایی فرانسه بر آن است که اگر یکی از طرفین دعوا به آن استناد کند و طرف دیگر از قبول آن امتناع نماید قاضی بدون اینکه بتواند این عمل

^۱ یزدانیان، علی رضا، ثقفی، مریم، مسئولیت مدنی ناشی از بیماران مبتلا به بیماری واگیردار، ص ۴۱

^۲ داراب پور، مهرباب، اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان، ص ۹۶

^۳ احمد زاده، سید علی، پارسا پور، محمد باقر، بادینی، حسن، عزیزی، ابراهیم، افول قاعده مصونیت والدین از مسئولیت مدنی در برابر فرزندان و شیوه‌های جبران خسارت مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس، ص ۱۰

^۴ پروین، فرهاد، نصرتی صدقیانی، ناصر تحلیلی از مسئولیت مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی و تاملی تخصیص و یا عدم تخصیص آن، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، ۱۳۹۰، شماره سوم، ص ۳۸

را به او تحمیل کند مجاز است امتناع طرف را در حکم خود مورد توجه قرار داده و از آن نتیجه‌ای منصفانه بگیرد.^۱

به‌طور کلی می‌توان گفت کودکی که از لحاظ رفتارهای عمدی یا غیرعمدی دیگران به هنگام انعقاد نطفه در دوران حیات جنینی یا نقص عضو یا سایر معلولیت‌های جسمی و ذهنی متولد شده است در واقع متحمل خسارات و ضررهایی از سنخ ضررهای جانی شده است که وجود آن برای عامل ضرر منطقیاً ایجاد مسئولیت می‌کند.^۲

^۱ صفایی، سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ ۱۹ سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها

(سمت)، تهران، ۱۳۹۲، ص ۲۳

^۲ روحی، علی، حق سلامتی جنین از منظر اخلاق، فقه و حقوق پزشکی، مجله فقه پزشکی، سال دوم و سوم، ۱۳۸۹ و ۱۳۹۰، شماره ۵ و ۶، ص

۱۱۲.

فصل سوم: مصلحت جامعه و حق فرزندآوری

انسان بالطبع اجتماعی است بر همین اساس اجتماعی بودن یک غایت کلی و عمومی است که طبیعت انسان بالطبع به سوی آن روان است.^۱ بر اساس آیه ۱۳ سوره حجرات نشان از این است که اجتماعی بودن در بطن آفرینش انسان گنجانده شده است؛ و این اجتماع در هر دوره به تناسب توانایی‌های فرد برای او بزرگ و بزرگ‌تر می‌شود و اولین شرط حضور افراد در آن پذیرش قوانین و قبول تکالیف و مسئولیت‌های خود و نیز نقش خود در پیشبرد اهداف یک کل - همان جامعه هست - می‌باشد و در این مسیر نیازمند یک سازمانی هستیم که تکالیف هر فرد را معین نماید و قوانین را در هر زمان خاطر نشان کند تا با جنگلی از هرج و مرج روبه‌رو نباشیم. انسان‌ها از همان ابتدای زندگی با دو اجتماع یعنی خانواده و جامعه روبرو هستند. همیشه آنان در صدد رهایی از حکمرانی بی‌قید و شرط دولت‌ها بوده‌اند، اما مجبور به پذیرش زندگی در کنار آنان، البته با قبول شرایطی برای دو طرف می‌باشند.

نکته بسیار مهم که در اینجا وجود دارد این است که همواره افراد در صدد رسیدن به اهداف خود هستند و سود شخصی برای آنان اولویت دارد برخی بر این نظر هستند که انسان، حیوانی است که تنها به دو انگیزه هر کاری را انجام می‌دهد، ترس یا سود شخصی^۲ و در ادامه، آنان انسان‌ها را به حیوانات تشبیه کرده‌اند که زور موجب حق است، بنابراین تنها وسیله قابل تصور برای رسیدن به هرگونه نظمی در صحنه پر آشوب و منازعه آمیز اراده‌های بشری، زور است.^۳ شاید بتوان گفت که انسان‌ها بالطبع خواهان آرامش برای محیطی که در آن زندگی می‌کنند می‌باشند و با هرگونه منازعه و بی‌قانونی روی گردانند اما نمی‌توان نفع شخصی افراد را در این مورد نادیده گرفت و انسان یک موجودی دوگانه با جمع اضداد است که هم صفات خیر را در خود جای می‌دهد و هم صفات شر و نمی‌توان صفات خیر را نشاءت گرفته از ذات و فطرت او و صفات شر را مربوط به جامعه دانست چراکه جامعه نیز جدای از انسان نیست. بر همین اساس انسان نیازمند یک نظامی است تا قوانین و حقوق را یادآور شود و گاهی او را برای پذیرش آن

^۱ مطهری، مرتضی، مقدمه‌ای بر جهان بینی اسلامی جامعه و تاریخ، جلد ۵، چاپ ۵، انتشارات صدرا، تهران، ۱۳۷۲، ص ۲۰

^۲ بیات کیمتکی، مهناز، بالوی، مهدی، بازخوانی دگرترین مصلحت دولت در پرتو نظریه تعادل، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم،

تابستان ۱۳۹۴، شماره ۴۷، ص ۱۲۸

^۳ همان ۱۲۸

اجبار و یا در صورت تعدی به آن مجازات نماید. در همین راستا افراد دارای یکسری حقوقی می‌باشند که در مقام امتثال با حقوق و نفع دیگر افراد در تزاخم هست و با توجه به فرض این نوشتار و تزاخم حق فرزند آوری با مصلحت جامعه، کدام یک در اولویت قرار دارد؟ آیا حاکمیت مستقلاً دارای حق است یا به واسطه کودک یک ارگان نظارتی محسوب می‌شود؟ آیا نفع شخص جدای از نفع جامعه است؟ این‌ها سؤالاتی است که در ادامه سعی در پاسخ به آن هستیم.

مبحث اول: مفهوم مصلحت جامعه

بر اساس آنچه سابقاً گذشت توجه به مصلحت و نیز خیر جمعی از لوازم ورود هر فرد به اجتماع می‌باشد. هر جامعه بر اساس بایدها و نبایدهایی تشکیل می‌شود و اعضای خود را به احترام آن تشویق و گاهی الزام و اجبار می‌نماید. فلذا آنان نمی‌توانند بر اساس نفع و مصلحت شخصی از سود و نفع جمعی چشم‌پوشی کنند، در همین راستا، مقررات مربوط علاوه بر احترام به آزادی‌های افراد چهارچوب‌های خاصی را برای آنان ایجاد می‌کنند. با توجه به اهمیت مصلحت، ابتدا به تعریف و مفهوم دقیق آن می‌پردازیم و در ادامه به مصادیق و نیز مبانی و علل اصلی وجود مصلحت را پی می‌گیریم و در آخر نیز منابعی که در این راستا وجود دارد را بیان می‌داریم.

گفتار اول: تعریف و مصادیق مصلحت جامعه

بند اول: تعریف مصلحت جامعه

مصلحت از جمله عناوینی است که در همه اعصار به آن توجه شده و حتی فقهای اهل سنت مصلحت را یکی از راه‌های کشف حکم می‌دانند فلذا ابتدا برای شناخت بهتر آن نیازمند تعریف درست آن هستیم: در صحاح سته مصلحت را مرادف با مصالح می‌داند و به معنی ضد فساد و مقابل فساد است.^۱ در مجمع البحرین نیز مصلحت به معنای ضد فساد و خیر معنا شده است. ^۲در لسان العرب نیز به همین معنی بکار

^۱ جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، احمد عبد الغفور عطار، جلد ۱، چاپ ۴، دارالعلم للملایین، القاہرہ، ۱۴۰۷، ص ۳۸۳ و ۳۸۴

^۲ الطریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، سید احمد حسینی، جلد ۲، ۱۴۰۸، ص ۶۲۵

رفته است. ^۱دهخدا نیز مصلحت را در مقابل مفسده قرار می‌دهد «به معنای سازگاری و آنچه صلاح و نفع تشخیص داده شود، صلاح‌اندیشی و رعایت اقتضای حال».^۲

معنی اصطلاحی آن نیز جدای از معنی لغوی نیست؛ برخی آن را به معنی هر آنچه مقصود شارع است می‌دانند؛^۳ چراکه احکام الهی تماماً بر پایه جلب نیکی و خیر وضع شده است. غزالی در تعریف مصلحت آن را جلب منفعت و دفع مضرت می‌داند اما دفع مضرتی و جلب مصلحتی ملاک است که مقصود شارع باشد و از آن نظر محافظت نماید. ^۴محقق خویی مصلحت را از سنخ منفعت و مفسده را از سنخ مضرت نمی‌داند و احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است نه منافع و مضار به همین دلیل در بسیاری از واجبات شرعی از قبیل زکات، خمس، حج و جهاد ضرر مالی یا جانی وجود دارد، چنانچه در بخشی از محرّمات، منفعت مالی یا بدنی است. ^۵در قرآن واژه مصلحت عیناً بکار نرفته است اما از مشتقات آن همچون صلاح می‌توان به این مفهوم دست پیدا کرد. برای مثال در آیه ۱۰۲ سوره توبه واژه صالح به اعمال نیک و شایسته معنی شده است ^۶و یا در آیه ۵۶ اعراف از واژه اصلاح استفاده شده و در مقابل افساد قرار می‌گیرد.^۷

مصلحت یک وجه متغیر نیز دارد که معطوف به زمان و مکان است برای نمونه آیه ۱۰۶ سوره بقره شاهد این ادعاست: «هر آیه‌ای را که (محتوی حکم یا احکامی است وقتی بر پایه مصلحت و یا اقتضای زمان) از میان برداریم یا به تأخیر اندازیم بهتر از آن یا ماندش را می‌آوریم آیا ندانسته‌ای که خدا بر هر کاری تواناست.»^۸ مثال‌های زیادی می‌توان در عصر حاضر برای نسبی بودن مصلحت یادکرد. برای مثال طرح

^۱ ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد مکرم، لسان العرب جلد ۲، نشر ادب، قم، ۱۴۰۵، ص ۵۱۶

^۲ علی‌اکبر، دهخدا، لغت‌نامه، جلد ۲۹، ص ۱۴۲۶

^۳ الحکیم، سید محمد تقی، اصول العامه فی فقه المقارن، موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، قم، ۱۳۸۷، ص ۳۶۵ تا ۳۸۹

^۴ غزالی، محمد بن محمد، مستصفی، جلد ۱، موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، قم، ۱۳۸۷، ص ۱۴۰

^۵ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه ج ۴، ص ۴۰۹ و ۴۱۰

^۶ «وَأَخْرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»

^۷ «وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ»

^۸ «مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ»

- تفسیر الامام العسکری: قوله عزه و جل: «ما ننسخ من آیه او ننسها نات بخیر منها او مثلها الم تعلم ان الله على كل شی قدیر الم تعلم ان الله له ملک السماوات و الارض و ما لکم من دون الله من ولی و لا نصیر» قال الامام علیه السلام: قال محمد بن علی بن موسی الرضا علیهم السلام: ما ننسخ من آیه بان نرفع حکمها او ننسها بان نرفع رسمها و قد تلی و عن القلوب حفظها و عن قلبک یا محمد کما قال «سنقرئک فلا تنسی الا ما شالله» ان ینسک فرفع عن قلبک ذکره نات بخیر منها یعنی بخیر لکم فهذه الثانیه اعظم لثوابکم و اجل لصلاحکم من الایه الاولی المنسوخه او مثلها ای مثلها فی الصلاح لکم لانا لا ننسخ و لا نبدل الا و غرضنا فی ذلك مصلحکم ثم قال: یا محمد الم ان الله علی کل شی قدیر فلانه قدیر

کنترل جمعیت که از سال ۱۳۴۱ به اجرا درآمده بود در ابتدای انقلاب اسلامی ایران این طرح متوقف شد و بعد از جنگ تحمیلی و در اواخر دهه ۶۰ سیاست تحدید موالید به تصویب مجلس رسید. هدف این سیاست کم کردن بار جمعیت اضافی از دوش دولت و توانایی دولت آسیب‌دیده از جنگ در اجرایی کردن وظایف و نیز پیشرفت اقتصادی بود^۱ و در آن دوره مصلحت اقتصادی اقتضای کاهش جمعیت را داشت بر همین اساس تمام سیاست‌ها بر کاهش جمعیت تأکید می‌کردند.

غزالی برای مصلحت درجاتی را ذکر می‌نماید:

۱- ضروریات که شامل؛ حفظ دین، حفظ نفس، حفظ نسل، حفظ مال و حفظ عقل می‌شود و این‌ها از مواردی هستند که دین و دنیای مردم بر پایه‌های آن استوار هست.

۲- الحاجیات، چیزی که در محل حاجت قرار دارد نه ضروریات مانند احکام بیع، اجاره و...

۳- تحسینات، در حیطة مکارم اخلاق قرار دارد.^۲

مصالح و مقاصدی که رتبه ضروری است ممکن است موردنظر مجتهد قرار گیرد و برای رسیدن به آن و با تکیه بر آن به اجتهاد پردازد هرچند مصلحتی باشد که دلیل و اصلی معین از شارع، گواه بر آن نباشد؛ مثلاً هرگاه کفار عده‌ای از مسلمانان را به اسارت گرفته و برای خود سپر امنیتی قرار دهند، می‌توان به جواز یا وجوب قتل آن‌ها فتوا داد؛ چراکه در غیر این صورت کفار بر همه مسلمانان مسلط گردیده و همه را می‌کشند و پرواضح است که حفظ خون همه مسلمانان از کشته شدن این عده از اسرا به دست مسلمانان به مقصود شارع که حفظ جان همگان و کم شدن قتل مسلمانان است اقرب است.^۳ به اعتقاد بسیاری از علما احکام دین بر اساس مصالح و عدم مفسده پایه گذاری شده^۴ اگرچه پذیرش مصالح

يقدر على النسخ و غيره الم تعلم ان الله له ملك السماوات و الارض و هو العالم بتدبيرها و مصالحها و هو يدبركم بعلمه و ما لكم من دون الله من ولي باصلاحكم اذ كان العالم بالمصالح هو الله عز و جل دون غيره و لا نصير و ما لكم ناصر ينصركم من مكره ان اراد الله انزاله بكم او عذابه ان اراد احلاله لكم» - علامه مجلسی، بحار الانوار، سيد ابراهيم الميانجی، محمد باقر البهبودی، جلد ۴، مدرسه فقهات، ۱۴۰۳، ص ۱۰۴.

^۱ محمودی، محمد جواد، محمد دینی، محسن، مولفه های موثر بر حد بهینه کردن جمعیت، فصلنامه جمعیت، سال ۲۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۰۱ و ۱۰۲، ص ۱۱۰

^۲ الحکیم، سید محمد تقی، اصول العامه فی فقه المقار، ص ۳۶۵ و ۳۸۹

^۳ علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، ص ۳۲۳

^۴ امیر المومنین برخی از مصالح احکام را نام برده است:

«خدا ایمان را برای پاکسازی دل از شرک و نماز را برای پاک بودن از کبر و خودپسندی و زکات را عامل فزونی روزی و روزه را برای آزمودن اخلاص بندگان حج را برای نزدیکی و همبستگی مسلمانان جهاد را برای عزت اسلام امر به معروف را برای اصلاح توده ناآگاه نهی از منکر را

مرسله بین فقها و اصولین اختلاف است و شیعه آن را به عنوان یک دلیل مستقل نمی‌پذیرد اما در اینکه شارع مقدس شریعت را برمدار منفعت قرار داده اختلافی وجود ندارد.^۱ اما مصلحتی ملاک است که موافق با نظر و قصد شارع باشد و اختلافات اصلی بین صاحب نظران در همین جا اتفاق می‌افتد؛ چراکه اینکه چه چیزی بر اساس نظر شارع است امری مشکل است و باید توجه داشت که مصلحت دنیای امروزی یک معیار عرفی و عقلی است اگرچه در حیطه احکام باید تطبیق آن با روح اصول دینی نیز گنجانده شود.

جامعه نیز به معنای «مجموعه‌ای از افراد انسانی است که با نظامات و سنن و آداب و قوانین خاص به یکدیگر پیوند می‌خورند و زندگی دسته‌جمعی دارند، جامعه را تشکیل می‌دهند.»^۲ استاد مطهری در ادامه جامعه را به مجموعه‌ای از انسان‌ها که در جبر یک سلسله نیازها و تحت نفوذ یک سلسله عقیده‌ها و ایده‌ها و آرمان‌ها در یکدیگر ادغام شده و در یک زندگی غوطه‌ور می‌شوند،^۳ می‌داند و «افراد انسانی که هرکدام با سرمایه‌ای خطری و سرمایه‌ای اکتسابی از طبیعت وارد زندگی اجتماعی می‌شوند، روحا در یکدیگر ادغام می‌شوند و هویت روحی جدیدی که از آن به روح جمعی تعبیر می‌شود می‌یابند. این ترکیب خود یک ترکیب طبیعی مخصوص به خود است که برای آن شبیه و نظیری نمی‌توان یافت.»^۴ همان‌طور که گفته شد مصلحت یک وجه اجتماعی دارد و شاید به جرئت بتوان گفت که مصلحت بیشترین نمود خود را در جامعه دارد، بر همین اساس مصلحت جامعه در نگاه ابتدایی به معنی منفعت تمام افراد جامعه می‌باشد اما این تعریف را نمی‌توان در هیچ جامعه‌ای یافت چراکه همیشه بر اساس سود و نفع همه‌ی افراد جامعه نمی‌توان قدم گذاشت بر اساس مثال بیان‌شده شاید نفع افراد در داشتن فرزندان بیشتر

برای بازداشتن بی‌خردان از زشتی‌ها صله رحم را برای فراوانی خویشاوندان و قصاص را برای پاسداری از خون‌ها؛ و اجرای حدود را برای بزرگداشتن محرمات الهی و ترک میگساری را برای سلامت عقل و دوری از دزدی را برای تحقق عفت ترک زنا را برای سلامت نسل آدمی و ترک لواط را برای فزونی فرزندان و گواهی دادن را برای به دست آوردن حقوق انکار شده و ترک دروغ را برای حرمت نگهداشتن راستی و سلام را برای امنیت از ترس‌ها و امامت را برای سازمان یافتن امور امت و فرمان برداری از امام را برای بزرگداشت مقام رهبری واجب نموده‌اند.» (نهج البلاغه حکمت ۲۵۲ ص ۴۸۷)

^۱ محقق داماد، مصطفی، غنی زاده بافقی، مریم، تعیین مصالح نوعیه کودک از منظر فقه امامیه و مبانی آن، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۷، ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۱۵۸.

^۲ مطهری، مرتضی، جامعه و تاریخ، ص ۱۷

^۳ همان ۱۸

^۴ همان ۲۵

بوده اما حاکمیت بنا به دلایلی از جهات مختلف به داشتن فرزند کم‌تر آنان را سوق می‌داد؛ و بر اساس تعریفی که از جامعه بیان شده مصلحت نمی‌توان جدای از فرهنگ‌ها و آداب و رسوم آن جامعه باشد مگر این‌که آن برخلاف فطرت و در جهت کاهش اختیارات و آزادی‌های انسان باشد. در نتیجه در راه حمایت از مصالح جامعه و برکنار گذاشتن آن از مفاسد نمی‌توان تا آنجا پیش رویم که دری را به روی مفسده ایی ببندیم و راه را برای مفسده دیگر بگشاییم. اجمالاً مصلحت به معنای تدبیر و مدیریت کلان جامعه توسط حاکم بر پایه مصالح عمومی و حفاظت از اهداف عمومی شریعت اسلامی است، به‌طور کلی در هر شریعت و نظامی یکسری اهدافی وجود دارد که حفظ این اهداف را مصلحت می‌نامند.^۲

بند دوم: مصادیق مصلحت جامعه

الف: نظم عمومی

یکی از مصادیق مهم مصلحت جامعه نظم عمومی است. در قوانین داخلی تعریفی از نظم عمومی ارائه نداده‌اند اما در قانون اساسی در موارد مختلف نظم عمومی را تحدیدکننده آزادی افراد می‌داند؛ اصل ۲۴ قانون اساسی^۳ شاهد بر این ادعا است. در قانون مدنی نیز در ماده ۹۷۵ تأکید می‌کند که محکمه نمی‌تواند مقررات خارجی و یا خصوصی که مخل نظم عمومی است را به اجرا گذارد.^۴ در قوانین دیگر نیز نظم عمومی در اولویت قرار دارد، نشان از این است که قانون‌گذار ابتدا به دنبال آرامش و حفظ نظم در جامعه است در موارد تزاخم، نظم عمومی ترجیح دارد.

در رابطه با نظم عمومی تعاریف گوناگونی ذکر شده است؛ نظم عمومی در قوانین داخلی شامل سازمان‌هایی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور عمومی و امور

^۱ فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلامی، ص ۲۳۹

^۲ قطبی، میلاد، بهادری جهرمی، علی، محدودیت‌های آزادی در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، ۱۳۹۵، شماره ۱۰، ص ۵۹

^۳ «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام و یا حقوق عمومی باشد تفصیل آن را قانون معین می‌کند»

^۴ «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قرارداد‌های خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه‌ی جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع به اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

اداری و سیاسی و اقتصادی و حفظ خانواده هست و یک قاعده امری است، اما برخی آن را محدودتر می‌کنند و نظم عمومی را به معنی؛ «نظام سازمان‌ها و مقرراتی که ناگزیر دولت باید آن‌ها را به معرض اجرا بگذارد» می‌دانند، این تعریف شامل اشکالاتی است چراکه فقط شامل نظام سیاسی کشور می‌گردد که به قوام و بقای آن و حیثیت یک ملت بستگی دارد و آن دسته از قوانینی که جنبه خصوصی دارد همچون معاملات، اهلیت، حجر و... به نظم عمومی بی‌ارتباط است. برخی آن را ذیل مصلحت عمومی تعریف نموده‌اند و به معنی «آن نوع و سطح از نظم در روابط میان افراد و اداره امور عمومی است که بدون آن اساساً چیزی به نام زندگی اجتماعی یا جمعی ممکن نخواهد شد.»^۳ دکتر کاتوزیان نظم عمومی را این‌گونه تعریف می‌کند: «مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت، امنیت و اخلاق در روابط مردم که اداره افراد جامعه در خلاف جهت آن بلااثر باشد؛ بنابراین نظم عمومی به‌طور آشکار با منافع و مصالح جامعه مرتبط بوده و طبیعت آن به گونه ایست که همه افراد باید آن را محترم شمرده و تجاوز به آن غیرممکن باشد.»^۴

بدین جهت نظم عمومی یک عنوان کلی است که خود دارای اقسام گوناگون در سطوح مختلف هست و مجموعه‌ای از مقررات و قوانینی است که زندگی افراد را در جامعه فعلی ممکن می‌کند و هدف آن حفظ منافع عمومی است و تجاوز به آن نظمی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است را بر هم می‌زند.^۵ نظم عمومی حمایت از آزادی‌های فردی و جمعی است و حکومت نباید در استقلال فردی دخالت نماید اما درجایی که این استقلال موجب ضررهایی به موجودیت اجتماعی گردد حکومت این آزادی‌ها را محدود می‌کند چراکه احترام به حقوق تمامی افراد، از اهداف نظم عمومی هست.^۶ در نگرش اجتماعی، نظم عمومی ایجادکننده صلح درونی در یک جامعه سیاسی است و بدون

^۱ الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ۱۳۶۸، ص ۱۲۹

^۲ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، بیجا، بی تا ص ۲۶

^۳ راسخ، محمد، بیات کمیته‌ی، مهناز، مفهوم مصلحت عمومی، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ۱۳۹۰، شماره ۵۶، ص ۱۰۸

^۴ کاتوزیان، ناصر فلسفه علم حقوق، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۷، ص ۵۲

^۵ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ص ۵۸۴

^۶ چلبی، فائقه، قاسم آبادی، مرتضی، آقاپور، کمال، تحلیلی به بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران، ص ۹۸

آن تشکیل جامعه سیاسی امکان‌پذیر نیست و این آرامش حداقلی امکان بهره‌مندی افراد از آزادی‌های عمومی را فراهم می‌سازد و این نظم شرط خوشبختی و بهبودی آدمیان است.^۱

درنهایت نظم عمومی چند مؤلفه دارد:

- نظم عمومی، نوعی است.

- نظم عمومی، به تمامی مقررات و قواعد در تمام حوزه‌های حقوق اعم از عمومی و خصوصی سلطه و نظارت دارد.

- مربوط به ذات و حیثیت مبانی فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و حقوقی هست.

- نظم عمومی، هدف اصلی و غایی حقوق است.^۲

ب: اخلاق حسنه

اخلاق تنها واژه ایست که دروازه‌های خانواده بر روی آن باز است چراکه خانواده، ساخته همین قاعده است و اخلاق در نفوذ خود به خانواده مانعی ندارد زیرا از روزنه و به نیروی اعتقاد راه خود را می‌گشاید و نیازی به ضمانت اجرای خارجی و حکم زندان نیست.^۳ اخلاق به معنای «مجموعه قواعدی که لازمه نیکوکاری و رسیدن به کمال است یعنی به وسیله اخلاق، ما معیاری به دست می‌آوریم که چه کاری خوب و چه کاری بد است.»^۴ در ماده ۹۶۰ قانون مدنی^۵ اخلاق حسنه را به عنوان یک تحدیدکننده برای آزادی افراد قرار داده است. یا در ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی^۶ احسن معاشرت را که از مصادیق اخلاق حسنه است را از وظایف زوجین نسبت به یکدیگر می‌داند. در تعریف آورده شده، اخلاق حسنه؛ «شامل قواعدی است که رعایت آن‌ها در زمان و مکان معین توسط اکثریت یک جامعه الزامی شمرده شده و یا عمل به

^۱ همان، ص ۹۲

^۲ همان ص ۹۳

^۳ ناصر، کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ص ۱۴۲

^۴ کاتوزیان، ناصر، اخلاق و حقوق، فصلنامه علوم و فناوری، سال دوم، بهار و تابستان ۱۳۸۶، شماره ۱ و ۲، ص ۸۵

^۵ «هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرفنظر نماید.»

^۶ «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند»

آن‌ها نیکو تلقی می‌شود و البته فاقد ضمانت اجرای حقوقی است.^۱ دکتر لنگرودی اخلاق حسنه را به معنای قواعد اخلاقی که وجدان عمومی مردم یک کشور پایبند به آن‌هاست می‌داند و بین آن با اخلاق حسنه ارتباط تنگاتنگی قائل است.^۲ اخلاق حسنه یک مفهوم نسبی و عرفی است و اجتماع به‌عنوان یک آموزگار به افراد جامعه آموزش می‌دهد و انسان ناخودآگاه به‌خوبی و درستی گرایش دارد. باید به این نکته توجه کرد که قانون‌گذار مهم‌ترین نهادی است که بعد از عرف می‌تواند اخلاق را در نهادهایی چون خانواده جای گذاری کند، اگرچه عادات و رسوم و سنت‌ها در ملایم ساختن قوانین نقش طبیعی خود را انجام داده‌اند و آن‌ها را در خود حل کرده است. برخی صاحب نظران بر این نظر هستند که: برای یک حاکمیت بسیار اهمیت دارد که بر تمام عقاید و نظرات مردم نظارت داشته باشد اما آگاهند که خشنودی و رضایت مردم بر آرمان‌های آنان بستگی دارد و اگر حکمرانان بتوانند افکار عمومی را در جهت درست و حساب شده‌ای قالب بندی نمایند علاوه بر روحیه اطاعت گرانه و نظم جویانه را در افکار مردم جای دهند بلکه می‌توانند روحیه خرسندی و آرامش و رضایت را در آنان بیدار کنند.^۳ ولی این پایداری با فراموشی اخلاق در قوانین به سستی گراییده می‌شود^۴ و اولین نهادی که شاهد سرنگونی آن خواهیم بود خانواده است.

ج: بهداشت عمومی

بهداشت عمومی نیز از مصادیق مصلحت و نظم عمومی است. در جامعه فعلی باوجود نهاد نظارتی بین‌المللی به این مهم توجه خاصی شده که افراد بتوانند از حداقل‌های بهداشتی برخوردار باشند و دولت، به‌عنوان کارگزاران این امر محسوب می‌گردند.

بهداشت عمومی؛ علم و هنر پیشگیری از بیماری‌ها، افزایش طول عمر و ارتقای سلامت افراد با کوشش‌های سازمان‌یافته جامعه هست اساساً در بهداشت عمومی بیشترین تأکید بر جنبه‌های اجتماعی تندرستی است که هدف کلی آن تأمین شرایط لازم جهت رفاه فردی و اجتماعی بوده است. اغلب

^۱ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۵، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۱

^۲ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۲۶

^۳ بیات کمیتکی، مهناز، بالوی، مهدی، بازخوانی دکترین مصلحت دولت در پرتو نظریه تعادل، ص ۱۳۱

^۴ ناصر، کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ۱۴۵

فعالیت‌های آنان مرتبط با امر پیشگیری و درمان است،^۱ به عبارت دیگر بهداشت عمومی کوشش‌های دسته‌جمعی افراد جامعه برای پیشگیری از بیماری‌ها، افزایش طول عمر و ارتقای سطح سلامتی و توانایی انسان به منظور بهسازی محیط، کنترل بیماری‌های واگیردار، آموزش بهداشت فردی، ایجاد خدمات پزشکی و پرستاری جهت زودرس و درمان به موقع بیماری‌ها و ایجاد یک نظامی است که فرد از سطح بالایی برای تأمین نگهداری سلامتی خود برخوردار باشد.^۲ در این راستا دولت‌ها موظف‌اند حداقل بهداشت و درمان لازم برای بهبود سطح سلامتی افراد را فراهم کنند و این امکانات باید در اختیار همه‌ی افراد جامعه بدون در نظر گرفتن تفاوت‌های قومی، نژادی، دین و... قرار گیرد؛ و دولت‌ها باید قوانین مربوط به حوزه بهداشت که نیازمند به اصلاح هست را مورد اصلاح قرار دهند برای مثال در رابطه با بیماری ایدز بازنگری در قوانین و اصلاح آن‌ها و خدمات بهداشت جنسی و تولیدمثلی مردان و زنان و تولید کاندوم و رونق روش‌های پیشگیری باید مورد توجه قرار گیرد.^۳

د: امنیت عمومی

یکی دیگر از مصادیق مصلحت جامعه رسیدن به امنیت است. امنیت عمومی به معنای نبود هرگونه عوامل خطرناکی است که نظم مادی موجود در جامعه را برهم بزنند و موجب خسارات مالی و یا جانی اشخاص می‌گردد و به مجموعه اقداماتی که جهت حفاظت از یکپارچگی سرزمین و نیز حفظ منافع و مصالح عالی‌ه افراد ایجاد می‌گردد، گفته می‌شود.^۴ و در نظام حقوقی ایران می‌توان در قانون مجازات رگه‌هایی از پاسداری از موجودیت حاکمیت صورت می‌گیرد را یافت حتی به خاطر اهمیت بهداشت عمومی، اقدام

^۱ اسلامی تبار، شهریار، واعظ، بهنام، سلیمانی، افشین، نگاهی اجمالی به تحولات بهداشت و جوانان، پژوهش کاربردی مطالعات جوانان، زمستان و بهار ۱۳۸۱ و ۱۳۸۲، شماره اول و دوم، ص ۱۷۴

^۲ همتی، مجتبی، صادقیان، حمیدرضا، ثابتی، مجتبی، هداشت عمومی و عوامل تعیین کننده آن در حوزه حقوق عمومی، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره پنجم، ص ۲۷

^۳ عباسی، محمود، عباسیان، لادن، ایدز و مکانیسم‌های پایش و حمایت از حقوق بشر، فصلنامه حقوق پزشکی، سال دوم، ۱۳۸۷، شماره پنجم، ص ۶۱

^۴ چلبی، فائقه، قاسم آبادی، مرتضی، آقاپور، کمال، تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران، ص ۹۴

علیه آن از مصادیق جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی محسوب می‌گردد و در ماده ۶۸۸ قانون مجازات به این امر تأکید می‌کند.^۱

گفتار دوم: مبانی و منابع مصلحت جامعه

بند اول: مبانی مصلحت جامعه

هر فرد از همان ابتدای زندگی در یک خانواده که خود به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهاد شناخته می‌شود، چشم به جهان باز می‌کند و در هر دوره به اقتضای توانایی‌ها و آمادگی‌های فرد، به اجتماع بزرگ‌تر راه پیدا می‌کند و نکته‌ای که فرد باید به خاطر داشته باشد این است که هر جامعه به تناسب موقعیت‌ها و شرایط خاص خود قوانین مربوط به خود را دارد که فرد باید آن را فراگیرد. باین‌همه در هر نهاد و نظامی بر اساس هدف خاصی شکل می‌گیرد سؤال اصلی که در اینجا مطرح می‌شود این است که چرا می‌توان جامعه را به‌عنوان یک ذی‌حق در فرض این نوشتار قرار داده و برای آن اولویت قائل شد؟ اگرچه ابتدا باید این نکته را خاطر نشان کرد که جامعه جدای از تک‌تک انسان‌ها نیست بر اساس اهداف مشترک کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و به‌این‌ترتیب باید اصول و قواعدی که در این راستا وضع می‌گردد، متناسب با اهداف جمعی باشد اگرچه احترام به شخصیت انسان و تأمین آزادی‌ها از حقوق طبیعی است ولی «آنچه هدف اصلی قواعد حقوق را تشکیل می‌دهد حمایت از منافع اوست و اجتماع وسیله‌ای است که با استفاده از آن شخص می‌تواند حقوق خود را اجرا کند.»^۲ در این میان یکسری مکاتبی وجود دارند که ابتدا منفعت اکثر را ترجیح می‌دهند و مکتب دیگر اصالت ابتدایی را برای جامعه قرار می‌دهد و در مواقع تزاخم بین حق فردی و حق جامعه حق جامعه را در اولویت قرار می‌دهد و نهایت بحث مصلحت عمومی که یک عنوان کلی و تحدیدکننده برای آزادی افراد و نیز تضمین‌کننده صلاح آنان در پرتو زندگی اجتماعی هست مطرح می‌گردد.

^۱ «هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود از قبیل آلوده کردن آب آشامیدنی یا توزیع آب آشامیدنی آلوده دفع غیر بهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زاید، ریختن مواد مسموم کننده در رودخانه‌ها، زباله در خیابان‌ها کشتار غیرمجاز دام، استفاده غیر مجاز فاضلاب خام یا پس آب تصفیه خانه‌های فاضلاب برای مصارف کشاورزی ممنوع می‌باشد و مرتکبین چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مرتکبین شدیدتری نباشند به حبس تا یک سال محکوم خواهند شد»

^۲ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۳۶

الف: نفع گرایی

یکی از مکاتب مهم فلسفی است که شاید انسان بدون توجه به مبحث علمی این تفکر، خواهناخواه به این سمت گرایش دارد. نقطه آغاز این تفکر در قرن پنجم پیش از میلاد توسط اندیشمند چینی موتزو رقم خورد و بعدها به وسیله جان براون، جرمی بنتام، هربرت اسپنسر و غیره به مکاتب مختلف تقسیم و پرورش یافت.^۱ و هدف ابتدایی نفع گرایی بر این استوار است که بهترین فعل آن است که بیشترین خیر و خوشی را برای بیشترین تعداد انسان‌ها به بار آورد و بدترین فعل عکس آن قرار دارد.^۲ و معیار ابتدایی آنان بیشترین سود برای بیشترین تعداد انسان‌ها بوده و در غایت گرایی که از شاخه‌های همین مکتب است بر این نظر استوار است؛ یعنی آنچه مهم است نتیجه و غایت امر است و عمل درست عملی است که بیشترین نتایج خوب حاصل گردد. غایت‌گراها یک فعل را بدون در نظر گرفتن وجه اخلاقی آن در نظر می‌گیرند و اگر عنوان خوب بر آن بار شد آن فعل را حتماً اخلاقی می‌دانند.^۳ و بر این اساس اخلاق نیز در راستای بیشترین خیر و بیشترین خوبی قرار می‌گیرد و هر نتیجه‌ی خوب را حتماً اخلاقی می‌دانند برخی خوشی را ذات فضیلت می‌دانند و بر این عقیده هستند که اگر بسیاری از اعمال و محبت‌ها در شرایط عادی به عنوان فضیلت محسوب می‌گردند اگر از قانون بیشترین خوشی عمومی تخلف کنند طبیعت خود را از دست می‌دهند و به شرور تبدیل می‌گردند. شافستبری خوشی را در چهارچوب جامعه معنی می‌کند و بیان می‌دارد: «می‌دانیم که هر آفریده‌ای دارای خیر و صلاح فردی است و طبیعت، او را به پیروی از آن ملزم می‌کند ولی انسان جزئی از یک دستگاه است و برای آن که شایسته عنوان آفریده‌ی نیک و فضیلت مند باشد باید همه تمایلات، انفعالات و احوال ذهنی و نفسانی خویش را موافق خیر نوعش یا خیر دستگاهی که در آن قرار دارد و جزئی از آن است بکند. خیر فردی یا شخصی انسان عبارت است از هماهنگی یا تعادل امیال، شهوات و تأثیراتش زیر نظارت و مهار عقل. ولی از آن رو که

^۱ موسوی رکنی، فاطمه السادات، موسوی رکنی، سید هادی، حق حیات جنین نابهنجار از منظر اخلاق انسانی و منافع عمومی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هشتم، ۱۳۹۳، شماره ۱۳، ص ۹۹

^۲ آترک، حسین، سودگرایی اخلاقی، نقد و نظر، سال دهم، ۱۳۸۹، شماره اول و دوم، ص ۲۶۵

^۳ آترک، حسین، وظیفه گرایی اخلاقی، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، سال پنجم، ۱۳۸۹، شماره ۱ و ۲، ص ۲۸

^۴ همان ص ۲۶۷

انسان بالطبع موجودی اجتماعی است امکان ندارد که امیالش به هماهنگی و تعادل کامل برسد مگر آن که هماهنگ با جامعه باشد.^۱

اما باین همه؛ افرادی سود اکثریت را برخلاف حقوق انسانی قلمداد می کنند و در تعریف نفع گرایي ثمره ملاک قرار دادن نفع اکثریت در قلمرو قانون گذاری را در محوریت نفع و مصلحت عمومی قرار می دهند فلذا در صورتی که نفع اکثریت بر یک امر غیر اخلاقی تأکید کند؛ همچون نسل کشی باشد مجوزی برای بروز وجود ندارد چراکه اخلاقاً موجه نیست. برخی نظریه پردازان بر این باور هستند که اگر در نهایت نفع اکثریت اقتضا کند می توان حق های فردی و حتی حق های بنیادین اقلیت را به نفع و خواست و ترجیحات اکثریت نقض کرد.^۲ با توجه به این سخن می توان به این نتیجه رسید که حقوق بنیادین افراد اگرچه در اقلیت باشند اولویت دارند. برخی از حقوقدانان بر این عقیده می باشند که در نفع عمومی هدف این است که نفع و رای همه ی مردم در محاسبه نفع گرایي باید مورد توجه باشد. محاسبه نفع عمومی محاسبه عددی نیست محاسبه ارزشی و اخلاقی است و نفع عمومی به معنی نفع برتر است.^۳ در نفع عمومی شاید در نگاه اول به نفع اکثریت برسیم و نفع اقلیت، فدای نفع اکثریت شود اما هدف این است که نفع و رای همه ی مردم در محاسبه نفع گرایي مورد توجه قرار گیرد و نفع عمومی به معنای نفع برتر است نه نفع اکثریت.^۴ باین وجود در این مکتب نتیجه ای که می توان گرفت این است که کودک ناتوان در یک جامعه با معیار بیشترین سود در تراحم است چراکه علاوه بر بعد روحی و روانی که والدین با هر بار دیدن او خودشان را مقصر در این امر می دانند و این تفکر که رؤیاهایی که برای فرزند خود داشتند را باید به فراموشی بسپارند و نیز از منظر اقتصادی جامعه با هزینه های گزاف و بدون برنامه ریزی روبرو خواهد شد و این خود با معیار بیشترین خوشی در تعارض است؛ و مصلحت جامعه بر این حکم می کند نفع اکثریت نباید فدای نفع اقلیت شود.

^۱ اترک، حسین، سود گرایي اخلاقی، ص ۲۶۵

^۲ قاری سید فاطمی، سید محمد، مبانی توجیهی - اخلاقی حقوق بشر معاصر، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۳۶ و ۳۵، ص ۱۶۳

^۳ موسوی رکنی، فاطمه السادات، موسوی رکنی، سید هادی، حق حیات جنین نابهنجار از منظر اخلاق انسانی و منافع عمومی، ص ۱۰۰

^۴ کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، ص ۱۳۸

ب: اصالت جامعه

برحسب این نظر نمی‌توان برای افراد هدفی غیر از منافع یا هدف گروه و جمع قائل بود و آنان باید اعمال و کنش‌های خودشان را در جهت مصالح جامعه قرار دهند؛ چراکه انسان‌ها جدایی از یک جامعه نیستند.

افراد در جامعه همچون تک تک اعضای بدن می‌مانند که هدف هر عضو تلاش برای سالم ماندن کل بدن است بر این اساس منفعت فردی و حقوق شخصی در این مکتب مفهومی ندارد بر اساس این نظر حق موهبتی الهی و فطری نیست، بلکه امتیازی است که به‌منظور تأمین منافع عمومی به انسان داده می‌شود و با تکالیف گوناگون همراه است و صاحب حق نمی‌تواند به هر ترتیبی که مایل است آن را بکار ببندد.^۱ و جامعه را نیز مفهومی اعتباری نمی‌دانند که از تصور گروهی از افراد مستقل تشکیل شده باشد، بلکه حقیقتی است که با ضرورت‌ها و نیازهای ویژه خود وجود دارد و نباید ادعا کرد که تأمین آزادی فرد به‌طور ضمنی همیشه به سود اجتماع نیز هست زیرا در بیشتر موارد حفظ منافع جمع با محدود کردن آزادی فردی ملازمه دارد. بر این اساس برخی نظر داده اند که: «درست است که فرد آزادی خویش را اراده می‌کند ولی به‌عنوان یک موجود مجزا در جامعه چنین چیزی را اراده نمی‌کند. اراده فرد به‌عنوان عضوی از اجتماع با اراده گروهی که بدان تعلق دارد اشتراک دارد.»^۲ با این وجود نمی‌توان آزادی‌های انسان را نادیده گرفت باید دانست که انسان آزاد آفریده شده و یک شخصیت مستقل محسوب می‌گردد، آزاد بودن یکی از مؤلفه‌های ابتدایی و اصلی زندگی در اجتماع می‌باشد اینک انسان در تصمیم‌گیری خود از اختیار نسبی برخوردار باشد. نباید از نظر دور داشت که توجه بیش از اندازه به منافع جامعه و تعریف نفع شخصی در جهت مصلحت با اشکالاتی چون باز بودن دست دولت و طبقه حاکمیت در امر قانون‌گذاری و نفوذ به حریم خصوص افراد روبرو خواهیم شد.

با این همه افرادی هستند که در جهت ایجاد تعادل بین آزادی‌های فردی و وجود حریم خصوصی افراد و نیز منافع و مصالح جامعه قدم برداشتند بر اساس نظر رابرت الکسی باید تلاش کنیم که منافع

^۱ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۴۳

^۲ همان ص ۴۲

^۳ بیات کمیتکی، مهناز، بالوی، مهدی، بازخوانی دکترین مصلحت دولت در پرتو نظریه تعادل، ص ۱۳۳

موردحمایت با توجه به امکانات قانونی و عملی به بیشترین حد ممکن تأمین گردد و میان منافع متعارض بالانس ایجاد گردد،^۱ و در نظریه ایده تعادل به معنی فدا کردن حق‌ها و آزادی‌ها به جهت دلایل سود انگارانه نیست چراکه تنها آن دسته از اهدافی که منفعت واقعی تمام اعضای جامعه را در برداشته و به قدر کافی الزام‌آور مجاب‌کننده‌اند و می‌توانند کفه ترازو را به سمت منفعت عمومی سنگین‌تر کنند.^۲

دولت مدرن در تلاش برای ایجاد یک بهزیستی فرد بر روی زمین می‌باشد و هدفش آن است تا رابطه‌ای ایجاد کند که از یک‌سو همبستگی میان شهروندان را موجب شود و از سوی دیگر تأمین مصالح خصوصی آنان در نظر گیرد.^۳ کانت رابطه مردم و دولت را بر پایه قرارداد اجتماعی می‌داند و آزادی افراد را از حقوق طبیعی و تغییرناپذیر انسان می‌داند و دولت ناچار است آزادی را محترم بشمارد و در حدود قرارداد اجتماعی رفتار نماید.^۴

برخی بر این عقیده هستند که دولتی که بر مبنای قرارداد اجتماعی تشکیل می‌شود وظیفه دارد بر پایه قوانین طبیعی و به حکم دادرسان عادل و بی‌طرف حکومت نماید و قدرت خود را تنها برای اجرای قوانین و احتراز از بی‌نظمی و صیانت جامعه از تجاوز به کاربرد زیرا که هدف قدرتی که به حکومت داده جز استقرار صلح و امنیت و حفظ منافع عمومی ملت نیست و بر اساس این نظر دولت حق مداخله بی‌مورد به آزادی‌های افراد را ندارد و هر دولتی که بر پایه قرارداد اجتماعی استقرار یافته برخلاف مبنای اقتدار خود عمل نماید، اقتدار خود را از دست می‌دهد.^۵ باین وجود جامعه برای خود یک وجود مستقل نیست بلکه متشکل افرادی است که برای هدف و منفعت خودشان گرد هم جمع شدند و تا جایی این منافع به رسمیت شناخته می‌شود تا به منافع اعضای جامعه و یا کلیت جامعه ضرر وارد نکند.

ج: مصلحت عمومی

همان‌طور که گذشت بر اساس تعریفی که از مصلحت ارائه داده شد به‌عنوان؛ یک خیر و نفعی است که افراد را پوشش می‌دهد اگرچه این خیر می‌توان همراه با یک عدم منفعت نیز باشد ولی می‌توانیم از آن

^۱ همان، ص ۱۴۱

^۲ همان جا

^۳ احمدوند، شجاع، فلسفه سیاسی هگل و مدرنیته، ص ۱۰

^۴ کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، ص ۹۶

^۵ همان، ص ۹۹

فعل همچنان به عنوان یک مصلحت نام برد. بر همین اساس در تعریفی که از مصلحت عمومی گفته می‌شود: «در مصلحت‌هایی که فرد فی‌نفسه به خاطر آنکه عضو یک جمع یا کلیت سیاسی است واجد آن می‌گردد.»^۱ بر همین اساس فرد در کل تعریف می‌شود و در آن اجتماعی که در آن قرار می‌گیرد سنجیده می‌گردد، شاید یک تصمیم هیچ خیر و منفعتی برای او ایجاد نکند اما همین‌که در آن جامعه و کلیت قرار بگیرد مصلحت و مفسده برای او نیز جاری می‌گردد. می‌توان گفت مصلحت به معنی منفعت اکثریت افراد یا حکومت نیست بلکه باید گفت مصلحت عمومی منفعت و مصلحت مشترک همگان یا همان مصلحت حیات جمعی است.^۲ اهمیت مصلحت عمومی به حدی است که بسیاری از اندیشمندان در توضیح ویژگی‌ها و شاخص‌های دولت مدرن، کارآمدی و کارآیی دولت را کاملاً مشروط به تحقق خیر عمومی دانسته‌اند،^۳ پس مصلحت لازمه داشتن نظام کارآمد و منظم است و بر اساس نظر امام خمینی ره مصلحت نظام از مسائلی مهم است و همه باید تابع آن باشیم.^۴

مصلحت عمومی دارای دو وجه سلبی و ایجابی است از یکسو مصلحت عمومی مستلزم خودداری اشخاص از انجام اعمالی است که اصل و امکان حیات جمعی آنان را مسلماً به خطر می‌اندازد مانند خودداری از آلوده کردن محیط و از سوی دیگر نیاز به انجام پاره‌ای اعمال توسط همگان می‌باشد که برای حفظ حیات جمعی ضروری است مانند برقراری نظم و امنیت عمومی.^۵ با این اوصاف شاید ابتدا در ذهن این شبهه ایجاد شود که توجه بیش از اندازه به مصلحت عمومی باعث محدود کردن و حتی فراموشی حقوق اولیه انسان باشد و هدف اولیه قانون‌گذاری نیز رفع این شبهه و نیز ایجاد تعادل بین حریم خصوصی افراد و نیز منفعت عمومی است؛ اگرچه در مکتب حقوق فردی اشخاص از نظر حقوقی مستقل در برابر هم هستند اما در جای که منافع آنان در جامعه دچار تعارض می‌گردد، حقوق دست‌به‌کار می‌شود و نوعی همزیستی افراد را با منظم ساختن روابطشان فراهم می‌سازد.^۶ تعادل میان حقوق فرد و مصالح

^۱ معینی علمداری، جهانگیر، رابطه مصلحت عمومی و آزادی فردی، ص ۱۵۹

^۲ راسخ، محمد، بیات کمیته‌ی، مفهوم مصلحت عمومی، ص ۱۱۳

^۳ همان، ص ۹۵

^۴ خمینی، روح الله، صحیفه نور، جلد ۲۰، مدرسه فقاہت، ص ۱۷۶.

^۵ راسخ، محمد، بیات کمیته‌ی، مهناز، مفهوم مصلحت عمومی، ص ۱۰۴

^۶ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۲۷

جمعی می‌تواند درست‌ترین راه‌حل ممکن باشد. بر همین اساس حقوق شهروندان را نمی‌توان حتی در شرایط کاملاً متعارف بی‌حد و حصر تلقی کرد چراکه قطعاً هیچ‌کس با هرج و مرج موافق نیست قید نهادن بر برخی از حقوق فردی برای تضمین مصلحت عمومی باید با احتیاط انجام شود. آزادی انسان از حقوق اولیه اوست هیچ‌کس نمی‌تواند بی‌دلیل از او سلب کند یا آزادی او را با قیودی همراه سازد اگرچه باید پذیرفت، این آزادی تا جایی به راه خود ادامه می‌دهد تا در حقوق دیگر افراد وارد نشود یا حق فرد یا افرادی را ضایع نکند. انسان آزاد به دنیا می‌آید و حق دارد آزادانه رفتار نماید و از ثمره آن بهره‌مند گردد ولی برای حفظ حقوق همه‌ی شهروندان، ناچار باید حدودی برای آزادی هر یک از آنها به وجود آید یعنی آزادی هرکس محدود به آزادی دیگران است و در همین راستا افراد باید حقوق دیگران را نیز محترم بشمارند و همین باعث ایجاد حق و تکلیف در مقابل یکدیگر می‌شوند.^۲ جان لاک در رابطه با حدود سلطه بر افراد ملت بر این نظر است که؛ اشخاص به اندازه‌ای از آزادی و حقوق خود می‌گذرند که برای تشکیل دولت ضرورت دارد و مبنای اعلامیه‌ها و تضمین‌هایی که در قوانین اساسی وجود دارد همین امر است.^۳ در همین راستا نظریه‌هایی در رابطه با مصلحت عمومی وجود دارد:

- کمال‌گرایی، این فرضیه بر اصالت خیر مطرح است که خیر فی‌نفسه به‌عنوان امری زیبا و ارزشمند است.

- واقع‌گرایی، چیزی جز سازش منافع افراد نمی‌دانند.

- فایده‌گرایی، بیشترین نفع برای بیشترین افراد باشد و در خدمت بیشترین مصلحت‌های خصوصی باشد.

- پیامد‌گرایی، داوری در رابطه با پیامدهای ناشی از یک سیاست می‌داند عبارت است از عمل و تصمیمی است که هر بار بر مبنای اقتضای زمانی و با توجه به پیامدهای مورد انتظار اخذ می‌شود.^۴

بر اساس نظریه آخر می‌توان گفت که مصلحت یک بعد نسبی دارد چراکه اقتضائات زمانه داوری درستی را نسبت به خیر یا شر بودن یک عمل برای عموم می‌رساند در برخی موارد خاص می‌توان با به دست آوردن ملاک‌های مصالح و مفاسد قوانین، نسبت به ثبات و تغییر احکام نظر داد برای مثال درجایی

^۱ بیات کمیتکی، مهناز، بالوی، مهدی، بازخوانی دکترین مصلحت دولت در پرتو نظریه تعادل، ص ۱۴۰

^۲ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۳۶

^۳ همان، ص ۳۷

^۴ معینی علمداری، جهانگیر، رابطه مصلحت عمومی و آزادی فردی، ص ۱۶۹

مقتضیات زمان عوض شده و عقل و علم نیز ثابت کرده‌اند که ملاک مصلحت حکمی تغییر پیدا کرده حکم نیز دچار دگرگونی می‌شود.^۱

به‌طور کلی می‌توان گفت که در صورت تزامم بین حریم خصوصی و آزادی افراد با مصلحت عمومی ابتدا باید دید که خیر بیشتر برای کدام حادث می‌گردد و بر اساس قاعده اهم فالاهم به آن سوی تمایل پیدا می‌کنیم. برای مثال؛ در رابطه با تجسس از حریم خصوصی افراد بنا بر قواعد تزامم در صورتی که تجسس با انگیزه خیر انجام شود و دارای فواید زیادی باشد و اهمیت آن از حفظ حریم مؤمن بالاتر باشد مصلحت اهم و بالاتر را مقدم خواهیم نمود.^۲

بند دوم: منابع مصلحت جامعه

مصلحت یکی از عناوینی است که در قانون و مخصوصاً در قوانین اداری و عمومی بیشتر با آن سروکار داریم و یکی از محدودکننده‌های آزادی افراد و چهارچوب بندی آن می‌باشد و بر اساس نظر امام خمینی (ره) در مواقع تلاقی اجرای یک حکم اولیه با مصالح نظام اسلامی، حفظ و مصلحت نظام مقدم است و در تاریخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ امام خمینی فرمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام را صادر نمودند؛^۳ و از وظایف عمده این مجمع پاسخ به این پرسش است؛ که آیا امکان عبور از حکم اولیه و پیوستن به حکم ثانویه یا حکومتی هست یا خیر؟ که این احساس نیاز نیز بر اساس مصالح اجتماعی بر مبنای اسلامی صورت می‌گیرد؛^۴ و اصل ۱۱۲ قانون اساسی نیز مؤید این ادعاست.

در اصل ۴۴ قانون اساسی نظام اقتصادی، کشور را بر سه بخش استوار کرده بخش دولتی، خصوصی و تعاونی و بعد از بیان محدوده کاری هر کدام آزادی فعالیت آنان را تا جایی می‌داند که برخلاف اصول اساسی این قانون و نیز برخلاف موازین اسلام و موجب زیان جامعه نباشد، مورد حمایت قرار داده است.

^۱ سید باقری، سید کاظم، نقش مصلحت در تحولات فقه سیاسی شیعه پس از انقلاب اسلامی، فصلنامه علمی- پژوهشی مطالعات انقلاب اسلامی، سال هشتم، بهار ۱۳۹۰، شماره ۲۴، ص ۸۵

^۲ بگدلی، علی، علی اکبری بابوکانی، احسان، بررسی فقهی و حقوقی ورود دولت بر حریم خصوصی، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال ششم، ۱۳۹۶، شماره ۱۳، ص ۲۶

^۳ محسنی، فرید، نجفی اسفاد، مرتضی، بررسی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه آن در نظام جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۰۰

^۴ همان ص ۱۰۳

در ماده ۲۴ قانون اساسی محدوده آزادی مطبوعات را تا جایی می‌داند که مخل به مبانی اسلام و یا حقوق عمومی نباشد، در اینجا باید یک نکته بیان شود و آن این است که حقوق عمومی با مصلحت عمومی متفاوت و دو مقوله جدای از هم می‌باشد، در بند ۳ «سیاست‌های فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در حوزه مطبوعات» مصوب ۱۳۸۰/۴/۱۲ حقوق عمومی را این‌گونه تعریف کرده است «حقوق عمومی عبارت است از همه حقوق الزامی پذیرفته‌شده در اسلام و قانون اساسی برای فرد، جامعه و حکومت در روابط گوناگون فردی و اجتماعی که شامل حقوق خصوصی حاکم میان افراد و شخصیت‌ها و نیز حقوق عمومی در قلمرو روابط میان مردم و حکومت می‌شود. کلیت نظام اسلامی و آزادی‌های مصرع در قانون اساسی، نظم اجتماعی، امنیت، شئون اخلاقی، حیثیت اشخاص حقیقی و حقوقی نیز از مصادیق بارز حقوق عمومی است.»^۱ بر اساس این تعریف مصالح عمومی گستره وسیع‌تری نسبت به حقوق عمومی دارد و چه بسا مصلحت عموم بر آزادی‌های فردی و حقوق فردی رجحان دارد و این نکته نیز باید ذکر شود که حقوق عمومی در جامعه موارد ثابتی را شامل می‌شود درحالی‌که مصلحت در زمان و مکان متفاوت است و عام در مصلحت عمومی یک عام استغراقی نیست که منفعت تمام افراد را شامل شود بلکه مصلحت عموم مردم را به صورت کلی شامل می‌شود و نه مصلحت تک‌تک افراد جامعه و اطلاق عام مجموعی بر آن صحیح به نظر می‌رسد^۲ و می‌توان برای اثبات این حرف به اصل ۲۸ قانون اساسی رجوع کنیم که بر اساس آن مصالح عمومی با حقوق افراد تفکیک شده است.^۳

در اصل ۴۰ به صراحت منافع عمومی را مقدم بر حقوق افراد می‌داند و بیان می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» و یا در اصل ۱۱۰ قانون مذکور در رابطه با اختیارات رهبری در بند ۱۰ عزل رئیس‌جمهور را با در نظر گرفتن مصالح کشور

^۱ مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تاریخ مراجعه ۱۳۹۸/۰۴/۱۰ به آدرس:

<https://www.majlis.ir>

^۲ قطبی، میلاد، بهادری جهرمی، علی، محدودیت‌های آزادی در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۶۰

^۳ «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزند دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.»

برحسب داشتن شرایط موجود در قانون از وظایف رهبری می‌داند. در ماده ۱۵ اعلامیه حقوق بشر اسلامی در بند الف سلب مالکیت را ممنوع می‌داند مگر در جاییکه حفظ منافع عمومی در تزاخم باشد.^۱

در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ همان‌طور که قبلاً گفته شد حقی را به‌صورت سر بسته بیان می‌دارد و در اینجا احتمال دو حق در برابر حق فرزند آوری وجود دارد؛ حق سلامت کودک آن دیگری حق و مصلحت جامعه در برابر زوجین است. شاید در نگاه اول آن را از مواردی که در رابطه با حقوق کودکان به‌عنوان یک مصلحت متعالی یاد می‌کند بدانیم؛ اما نباید از نظر دور داشت که انسان زمانی می‌تواند از حقوق متمتع گردد که زنده متولد گردد و قانون در ماده ۹۵۷ حمل را نیز از حقوق متمتع می‌داند البته در صورتی که زنده متولد گردند و تنها استثنایی که در این باب موجود است، متمتع شدن معدوم به تبع موجود است البته باید توجه کنیم که در ماده ۶۹ قانون مدنی در این رابطه اصل را بر عدم درستی وقف بر معدوم می‌داند و در ماده ۷۰ به‌صورت کلی وقف بر معدوم به همراه موجود را صحیح نمی‌داند. با این همه سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا کودکی که هنوز زاده نشده و وجود خارجی ندارد و حمل نیز محسوب نمی‌گردد از حقوق متمتع می‌گردد و به‌صورت کلی می‌توان برای او حقی قرارداد؟ حق داشتن معدوم در مواردی چون حق انتفاع، حق بیمه و یا وقف یک استثناست و اصل بر عدم متمتع معدوم می‌باشد. در این اینجا دو فرض مطرح است ۱- ضرر بر معدوم ۲- ضرر معدوم است و بر اساس مطالب گفته‌شده و تبعیت از اصل و از آنجایی که معدوم حقی ندارد که وجود ضرر یا عدم آن را بررسی نمایم.

فرض بعدی بر این است که ضرر هنوز به وجود نیامده اما احتمال وجود ضرر در صورت وجود شرایط ایجاد می‌گردد. در این مورد دو نظر متصور است گروهی همچون شیخ انصاری و آیت‌الله نائینی بر این نظر هستند که ضرر معدوم قابل تصور نیست و شیخ انصاری بر این عقیده است که قاعده، اثبات ضمان نمی‌کند چرا که لا ضرر برای برداشتن حکمی است نه اثبات آن و آیت‌الله نائینی نیز با تأکید بر این گفتار اذعان دارند که ابتدا باید حکمی وجود داشته باشد و برخی مصادیق آن ضرری باشد تا لا ضرر به میدان

^۱ «هر انسانی حق مالک شدن از راه های شرعی را دارد و می‌تواند از حقوق مالکیت به گونه ایی که به خود و یا دیگران و یا جامعه ضرر نرساند برخوردار باشد نمی‌توان مالکیت را از کسی سلب کرد مگر بنا بر ضرورت حفظ منافع عمومی و در مقابل پرداخت غرامت فوری و عادلانه.»

بیاید و ایشان آن را تأسیس فقه جدید می‌داند. اما دکتر محقق داماد نظر دیگری دارد و بر این عقیده‌اند که می‌توان به ضرر معدوم نیز حکم کرد و در ادامه بر این نکته تأکید می‌نمایند که «وقتی حکومتی، نظام جامعه و ملتی را به دست دارد هرگونه سوء جریان در روابط حقوق اجتماعی ناشی از عدم تدبیر او است خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم»^۲ و در ادامه ایشان به مبنای عقلا تمسک می‌نمایند و اذعان دارند که «عقلا عامل زیان را مسئول جبران خسارت می‌دانند و همان‌طور که گفته شد پشتوانه اصلی در قاعده لا ضرر همان بنای عقلا و احراز امضای آنان از طریق عدم ردع شارع مقدس می‌باشد»^۳ و برای اثبات این نظر می‌توان به حدیثی که از پیامبر هنگام وضع حق شفعه برای شفیع از عبارت لا ضرر و لا ضرار متذکر شدند و در اینجا بر این اساس جعل حق شده نه رفع.^۴

علاوه بر مطالب گفته‌شده می‌توان به یک قاعده‌ای که اکثر فقها نسبت به آن اتفاق نظر دارند یاد کرد و آن دفع ضرر محتمل می‌باشد؛ بر اساس نظر فقها این یک قاعده عقلی است و عقل مستقلاً به وجوب آن حکم می‌نماید.^۵ بر اساس این قاعده اگر احتمال ضرر در چیزی وجود داشته باشد باید از انجام آن خودداری نماییم و این احتمال درجایی که ظن وجود فعل و یا علم اجمالی در آن وجود دارد که در این صورت احتیاط شرط عقل است.

با این اوصاف می‌توان گفت جلوگیری از ضرری که هنوز وجود ندارد و احتمال وقوع آن بسیار زیاد است عقلاً لازم است بر همین اساس در رابطه با تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده می‌توان گفت که

^۱ «مفاد الحدیث رفع الحکم الثابت، فیجب ان یکون هناک حکم ثابت علی وجه العموم و کان بعض مصادیقہ ضرریا حتی یرتفع بلاضرر و لیس مفادہ ان الضرر اذا تحقق فی الخارج یجب تدارکہ... مضافا الی ان الالتزام بهذا مستلزم لتاسیس فقه جدید...». نجفی، الخوانساری، موسی بن محمد،

منیه الطالب فی الشرح المکاسب، جلد ۳، ص ۴۲۰

^۲ مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه، جلد ۱، ص ۱۶۱

^۳ همان ص ۱۶۱

^۴ همان ص ۱۶۰

^۵ محمد کاظم، خراسانی، (آخوند خراسانی)، کفایه الاصول، چاپ اول، موسسه آل البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹، ص ۳۰۸- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ اول، مجمع متفکرین، قم، ۱۴۱۹، ص ۱۸۰ - کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول ج ۳ موسسه النشر التابعة لجماعه المدرسین، قم، ۱۴۰۶، ص ۲۱۵

جامعه به عنوان یک ذی نفع و محق می تواند زوجین را از فرزند آوری منع نماید و یا شرایطی را فراهم کند تا از بروز ضرر جلوگیری نماید.

در اعلامیه حقوق بشر بعد از بیان آزادی هایی که فرد دارد و تکالیفی که دولت در جهت حمایت از این آزادی ها دارند در ماده ۲۹ افراد را در برابر جامعه ای که در آن زندگی می کند مسئول می داند و دربند دو قانون مذکور بیان می دارد: «برای اجرای این حقوق، هر کس فقط باید در برابر محدودیت هایی قرار گیرد که توسط قانون صرفاً به هدف تأمین شناسایی و احترام به حقوق و آزادی های دیگران و برآوردن مقتضیات منصفانه اخلاق، نظم عمومی و رفاه همگانی در یک جامعه دموکراتیک تعیین می شود.»

علاوه بر موارد گفته شده دولت ها در جهت حمایت از کودکان تکالیفی دارند: طبق ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق کودک دولت ها متعهد می گردند تا حق تمام کودکان را نسبت به برخورداری از استانداردهای مناسب زندگی برای توسعه جسمی، ذهنی، روحی، اخلاقی به رسمیت بشناسند و به طور خاص در ماده ۲۳ همین قانون به حقوق کودکانی که از نظر ذهنی و یا جسمی معلول هستند می پردازد و بر اساس بند ۳ دولت ها باید امکانات لازم را جهت دسترسی کودکان به آموزش، تعلیم تربیت و خدمات مراقبتی بهداشتی، خدمات توان بخشی، آمادگی برای اشتغال و ایجاد فرصت به روشی که موجب دستیابی کودک به حداکثر کمال اجتماعی و پیشرفت شخصی از جمله پیشرفت فرهنگی و معنوی وی می شود فراهم نماید. بر این اساس برای حمایت از کودکان با شرایط خاص نیازمند حمایت هایی از طرف دولت ها که کارگزار جامعه هستند می باشد و در بند ۴ ماده ۲۳ کنوانسیون حقوق کودک به همکاری های بین المللی جهت پیشگیری از معلولیت اذعان دارد.

مبحث دوم: تزاخم حق فرزند آوری با مصلحت جامعه

همان طور که گفته شد فرزندان بزرگ ترین سرمایه یک جامعه محسوب می شوند و از گذشته تا به حال افزایش جمعیت و نیاز به نیروی کار از دغدغه اصلی برای خانوارها و جامعه محسوب می شده؛ چراکه نیروی کار بزرگ ترین منبع تولید بوده و در حال حاضر به علت رشد جمعیت منفی نیروی های انسانی با افزایش سن مواجه شده اند که خود موجب مشکلاتی چون کمی نیروی کار و افزایش بازنشستگان می گردد؛ اما باید خاطر نشان کرد که یک جامعه پویا نیازمند نیروی کارآمد می باشد تا بتواند باری از

دوش دولت‌ها بردارد و مسیر رسیدن به هدف را هموارتر کند. از نظر دورکین این مهم نیست که تعداد بیشتری از آدمیان وجود پیدا کنند بلکه مهم این است که انسان‌های موجود شکوفا گردند و تلف نشوند.^۱ اگرچه در عصر فعلی با پیشرفت علم و فناوری در جهت بهبود سلامت، شاهد کم شدن مرگ‌ومیر نوزادان هستیم و با توجه به آزمایش‌های ژنتیکی و غربالگری‌هایی که در حال حاضر انجام می‌شود از تعداد کودکان معلول کاسته شده اما آمار بیان‌شده از سوی مراکز مرتبط چشم‌گیر است که این خود سرآغاز مشکلات اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی چه برای خانواده‌ها و چه برای جامعه می‌باشد.

گفتار اول: ترجیح حق فرزندآوری

بر اساس آنچه سابقاً گفته شده فرزند آوری نوعی امتداد نسل و نیز جاودانه شدن والدین با وجود فرزندان است که حق بودن آن یک امر به اثبات رسیده است و در برخی متون حق بودن آن را مفروض می‌دانند و حتی به تعریف آن پرداختند. بر همین اساس تولد یک کودک به عنوان اولین هدف و انگیزه برای ایجاد یک زندگی است که از رهگذر آن، زندگی طعم شیرینی به خود می‌گیرد. بر اساس مقررات بین‌المللی دولت‌ها فقط وظیفه فراهم کردن زیرساخت‌ها و نیز آموزش‌های کافی به زوجین برای هموار شدن این راه را دارند و حق مداخله در زندگی خصوصی آنان را ندارند و زوجین می‌توانند آزادانه نسبت به تولد و چگونگی آن تصمیم بگیرند. در آیات و روایات نیز نه به‌طور صریح بلکه ضمنی این حق را برای والدین پذیرفته است. در همین راستا همان‌طوری که در فصل دوم بیان شد برخی فرزند آوری را حق منفی والدین تلقی می‌کنند و دخالت دیگر ارگان‌ها را قانونی نمی‌دانند^۲ و حتی برخی دادگاه‌ها تولد فرزندان به هر نحوی که باشد را مبارک می‌دانند و دعوی علیه والدین را رد می‌کند.^۳

با این وجود صرف توجه به والدین و محدود نکردن آنان در شرایط پرخطر می‌تواند موجب آسیب‌های جبران‌ناپذیری را به شاکیه‌های اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی یک جامعه وارد آورد و علاوه بر خدشه وارد شدن به سلامت و نادیده گرفتن حق اساسی کودکان، بر پیکره جامعه آسیب زند و موجب نادیده گرفتن نفع اکثر افراد جامعه گردد. فرزند آوری زمانی به عنوان حق والدین محسوب می‌شود که علاوه بر

^۱ موسوی رکنی، فاطمه السادات، موسوی رکنی، سید هادی، حق حیات جنین نابهنجار از منظر اخلاق انسانی و منافع عمومی، ص ۱۰۱

^۲ رحیمی، حبیب الله، صادقی، محمد جواد، ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح، ص ۴۷۲.

^۳ Liu, NC, (1987), Wrongful: some of the problems, journal of medical ethics, 71.

حفظ سلامت کودک، موجب خدشه به نظم و مصلحت جامعه نشود. در مجموع حق فرزندآوری یک حق مقید و مشروط است.

گفتار دوم: ترجیح مصلحت جامعه

همان‌طور که سابقاً بیان شد توجه به مصلحت و حفظ نظم آن جامعه از مقدمات حضور هر فرد در آن جامعه محسوب می‌شود بر همین اساس در اصل ۴۰ قانون اساسی منفعت عمومی را مقدم دانسته و این اصل نشان از این است که دارنده حق در درون یک اجتماع زندگی می‌کند و نمی‌تواند بدون توجه به آن حقوق خود را اعمال و سبب اضرار و به غیر و منافع جامعه شود در همین راستا در صورتی که والدین بدون توجه به سلامت کودکان آینده اقدام به فرزند آوری نمایند موجبات زیان بر اقتصاد، اجتماع و نیز فرهنگ یک جامعه را ایجاد می‌کنند، که در ادامه به آن می‌پردازیم:

بند اول: زیان اقتصادی

نیروی کار در هر کشوری عامل اصلی برای رسیدن آن کشور به قله‌های پیشرفت و توسعه می‌باشد اگرچه سیاست‌های حاکم نیز دخیل هستند؛ اما نباید تأثیر جمعیت و فعالیت اعضا را نادیده گرفت به همین دلیل از اعصار گذشته تا به امروز رسیدن به جمعیت ایدئال و فعال از دغدغه‌های خانواده‌ها و دولت‌ها بوده است. در گذشته به علت سبک زندگی و از آنجایی که که تولیدات در درون خانواده‌ها صورت می‌گرفت، فرزندان به‌عنوان یک نیروی کار محسوب می‌شدند و برای تک‌تک افراد برحسب توانایی‌شان کار مختص به خودشان وجود داشت اما امروزه به علت صنعتی شدن، این نوع و شکل خانواده‌ها تغییر پیدا کرده است اما همچنان نیروی کار و جمعیت از موارد مهم برای رسیدن به هدف محسوب می‌گردد و «افزایش جمعیت در سن کار با افزایش عرضه‌ی نیروی کار و سبب رشد اقتصادی می‌گردد از سویی دیگر با کاهش نرخ مرگ‌ومیر و افزایش امنیت به زندگی، تمایل به افزایش سرمایه انسانی و پس‌انداز از سوی افراد جامعه بیشتر می‌شود که خود به معنی افزایش کارایی نیروی کار جامعه است و براین اساس پیش‌بینی

می شود سرمایه گذاری بهبود یابد»^۱ فلذا سن در افزایش توسعه و پیشرفت اقتصادی اثر مستقیم دارد چراکه هرچقدر سن پایین تر باشد نویددهنده نیروی کار کارآمدتری است.

با این همه جمعیتی مورد نظر خانوارها و دولت ها بوده که بدون صرف هزینه خاص بیشترین بازدهی را داشته باشند. مدیرکل سازمان بهزیستی استان اصفهان: هزینه نگهداری یک کودک معلول از یک سالمند بیشتر است؛ چراکه نیازمند به خدمات حمایتی خاص خود است.^۲ فاطمه عباسی معاون توسعه پیشگیری سازمان بهزیستی کشور: هزینه نگهداری هر معلول در ماه حدود ۲ میلیون تومان و در سال ۲۴ میلیون تومان هزینه دارد. صرف نظر از هزینه های مالی، آسیب های عاطفی و اجتماعی نیز به جامعه وارد می آورد.^۳ اگرچه افراد معلول بخشی از شهروندان این جامعه محسوب می گردند و وظایف دولت هاست در جهت رسیدگی به آنان تلاش کنند و بهترین امکاناتی درخور یک انسان است را برای آنان فراهم نمایند اما تا زمانی که می توانیم از این نوع بیماری و ناتوانی جلوگیری کنیم در جهت حمایت از منافع عمومی نباید از هیچ تلاش فروگذاریم.

بند دوم: زیان اجتماعی

حقوق اجتماعی به سلسله تعهداتی گفته می شود که امروزه در جوامع پیشرفته دولت در برابر ملت به عهده گرفته است مانند فراهم کردن کار برای همه، بهبود شرایط کار و زندگی کارگران، تأمین خوراک، خانه، رفاه و بهداشت برای همه و ...^۴

با توجه به مطالعات انجام شده در رابطه با جمعیت و توسعه یافتگی، نشان از این است که ارتباط تنگاتنگی بین آن دو وجود دارد، بر همین اساس تحولات کمی و کیفی جمعیت این استعداد و قابلیت را دارد که

^۱ محمد پور، غلام رضا، بخشی دستجردی، رسول، جعفری، سمیه، اثنی عشری، هاجر، بررسی اثر ساختار سنی جمعیت بر رشد اقتصادی ایران، مجله تحقیقات اقتصادی، دوره ۴۸، ۱۳۹۲، شماره ۲، ص ۲۰۶.

^۲ باشگاه خبرنگاران جوان، آرشیو خبر، ۱۳۹۷، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۰۱

www.yjc.ir.

^۳ خبر ایران آنلاین، آرشیو خبر، ۱۳۹۷، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۰۱

www.ion.ir/news/396396.

^۴ کمالی، محمد، ایران، فریبا، مروری بر حقوق کودکان دارای ناتوانی و معلولیت، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال دوم، شماره ۷، ص ۱۰۲

روی مؤلفه‌های خاص توسعه تأثیرگذار باشد. از همین رو در هر اجتماعی جمعیت و چگونگی فعالیت آنان بر شاکله اصلی جامعه تأثیر می‌گذارد چراکه یک جامعه برگرفته از مجموعی از انسان‌ها است که برای هدف خاص و نوع فعالیتشان و استعداد و توانایی‌شان کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و بر اساس همهی این‌ها یک جامعه تعریف می‌شود. باین‌وجود باید یادآور شد که یک جامعه سالم بستگی به خانواده سالم و بانشاط دارد، بر همین اساس در این دوران دولت‌ها باید تمام تلاش خود را در جهت بهبود سلامت روانی و جسمی در درون خانواده به‌کارگیرند چراکه هر نقض در آن سریعاً به درون جامعه بزرگ‌تر وارد می‌شود زیرا انسان‌ها همچون یک زنجیر به یکدیگر وابسته‌اند و تغییر در یک‌نهاد و یا فرد در کل این سیستم تغییر ایجاد می‌نماید و در صورت تعطل در کل آن جامعه رسوخ می‌نماید. لذا جامعه‌هایی از نظر روانی سالم هستند که خانواده‌های سالم داشته باشند؛ برای مثال اگر در یک خانواده‌ای به دلیل عدم تربیت درست فرزندان و بی‌توجهی آنان فرزندان به سوء‌مصرف مواد روی بیاورند مسلماً این اثر و معضل سریعاً به جامعه وارد می‌گردد. حال فرض کنید این‌یک معضل غیرقابل درمان باشد و دائماً خانوارها باید با آن زیست کنند؛ و آن داشتن فرزند ناتوان جسمی و روانی است. تولد فرزندان در هر سنی خود ایجاد فشار روانی برای والدین می‌کند چراکه وجود مشکلات عدیده‌ای که در هر جامعه وجود دارد والدین برای پرورش و تربیت آنان دچار آشفتگی و سرگردانی می‌شوند با همه این‌ها فرض کنید فرزندی که متولد می‌شود از معلولیت خاصی برخوردار باشد و این فشار و آشفتگی در خانواده به‌مرور بیشتر می‌شود. اولین پیامد معلولیت فرزندان بر پدر و مادر، آشکار شدن مشکلات پنهانی همچون اعتیاد، احساس بیماری و ... که این خود می‌تواند نتایج منفی بر سازمان یا محلی که این افراد در آن مشغول فعالیت هستند با بی‌حوصلگی، غیبت‌های مکرر، افزایش برخوردها و تضعیف روحیه سایر کارکنان خود را نشان دهد. و مشکل بعدی که امکان بروز در خانواده را دارد مشکلات ارتباطی با سایر اعضای خانواده می‌باشد در این نوع خانواده‌ها فرزندان سالم به‌مرور به فراموشی سپرده می‌شوند و تنها انتظاری که از آن‌ها می‌رود

^۱ محمد پور، غلام رضا، بخشی دستجردی، رسول، جعفری، سمیه، اثنی عشری، هاجر، بررسی اثر ساختار سنی جمعیت بر رشد اقتصادی ایران ص ۲۰۳

^۲ سیف، نراقی، فشار روانی و والدین کودکان معلول، تعلیم و تربیت کودکان استثنایی، ۱۳۸۱، شماره ۱۰ و ۱۱، ص ۲۰

مراقبت از فرزند ناتوان است که این خود باعث ایجاد احساس خشم، گناه، افسردگی، مشکلات تحصیلی و در مجموع فشار روانی برای اعضای دیگر خانواده می‌گردد.^۱

علاوه بر همه ی این موارد مشکل جدی که در حوزه اجتماع با آن روبه رو می‌شوند نوعی تهدید علیه بهداشت روانی جامعه محسوب می‌شود. همان‌طور که پیش‌ازاین بیان شد جامعه از تعامل انسان با یکدیگر بر اساس فرهنگ‌ها و آداب و رسوم خاص هر منطقه به وجود می‌آید و هدف هر یک از آنان برای عضویت در آن اجتماع رسیدن به نتیجه و هدفی است که هر جامعه برای خود ترسیم می‌کند می‌باشد؛ و یکی از اهداف هر جامعه رسیدن به بالاترین سطح از بهداشت جسمی و روانی است و این هدف محقق نمی‌شود، مگر اینکه تمام افراد برای تحقق آن تلاش نمایند.

بر اساس تعریف سازمان بهداشت جهانی؛ بهداشت روانی به معنی: «قابلیت ارتباط موزون و هماهنگ با دیگران، تغییر و اصلاح محیط فردی و اجتماعی، حل تضادها و تمایلات شخصی به‌طور منطقی، عادلانه و مناسب است.»^۲ بر اساس این تعریف بهداشت روانی زمانی محقق می‌شود که معضلات یک جامعه حل و نیز بین افراد هماهنگی ایجاد شود. با این توضیح معلولیت علاوه بر وجه بیماری آن‌یک کنش اجتماعی تلقی می‌شود در واقع فرد یا می‌تواند و یا نمی‌تواند از شرایط عادی و معمول در جامعه برخوردار باشد^۳ و فرد ناتوان با ورودش به جامعه باعث بازخوردها و درنهایت تعامل منطقی بین افراد جامعه با آنان ایجاد نمی‌شود؛ برای مثال فردی که به بیماری ایدز و یا یکی از بیماری‌های واگیردار مبتلا باشد نگاه انسان‌ها به او نگاه ترحم‌آمیز توأم با ترس و عدم امنیت می‌باشد و این خود می‌تواند کافی باشد برای دوری‌گزینی دیگران با فرد مبتلا؛ اما این دلیل نمی‌شود که فرد بیمار از ورود به جامعه منع شود ولی باید فرهنگ‌سازی و نیز آموزش کافی چه به فرد بیمار و چه به افراد جامعه داده شود و چه‌بسا افرادی که از معلولیت ذهنی شدیدی رنج می‌برند را بتوان جامعه‌پذیر کرد و استعدادهای آنان را کشف و در راه درست هدایت نمود که همه‌ی این‌ها نیازمند امکانات، فضای مناسب و نیز آگاهی همه‌جانبه می‌باشد.

^۱ همان ۲۰

^۲ World Health Organization 2001.mental health/index.html.

^۳ ظهیری نیا، مصطفی، بررسی پیامدهای فردی و اجتماعی معلولیت، پژوهش‌نامه فرهنگی هرمزگان، ۱۳۹۰، شماره ۱ و ۲، ص ۱۶۹

بند سوم: زیان فرهنگی

شاید جمله معروف معلولیت محدودیت نیست را همه شنیده باشیم اما واقعیت چیز دیگر ایست اولین محدودیتی که برای فرد معلول در حوزه اجتماع ایجاد می‌شود، نوع نگاه و قضاوت‌های افرادی ایست که بر اساس ظاهر آنان به خود اجازه قضاوت به ناتوانی آنان می‌دهند. هر فردی که در جامعه حضور پیدا می‌کند بر اساس ظاهر و کنش‌های رفتاری حداقل اطلاعاتی را برای شناخت دیگران می‌دهد؛ مثلاً قیافه، تیپ ظاهر، نوع رفتار و ... بر این اساس افراد معلول با حضور خود در جامعه با نوع معلولیت خود باعث معرفی خودشان می‌شوند و آحاد جامعه در تعریفی که از آنان در ذهن خود شکل می‌دهند ابتدا با احتساب معلولیت آنان است و این طرز فکر مانع شناخت واقعی مخاطب نسبت به آنان و در بسیاری موارد مانع پیشرفت رابطه آنان می‌شود.^۱ باید نکته‌ای را یادآور شویم که تولد هر کودک در خانواده سرآمد بسیاری مشکلات است که این مشکلات بر اساس معلولیت افراد دوچندان می‌گردد و ابتدا برای خانواده‌ها تولد کودکان ناتوان ناگوار می‌باشد. در تعریفی که سازمان بهداشت جهانی ارائه داده است بخشی از معلولیت‌ها را مربوط به محرومیت‌هایی که فرد به‌عنوان نتیجه اختلالات و ناتوانی‌ها تجربه می‌کند، می‌داند بنابراین معلولیت منعکس‌کننده تعامل و انطباق فرد با محیطش است و در نتیجه معلولیت در ارتباط با محیط به شکلی است که به‌واسطه عدم ارائه خدمات مناسب توان‌بخشی و اجتماعی و ... فرد قادر به استفاده از امکانات نیست.^۲ نباید فراموش کنیم که کودک به‌عنوان یک انسان باید از حقوق انسانی برخوردار باشد؛ حقوقی چون پذیرش کودک، سلامت به دنیا آمدن، زندگی در محیطی سالم، برآورده شدن نیازهای اولیه، پیوسته مورد محبت قرار داشتن، دستیابی به مهارت‌های ذهنی و عاطفی لازم و قرار گرفتن تحت پوشش‌های مراقبتی و...^۳

با این‌همه حقوق فرهنگی بر اساس ماده ۱۷ اعلامیه حقوق کودک شامل دسترسی به اطلاعات و منابع گوناگون ملی و بین‌المللی به‌ویژه در مواردی که مربوط به اعتلای رفاه اجتماعی، معنوی، اخلاقی و

^۱ کاهن، مژگان، تاثیر معلولیت بر روابط اجتماعی فرد، سلامت نیوز، ۱۳۹۲، کد خبر ۸۹۶۱۷، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۲۰ از سایت:

<http://www.salamatnews.com>.

^۲ کمالی، محمد، ایران، فریبا، مروری بر حقوق کودکان دارای ناتوانی و معلولیت، ص ۹۷

^۳ همان ص ۹۹

بهداشت جسمی و روحی می‌شود و نیز سایر اصولی است که در این حیطة قرار دارد^۱ و در ماده ۲۳ کنوانسیون حقوق کودک در ۴ بخش حقوق معلولین را تشریح نموده و دولت را موظف به اجرایی شدن آن اصول نموده است که شامل:

۱. «کشورهای طرف کنوانسیون اذعان دارند کودکی از نظر ذهنی و یا جسمی دچار نقص هست باید در شرایطی که متضمن منزلت و افزایش اتکابه‌نفس باشد و شرکت فعال کودک در جامعه را تسهیل نماید، رشد یافته و از یک زندگی آبرومند و کامل برخوردار گردد.

۲. کشورهای طرف کنوانسیون حق کودکان معلول را برای برخورداری از مراقبت‌های ویژه به رسمیت می‌شناسد و ارائه این مراقبت‌ها را برحسب شرایط والدین و یا مسئولین کودک و منوط به وجود منابع، به این‌گونه کودکان و کسانی که مسئول مراقبت از وی هستند، تشویق و تضمین خواهند کرد.

۳. با تشخیص نیازهای ویژه کودک معلول، کمک‌های مقررشده در پاراگراف ۲ این ماده در صورت امکان می‌بایست به‌طور رایگان و با در نظر گرفتن منابع مالی والدین و یا مسئولین کودک انجام گیرد و می‌بایست به نحوی برنامه‌ریزی شود که کودک معلول بتواند دسترسی مؤثر به آموزش، تعلیم و تربیت و خدمات مراقبتی بهداشتی، خدمات توان‌بخشی، آمادگی برای اشتغال و ایجاد فرصت به روشی که موجب دستیابی کودک به حداکثر کمال اجتماعی و پیشرفت شخصی از جمله پیشرفت فرهنگی و معنوی وی می‌شود، داشته باشد.

۴. کشورهای طرف کنوانسیون در سایه همکاری‌های بین‌المللی، مبادله اطلاعات لازم را در زمینه مراقبت‌های بهداشتی جهت پیشگیری و معالجات پزشکی، روانشناسی و توان‌بخشی کودکان معلول من‌جمله انتشار و در دسترس قرار دادن اطلاعات مربوط به روش‌های توان‌بخشی، آموزش و خدمات حرفه‌ای باهدف قادر ساختن کشورهای طرف کنوانسیون به پیشبرد توانائی‌ها و مهارت‌های خود و گسترش تجربیات آنان در این زمینه‌ها، افزایش خواهند داد. در این ارتباط، به نیازهای کشورهای در حال توسعه توجه خاصی مبذول خواهد شد.»

بر همین اساس دولت به‌عنوان کارگزار مردم باید بهترین امکانات را در حد توان اقتصادی و فرهنگی و اجتماعی در اختیار تک‌تک شهروندان قرار دهد و همان‌طور که مشاهده شد این رسیدگی برای معلولان

^۱ همان ۱۰۲

و افراد ناتوان به علت شرایط خاص شان باید از درجه بالاتری برخوردار باشد و رسیدگی یعنی اختصاص دادن بودجه جداگانه برای ساخت مدارس و تخصیص معلمان خاص و نیز مددکاران در حوزه خانواده‌هایی که فرزند معلول دارند. و نیز مراکز درمانی جداگانه تا افراد مذکور با آرامش بیشتر و در اسرع وقت به مشکلاتشان رسیدگی گردد.

نتیجه‌گیری

خانواده با اجتماع دو جنس مخالف شروع و با تولد فرزندان به اوج شکوفایی خود می‌رسد. فرزند دار شدن حقی است که با انعقاد عقد نکاح برای زوجین ایجاد می‌شود و هیچ ارگانی نمی‌تواند آنان را از این حق محروم کند، چراکه فرزندان نتیجه نیاز به ابقاء نسل والدین است و با توجه به تعریف سازمان بهداشت جهانی و نیز آیه ۲۲۳ سوره بقره و همچنین روایات موجود، اثبات‌کننده این ادعا است و داشتن فرزند حقی غیرقابل انکار برای والدین محسوب می‌شود؛ اما چیزی که موجب اختلاف شده صاحب این حق است؛ که برخی این حق را به زوجه و برخی دیگر به زوج می‌دهند اما باید توجه نمود که فرزند از همان بدو تولد و قبل تولد و حتی قبل‌تر و در دورانی که نطفه‌ای منعقد نشده بود مسئولیت اخلاقی و مادی را بر والدین بار می‌کند و نمی‌توان بدون توجه به یک‌طرف حق فرزند دار شدن را به زوج یا زوجه داد و موجبات اضرار آنان را فراهم کرد؛ چراکه اگر بر اساس قانون سقط درمانی، حق سقط جنین نابهنجار را از اختیارات زوجه بدانیم، با رضایت زن به تولد آن کودک، فقط مادر از پس آن ضرر نمی‌کند و موجبات مخاطرات بر کل نظام خانواده و حتی اجتماع را فراهم می‌کند و در این میان جامعه متأثرترین نهادی است که تأثیرات خانواده را در خود جای می‌دهد و کودک نابهنجار به‌طور مستقیم و غیرمستقیم باعث خسران جامعه می‌شود، بر همین اساس نمی‌توان کل خانواده و نیز جامعه را از نظر دور داشت و حق سقط جنین نابهنجار را به زوجه داد.

با این وجود دلیل و مبنای اصلی فرزند آوری در هر دوره، بنا به شرایط خاص اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی متفاوت است و هرکدام از عوامل اقتصادی، اجتماعی و حتی مذهبی می‌تواند دلیل مستقل برای ایجاد انگیزه برای فرزند دار شدن و یا نشدن آنان شود. برای مثال در گذشته فرزندان به‌عنوان سرمایه انسانی برای خانواده و نیز متضمن استقلال اقتصادی و گسترده شدن افق آینده اقتصادی خانواده می‌شدند اما در حال حاضر از آنجایی که والدین تا مدت‌های طولانی باید هزینه‌های فرزندان را فراهم کنند انگیزه آنان برای داشتن فرزند زیاد، از بین رفت و شاید بتوان گفت که قصد ابتدایی در یک دوره برای داشتن فرزند زیاد، به نیروی کار بوده و در حال حاضر با آن هدف فاصله گرفته و تمایل به داشتن فرزند کم‌تر بیشتر شده است. دیگر عوامل مؤثر برای فرزند دار شدن محرکه‌های اجتماعی است برای مثال تحقیقات نشان می‌دهد در جوامعی که از نظر دینی استوارتر باشند پذیرششان برای فرزند دار شدن بیشتر است. دیگر دلیل و مهم‌ترین دلیل برای فرزند دار شدن یک خواست و تمایل درونی است؛ چراکه هر فردی

علاقه دارد از خود فرزندی به یادگار بگذارد و این یک امر ذاتی است که در آیه ۴۶ سوره کهف آن را بیان می‌دارد. با این همه عوامل مؤثر همچون بیکاری، امید به آینده، امنیت اجتماعی و... دیگر عواملی است که می‌تواند در روند فرزند آوری مؤثر باشد.

در آثار فقها اگرچه داشتن فرزند به عنوان یک حق یاد نشده، اما در بحث عزل منی فقها به دو گروه تقسیم می‌شوند برخی عزل را حرام می‌دانند و دلایلی چون روایات، اجماع، قصد و هدف نکاح و نیز دیه ایی که برای عزل در نظر می‌گیرند استناد می‌کنند و برخی آن را مکروه می‌دانند؛ دلایل اصلی آنان روایاتی است که شرط فرزند دار شدن را توسط زوج و یا زوجه صحیح می‌دانند، است. با این همه دلیل متقنی برای حرمت عزل وجود ندارد چراکه روایت مورد استناد شرط فرزند آوری را در ضمن عقد نکاح صحیح می‌داند و در نهایت می‌توان گفت فرزند آوری از اختیارات زوجین محسوب می‌گردد و نمی‌توان بی دلیل آنان را محدود نماییم؛ اما در پاسخ به سؤالی که حکم فرزند آوری چیست می‌توان این گونه پاسخ داد که؛ با توجه به آیات و روایات، فرزند دار شدن یکی از مهم‌ترین حکمت‌های ازدواج محسوب می‌گردد و با این اوصاف در ابتدا یک فعل مستحب است اما اگر در صورت فرزند دار نشدن موازنه جمعیت برهم بخورد و یا جمعیت مسلمانان به نفع کفار کاهش یابد فرزند دار شدن یک واجب کفایی است تا آسیبی به حاکمیت اسلامی نرسد.

سلامتی یکی از حقوق اساسی هر فرد در هر جامعه‌ای محسوب می‌گردد. سلامتی اگرچه در لغت به معنای تندرستی و عافیت هست، اما در مقدمه سازمان بهداشت جهانی، سلامتی را یک حالت رفاه کامل جسمی و روحی و اجتماعی می‌داند و از معنی عدم بیماری و ناتوانی فراتر رفته است و مفهوم گسترده‌تری چون بهداشت عمومی، مراقبت‌های بهداشتی، حمایت دولت، بیمه‌های درمانی و... را نیز شامل می‌شود و از این منظر حق سلامتی به معنی دسترسی آسان تمام انسان‌ها به امکانات بهداشتی و درمانی است تا هر کس بخواهد بتواند به آن دسترسی داشته باشد؛ بنابراین کودک نیز از این جایگاه مستثنا نیست و به عنوان یک فرد انسانی باید به تمامی امکانات رفاهی و بهداشتی دسترسی داشته باشد؛ و این حقوق از حقوق طبیعی همه انسان‌ها می‌باشد که نه قابل انتقال است نه اسقاط و تفاوت در اقلیم در متن این قوانین تغییری ایجاد نمی‌کند بلکه یک قانون ثابت برای همه در همه‌ی زمان‌هاست و همه انسان‌ها بدون تبعیض و بدون توجه به رنگ و نژاد و اقلیم و زبان و دین باید به‌طور گسترده در اختیار داشته باشند.

مصلحت کودک دیگر عنوانی است که مبنای و علت سلامتی کودک قرار می‌گیرد. از نظر مفهومی مصلحت و منفعت با یکدیگر متفاوت می‌باشند و مصلحت علاوه بر امور مادی امور معنوی را هم شامل می‌شود در حالی که منفعت فقط به نیازهای مادی کودک نظر دارد با این اوصاف چیزی که مدنظر قانون‌گذاران بوده همان مصلحت است تا کودک در سطوح مختلف به خیر برتر دست یابد؛ و چیزی که نباید از قلم دور داشت این است که مصلحت یک امر نسبی است و از شهری به شهر دیگر و از فرهنگی به فرهنگ دیگر متفاوت است و نمی‌توان با نسخه واحد برای همه کودکان راهکار یکسان تجویز نماییم. با این وجود مصلحت عالی‌ه کودک حکم می‌کند که رسیدن به بالاترین استانداردهای بهداشتی و درمانی حق همه‌ی کودکان باشد؛ زیرا که سلامتی از اصلی‌ترین حقوق یک فرد برای ادامه زندگی هست.

در قوانین داخلی و بین‌المللی می‌توان اشاره‌هایی که مقررات به حق سلامت کودک پرداخته‌اند توجه نمود؛ همچون گواهی‌های سلامت که به منظور بهبود کیفیت زندگی زوجین و نیز جلوگیری از انتقال بیماری‌های والدین به کودکان می‌باشد و یا معاهدات حقوق کودک برای بهتر شدن سطح زندگی و رشد کودک از نظر روحی و جسمی را شامل می‌شود اما با همه این موارد و قوانین عدیده، ضمانت اجرای سختی برای اجرایی شدن صددرصدی قوانین وجود ندارد و همچنان شاهد نقض شدن قوانین توسط دولت‌ها و افراد هستیم. مهم‌ترین قانونی که به طور گسترده به سلامت کودکان آینده توجه نموده ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده می‌باشد اما در این ماده با یک ابهام مهم روبه‌رو می‌شویم و آن عقیم‌سازی اجباری است اما باید توجه کرد، عقیم‌سازی اجباری یک عمل غیرانسانی و برخلاف کرامت انسانی است بر همین اساس احترام به تمامیت جسمانی انسان‌ها حکم می‌کند که آنان در انتخاب و تصمیم‌گیری آزاد باشند و در صورت سوءاستفاده هر کس بر اساس حقوق و آزادی‌های خود مسئول شناخته شوند

با این وجود برخی فرزند آوری را حق بلامنازع والدین می‌دانند و آزادی آنان در فرزند آوری مقید به هیچ قیدی نیست و دولت‌ها نمی‌توانند مانع آزادی‌های آنان شوند اگرچه احترام به والدین و نیکی به آنان در هر دین و آیینی سفارش شده است اما نامحدود بودن اختیارات والدین سبب نادیده گرفتن حقوق ابتدایی کودکان می‌شود. در طرف دیگر سلامت کودکان به عنوان اصل اساسی پذیرفته شده است که در هر حال سلامتی آنان باید در اولویت باشد و برای اثبات این نظر به آیات و روایات و همچنین نظر فقها و نیز به دلایل عقلی همچون قاعده لا ضرر و نیز اهم فلاحی استناد می‌کنند. بر همین اساس اولین ضمانت اجرایی که می‌توانیم در این موضوع اتخاذ نماییم، قبول مسئولیت مدنی والدین در برابر فرزندان می‌باشد. مسئولیت

مدنی یک خطای مدنی است و عبارت است از حقوق و منافع مردم که توسط قانون مورد حمایت قرار می‌گیرد و بر اساس این تعریف حقوق کودک نیز جز حقوقی است که باید توسط همه‌ی افراد و اشخاص مورد حمایت قرار بگیرد، اما در رابطه با والدین نمی‌توان مانند دیگر افراد برخورد کرد، به سبب آنکه احترام به آنان از سوی دین سفارش شده و نمی‌توان با کوچک‌ترین فعل، مجازات سخت بر آنان بار کرد، اخلاق در خانواده خود به‌عنوان یک قانون نانوشته در آن جریان دارد احترام به والدین در جای‌جای دین سفارش شده و نمی‌توان نسبت به آن بی‌تفاوت بود اما گاهی رفتار والدین موجب خسارات جبران‌ناپذیری برای کودکان می‌شود همچون والدینی که تالاسمی هستند و به احتمال ۵۰ درصد کودک آینده آن دو تالاسمی می‌شود در صورتی که والدین بدون توجه به آن، اقدام به فرزند دار شدن بکنند که نتیجه آن ایجاد یک فرزند بیمار می‌شود که تا عمر دارد این بیماری همراه او باقی می‌ماند و آثار جبران‌ناپذیری را برای او ایجاد می‌کند در این صورت کودکان می‌توانند از والدین برای این پیش آمد خسارت مادی و معنوی دریافت کنند.

با توجه به فرض این نوشتار در صورت تولد فرزندان ناتوان علاوه بر مشکلات عدیده بر خانواده‌ها، جامعه نیز دچار خسارت‌های مادی و معنوی می‌شود و با توجه به تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده می‌توان ادعا کرد؛ توجه ابتدایی در این ماده به‌حق جامعه می‌باشد. بر اساس منطق حقوقی ضرر معدوم بر معدوم مبنای قانونی ندارد چراکه متعلق، معدوم است و هنوز وجود خارجی ندارد تا بتوانیم او را محق بدانیم و حق خاصی را به او نسبت دهیم. بااینکه ضرر تولد کودک نابهنجار نیز معدوم است اما ضرر معدومی است که محتمل بر وقوع است و از نظر منطق اصولی دفع ضرر محتمل واجب است و با این توضیح؛ صاحب اصلی این حق در این تبصره جامعه هست که در صورت تولد کودک ناسالم تکالیف متعدد بر او بار می‌شود. از این منظر می‌توان محق بودن جامعه را در مصلحت جامعه جستجو نمود لذا مصلحت به معنای تدبیر و مدیریت کلان جامعه توسط حاکم بر پایه مصالح عمومی و حفاظت از اهداف عمومی شریعت اسلامی است. به‌طورکلی در هر شریعت و نظامی یکسری اهدافی وجود دارد که حفظ این اهداف را مصلحت می‌نامند و بر اساس تعریفی که از جامعه بیان شده مصلحت نمی‌توان جدای از فرهنگ‌ها آداب و رسوم آن جامعه باشد مگر این که آن فرهنگ برخلاف فطرت و در جهت کاهش اختیارات و آزادی‌های انسان باشد. در نتیجه در راه حمایت از مصالح جامعه و برکنار گذاشتن آن از مفاسد نمی‌توان تا آنجا پیش رویم که دری را به روی مفسده‌ای ببندیم و راه را برای مفسده دیگر بگشاییم.

مصادیق اصلی در رابطه با مصلحت جامعه همان محدودکننده‌های آزادی افراد هستند که اختیارات آنان را در یک چهارچوب قرار می‌دهند تا حقوق همه‌ی افراد از جمله جامعه و حاکمیت حفظ گردد و در این میان از جمله مهم‌ترین آنان نظم عمومی، اخلاق حسنه، بهداشت و امنیت عمومی است که هر کدام از این‌ها به تناسب کارکردشان، افراد جامعه را با محدودیت‌هایی همراه می‌سازند.

مبانی اصلی مصلحت جامعه را می‌توان در مکاتبی که مصلحت و منفعت اصلی را برای اجتماع قرار می‌دهند جست؛ و بر اساس نظر منفعت‌گراها بهترین فعل آن است که بیشترین خیر و خوشی را برای بیش‌ترین تعداد انسان‌ها به بار آورد و بدترین فعل عکس آن قرار دارد و مدافعان اصالت جامعه بر این نظر هستند که نمی‌توان برای افراد هدفی غیر از منافع یا هدف گروه و جمع قائل بود و آنان باید اعمال و کنش‌های خودشان را در جهت مصالح جامعه قرار دهند چراکه انسان‌ها جدایی از یک جامعه نیستند. بر این اساس تمام اعمال و حتی حقوق شخصی آنان باید در جهت مصالح جامعه قرار گیرد و مصلحت عمومی مصلحتی است که با ورود به یک گروه سنجیده می‌شود و چه بسا رفتاری برای یک فرد نفعی نداشته باشد اما همین‌که وارد آن گروه شد بر اساس معیارهای آن، مصلحت شناخته می‌شود.

در نتیجه فرزندان بزرگ‌ترین سرمایه یک جامعه محسوب می‌شوند و از گذشته تا به حال افزایش جمعیت و نیاز به نیروی کار از دغدغه‌های اصلی برای خانوارها و جامعه محسوب می‌شده چراکه نیروی کار، بزرگ‌ترین منبع تولید بوده اما باید توجه نمود که نیروی کاری مدنظر است که کارآمد باشند و بتوانند از مشکلات جامعه بکاهند نه اینکه خود موجب مشکلات عدیده در جامعه گردند، باید توجه نمود که وجود فرزند ناتوان علاوه بر ایجاد مشکلات برای خانواده‌ها، ایجاد کنند مشکلات بسیار برای جامعه نیز می‌گردد؛ به سبب آنکه خانواده بخش مهمی از اجتماع است و وجود هرگونه مشکل در آن موجب انتقال آن به جامعه می‌شود. بر این اساس کودکان ناتوان چه ذهنی و چه جسمی هزینه‌های جبران‌ناپذیری را بر دوش جامعه و دولت‌ها قرار می‌دهند و از آنجاکه این هزینه‌ها یک نوع هزینه‌های غیرقابل پیش‌بینی است موجب به هم خوردن تعادل و نظم اجتماع می‌گردد و منافع عمومی افراد را دچار خدشه می‌کند.

پیشنهادها

اهم پیشنهادهایی که از رهگذر مطالعات و تبیین موضوع تحقیق به عمل آمده از قرار ذیل است :

۱- از آنجایی که محور اصلی این نوشتار ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ می‌باشد و ۷ سال از تصویب این قانون می‌گذرد اما همچنان شاهد ابهاماتی گسترده و نیز درخور توجه هستیم و یکی از موارد مهم آن عقیم‌سازی اجباری است چراکه از لفظ منع تولید نسل همچین ابهامی ساخته است بر همین اساس قانون‌گذاران و دکتیرین در این امر باید به تفسیر این ماده در رابطه با موضوع عقیم‌سازی بپردازند تا به تمامیت جسمانی و نیز کرامت انسانی افراد خدشه‌ای وارد نگردد.

۲- مطلب بعدی که در رابطه با ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده وجود دارد؛ عدم ضمانت اجرای درست می‌باشد. اگرچه در صورت عدم انجام آزمایشات و عدم داشتن گواهی سلامت از موارد عدم ثبت نکاح است و در صورت بی‌توجهی به گواهی سلامت و ثبت آن ضمانت اجرای کیفی مندرج در ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده محکوم می‌گردند؛ اما باید توجه نمود که در صورت داشتن گواهی سلامت و تأکید آن بر بیمار و یا معتاد بودن زوجین و رضایت آنان به ازدواج، ثبت ازدواج بلامانع است و عملاً تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده بدون ضمانت اجرا باقی می‌ماند. در این راستا قانون‌گذار باید برای جلوگیری از تضییع حق و منافع جامعه راهکارهای مناسبی را ارائه دهد؛ همچون عدم پوشش دهی بیمه به زوجینی که اقدام به فرزند آوری می‌نمایند.

۳- پیش از همه‌ی این‌ها ابتدا باید دولت‌ها امکانات لازم برای دسترسی افراد برای تشخیص و نیز جلوگیری از نابهنجاری در کودکان را ارائه دهند. در حال حاضر انجام آزمایش تالاسمی قبل از ازدواج اجباری است اگرچه بر اساس قانون برنامه ششم توسعه ماده ۷۵ اذعان دارد: «کلیه متقاضیان ازدواج باید جهت ثبت قانونی ازدواج دائم، گواهی انجام غربالگری در شبکه‌های بهداشت و درمان را به‌منظور شناسایی ازدواج‌های پرخطر از نظر بروز اختلالات ژن‌شناسی (ژنتیکی) به دفتر ازدواج ارائه نمایند.» با این‌همه به خاطر هزینه‌بر بودن آزمایشات ژنتیک همچنان برخی زوجین توان پرداخت هزینه‌های آن را ندارند و از همه مهم‌تر عدم آگاهی زوجین نسبت به این مسئله است و در ابتدا دولت‌ها باید آموزش لازم را از طریق رسانه‌ها و مراکز تأثیرگذار آغاز کنند تا افراد آگاهی کامل نسبت به بیماری‌ها داشته باشند چراکه گاهی فردی در خانواده ایی زیست می‌کند که هیچ مشکل و بیماری ژنتیکی ندارند، اما همه‌ی بیماری‌ها عیان نیستند و گاهی مشکلات ژنتیکی پنهان است و با تولد کودک به آن منتقل می‌گردد.

۴- اصلاح ماده واحد سقط درمانی، بر اساس این قانون در صورت حرج مادر و اذن او مجوزی است برای سقط جنین اما باید توجه نمود که قید اذن مادر و اختیاری بودن آن از متن قانون برداشته شود چراکه فرزند ناسالم موجبات هزینه‌ای گسترده برای جامعه و به کلیت خانواده نه فقط مادر ایجاد می‌کند. برای همین در صورت بروز اختلال در جنین قبل از ولوج روح و تشخیص پزشک بر عدم درمان آن بیماری بعد از تولد، مجوزی برای سقط جنین گردد.

منابع

قرآن

نهج البلاغه

کتاب‌های فارسی

- ۱- اعزازی، شهلا، **جامعه‌شناسی خانواده، با تأکید بر نقش، ساختار و کارکرد در دوران معاصر**، چاپ سوم، روشنگران و مطالعات زنان، تهران، ۱۳۸۲.
- ۲- الماسی، نجاد علی، **تعارض قوانین**، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ۱۳۶۸.
- ۳- آندره، میشل، **جامعه‌شناسی خانواده و ازدواج**، فرنگیس اردلان، ۳، انتشارات دانشکده علوم اجتماعی و تعاون، ۱۳۵۴.
- ۴- بادینی، حسن، **فلسفه مسئولیت مدنی**، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۴.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مقدمه عمومی علم حقوق**، بیجا، بی تا.
- ۶- _____، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۵، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸.
- ۷- حکمت نیا، محمود، **حقوق زن و خانواده**، جلد ۳، چاپ ۳، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۹۲.
- ۸- خامنه ای، سید علی، **راهنمای فتاوا**، بی جا، ۱۳۹۰.
- ۹- ساروخانی، باقر، **مقدمه ای بر جامعه‌شناسی خانواده**، چاپ سوم، سروش، تهران، ۱۳۷۰.
- ۱۰- صفایی، سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی، **حقوق مدنی اشخاص و محجورین**، چاپ ۱۹ سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، تهران، ۱۳۹۲.
- ۱۱- طباطبایی، محمد حسین، **ترجمه تفسیر المیزان**، سید محمد باقر موسوی همدانی، جلد ۲ و ۱۳، مدرسه فقهت.
- ۱۲- علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و مصلحت**، چاپ سوم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۹۴.
- ۱۳- فیض، علیرضا، **مبایده فقه و اصول**، چاپ یازدهم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۹.
- ۱۴- _____، **مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام**، چاپ هشتم، سازمان چاپ و انتشار، تهران، ۱۳۸۹.
- ۱۵- قرائتی، محسن، **تفسیر نور**، جلد ۴، ۳، ۲، ۱، چاپ یازدهم، مرکز فرهنگی درسهایی از قرآن، ۱۳۸۳.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، **مبانی حقوق عمومی**، چاپ چهارم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۰.
- ۱۷- _____، **مقدمه علم حقوق در نظام حقوقی ایران**، چاپ شصت و سوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۸- _____، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ چهل و هفتم، زمستان، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۹۴.
- ۱۹- _____، **فلسفه علم حقوق**، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۷.
- ۲۰- محقق داماد، مصطفی، **تحلیل فقهی و حقوقی نکاح**، چاپ هفتم، مرکز نشر اسلامی، قم، ۱۳۷۹.
- ۲۱- _____، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۱، چاپ چهارم، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی (سمت)، تهران، ۱۳۹۱.
- ۲۲- _____، **قواعد فقه**، جلد ۱ و ۲، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۰۶.
- ۲۳- مکارم شیرازی، ناصر، **احکام پزشکی**، ابوالقاسم، علیان نژادی دامغانی، اول، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، قم، ۱۳۸۷.
- ۲۴- _____، **تفسیر نمونه**، جلد دوم، چاپ سی و ششم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۷.

- ۲۵- رساله توضیح المسائل با اضافات فراوان و استفتائات جدید، جلد ۳، چاپ ۶۵، قدس، قم، ۱۳۹۲.
- ۲۶- کتاب النکاح (سلسله مباحث خارج فقه آیت الله العظمی مکارم شیرازی)، جلد ۱، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، بیتا.
- ۲۷- موسوی بجنوردی، سید محمدبن حسن، قواعد فقهیه، جلد ۱، چاپ سوم، موسسه عروج، تهران، ۱۴۰۱.

کتاب های عربی

- ۲۸- الاسدی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر، (علامه حلی)، مختلف الشیعه، جلد ۷، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸.
- ۲۹- انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، چاپ اول، انتشارات باقری، قم، ۱۴۱۴.
- ۳۰- فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ اول، مجمع متفکرین، قم، ۱۴۱۹.
- ۳۱- بابویه، ابی جعفر محمدعلی بن الحسن، (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، جلد ۳، چاپ دوم، جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، قم، ۱۴۰۴.
- ۳۲- الحائری یزدی، کاظم، فقه العقود، جلد ۱، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۲۳.
- ۳۳- حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۲۰، چاپ دوم، موسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۴.
- ۳۴- حسینی شاه عبدالعظیمی، حسین، تفسیر اثنی عشری، ج ۱۲، چاپ اول، انتشارات میقات، تهران، ۱۳۶۳.
- ۳۵- الحکیم، سید محمد تقی، اصول العامه فی فقه المقارن، موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، قم، ۱۳۸۷.
- ۳۶- الحلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، جلد نخست، چاپ اول موسسه سید الشهداء، قم، ۱۴۰۵.
- ۳۷- خراسانی، محمد کاظم، (آخوند خراسانی)، کفایه الاصول، چاپ اول، موسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۹.
- ۳۸- الروحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، جلد ۱۵، چاپ ۳، موسسه دارالکتاب، قم، ۱۴۱۲.
- ۳۹- سبحانی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقه، چاپ ۴، موسسه امام صادق، قم، ۱۳۸۸.
- ۴۰- طبرسی، مجمع البیان، جلد ۶، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۵.
- ۴۱- طوسی، ابی جعفر محمدبن الحسن، التبیان فی تفسیر قرآن، جلد ۵، چاپ اول، ۱۴۰۹.
- ۴۲- الخلاف، جلد ۴، نوبت چاپ جدید، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۴.
- ۴۳- المیسوط، چاپ دوم، حیدریه، تهران، ۱۳۸۸.
- ۴۴- العاملی، زین الدین، مسالک الافهام، جلد ۷، چاپ اول، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، سال ۱۴۱۶.
- ۴۵- شرح لمعه، جلد ۵، چاپ اول، داورى، قم، ۱۴۱۰.
- ۴۶- غزالی، ابو حامد محمد، احیاء علوم الدین، موالدین محمد خوارزمی، انتشارات علمی فرهنگی، بیتا.
- ۴۷- مستصفی، جلد ۱، موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، قم، ۱۳۸۷.
- ۴۸- فاضل هندی، کشف الثام، جلد ۲، مکتبه السید المرعشی، قم، ۱۴۰۵.
- ۴۹- کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، ج ۳، موسسه النشر التابعه لجماعه المدرسین، قم، ۱۴۰۶.
- ۵۰- کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۱ و ۱۲، اول، موسسه اهل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۱.
- ۵۱- کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی، جلد ۶ و ۵، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.

- ۵۲- محقق حلی، شیخ نجم الدین، معارج الاصول، محمد حسین الرضوی، نوبت چاپ اول، موسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۳
- ۵۳- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ دوم، دار المکتب العلمیه، قم، ۱۳۹۰.
- ۵۴- _____ صحیفه نور، جلد ۲۰، مدرسه فقاہت.
- ۵۵- موسوی خویی، ابوالقاسم، المستند فی شرح العروه الوثقی، ج ۲، موسسه احیا آثار الامام خویی، قم، ۱۳۷۷.
- ۵۶- _____ کتاب النکاح، جلد ۱، مدرسه دارالعلم، قم، ۱۴۰۴.
- ۵۷- _____ محاضرات فی اصول الفقه، جلد ۴، موسسه احیا آثار الخویی، قم، ۱۴۲۲.
- ۵۸- نجفی الخوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی الشرح المکاسب، تقریرات المحقق المیرزا محمد حسین النائینی، ج ۱، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸.
- ۵۹- نجفی، محمد حسن، جواهر الاکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹ و ۳۰، چاپ دوم، مکتب اسلامی، تهران، ۱۳۶۶.
- ۶۰- نمازی، حسن بن علی، مستدرک سفینه البحار، جلد ۴، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۹.
- ۶۱- یزدی، محمدکاظم، العروه الوثقی، جلد ۵، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۰.

مقالات فارسی

- ۶۲- آل کجیاف، حسین، مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین المللی حقوق بشر، حقوق پزشکی، سال هفتم، ۱۳۹۲، شماره ۲۴، صص ۱۷۰-۱۳۹.
- ۶۳- اترک، حسین، سودگرایی اخلاقی، نقد و نظر، سال دهم، ۱۳۸۴، شماره اول و دوم، صص ۳۰۰-۲۶۴.
- ۶۴- _____ وظیفه گرایی اخلاقی، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، سال پنجم، ۱۳۸۹، شماره ۱ و ۲، صص ۳۵-۲۷.
- ۶۵- احمد زاده، سید علی، پارساپور، محمد باقر، بادینی، حسن، عزیزی، ابراهیم، افول قاعده مصونیت والدین از مسئولیت مدنی در برابر فرزندان و شیوه های جبران خسارت مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس، پژوهش های تطبیقی، سال نوزدهم، ۱۳۹۴، شماره ۴، صص ۲۳-۱.
- ۶۶- احمدوند، شجاع، فلسفه سیاسی هگل و مدرنیته، پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، ۱۳۸۶، شماره ۲۳، صص ۱۶-۱.
- ۶۷- احمدی، جعفر، فلاح، محمدرضا، تبیین اختیارات زوج در تصمیم گیری زوجه در امور پزشکی، مطالعات حقوق، سال اول، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱۲، صص ۹۱-۶۹.
- ۶۸- اسلامی تبار، شهریار، واعظ، بهنام، سلیمانی، افشین، نگاهی اجمالی به تحولات بهداشت و جوانان، پژوهش کابردی مطالعات جوانان، زمستان و بهار ۱۳۸۱ و ۱۳۸۲، شماره اول و دوم، صص ۱۸۸-۱۷۲.
- ۶۹- افشار قوچانی، زهره، نقد و بررسی ماده واحده قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴، فصلنامه فقه و حقوق خانواده، سال نوزدهم، ۱۳۹۳، شماره ۶۰، صص ۱۴۴-۱۲۳.
- ۷۰- _____ زهره، ایزنلو، محسن، مطالعه تطبیقی امکان مطالبه زیان ناشی از تولد و زندگی و ارکان مسئولیت در آن، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ۱۳۹۳، شماره ۱، صص ۳۵-۲۱.
- ۷۱- بگدلی، علی، علی اکبری بابوکانی، احسان، بررسی فقهی و حقوقی ورود دولت بر حریم خصوصی، مطالعات حقو بشر اسلامی، سال ششم، ۱۳۹۶، شماره ۱۳، صص ۳۱-۹.

- ۷۲- پارساپور، محمدباقر، نوربخش، سوسن، معیار ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، ۱۳۹۴، شماره ۵، صص ۲۷-۱.
- ۷۳- پروین، فرهاد، نصرتی صدقیانی، ناصر، تحلیلی از مسئولیت مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی و تاملی تخصیص و یا عدم تخصیص آن، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، ۱۳۹۰، شماره سوم، صص ۳۳-۵۵.
- ۷۴- پور قهرمانی گلپیر، بابک، نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن، ۱۳۸۳، شماره ۲۸، صص ۸۴-۶۷.
- ۷۵- ثمنی، لیلا، فتاحی، سید محسن، شاکری، طویی، بررسی تطبیقی حکم فرزند آوری در فقه عامه و امامیه با رویکرد بر مقاصد شریعت، پژوهش نامه مذاهب اسلامی، سال پنجم، ۱۳۹۷، شماره ۹، صص ۲۰۰-۱۸۱.
- ۷۶- جان قربان، رکسانا، لطیف نژاد رودسری رباب، تقی پور، علی، عباسی، محمود، مروری بر مفهوم و ساختار حقوق باروری و جنسی در اسناد بین المللی حقوق بشر، مجله زنان مامایی و نازایی ایران، دوره هفدهم، ۱۳۹۳، شماره ۱۰، صص ۲۶-۱۶.
- ۷۷- جاوید، احسان، نیاورانی، صابر، قلمرو حق بر سلامتی در نظام بین المللی حقوق بشر، فصلنامه حقوق عمومی، دوره ۱۵، ۱۳۹۳، شماره ۴۱، صص ۷۰-۴۷.
- ۷۸- جواد پور، مریم، حمایت از حق سلامت کودکان در مخاصمات مسلحانه از منظر اسلام و حقوق بشر دوستانه بین المللی، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال سوم، ۱۳۹۵، شماره چهارم، صص ۲۹-۱.
- ۷۹- چلبی، فائقه، قاسم آبادی، مرتضی، آقاپور، کمال، تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران، فصلنامه قضاوت، ۱۳۹۶، شماره ۹۱، صص ۱۲۰-۸۹.
- ۸۰- حسینی، سید امرا، اصول نظریه حقوق فطری در اندیشه استاد مطهری، فقه اهلبیت، زمستان ۱۳۸۶، شماره ۵۲.
- ۸۱- داراب پور، مهربان، اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان، فصلنامه دیدگاه های حقوقی دانشکده علوم قضایی، ۱۳۸۷، شماره ۴۴ و ۴۵، صص ۹۹-۶۷.
- ۸۲- راسخ، محمد، بیات کمیتکی، مهناز، مفهوم مصلحت عمومی، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ۱۳۹۰، شماره ۵۶، صص ۱۱۹-۹۳.
- ۸۳- _____ نظریه حق، پژوهشگاه فن آوری های نوین علوم زیستی جهاد دانشگاهی - ابن سینا، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۱۰، ۱۳۸۸، شماره ۴، صص ۳۱۶-۲۹۹.
- ۸۴- رحیمی، حبیب الله، صادقی، محمد جواد، ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح، فصلنامه خانواده پژوهی، سال چهاردهم، ۱۳۹۷، شماره ۵۵، صص ۴۹۶-۴۶۷.
- ۸۵- روحی، علی، حق سلامتی جنین از منظر اخلاق، فقه و حقوق پزشکی، مجله فقه پزشکی، سال دوم و سوم، ۱۳۸۹ و ۱۳۹۰، شماره ۵ و ۶، صص ۱۲۰-۸۷.
- ۸۶- روشن، محمد، غدیری، ماهرو، فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالح عالی کودک، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، ویژه نامه شماره ۱۴، صص ۱۰۲-۷۳.
- ۸۷- زبیتی، علی، فلسفه ازدواج در اسلام و مسیحیت، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۷، ۱۳۸۴، شماره ۲۷، صص ۲۲۷-۱۹۷.
- ۸۸- سید باقری، سید کاظم، نقش مصلحت در تحولات فقه سیاسی شیعه پس از انقلاب اسلامی، فصلنامه علمی - پژوهشی مطالعات انقلاب اسلامی، سال هشتم، بهار ۱۳۹۰، شماره ۲۴، صص ۱۰۰-۷۵.
- ۸۹- سیف، نراقی، فشار روانی و والدین کودکان معلول، تعلیم و تربیت کودکان استثنایی، ۱۳۸۱، شماره ۱۰ و ۱۱، صص ۲۳-۱۹.

- ۹۰- ظهیری نیا، مصطفی، بررسی پیامدهای فردی و اجتماعی معلولیت، پژوهش نامه فرهنگی هرمزگان، ۱۳۹۰، شماره ۱ و ۲، صص ۱۸۴-۱۶۲.
- ۹۱- عابدی، قبولی درفشان، سید محمد مهدی، سعیدی، امیر، موانع مسئولیت مدنی والدین در برابر فرزندان، فصلنامه وکیل مدافع، ۱۳۹۴، شماره ۴، صص ۱۰۵-۹۱.
- ۹۲- عباسی، محمود، عباسیان، لادن، ایدز و مکانیسم های پیش و حمایت از حقوق بشر، فصلنامه حقوق پزشکی، سال دوم، ۱۳۸۷، شماره پنجم، ص ۶۱، صص ۸۴-۵۳.
- ۹۳- غدیری، ماهر، نیککار چنیجانی، طیبه، گواهی سلامت پیش از ازدواج از منظر اسناد بین المللی حقوق بشر با تاکید بر حقوق کودک، خانواده پژوهی، سال چهاردهم، ۱۳۹۷، شماره ۵۳، صص ۱۳۴-۱۱۳.
- ۹۴- فتح پور، علی اکبر، اصغری، ابوالفضل، حق فرزندآوری زوج های دارای معلولیت ژنتیکی، در اسناد بین المللی حقوق بشر و نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق پزشکی، سال نهم، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۳۳، صص ۱۱۶-۸۹.
- ۹۵- فضلی خانی، اکرم، سلامت زنان و باردار از منظر حقوق بشر، صیانت از حقوق زنان، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۸، صص ۱۳۶-۱۱۷.
- ۹۶- قاری سید فاطمی، سید محمد، مبانی توجیهی - اخلاقی حقوق بشر معاصر، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۳۶ و ۳۵، صص ۱۹۲-۱۱۱.
- ۹۷- قائنی، محمد، معینی فر محدثه، موجه سازی حق تولید مثل و باروری انسان در قرآن، مطالعات راهبردی زنان، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۶۶، صص ۲۴۸-۱۹۵.
- ۹۸- مفهوم و مصادیق و خاستگاه حق تولید مثل و باروری انسان در اسلام و اخلاق و حقوق لیبرال، مجله ایرانی اخلاقی تاریخ پزشکی، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۵، صص ۵۳-۴۱.
- ۹۹- قطبی، میلاد، بهادری جهرمی، علی، محدودیت های آزادی در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، ۱۳۹۵، شماره ۱۰، صص ۸۰-۵۵.
- ۱۰۰- کاتوزیان، ناصر، اخلاق و حقوق، فصلنامه علوم و فناوری، سال دوم، بهار و تابستان ۱۳۸۶، شماره ۱ و ۲، صص ۸۸-۸۵.
- ۱۰۱- کریمی، عباس، چلبی، آزاده، معرفی و بسط نظریه تحلیلی هوفلد از حق و کاربرد آن در زمینه حقوق کودک، مطالعات حقوق خصوصی، سال ۳۸، پاییز ۱۳۸۷، شماره ۳، صص ۲۳۱-۲۱۱.
- ۱۰۲- شعبانی کندسری، هادی، اسکندری، حسن، تاملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، ۱۳۹۵، شماره ۱۵، صص ۲۷۴-۲۴۷.
- ۱۰۳- کلاتری، صمد، عباس زاده، محمد، مظفری، فاروق، راکعی بناب، ندا، بررسی جامعه شناسی گرایش به فرزندآوری و برخی عوامل مرتبط، سال بیست و یکم، بهار ۱۳۸۹، شماره ۳۷، صص ۱۰۴-۸۳.
- ۱۰۴- کمالی، محمد، ایران، فریبا، مروری بر حقوق کودکان دارای ناتوانی و معلولیت، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال دوم، شماره ۷، صص ۹۳-۱۱۰.
- ۱۰۵- کویکی سقی، فاطمه، قابلیت دادخواهی حق بر سلامت در نظام حقوق بین الملل، فصلنامه حقوق پزشکی، سال دهم، ۱۳۹۵، شماره ۳۷، صص ۳۴-۷.
- ۱۰۶- گرجی، ابولقاسم، حق و حکم و فرق میان آنها، فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، سال ۱۳۶۴، شماره ۱، صص ۳۸-۲۹.

- ۱۰۷- لمیعیان، می نور، مشهوری وایقان، آذر، حاجی میرزایی، سعیده، معماریان، زهرا، محمدی، نسا، سام کن، زینب، حقوق باروری از منظر حقوق بشر، نشریه تخصصی زنان و مامایی ایران، دوره ۸، سال ۱۳۹۲، شماره ۲، صص ۴۳-۳۵.
- ۱۰۸- متقی، سمیرا، سیفی، آناهیتا، درودیان، مجید، ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن، پژوهشگاه حقوق اسلامی، سال ۱۳۹۶، شماره دوم، صص ۱۴۸-۱۲۳.
- ۱۰۹- محسنی، فرید، نجفی اسفاد، مرتضی، بررسی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه آن در نظام جمهوری اسلامی ایران، دیدگاه های حقوقی، ۱۳۸۰، ۲۱ و ۲۰، صص ۱۱۳-۸۷.
- ۱۱۰- محقق داماد، مصطفی، غنی زاده بافقی، مریم، تعیین مصالح نوعیه کودک از منظر فقه امامیه و مبانی آن، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۱، صص ۱۷۲-۱۵۷.
- ۱۱۱- شرط فرزندآوری و عدم آن، فصلنامه پزشکی، سال دوم، بهار ۱۳۸۹، شماره دوم، صص ۲۴-۱۱.
- ۱۱۲- محمد پور، غلام رضا، بخشی دستجردی، رسول، جعفری، سمیه، اثنی عشری، هاجر، بررسی اثر ساختار سنی جمعیت بر رشد اقتصادی ایران، مجله تحقیقات اقتصادی، دوره ۴۸، ۱۳۹۲، شماره ۲، صص ۲۲۴-۲۰۱.
- ۱۱۳- محمودی، محمد جواد، محمد دینی، محسن، مولفه های موثر بر حد بهینه کردن جمعیت، فصلنامه جمعیت، سال ۲۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۰۱ و ۱۰۲، صص ۱۳۰-۱۰۹.
- ۱۱۴- معینی علمداری، جهانگیر، رابطه مصلحت عمومی و آزادی فردی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۷۷، تابستان ۱۳۷۸، شماره ۸۱۶، صص ۱۷۳-۱۵۱.
- ۱۱۵- یزدانیان، علی رضا، ثقفی، مریم، مسئولیت مدنی ناشی از بیماران مبتلا به بیماری واگیردار، آموزه های فقه مدنی، ۱۳۹۳، شماره ۱، صص ۵۰-۳۱.
- ۱۱۶- مقدادی، محمد مهدی، جایگاه و تاثیر مصلحت در سرپرستی کودک از دیدگاه فقه و حقوق، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، سال چهاردهم، ۱۳۹۰، شماره ۵۴، صص ۲۱۰-۱۷۵.
- ۱۱۷- ملا یوسفی، مجید، رضایی مستقیم، رضا، نگاهی به نظریه اصلاح نژاد فرانسوی گالثن، پژوهش های علم و دین، سال پنجم، ۱۳۹۳، شماره ۹، صص ۱۱۴-۹۱.
- ۱۱۸- موسوی بجنوردی، سید محمد، بررسی مفهوم معیار کودک در تفکر اسلامی و قوانین ایران برای بهره مندی از حقوق مربوطه، پژوهشگاه متین، دوره ۵، ۱۳۸۲، شماره ۲۱، صص ۶۰-۲۶.
- ۱۱۹- موسوی رکنی، فاطمه السادات، موسوی رکنی، سید هادی، حق حیات جنین نابهنجار از منظر اخلاق انسانی و منافع عمومی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هشتم، ۱۳۹۳، شماره ۱۳، صص ۱۱۴-۷۱.
- ۱۲۰- منتظری، علی، بررسی میزان تمایل به فرزندآوری و عوامل مرتبط با آن از نگاه مردم شهر و روستا ایران، گروه پژوهشی سلامت روان، مرکز تحقیقات سنجش سلامت پژوهشکده علوم بهداشتی جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۵.
- ۱۲۱- مهرپور، حسین، تفرشی، محمد عیسی، ابدالی، مهرزاد، اجرای حقوق اخلاقی، دوره پنجم، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۴، صص ۱۴۰-۱۲۵.
- ۱۲۲- ناصری مقدم، حسین، نامداری موسی آبادی، مظاهر، تحلیل فقهی حقوقی عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره)، فصلنامه امام خمینی، دوره ۱۴، ۱۳۹۱، شماره ۵۵، صص ۸۱-۶۱.
- ۱۲۳- همتی، مجتبی، صادقیان، حمیدرضا، ثابتی، مجتبی، بهداشت عمومی و عوامل تعیین کننده آن در حوزه حقوق عمومی، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره پنجم، صص ۴۷-۲۳.

مقالات غیر فارسی

۱۲۴- Liu,NC, (1987),Wrongful:some of the problems,journal of medical ethics,69-73.

پایان نامه ها

- ۱۲۵-اسدپور، پرویز، تحولات نهاد ولایت قهری نسبت به کودک با تاملی بر اسناد حقوق بشر، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شاهد دانشکده علوم انسانی، ۱۳۹۶.
- ۱۲۶-مانی، آبتای، منافع عالیله کودک در نظام بین المللی حقوق بشر، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبایی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۲.
- ۱۲۷-ملفت، حسین، بررسی عوامل موثر به گرایش زوجین به طلاق، در شهرستان داراب، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، شیراز ۱۳۸۱.

فرهنگ های لغت

- ۱۲۸-ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد مکرم، لسان العرب جلد ۲، نشر ادب، قم، ۱۴۰۵.
- ۱۲۹-الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، جلد ۲، دارالعلم، ۱۴۰۷، ص ۷۱۹.
- ۱۳۰-طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد ۳، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ ۲، ۱۴۰۷.
- ۱۳۱-دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۵ و ۲۹، چاپ ۱، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۱.
- ۱۳۲-سیاح، احمد، فرهنگ دانشگاهی فارسی به عربی، چاپ دوم، انتشارات اسلام، تهران، ۱۳۷۵.

سایت های داخلی

- ۱۳۳-مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۴۴۶، تاریخ مراجعه، majles.ir. ۱۳۹۸/۶/۹
- ۱۳۴-کاهن، مژگان، تاثیر معلولیت بر روابط اجتماعی فرد، سلامت نیوز، ۱۳۹۲، کد خبر ۸۹۶۱۷، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۲۰ از سایت: <http://www.salamatnews.com>
- ۱۳۵-باشگاه خبرنگاران جوان، آرشیو خبر، ۱۳۹۷، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۰۱ از سایت: www.yjc.ir
- ۱۳۶-خبر ایران آنلاین، آرشیو خبر، ۱۳۹۷، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۰۱ از سایت: www.ion.ir/news/396396
- پایگاه اطلاع رسانی دفتر مقام معظم رهبری، ابلاغ سیاست های کلی سلامت، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۳/۰۵ به آدرس اینترنتی: <https://www.leader.ir>
- ۱۳۷-پایگاه اطلاع رسانی دفتر ایت الله نوری همدانی، مراجعه شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۰۲، از سایت: <https://www.noorihamedani.ir>
- ۱۳۸-درس خارج فقه آیت الله جوادی آملی، مبحث نکاح، جلسه ۲۹، ۱۳۹۴. از سایت: <https://javadi.esra.ir>

سایت های خارجی

۱۳۹- <http://www.amnesty.org.uk.sexual> and Reproductive Right
۱۴۰- World Health Organization 2001.mental health/index.html.

قوانین

- ۱۴۱-قانون اساسی
- ۱۴۲-اجلاس بین المللی جمعیت و توسعه قاهره ۱۹۹۴
- ۱۴۳-اجلاس پکن
- ۱۴۴-اجلاس جهانی حقوق بشر وین ۱۹۹۳
- ۱۴۵-اعلامیه اجلاس حقوق بشر در تهران ۱۹۶۸
- ۱۴۶-قانون الزام به آزمایش تالاسمی
- ۱۴۷-قانون الزام به تزریق واکسن ضد کزاز ۱۳۳۸
- ۱۴۸-قانون الزام گواهینامه پزشک قبل از وقوع ازدواج ۱۳۱۷
- ۱۴۹-برنامه پنجم توسعه
- ۱۵۰-برنامه چهارم توسعه
- ۱۵۱-پیمان نامه رفع تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹
- ۱۵۲-قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست ۱۳۹۲
- ۱۵۳-قانون حمایت خانواده
- ۱۵۴-سند چشم انداز ۲۰ ساله
- ۱۵۵-سیاست های کلی خانواده ۱۳۹۵
- ۱۵۶-قانون طرز جلوگیری از بیماری های آمیزشی و واگیردار ۱۳۲۰
- ۱۵۷-کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی
- ۱۵۸-کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان
- ۱۵۹-کنوانسیون حقوق کودک
- ۱۶۰-ماده واحده سقط درمانی
- ۱۶۱-قانون مدنی
- ۱۶۲-قانون مجازات اسلامی
- ۱۶۳-منشور سازمان ملل متحد
- ۱۶۴-میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی
- ۱۶۵-میثاق حفاظت از زنان
- ۱۶۶-قانون نحوه اهدای جنین ۱۳۸۳

Abstract

Having a child is a legitimate right for couples, and couples can decide on the date of birth, the number of children and their age, and even today on their gender. Despite these rights, there are also restrictions that couples are required to obey, for example, the right to have children should not be detrimental to the health of the child or the interests of the community. Children are vulnerable and unprotected and need to be supported more than adults. Therefore, these rights must be part of international law and treaties, and all societies must have appropriate mechanisms for their continued implementation. In addition, the interests of society must also be borne out in the area of childbearing. Attention to population growth is one of the key factors of a society's sustainability and has long been a concern for all governments. A society needs to have an active workforce for its prosperity, so couples cannot ignore the expediency of society in terms of childbearing, or impose irreparable costs on society by giving birth to mentally and physically disabled children. The Family Protection Act of 1391 has highlighted this issue and, pursuant to the Article 23 and its Note, has obliged couples to perform some tests for the diagnosis of communicable diseases. In the note to this law, regulatory agencies should prevent the childbearing of couples who carry dangerous diseases for the fetus. Although this enacted article is an innovative idea for everyone in the family and in society, after 7 years of enactment of the law, there are still ambiguities in its implementation. Therefore, the author is trying to come up with a new explanation of the right to parenthood by taking into account the principles of law and by respecting to the interests of society so that we can see healthy births in the not too distant future.

KEYWORDS: Right to childbearing, Child health, Society interest.



قوه قضائیه
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

University of judicial sciences & administrative services

«M.A»Thesis

On

family law

Subject

**The right of the childbearing is contrary to the health of the child and the
interests of the society**

Supervisor

Dr. mohammad hadi daraee

Adviser

Dr. abbas mirshekari

By

Fatemeh asadi