

Evaluation of Population Policies in Measuring the Principles of Criminalization; Emphasizing the Youthful Population and Protection of the Family Law

Mehrangiz Roustaie*¹, Mohammad Bagher Moghaddasi²

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Malayer University, Malayer, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: m.roustaie@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, University of Bojnord, Bojnord, Iran.

Email: mbmoghadasi@ub.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



انجمن ایرانی حقوق‌پژوهی



انجمن ایرانی حقوق‌پژوهی

Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.22034/JCLC.2022.328186.1646

Received:

18 May 2022

Accepted:

29 August 2022

Published:

1 March 2023



ABSTRACT

The recent intervention with individual liberties under The Youthful Population and Protection of the Family Law can be assessed from the perspective of the supra-legislative principles governing criminal power with two legitimacy and justification. Leading research has been done by descriptive-analytical method, in order to evaluate coercive interventions in the field of population, with the aim of examining its compliance with the moral limits of the criminal law. Examining the issue from the perspective of the most important principles of criminalization, namely the threefold "prohibition of harm to others", "protection of individual good" and "guarantee of morality with the means of punishment", it is concluded that the nature of these interventions differs from what

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



has been done before. It is important in the sense that we are facing more challenging legislation that highlights the need to justify these interventions: in the new course of interventions, infertility is the subject of the intervention: "Prohibition of sterilization", "Prohibition of closing the fallopian tubes", "Making access to contraceptives difficult" and "restricting screening" as new population growth measures need to be justified. In the first filter, the principle of harm, the interventions made completely deviate from this principle. Recourse to criminal ethics will not be able to justify these interventions in an inherently neutral ethical issue, and finally, in passing through the filter of criminal patriarchy, the interventions are faced with an obvious internal conflict in which the individual good as a justifier intervenes.

Keywords: The Youthful Population and Protection of the Family Law, Sterilization, Contraception, Principles of Criminalization, Population Control.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author Contributions:

Mehrangiz Rostaie: Conceptualization, Methodology, Formal Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Mohammad Bagher Moghadasi: Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Review & Editing, Supervision..

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Rostaie, Mehrangiz & Mohammad Bagher Moghaddasi.
"Evaluation of Population Policies in Measuring the Principles of Criminalization; Emphasizing" *Journal of Criminal Law and Criminology* 10, no. 20 (March 1, 2023): 117-150.

E x t e n d e d A b s t r a c t

With the enactment of The Youthful Population and Protection of the Family Law in November 2021 and the emergence of new coercive interventions, it becomes necessary to evaluate the aforementioned measures in the context of moral limitations in the application of punishment. This necessity comes from the fact that, first, a set of new restrictions are imposed on citizens' freedom that did not exist before. In this situation, every ordinary citizen with her intuitive understanding of what is not related to the government / lawmaker will ask the question why there should be such interventions. Second, it is important to remind the legislator that her hand is not / should not be absolutely open in all areas of citizens' lives. The latest law enacted in the Iranian legal system, with the aim of protecting the "family" and the "youth of the population", intends to implement its alleged goals by using a combination of criminal and non-criminal measures. Among the coercive measures of 'The Youthful Population and Protection of the Family Law, provisions such as a ban on sterilization, a ban on closing the fallopian tubes, making it difficult to access contraceptives, and restrictions on screening are noteworthy. The use of coercive means to solve the population problem raises the fundamental question of whether the legislature can resort to criminalization to achieve any goal. A positive answer to this question means that the legislation and criminalization are not principled, and the latter is more dangerous than the former. Another question that arises from the positive answer to this question is where will the legislature stop at criminalization? If the answer to this question is "nothing" with expedient justifications, the foundations of the legislative system and the right to self-determination will be shaken, and if the answer is the existence of a "norm" according to which the legislature "should" stop somewhere, what are those norms? In this research, with a descriptive-analytical method, the prohibitions of this law are extensively evaluated from the perspective of the principles of criminalization. The conclusion of the study is that some demographic interventions will not be the subject of criminal legislation at all because the principles of criminalization are imposed on the legislature beyond any legislative system as the ethics of legislation and the guarantor of individual liberties.

The recent intervention with individual liberties under The Youthful Population and Protection of the Family Law can be assessed from the perspective of the supra-legislative principles governing criminal power

with two legitimacy and justification. Leading research has been done by descriptive-analytical method in order to evaluate coercive interventions in the field of population, with the aim of examining its compliance with the moral limits of the criminal law. Examining the issue from the perspective of the most important principles of criminalization, namely the threefold "prohibition of harm to others", "protection of individual good" and "guarantee of morality with the means of punishment", it is concluded that the nature of these interventions differs from what has been done before. It is important in the sense that we are facing more challenging legislation that highlights the need to justify these interventions: in the new course of interventions, infertility is the subject of the intervention: "Prohibition of sterilization", "Prohibition of closing the fallopian tubes", "Making access to contraceptives difficult" and "restricting screening" as new population growth measures need to be justified. In the first filter, the principle of harm, the interventions made completely deviate from this principle. In the general dimension of harm, what can make this law suspect is its ability to cause harm to public and collective interests. Prohibition of recommending screening by doctors and removing its insurance coverage can cause the spread of patterns of genetic diseases in the country. Recourse to criminal ethics will not be able to justify these interventions in an inherently neutral ethical issue. What is advocated by the proponents of criminalization based on ethics is the Moral and Immoral (Unmoral) duality; In this view, the immorality of a behavior can be a reason for banning that behavior. While the policies of The Youthful Population and Protection of the Family Law in the stage before the formation of the fetus, are basically placed in the Moral and Amoral (Non-moral) category, and the discussion of legal ethics is not related to this category of behavior. and finally, in passing through the filter of criminal patriarchy, the interventions are faced with an obvious internal conflict in which the individual good as a justifier intervenes.

ارزیابی سیاست‌های جمعیتی در سنجه اصول جرم‌انگاری؛ با تأکید بر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

مهر انگیز روستائی*^۱، محمدباقر مقدسی^۲

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران.

* نویسنده مسؤل: Email:m.roustaie@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بجنورد، بجنورد، ایران.

Email: mbmoghadasi@ub.ac.ir

چکیده:

مداخله اخیر در آزادی‌های فردی به موجب «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» از منظر اصول فراتقنینی حاکم بر قدرت کیفری با دو بایسته مشروع و موجه بودن قابل ارزیابی است. پژوهش پیش رو با روش توصیفی - تحلیلی به منظور ارزیابی مداخلات قهری در حوزه جمعیت، با هدف بررسی انطباق آن با محدودیت‌های اخلاقی در استفاده از کیفر صورت گرفته است. با واکاوی موضوع از منظر مهم‌ترین اصول جرم‌انگاری، یعنی سه‌گانه «ممنوعیت ایراد ضرر به دیگری»، «حمایت از خیر فردی» و «تضمین اخلاق با ابزار کیفر» این نتیجه حاصل می‌شود که ماهیت این مداخلات با آنچه پیش‌تر در این حوزه صورت می‌گرفت تفاوت مهمی دارد؛ به این معنا که قانونگذاری در این حوزه با چالش‌های بیشتری مواجه است و ضرورت توجیه این مداخلات را پررنگ‌تر از قبل پیش می‌کشد؛ در سیر جدید مداخلات، این فرزندباوری است که موضوع مداخله قرار می‌گیرد: «ممنوعیت عقیم‌سازی»، «ممنوعیت بستن لوله‌های

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسندگان (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز -CC BY-NC 4.0 - Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌ده حقوق



انجمن ایرانی حقوق جزا

انجمن ایرانی حقوق جزا

نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.22034/JLC.2022.328186.1646

تاریخ دریافت:

۲۸ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۷ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۰ اسفند ۱۴۰۱



فالوپ»، «دشوار کردن دسترسی به وسایل پیشگیری از بارداری» و «محدودیت بر غربالگری» به عنوان تدابیر جدید افزایش جمعیت، باید از صافی‌های جرم‌انگاری عبور داده شوند. در صافی نخست یعنی اصل ضرر، مداخلات صورت‌گرفته به تمامی از این اصل رویگردانند؛ حتی خوانش‌های محافظه‌کارانه از ضرر هم قادر به توجیه مداخلات جدید نیستند. توسل به اخلاق‌گرایی کیفری به عنوان دومین صافی، در موضوعی ذاتاً اخلاق‌خنتی نخواهد توانست این مداخلات را توجیه کند و در نهایت در عبور از صافی پدرسالاری کیفری، مداخلات صورت‌گرفته با تعارضی آشکارا درونی مواجه است به گونه‌ای که خیر فردی به عنوان توجیه‌گر مداخله در این فیلتر، قابلیت توجیه همگون مداخلات جدید را پیدا نخواهد کرد.

کلیدواژه‌ها:

قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، عقیم‌سازی، پیشگیری از بارداری، اصول جرم‌انگاری، کنترل جمعیت.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهرانگیز روستائی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

محمدباقر مقدسی: تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

روستائی، مهرانگیز و محمدباقر مقدسی. «ارزیابی سیاست‌های جمعیتی در سنجه اصول جرم‌انگاری؛ با تأکید بر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت». *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی* ۱۰، ش. ۲۰ (۱۰ اسفند، ۱۴۰۰): ۱۱۷-۱۵۰.

مقدمه

آخرین قانون وضع شده در نظام حقوقی ایران با هدف حمایت از «خانواده» و «جوانی جمعیت»، در نظر دارد با به‌کارگیری ترکیبی از تدابیر کیفری و غیرکیفری، اهداف ادعایی خود را عملی سازد. این‌گونه استفاده از ابزارهای قهری برای حل مسأله جمعیت این پرسش بنیادین را پیش می‌کشد که آیا قانونگذار برای رسیدن به هر هدفی می‌تواند به جرم‌انگاری متوسل شود؟ پاسخ مثبت به این سؤال، به معنای ضابطه‌مند نبودن قانونگذاری و جرم‌انگاری است که خطر دومی بیشتر از اولی است. پرسش دیگری که از پاسخ مثبت به این سؤال پیش می‌آید این است که حد توقف قانونگذار کجاست؟ اگر پاسخ این سؤال با توجهات مصلحت‌اندیشانه «هیچ» باشد، بنیادهای نظام قانونگذاری و حق بر تعیین سرنوشت منززل خواهد شد و اگر پاسخ، وجود «هنجاری» است که بر آن اساس قانونگذار «باید» در جایی متوقف شود، آن هنجارها چه چیزهایی هستند؟

در نظام‌های سیاسی مبتنی بر انتخابات که وضع قانون و الزامات ناشی از آن در بخشی به اختیار واگذار شده از سوی مردم و در بخش دیگر به حقوق فطری و طبیعی تابعان قانون برمی‌گردد، قدرت فراگیر حقوق کیفری همواره با اصولی محدود می‌شود.^۱ در کنار اصولی مانند قانونی بودن جرم و مجازات که فارغ از مشروعیت مداخله کیفری مورد پذیرش قانونگذاران است، دسته دیگری از اصول محدودکننده حقوق کیفری به عنوان اموری فراقانونی متجلی می‌شوند.^۲ در این اصول، به قدرت کیفری دولت به عنوان یک خیراندیشی ضروری نگر بسته نمی‌شود، بلکه با ایجاد محدودیت‌هایی، باید تنها ناظر به بخش محدودی از رفتارها باشد و نتواند در همه ابعاد زندگی شهروندان وارد شود.^۳

پس از انقلاب، موضوع فرزندآوری بیش از چهار دهه یکی از محورهای کلان تصمیم‌گیری در کشور بوده است. در برهه‌ای نه‌چندان دور، داشتن فرزند چهارم به بعد با ضمانت اجرایی مانند محرومیت از کمک هزینه عائله‌مندی و اولاد پاسخ داده می‌شد^۴ و با انجام اقداماتی مانند «توبکتومی»^۵ در برخی

۱. هادی رستمی، «جرم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده آزادی در نظریه لیبرال»، پژوهشنامه حقوق کیفری

۱ (۱۳۹۳)، ۵۷

2. Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1, (New York: Oxford University Press, 1984), 6.

3. Nils Jareborg, (ed.) *What Kind of Criminal Law Do We Want* (Oslo: Pax Forlag, 1995), 24-26.

۴. ماده یک قانون تنظیم خانواده و جمعیت ۱۳۷۲/۲/۲۶.

5. Tubectomy

(سترون‌سازی لوله‌ای)

مناطق و دسترس‌پذیری رایگان وسایل پیشگیری از بارداری و ارائه آموزش‌های مرتبط، در تصمیم‌افراد برای فرزندآوری مداخله عملی صورت می‌گرفت. در آن دوره، افزایش شتابان جمعیت، عدم تناسب درآمدهای دولت با هزینه‌های جاری کشور و نبود امکانات لازم برای پاسخگویی به نیازهای جمعیت در حال افزایش، طرح‌های تحدید نسل را توجیه می‌کرد. در نهایت با برطرف کردن موانع نظری پیرامون جواز کنترل جمعیت،^۶ این تصمیم به عنوان سیاست کلان کشور تجویز و در دوران بازسازی پس از جنگ به طور گسترده دنبال شد.

با این حال در دهه ۹۰ شمسی و به دنبال حرکت جمعیت کشور به سمت سالمندی، با تغییر رویکرد سیاست‌گذاران نسبت به مقوله جمعیت، گرایش سیاست‌ها به نفع افزایش جمعیت تغییر جهت یافت.^۷ درحالی‌که پیش از این سیاست‌گذاران، افزایش جمعیت را باری گران بر دوش کشور می‌دانستند، امروز سیاست «دو بچه کافی است» کنار گذاشته شده و کاهش نرخ فرزندآوری به دغدغه تصمیم‌گیرندگان تبدیل شده است که ضرورت مداخله برای معکوس کردن روند آن اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.^۸ صرف‌نظر از ضرورت انکارناپذیر برخورداری از جمعیت جوان و لزوم تأمین حمایت‌های رفاهی، آنچه در این جریان قابل نقد است توسل قانونگذار به ابزارهای قهری، ممنوعیت‌زا و اجبارکننده در موضوعاتی است که به طور مستقیم در ارتباط با زندگی شخصی افراد است. آنچه پیش‌تر در موضوع کنترل موالید رخ می‌داد، توسل به ابزارهای آموزشی، اقتناع و ترغیب خانواده‌ها به کاستن از تعداد فرزندان و حداکثر در پیش گرفتن راهکارهایی از جنس محرومیت‌های رفاهی بود که بر فرزندآوری غیرتنظیم شده بار می‌شد. درحالی‌که با لازم‌الاجرا شدن قانون مذکور، با ایجاد محدودیت بر دسترسی به وسایل و اعمال جلوگیری از بارداری و باروری و پیش‌بینی ضمانت اجرا در صورت نقض آنها، ممنوعیت‌ها بر فرزندآوری بار می‌شود و همین امر، مداخله قهری در چنین موضوعی را با چالش‌های بیشتری مواجه می‌کند: موضوع فرزندآوری علی‌رغم ارتباطی که با سیاست‌های کلان دارد، امری درون‌خانوادگی است. شاخص‌های عمده در نهاد خانواده به ویژه پنهان بودن حریم خانواده، این کانون را از سایر نهادهای اجتماعی متمایز می‌سازد. خانواده محیطی است که بسیاری از روابط میان اعضا به ویژه رابطه زوجین در آن پنهان بوده و به عنوان

۶. حبیب‌الله طاهری، «تحدید نسل از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی»، مجله مجتمعه آموزش عالی قم ۱۲ (۱۳۸۱)، ۱۰۸.

۷. لیلای ثمنی و معصومه شهریاری، «ارزیابی رویکرد قوانین و اسناد بالادستی به بعد کیفی افزایش جمعیت»، مطالعات جمعیتی ۱۲ (۱۳۹۹)، ۳۱۶.

۸. مواد ۳، ۴، ۵، ۶ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت.

حریم خصوصی اطلاع از آنها ممکن نیست؛ از این رو نوع روابط خانوادگی و خصوصی بودن ماهیت آن، برخورد محتاطانه‌تری را از سوی قانونگذار طلب می‌کند.^۹ قانونگذاری غیر اصولی در این حوزه، علاوه بر پیامدهایی مانند بی‌اعتبار کردن قانون در میان تابعان آن، پیدایش قوانین متروک و انتقادات وارد بر آن از سوی نهادهای حقوق بشری،^{۱۰} نشان می‌دهد که مقنن در برقراری موازنه میان حقوق آزادی‌های فردی و کرامت انسانی از یکسو و منافع کلان و جمعی از سوی دیگر دچار چالش‌های مبنایی است و گاه در تشخیص منافع کلان و جمعی به خطا می‌رود؛ زیرا محدودیت‌های اخلاقی بر جرم‌انگاری به عنوان تضمین آزادی شهروندان مانع از این خواهد بود که برای دستیابی به هر هدفی، ولو والا، به جرم‌انگاری متوسل شود؛ به عبارت دیگر، توجیه‌پذیری در چهارچوب اصول جرم‌انگاری، حد توقف قانونگذار در استفاده از قدرت کیفری خود خواهد بود.^{۱۱} هرچند مداخله‌های صورت‌گرفته در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت^{۱۲} می‌تواند از جنبه‌های مختلف سیاسی، اجتماعی، علمی

۹. لیلا اسدی و عاطفه ذبیحی، «ورود حقوق کیفری به حوزه خانواده و کیفیت تأمین الزام‌آوری قواعد در این حوزه»، تعالی

حقوق ۳ (۱۳۹۲)، ۴۴-۴۵.

10. UN human rights experts today called on Iran to repeal a wide-ranging new law that severely restricts access to abortion, contraception, voluntary sterilization services and related information, in direct violation of women's human rights under international law: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/01/iran-repeal-crippling-new-anti-abortion-law-un-experts>

۱۱. فیروز محمودی جانکی و مهرانگیز روستائی، «توجیه مداخله کیفری: اصول و ضرورت‌ها»، پژوهش حقوق کیفری ۳

(۱۳۹۲)، ۳۵-۶۶.

۱۲. نگاهی به قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نشان می‌دهد که اغلب ضمانت‌اجراهای کیفری پیش‌بینی شده در این

قانون به نوعی با سقط جنین مرتبط است؛ چنانکه این قانون هرگونه خرید، فروش و پخش داروهای رایج سقط جنین خارج از سامانه ردیابی و رهگیری فرآورده‌های دارویی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نگهداری و حمل داروهای سقط بدون نسخه پزشک (ماده ۵۸)، فعالیت مدیران و عوامل مؤثر در بسترهای مجازی معرفی‌کننده افراد و مراکز مشارکت‌کننده در سقط غیرقانونی (ماده ۵۹)، ارتکاب گسترده جنایت علیه تمامیت جسمانی جنین به قصد نتیجه یا علم به تحقق آن به‌گونه‌ای که موجب ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی جنین‌ها یا مادران در حد وسیع گردد (ماده ۶۰)، فراهم نمودن گسترده دارو، مواد و وسایل سقط غیرقانونی جنین یا معاونت و مباشرت به سقط غیرقانونی جنین به طور وسیع یا فعالیت در چرخه تجارت سقط جنین (تبصره ۲ ماده ۶۱)، را جرم‌انگاری کرده است. نگاهی به گفتمان نمایندگان در رسانه‌های گروهی پس از تصویب این قانون نشان می‌دهد که نگرانی از آمار بالای سقط جنین یکی از دلایل اصلی جرم‌انگاری‌های جدید می‌باشد؛ اما در حقیقت نوعی مداخله گسترده به منظور دستیابی به هدف نهایی یعنی افزایش مولید در کشور است. الفاظ به کار رفته در این مواد و مجازات تعیین شده برای رفتارهای جرم‌انگاری شده محل تأمل است. چنان‌که مقنن در مواد اخیرالذکر از عبارات و کلمات کلی، مبهم و تفسیربردار مانند «گسترده»، «عمده»، «وسیع»، «چرخه تجارت» و «عوامل

و پزشکی مورد بررسی قرار گیرد،^{۱۳} این پژوهش به واکاوی مشروعیت این مداخله‌ها از منظر اصول جرم‌انگاری می‌پردازد. این نخستین گام در ارزیابی مداخلات جدید است؛ پس از گذشتن جرم‌انگاری از صافی اصول، نوبت به ارزیابی کارایی، اثربخشی و قابلیت اجرایی آن می‌رسد که می‌تواند موضوع پژوهش مستقل دیگری باشد.^{۱۴} بدین منظور، این مداخله‌ها از سه صافی «اصل ضرر»، «پدرسالاری کیفری» و «اخلاق‌گرایی قانونی» به عنوان مهم‌ترین اصول جرم‌انگاری^{۱۵}، خواهد گذشت تا قابلیت انطباق یا عدم انطباق جرم‌انگاری‌های جدید بر اصول جرم‌انگاری مورد بررسی قرار گیرد؛ اصول فرعی دیگری به مرور از این سه شاخه اصلی منبعت شده است؛^{۱۶} برای مثال نشأت گرفتن کمال‌گرایی از اخلاق‌گرایی^{۱۷} و مزاحمت از اصل ضرر^{۱۸} که با اندک تفاوت‌هایی، هم‌پوشانی‌های گسترده‌ای میان آنها وجود دارد؛ اما آنچه بدیهی است تمرکز اصول اساسی جرم‌انگاری بر «منع ایراد ضرر به دیگری»، «منع ایراد ضرر به خود» و «منع رفتارهای ضد اخلاقی» است.

مؤثر» استفاده کرده است. عباراتی که باب تفسیرهای شخصی را باز گذاشته و برداشت‌های متفاوتی را ایجاد خواهد کرد. مضاف بر این، سخت‌گیری و تعیین مجازات‌های نامتناسب برای رفتارهای جرم‌انگاری شده مرتبط با سقط جنین، این برداشت را تقویت می‌کند که قانونگذار به سیاست‌های کلی قضایی که پیش از این توسط همین مرجع تصویب شده است (مانند برنامه‌های توسعه) باور نداشته و به فراخور زمان و موضوع رویه متفاوتی را اتخاذ می‌کند. این شدت عمل تا بدان میزان توسعه یافته که با حدانگاری جرم تعزیری سقط جنین، پوشش مبهم و موسع ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی را به این جرم گسترش داده و آن را جرم حدی افساد فی الارض دانسته است.

۱۳. هرچند اصل جرم‌انگاری سقط جنین در گفتمان فقهی - حقوقی ایران غیرقابل خدشه به نظر می‌رسد و ادبیات نظری آن از ثبات نسبی برخوردار است اما تشدید اخیر در مجازات‌دهی آن می‌تواند در سیر نوسانی این پدیده در مقیاس کلی، یعنی جرم‌انگاری مطلق، جرم‌زدایی مطلق در پرتو جنبش‌های آزادی زنان، جواز مقید به برخی شرایط، و اخیراً نیز نسخ قانون Roe v. Wade در ۲۴ ژوئن ۲۰۲۲ توسط دادگاه عالی آمریکا قابل بازپژوهی باشد.

۱۴. محمدباقر مقدسی و مهرانگیز روستانی، «افزایش جمعیت از رهگذر مداخلات کیفری؛ نگاهی به فرایند تصویب و چالش‌های اجرای قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت»، آموزه‌های حقوق کیفری ۲۲ (۱۴۰۰)، ۲۵۸-۳۱۲.

۱۵. محسن برهانی، «جرم‌انگاری حقوق بشری؛ از اقتضائات صحیح اخلاقی تا خودمختاری»، فصلنامه حقوق بشر ۱۹ (۱۳۹۴)، ۱۰۷.

۱۶. فیروز محمودی جانکی، «حمایت کیفری از اخلاق»، علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری (۱۳۸۳)، ۷۹۶.

۱۷. محسن برهانی و بشری محمدی فر، «کمال‌گرایی کیفری»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی ۲ (۱۳۹۵)، ۱۷۴ و ۱۷۵.

18. Joel Feinberg. (1988), *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 4, (New York: Oxford University Press, 1988), 402.

۱- مداخله‌های جمعیتی با رویگردانی از اصل ضرر

ماهیت مداخله کیفری محدود کردن آزادی عمل افراد است؛ استفاده از واژه مداخله در این ترکیب، بیان‌گر امری استثنایی و ضرورت توسل به حقوق کیفری به عنوان آخرین راه‌حل در مناسبات میان افراد است.^{۱۹} یکی از مهم‌ترین تلاش‌های صورت‌گرفته برای تحدید قدرت کیفری، مقید کردن آن به شرط ایراد ضرر به دیگری است. این اصل با یک دلیل ساده شهودی حمایت می‌گردد که در میان مردم به «فضولی موقوف» معروف است. این اصطلاح هنگامی به کار می‌رود که رفتاری به کسی ضرری نمی‌رساند و تنها به خود شخص مربوط است. در اصل ضرر این عبارت تحت عنوان «به دولت ارتباطی ندارد» به کار برده می‌شود. در این نگرش، دولت به عنوان محصول قرارداد اجتماعی درک می‌شود. با پیدایش دولت و در قبال صرف‌نظر کردن افراد از بخشی از آزادی خود، وظیفه محافظت از آنها در مقابل ضررهای دیگران بر عهده وی قرار می‌گیرد. از این منظر، دولت با هدف بازداشتن شهروندان از ایراد ضرر به یکدیگر پدید آمده است و بنابراین نقش پیشین‌آزادی در محدود کردن قدرت دولت باید به قوت خود باقی بماند. برای غیر باورمندان به قرارداد اجتماعی همین انگاره می‌تواند به شکلی کمتر استعاره‌ای بیان شود. در این نگرش هدف دولت حمایت، بهبود و ارتقای رفاه انسان یا شکوفایی و رشد اوست و آزادی انتخاب و رفتار بخشی از فرایند رشد و شکوفایی است که با پرهیز از مداخلات حداکثری و به رسمیت شناختن آزادی عمل وی اتفاق می‌افتد.

جایگاه غیرقابل انکار اصل ضرر در جرم‌انگاری با حمایت از آزادی و تأکید بر خوداستقلال انسان‌ها که راه را بر ایجاد محدودیت‌های حداکثری سد می‌کند، در کنار جذابیت‌های ظاهری و قابل درک آن برای تابعان قانون، موجب شده است که نخستین توجیه‌گر جرم‌انگاری حتی برای نمونه‌های مناقشه‌آمیز باشد. سیاست‌های جمعیتی یکی از این مصادیق است. برخی در توجیه مداخلات جمعیتی در جهت کثرت جمعیت، با پیوند زدن پیامدهای کنترل جمعیت مانند کاهش نیروی کار، کاهش توسعه اجتماعی، اقتصادی و نظامی و آثار سوء بر جسم و روح و فرد و اجتماع با اصل ضرر، مداخله به منظور پیشگیری از این آسیب‌ها را منطبق با درون‌مایه اصل عدم آسیب در اخلاق لیبرال دانسته‌اند.^{۲۰} این ادعا که بر غیراخلاقی بودن کنترل جمعیت دلالت دارد، می‌تواند در قالب چند گزاره از سوی موافقان مداخله به

19. Nils Jareborg, "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", *Ohio State Journal of Criminal Law* 2 (2005), 524.

۲۰. سیدمرتضی هنرمند و احسان ترکاشوند، «تحلیل و بررسی کنترل جمعیت از منظر اخلاق کاربردی»، معرفت اخلاقی ۲۸ (۱۳۹۹)، ۹۲.

منظور افزایش جمعیت نیز به کار گرفته شود؛ بدین صورت که: الف) کاهش جمعیت موجب پیامدهای سوء می‌گردد؛ ب) مداخله برای تحدید جمعیت بر اساس اصل ضرر غیراخلاقی است؛ ج) مداخله برای افزایش جمعیت بر اساس اصل ضرر موجه و مشروع است؛ اما آیا چنین ادعایی با درون‌مایه اصل ضرر همسو خواهد بود؟

اصل ضرر برای متوقف کردن قدرت پیش‌رونده مداخله کیفری، «ایراد ضرر مستقیم به دیگران» را مشروعیت‌بخش مداخله قهری در رفتارهای افراد می‌داند. در این اصل که به دلیل ماهیت مداخله‌جویانه حداقلی آن اصل آزادی نیز نامگذاری شده است «تنها هدفی که برای رسیدن به آن می‌توان بر افراد یک جامعه متمم بر خلاف اراده آنها، اعمال قدرت کرد پیشگیری از ایراد آسیب به دیگران است. خیر و مصلحت فرد، چه جسمانی و چه اخلاقی، توجیه کافی برای مداخله نیست. او را نمی‌توان به حق مجبور به انجام کاری کرد یا چیزی را بر او تحمیل کرد، تنها به این دلیل که به عقیده دیگران آن کار یا تحمل آن چیز برای او بهتر و یا متضمن خیر او خواهد بود. تنبیه او در صورتی موجه است که رفتاری که قصد بازداشتن وی را از آن داریم به دیگری آسیب برساند. فرد تنها در مقابل بخشی از اعمالش در برابر جامعه مسؤول است که ناظر به دیگران باشد؛ و الا در قسمتی که صرفاً ناظر به خودش است استقلال کامل دارد.»^{۲۱} بررسی ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های ایجاد شده در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت به ویژه ممنوعیت اقدامات پیشگیری‌کننده از باروری به طور دائمی و عقیم‌سازی (ماده ۵۲) و محدودیت دسترسی به وسایل و اقدامات پیشگیری‌کننده از باروری به طور موقت (تبصره ماده ۵۱) از این منظر واجد اهمیت است. در یک نگاه اجمالی این‌گونه به نظر می‌رسد که این مداخلات در رفتارهای ناظر به خودی صورت گرفته که فاقد ایراد ضرر به دیگری است. در واقع گرچه این مداخلات ممکن است به جوانی جمعیت بیانجامد، ولی به رغم استفاده از واژه حمایت در عنوان قانون بر طبق مبانی اصل ضرر، منجر به حمایت از خانواده نخواهد شد. این دوگانگی در اهداف که در عنوان قانون نیز مشهود است (حمایت از خانواده / جوانی جمعیت) ممکن است از نقطه نظر منافع جمعی مورد انتقاد قرار گیرد؛ به این معنا که گفته شود اصل ضرر قادر به حمایت از این نوع منافع نیست و آن را در همه حال به پای منافع فردی قربانی می‌کند؛ به عبارت دیگر، جایگاه اصل ضرر در رأس اصول محدودکننده قدرت کیفری، می‌تواند موجب طرح این انتقاد شود که چنانچه تنها توجیه‌گر جرم‌انگاری، ایراد ضرر مستقیم به دیگران

۲۱. جان استوارت میل، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی (تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی: ۱۳۸۵)،

باشد چه بسا که پیامدهای نامطلوبی از این میزان آزادی ناشی شود. آیا در صورت بروز چنین وضعیتی که آزادی افراد ممکن است منجر به کاهش یا متوقف شدن مولید شود و پیر شدن جمعیت و پیامدهای آن را به دنبال داشته باشد، مداخله قهری در امر فرزندآوری مشروع خواهد بود؟ برای پاسخ به این پرسش نخست باید به ماهیت فرزندآوری و اقدامات پیشگیرانه از آن پرداخت و در ادامه تفسیرهای محافظه‌کارانه از اصل ضرر برای توجیه این قبیل جرم‌انگاری‌ها مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱- ناظر به خود بودن^{۲۳} فرزند آوری و اقدامات پیشگیرانه از آن

در تفسیرهای سنتی ارائه شده از اصل ضرر، ضرر تنها معیار برای تفکیک حوزه‌های ناظر به خود و ناظر به دیگری دانسته می‌شود.^{۲۳} حاکمیت حوزه ناظر به خود، با پیچیدگی‌های زیادی روبه‌رو است. رفتارهای ناظر به خود فراوانی را می‌توان نام برد که بر کسانی که وابسته به فرد هستند و روابط نزدیکی با او دارند تأثیر می‌گذارد؛ باین حال تا زمانی که موجب آسیبی به دیگران نشود داخل در قلمرو اصل ضرر نمی‌شود و ناخوشایندی حاصل از آن به گونه‌ای است که جامعه می‌تواند آن را در راه تأمین خوشبختی بزرگ‌تری که آزادی بشری است تحمل نماید.^{۲۴} با این تفاسیر، تمایز میان حوزه ناظر به خود و دیگری به سرعت بحث‌برانگیز می‌شود؛ اما قدر متیقن ضرورت وجود قلمروی خصوصی است که فرد در آن آزادی مطلق دارد و در آن فضای حداقلی می‌تواند استقلال عمل خود را از مداخله مصون نگه دارد. از سوی دیگر، رفتار ناظر به دیگری، دربرگیرنده اقداماتی است که توسط دیگران قابل درک و مشاهده است؛ و از آنجا که تقریباً هیچ رفتاری نمی‌تواند از این بُعد خاص مبرا باشد، می‌توان تمامی رفتارها را مستقیم و غیرمستقیم ناظر به دیگران نیز دانست؛ اما برای هدف مشروعیت‌بخشی به اجبار، به جای تمرکز بر اینکه آیا یک رفتار خاص بر دیگر افراد تأثیر می‌گذارد یا خیر، باید پذیرفت که تقریباً هر رفتاری بر دیگران تأثیر می‌گذارد، اما تنها تعدادی از آنها بر منافع دیگران من غیر حق تأثیر می‌گذارند و با آنها در تضاد هستند. در نتیجه بخش بزرگی از رفتارهای فردی اعمال مجازی هستند که با آزادی کامل می‌توان انجام داد.^{۲۵}

جایگاه پیشرو اصل منع ایراد ضرر به دیگری در جرم‌انگاری، موجب شده است که مخالفان اصل

22. Self-Regarding Conduct

۲۳. جاناتان سیگلو، الستر در ادواردز و جولز تاونزند، تفسیرهای جدید بر فلیسوفان سیاسی مدرن، از مایکاولی تا مارکس، ترجمه خشایار دیهیمی، (تهران، نشر نی، ۱۳۹۱)، ۳۲۲.

۲۴. میل، رساله درباره آزادی، پیشین، ۲۰۸.

۲۵. سیگلو، ادواردز و تاونزند، پیشین، ۳۳۶.

ضرر که مدافعان گستردگی اختیار دولت در جرم‌انگاری هستند، با تحریف هسته این اصل در ظاهر به مدافعان این اصل تبدیل شوند و بسیاری از جرم‌انگاری‌ها را بر آن اساس قابل توجیه بدانند. در این رویکرد، مخالفان دسترسی آزاد به وسایل و اعمال جراحی پیشگیرانه از بارداری و باروری، کاهش جمعیت و به دنبال آن کاهش نیروی انسانی، کاهش قدرت نظامی، کاهش توسعه و کاهش تعداد جمعیت مسلمانان را ضررهای اجتماعی، سیاسی و اقتصادی کلانی می‌دانند که از آزادی افراد بر کنترل مولید به بار می‌آید. این امور که به عنوان دلایل مخالفت با کنترل مولید و تنظیم خانواده مطرح شده‌اند^{۲۶} می‌توانند به عنوان دلایل توجیه‌گر محدودیت‌های قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت به کار گرفته شود (دلایل توجیهی طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده). این تفسیر موسع از رفتارهای ناظر به دیگری، به صرف اینکه رفتارهای دیگران بر سایرین تأثیر می‌گذارد با رویکرد اصل ضرر مبیانت دارد؛ زیرا مرز ناظر به خود بودن / ناظر به دیگری بودن رفتار، عمده‌ترین محل مناقشه اصل ضرر و پدرسالاری قانونی است و شرط ضد پدرسالارانه اصل ضرر در قالب معیار ناظر به خود نبودن محقق می‌شود. از این رو نخستین ویژگی‌ای که باید در رفتار شایسته جرم‌انگاری بر مبنای اصل ضرر وجود داشته باشد، ناظر به دیگری بودن است؛ زیرا هدف این اصل، برقراری تمایز میان رفتارهای مرتبط با دیگران و رفتارهایی است که تنها ناظر به خود فرد مرتکب است.^{۲۷} این کار مستلزم امکان جداسازی فضای مربوط به خود از فضای مربوط به دیگری است. با این حال بر خلاف برخی نگرش‌های تقنینی، قلمرو مربوط به خود قلمرویی نیست که در آن رفتار فرد بر منافع هیچ فرد دیگری تأثیر نداشته باشد؛ زیرا در اصل ساده‌ترین رفتارهای ما می‌تواند بر سایرین تأثیر داشته باشد؛ برای مثال حتی رفتار مشروعی مانند امانت گرفتن کتاب از کتابخانه توسط یک دانشجو موجب می‌شود دانشجوی دیگر نتواند کتاب را بگیرد و در نتیجه موفق به مطالعه و کسب نمره در آزمون نمی‌گردد؛ بلکه حاصل جمع همه رفتارهایی است که توسط اصل آزادی حمایت می‌شود، چه بر دیگران تأثیر بگذارد چه نگذارد.^{۲۸}

این مناقشه، به شکل عملی در فراز و فرود قانونگذاری در خصوص جواز یا ممنوعیت راه‌های پیشگیری از باروری مشاهده می‌شود. در ماده یک «طرح افزایش نرخ باروری و پیشگیری از کاهش رشد

۲۶. سیدمحمدعلی ایازی، اسلام و تنظیم خانواده (تهران، دفتر تنظیم و نشر اسلامی، ۱۳۷۴)، ۱۵۸.

27. John. C. Rees, "A Re-Reading of Mill on Liberty" in J.S. Mill on Liberty in Focus, ed. John Gray and G.W. Smith, (London: Routledge, 1996), 171.

28. Jonathan Riley, *Mill on Liberty* (London: Routledge, 1998), 93.

جمعیت کشور» که پیش از این^{۲۹} مطرح شده بود، اقداماتی مانند «واژکتومی»^{۳۰} و «توبکتومی» در ردیف سقط جنین قرار گرفته است و مجازات مندرج در ماده ۶۲۴ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵^{۳۱} برای آن پیش‌بینی شده بود؛ اما با ایراد مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان روبه‌رو شد. از نظر این مجمع چنانچه این رفتارها با یک غرض عقلایی صورت گیرد و ضرر قابل ملاحظه‌ای هم برای فرد نداشته باشد، فی‌نفسه فاقد اشکال است. لذا اطلاق منع در این ماده خلاف شرع دانسته شد. در واقع رفتار مذکور هرچند بدون تأثیر بر دیگران نیست، اما موجب آسیب به دیگران نیز نمی‌شود. با وجود این رفتار مورد بحث در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰، وضع تازه‌ای پیدا کرده است و عقیم‌سازی دائم زنان و مردان و یا مواردی که احتمال برگشت‌پذیری در آنها ضعیف یا دشوار باشد (مانند بستن لوله‌ها) ممنوع دانسته شده است، مگر اینکه بارداری برای زن توأم با ضرر شدید باشد که در آن صورت عقیم‌سازی تنها برای زنان (نه مردان) ممنوع نیست. در وضع پیشین قانونگذار با «جواز مطلق» به موضوع می‌نگریست مگر اینکه به استناد اضرار به خود، ممنوعیتی بر آن عارض می‌شد اما در وضع جدید قانونگذار شیوه «ممنوعیت مطلق» را در پیش گرفته است، مگر اینکه با پدید آمدن اضرار به شکل استثنایی حکم به جواز آن داده شود.

ادعای برخورداری اصل ضرر از پشتوانه فایده‌گرایانه در بیان مبدع آن جان استوارت میل^{۳۲} می‌تواند اصل ضرر را التقاطی و متناقض‌نما جلوه دهد؛ زیرا در حالی که اصل نخست، تنها دلیل مداخله به حق در آزادی فردی را منع ایراد ضرر به دیگری می‌داند، فایده‌گرایی امر اخلاقی را بیشینه کردن خوشبختی برای بیشترین تعداد افراد می‌داند. مداخله در امر فرزندآوری هرچند به دلیل عدم ایراد ضرر به دیگری موجه و مشروع نیست، اما چنانچه در قاموس فایده‌گرایی نگریسته شود، بر اساس برآورد صورت‌گرفته در دلایل توجیهی طرح افزایش نرخ باروری و پیشگیری از کاهش رشد جمعیت کشور، در سال‌های ۱۴۲۰-

۲۹. این طرح در قالب ۵ ماده در سال ۱۳۹۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. با این حال شورای نگهبان آن را مغایر شرع و قانون اساسی دانست و با پایان عمر مجلس نهم عملاً مسکوت ماند.

30. Vasectomy;

(برداشتن مجرای انتقال اسپرم (مجرا برداری))

۳۱. اگر طیب یا ماما یا داروفروش و اشخاصی که به عنوان طبابت یا مامایی یا جراحی یا داروفروشی اقدام می‌کنند وسایل سقط جنین فراهم سازند و یا مباشرت به اسقاط جنین نمایند به حبس از دو تا پنج سال محکوم خواهند شد و حکم به پرداخت دیه مطابق مقررات مربوط صورت خواهد پذیرفت.

۳۲. جان استوارت میل، فایده‌گرایی، ترجمه مرتضی مردیها (تهران: نشر نی، ۱۳۹۲)، ۳۲.

۱۴۱۵ رشد جمعیت صفر و سپس منفی خواهد شد و پیامدهای این موضوع، کمبود نیروی کار و فشار بر نظام سلامت جامعه خواهد بود؛ اما حقیقت این است که هرچند اصل ضرر رفتارهای ناظر به خود و ناظر به دیگری را از یکدیگر تفکیک می‌کند و مداخله در دسته نخست را موجه نمی‌داند، با این حال پیامدهای تصمیمات حتی کاملاً شخصی افراد را از نظر دور نداشته اما معتقد است که سودمندی باید در وسیع‌ترین معنای آن تعبیر شود و پایه‌اش بر منافع پایدار انسان به عنوان موجودی ترقی خواه استوار باشد. هرچند حفظ این منافع اجازه دخالت در برخی فعالیت‌های افراد را می‌دهد، اما جواز مداخله تنها در دسته‌ای از رفتارها داده خواهد شد که مستقیماً به منافع دیگری مربوط می‌شود؛ بنابراین بر اساس مقدمه نخست دولت هرگز نباید در رفتارهای صرفاً ناظر به خود فرد دخالت کند. این قرائت از اصل ضرر در واقع دنباله ضروری قرائت کامل‌تری از آن است که می‌گوید دولت تنها زمانی می‌تواند در رفتار فرد دخالت کند که آن رفتار به دیگران ضرر بزند. در مقدمه دوم، درستی و نادرستی رفتار افراد به نسبتی است که موجب افزایش خوشبختی یا ناخوشبختی آنها شود و در نتیجه هیچ مداخله‌ای در رفتارهای ناظر به خود فرد نمی‌تواند خوشبختی او را بیشینه کند. اصل ضرر در اطلاق خود درصد نشان دادن بی‌اعتمادی به دولت در توانایی انجام محاسبه فایده برای شهروندان است؛ به گونه‌ای که حتی اگر بر سر این موضوع اتفاق نظر وجود داشته باشد که کدام اعمال ناظر به خود زیان‌بار محسوب می‌شوند تا امکان مداخله در آن وجود داشته باشد، چنین قانونگذاری نباید موجه باشد؛ زیرا دولت‌ها ناتوانی خود را در تحدید مداخلاتشان به چنین موارد اندکی ثابت کرده‌اند؛ بنابراین قانونگذار نمی‌تواند نیل به نرخ باروری کل به حداقل دو و نیم فرزند به ازای هر زن تا سال ۱۴۰۴ را به عنوان هدف خود از یک قانون مجهز به ابزارهای قهری قرار دهد (بند ۱ ماده ۱ «طرح جامع جمعیت و تعالی خانواده»)^{۳۳}؛ هرچند می‌تواند با مداخلات غیرقهری رسیدن به آن هدف را تسهیل نماید.

۱-۲- تحدید نسل؛ تهدیدی برای بقای جامعه و توجیه محافظه‌کارانه از ضرر

در کنار تفسیر آزادی‌خواهانه اصل ضرر، تفسیر محافظه‌کارانه از آن می‌تواند ملاک ضرر را محتوای حداقلی قانون قرار دهد. در این فرض، قانون باید دربرگیرنده محتوای حداقلی مشخصی باشد، زیرا بدون چنین محتوایی نمی‌تواند هدف حداقلی بقا را که انسان‌ها در برقراری ارتباط با یکدیگر به دنبال آن

۳۳. این طرح در سال ۱۳۹۲ به مجلس شورای اسلامی ارائه شد. به رغم تصویب آن در کمیسیون فرهنگی، با اتمام دوره مجلس نهم، فرصت طرح در صحن علنی مجلس را پیدا نکرد.

هستند تأمین کند؛ بنابراین در کنار ضرر مستقیم، نقض قواعد ایجاد شده برای حمایت از جامعه به عنوان یک کل نیز ضرر محسوب می‌شود.^{۳۴} بر این اساس، مخالفان تحدید نسل می‌توانند ادعا کنند که برخی قواعد مبنایی برای تداوم و بقای هر جامعه ضروری و نقض آن مساوی با ضرر است؛ تکثیر جمعیت نیز می‌تواند یکی از این قواعد باشد. همان‌گونه که سرقت رفتاری آسیب‌زا و ممنوع کردن آن برای کارایی و بقای جامعه ضروری است، پیشگیری از باروری نیز می‌تواند یک رفتار مضر انگاشته شود.

هارت^{۳۵} در مقام شناسایی و احصای قواعد ضروری همه شمول که برای همه فرهنگ‌ها و جوامع امری پیشینی باشد آنها را در قالب آسیب‌پذیری انسان، برابری تقریبی افراد، نوع‌دوستی محدود، منابع محدود و قوه تمیز و قدرت اراده محدود برشمرده است که به زعم وی ما را قادر به خلق یک محتوای حداقلی ماهوی برای قانون در هر جامعه‌ای می‌سازد؛ یعنی می‌توان این بدیهیات پنج‌گانه را برای ایجاد چنین محتوایی با یکدیگر ترکیب کرد.^{۳۶} برای نمونه با مفروض گرفتن هدف بشری بقا، هنگامی که منابع محدود و آسیب‌پذیری انسان با یکدیگر ترکیب شوند، ممکن است برخی افراد دست به سرقت غذای دیگری بزنند. از این رو، برای اینکه افراد در امان باشند و جامعه نیز امنیت داشته باشد، همه جوامع ناگزیر به گنجاندن قوانین مربوط به ممنوعیت سرقت در حقوق خود خواهند بود؛ اما صرف‌نظر از این موارد بدیهی، گفتن اینکه آیا یک قانون خاص در یک جامعه واقعی برای بقای آن ضروری است یا خیر، کار آسانی نیست و اصل ضرر در خصوص این قواعد مختص به جامعه ابراز نگرانی می‌کند. در واقع این اصل نگران دشواری عملی شناسایی و تشخیص قواعدی است که واقعاً برای بقای یک جامعه مفروض ضروری است. علت این نگرانی این است که کسانی که ترجیح می‌دهند جامعه به سبک خاصی اداره شود، اولویت‌های خود را از طریق زبان ضرورت مطرح خواهند ساخت؛ اما اصل ضرر هرگز نمی‌خواهد نقض قوانینی را که تجلی سلیقه‌ها و اولویت‌های قدرتمند شخصی است ضرر بداند.^{۳۷} مشکلی که چنین تفسیری از ضرر با آن روبه‌رو است، ناتوانی در تشخیص قانون ضروری از قانون غیرضروری است و چنین ریسکی موجب تحلیل رفتن اصل ضرر می‌شود. اصل ضرر در محتوای حداقلی خود نقض آزادی را تنها در رفتاری موجه می‌داند که برای دیگران مضر باشد. طبق این قرائت، ضرر همان نقض قواعد لازم برای

۳۴. هربرت لیونل آدولفوس هارت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۹۲)، ۳۰۵-۲۹۸.

35. Herbert Lionel Adolphus Hart

۳۶. همانجا.

۳۷. میل، رساله درباره آزادی، پیشین، ۱۷۳-۱۷۲.

بقای جامعه است که دربرگیرنده امنیت فردی است. در این نگاه، امنیت فردی مهم‌ترین مؤلفه در بیشینه کردن فایده است؛ بنابراین تنها زمانی که جامعه باید با مداخله در آزادی کسی به او ضرر بزند، هنگامی است که او اساساً بقای آن جامعه را با رفتار مضر تهدید کند. در آن صورت کاملاً منطقی به نظر می‌رسد که گفته شود فایده حاصل از حفظ قوانین ضروری برای امنیت و بقای جامعه، به مراتب بیشتر از ایراد ضرر به بزهکار از طریق نقض آزادی‌های فردی اوست.^{۳۸} مضاف بر آن، اگرچه معیار محتوای حداقلی مقتضی قواعدی است که بقا و کارایی جامعه را تضمین می‌کند، اما قوانینی که این وظیفه را انجام می‌دهند متعدد و مختلف‌اند. برای مثال، حفظ حقوق مالکیت افراد تنها از طریق جرم‌انگاری سرقت صورت نمی‌گیرد و قواعد مختلفی می‌تواند بدین منظور به کار گرفته شود. اندیشه کاربرد کمینه حقوق کیفری در اینجا تکمیل‌کننده اصل ضرر است^{۳۹} که علی‌رغم مخالفت با ابزارهای قهری، با سایر شقوق مداخله‌گر غیرکیفری برای تضمین قواعد ضروری برای بقای جامعه مخالفتی ندارد. در اینجا اصل ضرر به خاستگاه فایده‌گرایانه خود رجوع می‌کند و در برداشتی وسیع از فایده بر این است که به احتمال زیاد درد ناشی از ایجاد محدودیت بر آنچه افراد خواستار انجام آن هستند، بیشتر از لذتی است که یک دولت قیوم‌مآب از اعمال محدودیت بر افراد به دست می‌آورد. همچنین لذتی که افراد از داشتن آزادی کسب می‌کنند، بر هر نفع اندکی که جامعه از ناتوانی افراد در اداره امور ناظر به خود به دست می‌آورد بیشتر خواهد بود.^{۴۰}

۲- مداخله در تنظیم خانواده با توجیهات پدرسالارانه و چالش‌های آن

پدرسالاری قانونی به عنوان یکی از اصول توجیه‌کننده جرم‌انگاری، به مداخله دولت از طریق ابزارهای قانونی با هدف حمایت از افراد در مقابل عواقب منفی رفتارهایشان گفته می‌شود.^{۴۱} هنگامی که قانونگذار افراد را به گونه‌ای پدرسالارانه تهدید می‌کند، آنها از انتخاب برخی شیوه‌های رفتاری به این دلیل که برای آنها بد خواهد بود بازداشته می‌شوند. مداخله در آزادی شهروندان با ادعای تشخیص خیر آنها از سوی

۳۸. جان گری، فلسفه سیاسی استوارت میل، ترجمه خشایار دیهیمی، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۰)، ۱۶۸.

۳۹. رحیم نوبهار، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری ۱ (۱۳۹۰)، ۹۱.

۴۰. میل، فایده‌گرایی، پیشین، ۷۶-۷۷.

۴۱. فیروز محمودی جانکی، «منبای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود، مطالعه موردی الزام استفاده از کمربند

و کلاه ایمنی در رانندگی»، فصلنامه حقوق، ۳۷ (۱) (۱۳۸۶)، ۱۳۱.

قانونگذار نیز یک برخورد پدرسالارانه است.^{۴۲} با خروج رفتارهای ناظر به خود از دایره اصل ضرر، در توجیه مداخلات قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قانونگذار می‌تواند اهداف قیم‌مآبانه خود را با ابزارهای قهری محقق کند؟

۲-۱- پدرسالاری در حوزه فرزندآوری با ابزارهای غیرقهری

ماهیت حداقل‌گرایی اصل ضرر موجب طرح این پرسش از سوی قانونگذار و تابعان قانون می‌شود که آیا دولت باید نسبت به هرگونه رفتار ناظر به خودارتکابی توسط افراد واجد صلاحیت عقلی، بی‌تفاوت یا موظف به عدم مداخله باشد؟ این موضوع می‌تواند به طور جدی در خصوص قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مطرح شود. آیا علی‌رغم پیش‌بینی‌ها در زمینه کاهش رشد جمعیت، افراد باید در تمایلات شخصی خود به نداشتن فرزند و یا سلب این توانایی از خود با انجام اعمال جراحی و مانند آن کاملاً آزاد گذاشته شوند؟

قاعده کلی مخالفان پدرسالاری این است که قدرت قهری دولت نباید برای بازداشتن افراد از ایراد ضرر به خودشان یا هدایت آنها به سوی آنچه خیر آنها در آن است به کار گرفته شود. ابتدای این هنجار بر ایده خودمختاری و استقلال عمل فردی است که بر اساس آن، مداخله‌های پدرسالارانه، ناقض حق تصمیم‌گیری برای زندگی شخصی است. مخالفان پدرسالاری، حق بر تعیین سرنوشت را به عملکرد فرد بر طبق مجموعه‌ای منسجم و به هم پیوسته از اهداف انتخابی او تعریف کرده‌اند،^{۴۳} اما بدان معنا نیست که فرد تنها در صورتی مجاز به انجام رفتارهای به ظاهر خودمخرب یا رفتارهایی که خیر او در آنها لحاظ نشده است خواهد بود که این رفتارها بخشی از برنامه‌های کلی‌تر او برای زندگی باشد؛ زیرا چنین نگرشی به آزادی فردی، به قضاوت‌ها و برداشت‌های وسیعی در رفتارهای فرد منجر خواهد شد. در نتیجه هر زمان که فرد توان شناسایی خطرات رفتارهایش را نداشته باشد و بر طبق اهداف بلندمدت خود عمل نکند و رفتار خود آسیب‌زای وی در تعارض با سایر اهداف بلندمدت وی باشد، دولت می‌تواند در رفتارهای او مداخله کند. برای اجتناب از پیامدهای ناخواسته چنین نگرشی که توانایی فرد در سنجش منافعش را به رسمیت نمی‌شناسد، راه‌حل دیگر پذیرش اختیار تام انتخاب به عنوان مبنای نظریه‌پردازی در این خصوص است؛ استدلالی که مفهوم انسان به مثابه متعقل‌ترین موجود را نادیده نمی‌گیرد و

42. Douglas Husak, "Why Criminal Law: A Question of Content?", *Criminal Law and Philosophy* 2 (2008), 138.

43. Joel Feinberg, *Doing & Deserving; Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton: Princeton University Press, 1970), 27.

اعمال پدرسالاری حقوقی مستقیم بر موضوعات واجد صلاحیت و توانا را به‌طور کلی رد می‌کند. بدیهی است که گاهی این کار را با هزینه زیاد انجام می‌دهد، زیرا انسان‌ها موجودات خطاپذیری هستند که در برخی شرایط به انجام کاری برانگیخته می‌شوند که منجر به عواقب شدید و برگشت‌ناپذیری برای آنها می‌شود. در چنین موقعیت‌هایی، اجتناب از مداخله، می‌تواند دستیابی فرد به اهداف بلندمدتش را با شکست روبه‌رو کند.⁴⁴ برای اجتناب از چنین ایراداتی، می‌توان پدرسالاری را در اشکال محدود و مشروط آن پذیرفت.⁴⁵ در چنین راه‌حلی، آزادی فردی همچنان هنجار خواهد بود اما در برخی موقعیت‌های خاص، اهداف بلندمدت فرد می‌تواند زمینه مداخله را فراهم کند.⁴⁶ برای مثال، رفتارهای فردی که شیوه زندگی‌اش نشان می‌دهد که به برنامه‌های بلندمدت خود پایبند است اما پس از یک شکست فردی دست به اقدامات خود آسیب‌زا می‌زند، می‌تواند به طور موقت موضوع مداخله قرار گیرد. هدف از این مداخله که بر مبنای اولویت‌های بلندمدت فرد صورت می‌گیرد، دادن فرصت به وی برای بازنگری در تصمیم خود و نشان دادن واکنش مناسب به آن موقعیت است. در این برداشت محدود و مشروط از پدرسالاری، اماره آزادی اراده به قوت خود باقی است. در واقع فرد به‌طور کلی در رفتار و عمل آزاد خواهد بود و مداخله تنها در صورتی امکان‌پذیر است که فرد اهداف بلندمدت و قابل تشخیص داشته باشد و آن رفتار خود آسیب‌زا، ظاهراً ناقض آن اهداف باشد. البته نباید گمان کرد که این رویکرد، تناسب همیشگی مداخله با اولویت‌های واقعی و طولانی‌مدت فرد را تضمین می‌کند، زیرا امکان بروز اشتباه در تشخیص اهداف فرد، به ویژه هنگامی که قضاوت در خصوص آن به دولت واگذار می‌شود، وجود دارد. از آنجاکه در این برداشت از پدرسالاری، کماکان زمینه برای مداخله وجود دارد این ایده را می‌توان در قالب گنجاندن چند شرط برای موجه بودن مداخلات دولتی در چنین مواقعی ضابطه‌مند کرد: نخست؛ ضرر به خود به طور بالقوه شدید و غیرقابل برگشت باشد؛ دوم؛ فرد آن اقدام را تحت فشارهای غیرمعمول انجام داده باشد؛ سوم؛ طول دوره مداخله محدود باشد؛⁴⁷ و چهارم؛ مداخلات مکرر تحدید شوند. در فقدان شرط آخر، فرد می‌تواند پیوسته از عملی کردن خواست‌هایش منع شود، زیرا در هر بار دولت خود را موجه به مداخله خواهد دانست.⁴⁸ این الگوی فرضی از پدرسالاری که از سوی تعدیل‌کنندگان اصل ضرر ارائه شده است

44. Andrew Von Hirsch, "Direct paternalism: Criminalizing self-injurious conduct", Symposium: George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law* 27 (2008), 26.

45. Gerald Dworkin, "Paternalism", *The Monist* 56 (1972), 66.

46. John Kleinig, *Paternalism* (Manchester: Manchester University Press, 1983), 67-73.

47. Ibid, 69.

48. Von Hirsch, op.cit., 26-27.

نشان می‌دهد که در فضای نظریه‌پردازی، می‌توان با رد بی‌تفاوتی مطلق در قبال رفتارهای ناظر به خود، نوعی الگوی مشروط از پدرسالاری ترسیم کرد که قابلیت توجیه با اهداف بلندمدت فرد را داشته باشد. چنانچه با قبول این شرایط مداخلات پدرسالارانه را قابل توجیه بدانیم، شروط مذکور به‌ویژه شرط‌های سوم و چهارم یعنی محدود بودن طول دوره مداخله و اجتناب از مداخلات مکرر در رفتارهای ناظر به خود در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت رعایت نشده است. به طوری که همه افراد با هر نوع مینا و علتی برای تصمیم‌گیری و با هر تعداد فرزند، به طور دائم از دسترسی به اعمال جراحی با هدف کنترل فرزندآوری و یا دسترسی به اقلام دارویی ممنوع هستند. هرچند فراتر از آن، این پدرسالاری مشروط و محدود، منحصر به نوع غیرکیفری آن است و چنانچه قیم‌مآبی بخواهد با ابزارهای کیفری محقق شود با چالش‌های بیشتری مواجه خواهد شد.

۲-۲- پدرسالاری کیفری در حوزه فرزندآوری و عدم تناسب میان هدف و سازگار

در پدرسالاری کیفری پیشگیری از ضرر اعم از جسمی، روحی یا مالی به خود مرتکب یا تشخیص خیر و صلاح وی از سوی قانونگذار، دلایل خوبی برای حمایت از ممنوعیت کیفری است. بر این اساس، حقوق کیفری می‌تواند با مبنایی پدرسالارانه، اقدام به ممنوعیت و مجازات رفتارهایی نماید که یا به مرتکب ضرر وارد می‌کند، یا اینکه بدون ضرر است اما قانونگذار خیر فرد را در انجام یا ترک آن می‌بیند.^{۴۹} مداخله‌های پدرسالارانه در حقوق کیفری دو ویژگی برجسته دارند؛ نخست اینکه هدف از مداخله، خیر ساختگی فرد یا پیشگیری از ضرر به اوست؛ منظور از ساختگی بودن این است که قانونگذار در مقام تشخیص خیر و شر فرد برمی‌آید. دوم اینکه این نوع مداخله، برخلاف دیگر اشکال کمک‌های رفاهی-اجتماعی دولتی، دربرگیرنده اجبار و الزام است؛ به این معنا که امکان رد حمایتگری دولت توسط فرد وجود ندارد.^{۵۰} اگرچه ممکن است، آن‌گونه که گذشت، مداخله پدرسالارانه دولت تحت شرایط خاصی به‌جا باشد، اما مجازات کردن فرد به دلیل ایراد ضرر به خود یا فراتر از آن تأمین سعادت وی، موضوع متفاوتی است که قانونگذاری بر آن اساس را با دشواری‌هایی روبه‌رو می‌کند. علاوه بر آنچه پیش از این در قالب حق بر تعیین سرنوشت مطرح شد، مهم‌ترین ایرادی که به پدرسالاری کیفری وارد است، مغایرت ممنوعیت‌های کیفری پدرسالارانه با هدف این نوع مداخله است؛ زیرا ضمانت اجرای کیفری با محرومیت و سرزنشی که

49. Feinberg, Doing & Deserving; Essays in the Theory of Responsibility, op.cit., 4.

50. Von Hirsch, op.cit., 25

به دنبال دارد، علی‌القاعده موجب حمایت از منفعت فرد مرتکب نخواهد شد.^{۵۱} در این میان، کارکرد بیانی مجازات با هدف ادعایی پدرسالاری مبنی بر تأمین منافع آتی فرد سازگار نیست. مجازات در کارکرد بیانی خود ذاتاً در بردارنده سرزنش و بیانگر عدم تأییدی است که مستقیماً متوجه رفتار مرتکب است و این عنصر برقرارکننده ارتباط اخلاقی میان فرد و رفتار ارتكابی از سوی اوست.^{۵۲} در رفتارهای مضر برای دیگران، عنصر سرزنش را می‌توان از طریق مجازات مقرر برای آن رفتار مشاهده کرد، در حالی که به کارگیری مؤلفه خطاکاری - سرزنش برای رفتارهای آسیب‌زای ناظر به خود مشکل‌زا است و از آن دشوارتر برقراری چنین موازنه‌ای برای رفتارهای ناظر به خودی است که در جرم‌انگاری آنها تنها خیر ساختگی قانونگذار ملاک بوده است.^{۵۳}

در این استدلال، مجازات‌های اصلی حقوق کیفری، یقیناً نمی‌توانند با هدف مداخله‌های پدرسالارانه در حفظ فرصت‌های آتی فرد سازگار باشند؛ زیرا برخورد سخت در مجازات، وسیله‌ای برای ابراز محکومیت و تقبیح کیفری نسبت به رفتار ارتكابی در گذشته و در نگاهی خوش‌بینانه، ابزاری برای کمک به سرکوب بزهکاری در آینده است. در مقابل در مجازات‌های خفیف که اغلب از نوع انضباطی و مالی هستند، شاید بتوان مجازات را نیز یکی از گزینه‌های حفاظت از منافع آتی فرد دانست؛ با این استدلال که پیامد این نوع مجازات‌ها، خفیف‌تر از پیامدهای رفتار خودآسیب‌زا است و می‌توان آنها را برای حفاظت از منافع بلندمدت‌تر، مورد استفاده قرار داد.

هنگامی که به قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت از دریچه پدرسالاری کیفری نگریسته می‌شود در وهله نخست در اهداف یک قانونگذار پدرسالار، در وهله دوم در سازکار عملی کردن آن اهداف و در نهایت در اتخاذ نوع مداخلات تردیدهایی به وجود می‌آید: قانونگذار در این قانون دسترسی رایگان یا یارانه‌ای به اقلام مرتبط با پیشگیری از بارداری را حذف (ماده ۵۱) و همچنین در دسترسی آزادانه به اقلام مذکور محدودیت (تبصره ماده ۵۱) ایجاد کرده است. آنچه در اینجا رخ داده مداخله در رفتارهای ناظر به خود غیر آسیب‌زا برای خود و دیگران و ظاهراً با تشخیص خیر افراد از سوی قانونگذار در قالب نوع سخت پدرسالاری کیفری است که پیش‌تر ایرادات مبنایی آن مورد بررسی قرار گرفت؛ اما این نوع مداخله قیم‌مآبانه هنگامی که از منظر هدف پدرسالاری قانونی نگریسته می‌شود تشخیص قانونگذار را با تالی فاسدهایی مواجه می‌کند. این نوع محدودیت علاوه بر اینکه با آزادی اراده و حق

51. Husak, op.cit., 76.

52. Feinberg, Doing & Deserving; Essays in the Theory of Responsibility, op.cit., 95.

53. Von Hirsch, op.cit., 28-29.

بر تعیین سرنوشت افراد مغایر است، می‌تواند با شیوع سقط‌های غیرقانونی و زیرزمینی که در فقدان دسترسی‌های ایمن رخ می‌دهد موجب به خطر افتادن جان زنان باردار گردد؛ علاوه بر اینکه استفاده از این نوع وسایل تنها در جهت جلوگیری از فرزندآوری نیست، بلکه وسایل محافظتی در پیشگیری از سرایت بسیاری از بیماری‌های آمیزشی نیز هستند. این قسم از مداخله حتی در چهارچوب حمایت‌های قیم‌مآبانه قرار نخواهد گرفت، زیرا نمی‌تواند در جهت حفظ منافع فرد یا تشخیص خیر فردی یا پیشگیری از ایراد ضرر به خود توجیه شود. بلکه تحمیل محدودیتی است که هدف آن نه حمایت از خانواده بلکه صرفاً افزایش موالید است. قسم دیگر مداخله در جهتی کاملاً متفاوت از نوع پیشین، ممنوعیت‌های وارد بر غربالگری در ماده ۵۳ است. طبق تبصره ۲ این ماده، توصیه به مادران باردار برای انجام غربالگری توسط کادر بهداشت و درمان مجاز نیست. این عدم جواز می‌تواند حتی در برگزیده مادران با سن بالا و دارای فرزند معلول باشد. در تبصره ۳ این ماده، انجام غربالگری برای تشخیص ناهنجاری‌های جنینی صرفاً با درخواست یکی از والدین اجازه داده شده است. ملاحظه می‌گردد در جایی که باید مداخلات حمایت‌گرانه با معیارهای علمی وجود داشته باشد، قانونگذار طرفدار عدم مداخله در آزادی افراد شده و آنها را در اتخاذ تصمیم برای زندگی خود - ولو آسیب‌زا - آزاد می‌گذارد. این در حالی است که آزادی اراده در تصمیم‌گیری زمانی معنا پیدا می‌کند که فرد به پیامدهای تصمیم خود کاملاً واقف باشد. در خصوص والدینی که در فقدان هرگونه آگاهی نسبت به پیامدهای عدم غربالگری آن را برمی‌گزینند، نمی‌توان گفت که تصمیمشان با اراده آزاد و توأم با رضایت بوده است.

۳- اخلاق‌گرایی کیفری و چالش در توجیه مداخلات کیفری در موضوع فرزندآوری

در اخلاق‌گرایی کیفری، غیراخلاقی بودن رفتار دلیل مشروعی برای ممنوعیت کیفری است.^{۵۴} اولین گام در تعریف اخلاق‌گرایی قانونی، پرداختن به دوگانه‌های «اخلاقی - نااخلاقی»^{۵۵} و «اخلاقی - ضد اخلاقی»^{۵۶} است. در دوگانه اخلاقی - نااخلاقی پرسش این است که آیا موضوع بحث اساساً مربوط به قلمرو اخلاق است؟ به عبارت دیگر، آیا موضوع، هنجاری و دارای بار ارزشی است و اخلاق به روشنی در مورد آن رویکرد مشخصی دارد یا خیر. در مقابل، دوگانه اخلاقی - ضد اخلاقی توأم با قضاوت ارزشی

54. Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), 662.

55. Moral and Amoral (Non-moral)

56. Moral and Immoral (Unmoral)

است و بحث بر سر این موضوع، تنها می‌تواند در درون اخلاق نوع اول صورت گیرد.^{۵۷} در نتیجه بحث از اخلاق‌گرایی قانونی در خصوص نوع دوم اخلاقیات است و در این برداشت، غیراخلاقی بودن یک رفتار می‌تواند دلیلی برای ممنوعیت کیفری آن باشد. اخلاق به کار رفته در این اصطلاح معنای عامی است که شامل هر سه نوع اخلاق می‌شود: اخلاقی که خاستگاه آن عقل است، اخلاقی که ریشه در آموزه‌های وحیانی دارد و اخلاقی که مبتنی بر توافق و سنت‌های پذیرفته شده افراد یک جامعه خاص است.^{۵۸} در الزام قانونی اخلاق، نه‌تنها ایراد آسیب به دیگران و خود، بلکه غیراخلاقی بودن رفتار برای توجیه ممنوعیت آن کفایت می‌کند؛ بنابراین در خصوص قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت این پرسش مطرح می‌شود که آیا موضوع کلی تحدید نسل و تنظیم خانواده از طریق روش‌هایی مانند پیشگیری دائم و موقت از بارداری امری غیراخلاقی است تا بتوان بر این اساس آن را دارای هم‌پوشانی با الزام قانونی اخلاق دانست و از این طریق به توجیه مداخله در آن اقدام نمود؟

۳-۱- شقوق اخلاق‌گرایی کیفری و تفاوت در حیطه مورد مداخله

اخلاق‌گرایی کیفری به دو نوع قوی و ضعیف^{۵۹} تقسیم می‌شود. در اخلاق‌گرایی قوی، حقوق کیفری باید همه - و تنها- رفتارهای به شدت غیراخلاقی را به دلیل غیراخلاقی بودنشان ممنوع کند. در خوانش افراطی نظریه حفظ اخلاق توسط قانون کیفری، اخلاق بماهو اخلاق، فارغ از پیامدهای آن، باید حفظ شود. در اینجا، خطای اخلاقی به هسته مرکزی خطای قانونی تبدیل می‌شود و نه‌تنها غیراخلاقی بودن رفتار، معیار لازم و کافی برای جرم‌انگاری است، بلکه رفتار غیراخلاقی تعیین‌کننده مرزهای مشروع جرم‌انگاری است.^{۶۰}

در مقابل در اخلاق‌گرایی کیفری ضعیف، حقوق کیفری مدرن تنها متشکل از اعمال فی‌نفسه نادرست نیست، بلکه علاوه بر آن شامل رفتارهایی است که نادرست بودنشان را از ممنوعیت قانونی می‌گیرند و منحصرأ بر مبنای آنچه به شدت غیراخلاقی است بنا نمی‌شود. مضاف بر این، در یک جامعه متکثر حتی در خصوص اینکه چه چیزی غیراخلاقی است اجماع وجود ندارد. ایده اصلی اخلاق‌گرایی ضعیف این است که حقوق کیفری با ممنوع کردن انواع خاصی از رفتارها از شهروندان تقاضای عدم

57. Nina Persak, *Criminalizing of Harmful Conduct* (New York: Springer, 2007), 19.

۵۸. محسن برهانی، اخلاق و حقوق کیفری (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶)، ۱۱۰.

59. Strong and Weak Penal Moralism

60. Antony Duff, *Criminal Attempts* (Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1996), 41.

انجام آنها را دارد. این تقاضاها ماهیتی اخلاقی دارند؛ در نتیجه، ممنوعیت یک رفتار خود نوعی تقاضای اخلاقی است که توسط دولت از شهروندان به عمل می‌آید. پس آنچه خاص حقوق کیفری است ادعای آن مبنی بر تعریف و سرزنش انواع خاصی از خطاهای اخلاقی به منظور توجیه محتوای مداخله کیفری است که نشان می‌دهد آنچه به عنوان جرم تعریف شده است در واقع خطاهایی هستند که شایسته سرزنش‌اند.

هرچند خوانش ضعیف اخلاق‌گرایی با دشواری‌های قرائت قوی مواجه نیست اما کماکان برای مشروع بودن ممنوعیت کیفری، غیر اخلاقی بودن رفتار ممنوع شده لازم است. این قرائت از اخلاق‌گرایی ادعا می‌کند رفتار ضد اخلاقی تنها یک دلیل مشروع برای جرم‌انگاری است نه همه آنچه باید جرم‌انگاری شود. در این ادعا که تلاش می‌کند خود را از چالش‌های عملی قرائت افراطی اخلاق‌گرایی برکنار دارد یک اخلاق حداقلی مورد پذیرش قرار می‌گیرد و تلاش می‌شود با اهداف حقوق کیفری لیبرال مانند حداقل‌گرایی کیفری همسو شود. در این جریان، مخالفت با اخلاق‌گرایی کاهش پیدا می‌کند زیرا در نهایت آنچه اخلاق‌گرایی قانونی جرم‌انگاری خواهد کرد، تفاوت قابل ملاحظه‌ای با نظریه حداقل‌گرایی ندارد. کما اینکه در این نگاه حقوق کیفری نباید به جرم‌انگاری رفتارهایی از قبیل سقط جنین، مصرف مواد مخدر و مانند آن بپردازد.^{۶۱} اما چالش مهم این اصل ناتوانی الگوی اخلاق حداقلی در تمایز میان خطای کیفری و غیرکیفری است و چنانچه الگوی جرم‌انگاری نتواند تمایز روشنی میان این فضاها برقرار کند، خود مشکل‌زاست و چه بسا تورم کیفری را به دنبال خواهد داشت؛ زیرا اگر خطای اخلاقی معیار جرم‌انگاری باشد، در آن صورت همه خطاهای اخلاقی به موضوعات مناسب برای حقوق کیفری تبدیل می‌شوند؛ زیرا تمایزی روشن و اصولی میان خطاهای اخلاقی که باید از طریق ابزارهای کیفری به آن پاسخ داده شود و آنهایی که باید به روش دیگری به آن رسیدگی شود ارائه نمی‌دهد و نمی‌تواند برخی خطاها را از دسترس حقوق کیفری خارج کند. روشن نشدن فضای خطای کیفری و غیرکیفری این پرسش را پیش می‌آورد که اگر رفتارهایی مانند قلب سکه به دلیل غیر اخلاقی بودن باید جرم‌انگاری شوند، چرا خطاهای اخلاقی کمتر بحث‌برانگیزی مانند ریاکاری، عهدشکنی و بدخواهی نباید جرم باشند؟^{۶۲} در آن سوی ماجرا مخالفت صورت گرفته با اخلاق‌گرایی قانونی به این معنا نیست که حقوق نباید هیچ کاری در رابطه با اخلاق انجام دهد؛ چراکه حقوق کیفری ذاتاً اخلاقی در معنای نخست این واژه است

61. Husak, op.cit., 197-198.

62. Moore, op.cit., 642-644.

تا جایی که انتخاب یک اصل مناسب برای جرم‌انگاری، خود یک فرآیند اخلاقی است و اگرچه به لحاظ تحلیلی یک ارتباط منطقی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد، اما به لحاظ وجودی هر یک از حقوق و اخلاق برای ادامه حیات نیازمند وجود حداقلی از دیگری در جامعه است^{۶۴} این مخالفت‌ها در حقیقت با دیدگاه آن دسته از اخلاق‌گراها ابراز می‌شود که معتقدند رفتاری که ناقض اخلاق است حتی اگر سبب هیچ ضرر یا مزاحمتی نشود، جرم‌انگاری را توجیه می‌کند.

اولین مخالفت‌های صورت گرفته با الزام قانونی اخلاق - در معنای استانداردهای رفتاری مشترک - در سال ۱۹۵۷ در گزارش «کمیته ولفندن» در خصوص لزوم یا عدم لزوم جرم‌زدایی از فحشا و جرایم جنسی در انگلستان صورت گرفت. استدلال کمیته مزبور این بود که حتی اگر چنین اعمالی از سوی بسیاری از مردم غیراخلاقی تلقی شوند، چیزی بیش از آن لازم است تا استفاده از حقوق کیفری را در ممنوعیت افعال مزبور موجه سازد؛ به عبارت دیگر کنترل یک رفتار صرفاً به این دلیل که بر اساس معیارهای پذیرفته شده یک جامعه، غیراخلاقی است وظیفه حقوق کیفری نیست. استفاده از تدابیر قهری دولتی، تنها به این دلیل که اکثریت یا متوسط افراد جامعه، احساس انزجار از رفتار ارتكابی از سوی اقلیت می‌کنند، مبنایی برای توجیه مداخله کیفری نیست.^{۶۴} این نگرش درست در مقابل دیدگاهی مطرح شد که وجود جامعه را بسته به حفظ ارزش‌های اخلاقی و سیاسی مشترک می‌داند؛ دیدگاهی که در آن نقض اخلاق مشترک، سست کردن پایه‌های مستحکمی است که جامعه را انسجام می‌بخشد و در نتیجه خطر فروپاشی جامعه را تهدید می‌کند.^{۶۵}

۳-۲- کنترل جمعیت موضوعی نااخلاقی و خارج از شمول مداخله کیفری

کنترل جمعیت به معنای فعلی ارادی و دربرگیرنده مواردی مانند پیشگیری از بارداری یا کنترل بارداری به وسیله روش‌هایی مانند استفاده از کاندوم و اعمال وازکتومی و توبکتومی و انواع قرص‌ها، خودداری و عزل، سقط جنین پزشکی، ناباروری و عقیم‌سازی^{۶۶} از قسم مفاهیمی دانسته شده است که موضوع گزاره‌های اخلاقی نیز از همان قسم است؛ یعنی می‌توان آن را به عنوان موضوع یک گزاره اخلاقی مورد

۶۳. هربرت لیونل آدولفوس هارت، آزادی، اخلاق، قانون، ج ۲، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۹)، ۱۵.
64. Thiago Ampro, "Law of Disgust: Enforcement of Morals and Its Constitutional Limits in Light of the Litigation on Sexual Minorities in South Africa and United States", (PhD diss., Central European University, 2011), 4.

65. Patrik Devlin, *The Enforcement of Morals* (London: Oxford University Press, 1965), 78.

۶۶. هنرمند و ترکاشوند، پیشین، ۸۴.

پرسش قرار داد که آیا «کنترل جمعیت خوب است یا بد»؟^{۶۷} بنابراین از منظر اخلاق کاربردی که درصد کاربست و ارزش داوری یک مکتب اخلاقی و یا دیدگاهی خاص در موضوعی خاص است، کنترل جمعیت نیز قابل اتصاف به خوبی و بدی است. در این برداشت، زمانی که کنترل جمعیت به عنوان یک فعل خارجی با کمال اخلاق از منظر اسلام که همان قرب الهی است مورد مقایسه قرار می‌گیرد، از تأثیر مثبت یا منفی‌ای که موضوع قضیه در وصول به هدف اخلاق دارد، مفهوم خوبی و بدی انتزاع می‌شود. هنگامی که مکتب اخلاقی اسلام دست‌مایه بررسی موضوع کنترل جمعیت از منظر اخلاق کاربردی قرار می‌گیرد به این معناست که ضمن بررسی عناوین متعارض و آثار احتمالی که همان مصالح و مفاسد کنترل جمعیت است، با کشف قیود پنهان موضوع از خلال ادله موافق و مخالف، در نهایت به خوبی و یا بدی کنترل جمعیت حکم شود.^{۶۸}

در منابع دینی، عناوین مختلفی به کار رفته است که فزونی جمعیت و عدم کنترل آن، از آنها استفاده شده و حاکی از وجود مصلحت (وصول به کمال) و مطلوبیت در آن است. عناوینی مانند توصیه فراوان به ازدواج، تولید و تکثیر نسل، معرفی فزونی جمعیت مسلمانان به عنوان معیاری مهم در دنیا و آخرت و مانند آن به عنوان ادله موافق تکثیر نسل عنوان شده است. حتی برخی کنترل جمعیت را نوعی تجاوز به حق حیات انسانی و نادیده گرفتن موهبت الهی دانسته‌اند که مقابله با آن از نظر اخلاقی لازم است. در چنین استدلالی افزایش جمعیت مبتنی بر حکم اسلام دایر بر محافظت از نسل است و حفظ نسل یکی از مقاصد شریعت است و ازدواج نیز برای آن مقرر شده است. در واقع، مقصود اولی از ازدواج تناسل و بقای نوع انسان است و امور دیگر مقاصد ثانویه به شمار می‌آیند.^{۶۹}

در مقابل، ظاهر برخی آیات و روایات دلالت بر جواز کنترل موالید دارد و حاکی از وصول به کمال و مطلوبیت در آن نیست. وجود آیاتی دال بر اینکه تکثیر فرزند و نسل موجب غفلت از یاد خدا می‌شود، مایه تکاثر و لهو و لعب است، مایه فتنه و عذاب است و روایات دال بر اینکه کنترل جمعیت و نسل مایه راحتی زندگی، مایه عدم فقر، مایه عدم مصیبت‌های بزرگ و مایه خیر است.^{۷۰} در این برداشت آیاتی که شاهد

۶۷. محمدتقی مصباح یزدی، فلسفه اخلاق، تحقیق و نگارش احمدحسین شریفی (تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۹۱)، ۳۹-۳۸.

۶۸. هنرمند و ترکاشوند، پیشین، ۹۶.

۶۹. ابواسحاق شاطبی، الموافقات فی اصول شریعه (بی‌جا: دارالمعرفه، ۱۴۱۵)، ۸۷.

۷۰. احمد کتابی، نظریات جمعیت‌شناسی (تهران: اقبال، ۱۳۷۰)، ۲۶.

مثال افزایش جمعیت آورده شده‌اند تنها در مقام بیان و اخبار در مورد کثرت جمعیت است نه مطلوبیت آن.^{۷۱} این استدلال در روایات نیز تقویت می‌شود: در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است که ایشان فرمودند: «پدرم از جدم و او از پدرانم روایت کرده است که امیرالمؤمنین در یک مجلس چهارصد مورد از مواردی که به صلاح دین و دنیای مسلمانان است به آنها تعلیم داد تا اینکه فرمود: کمی عیال یکی از اسباب راحتی است.»^{۷۲} در یک روایت دیگر، پیامبر (ص) فرمودند «پناه بر خدا از هجوم بلاها و سختی‌ها. پرسیدند ای پیامبر منظور از هجوم بلاها چیست؟ آن حضرت فرمود: کمی مال و زیادی عیال.»^{۷۳}

بررسی ادله موافقان و مخالفان کنترل جمعیت نشان می‌دهد که موضوع تحدید یا تکثیر نسل در انطباق با آموزه‌های وحیانی، خارج از شمول قضاوت اخلاقی ارزیابی می‌شود و در نتیجه نمی‌توان آن را مستند اخلاق‌گرایی کیفی قرار داد. در این استدلال، نمی‌توان تحدید یا تکثیر نسل را بر اساس عنوان و حکم اولی مطرح کرد و حکم به حرمت یا حرمت آن نمود، زیرا بر حسب طبع اولی نه تکثیر نسل واجب است که مثلاً اگر کسی دارای اولاد زیاد نبود گناهکار شناخته شود و نه تحدید نسل و نداشتن فرزند حرام است.^{۷۴} از آنجا که این موضوع داخل در حوزه اخلاقی و ضد اخلاقی نیست در صورت عروض عناوین متعارض باید آثار احتمالی هر دو صورت مسأله با دلایل موجه بررسی شود؛ زیرا راه‌حل دقیق شناخت موضوع احکام و ارزش‌های اخلاقی، تعیین ملاک کلی ارزش اخلاقی، یعنی مصلحت عمومی و واقعی فرد و جامعه است. در این صورت و در نهایت، کنترل یا عدم کنترل جمعیت، به خوبی یا بدی متصف خواهد شد؛ به عبارت دیگر با به دست آوردن حد وسط در این مسأله، در مقام تعلیل از خوبی یا بدی کنترل جمعیت به این نتیجه دست می‌یابیم که مصالح فرد و جامعه، در گرو کنترل یا عدم کنترل جمعیت است؛ یعنی حد وسط و علت ثبوت حکم برای موضوع می‌شود و از آنجا که علت معمم و مخصص است، هر جا مصلحت فردی و اجتماعی باشد، آن حکم نیز هست و به عکس. پس خوبی و بدی ذاتاً مربوط به کنترل یا عدم کنترل جمعیت نیست، بلکه بالعرض و عرفاً به آن نسبت داده شده است.^{۷۵} در چنین مواردی عقل

۷۱. شاطبی، پیشین، ۸۷.

۷۲. محمد بن علی بن بابویه قمی، الخصال (قم: المجمع الاسلامی، مکتبه الصدوق، ۱۳۴۸)، ۶۱۰.

۷۳. محمدباقر مجلسی، بحارالانوار (بیروت: دارالحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳)، ۷۲.

۷۴. طاهری، پیشین، ۱۰۹.

۷۵. هنرمند و ترکاشوند، پیشین، ۹۴.

می‌گوید که موضوع کنترل یا عدم کنترل جمعیت، دارای قیود پنهانی است که با دقت می‌توان آن را به دست آورد: یکی از این قیود کیفیت است. اسلام اگرچه به تکثیر موالید توصیه و ترغیب کرده است اما شواهد فراوانی نشان می‌دهد که تنها تکثیر کمی جمعیت در اسلام هدف نیست، بلکه فزونی کمی و کیفی هر دو باید مورد توجه قرار گیرد؛ بنابراین کثرت عددی به معنای عدم جواز اعمال هرگونه کنترل و محدودیت نیست.^{۷۶} دوم قید ضرورت که گاهی شرایط ویژه اقتصادی و اجتماعی کشور، مانند تعلیم و تربیت، تحصیل، اشتغال، مسکن و غیره تحدید و کنترل جمعیت را ایجاب می‌کند؛ بنابراین ممکن است در مقطعی افزایش جمعیت امری مطلوب و در مقطعی دیگر، کاهش آن امری پسندیده باشد. اسلام در هیچ موردی دستور صریح و اکید مطلق (وجوب یا حرمت) برای افزایش یا کاهش جمعیت صادر نکرده است و کثرت و قلت جمعیت فاقد حکم مستقلى در فقه بوده و با قرار گرفتن تحت عناوین دیگر دارای احکام شرعی می‌شوند.^{۷۷}

در کنار اخلاق وحی محور، اخلاق متعارف نیز می‌تواند معیار ارزیابی موضوع قرار گیرد. کما اینکه در برداشت‌های لیبرال از اخلاق‌گرایی کیفری، منظور اخلاق متعارف است و مصداق‌های مورد مناقشه اغلب مصادیقی از قبیل تظاهرهای جنسی، عورت‌نمایی، زنا با محارم، همجنس‌گرایی و مانند آن است. نقطه عزیمت در اینجا وجود یا نبود اخلاق مشترک در جامعه غرب است. با توجه به کثرت اخلاقیات به عنوان یکی از مؤلفه‌های مدرنیته، اندیشمندان غربی می‌پذیرند که بر فرض پذیرش اجرایی کردن اخلاقیات این مطلب با واقعیت‌های جامعه هماهنگی ندارد، زیرا اساساً چنین اخلاق مشترکی در دسترس نیست؛ اما در خصوص جامعه فعلی ایرانی ادعا شده است که این نوع اخلاق مشترک به صورت روشن و انکارناپذیری وجود دارد و شهود واقعیت خارجی مهم‌ترین دلیل این مدعاست.^{۷۸} در صورت پذیرش چنین مدعایی این اخلاق مشترک در این محدوده سیاسی- اجتماعی منحصر در مواردی مانند نوع پوشش و اخلاق جنسی است و در خصوص موضوع فرزندآوری، مشاهدات شهودی کماکان از اخلاق خنثی بودن چنین امری پشتیبانی می‌کند. در نتیجه، هنگامی که موضوع تنظیم خانواده، داخل در حوزه اخلاقیات نشود، جرم‌انگاری‌های صورت گرفته در خصوص آن نیز، چه به طور مستقیم و چه

۷۶. مصباح یزدی، پیشین، ۲۱۱-۲۰۹.

۷۷. فروزان‌علایی نوین و سوسن آل رسول، «بازپژوهی رویکردهای فقهی در مباحث کنترل جمعیت و تنظیم خانواده»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی ۳۸ (۱۳۹۳)، ۱۳۷.

۷۸. برهانی، اخلاق و حقوق کیفری، پیشین، ۲۳۱.

غیرمستقیم، با الزام قانونی اخلاق قابل توجه نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

سیاست‌های جمعیتی در ایران بعد از انقلاب، دو جریان متفاوت به خود دیده است. نخست دوران رشد سریع جمعیت که با سیاست کاهش فرزندآوری همراه بود و دیگری مقطع زمانی کنونی که حاکی از کاهش جمعیت است و با سیاست‌های افزایشی جمعیت دنبال می‌شود. در آخرین اقدام قانونگذار در مسیر عملی ساختن سیاست افزایش جمعیت در آبان ماه ۱۴۰۰، برخی جوانب این موضوع، در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت موضوع مداخله قهری قانونگذار قرار گرفته است. حذف دسترسی یارانه‌ای و رایگان به وسایل پیشگیری از بارداری، ممنوعیت عقیم‌سازی و ممنوعیت بستن لوله‌های فالوپ، دشوار کردن دسترسی آزاد به اقلام پیشگیری از بارداری و محدودیت در انجام غربالگری به عنوان تدابیر جدید پیش‌بینی شده در قانون مذکور، در نخستین نگاه، «حق بر والدینی برنامه‌ریزی شده» را مورد مخاطره قرار می‌دهد و از این رو لزوم توجیه آن بیش از پیش مطرح می‌شود. درک شهودی یک فرد عادی از اینکه چرا آزادی برای تصمیم‌گیری در حیطه مسأله شخصی فرزندآوری باید از وی سلب شود یا با محدودیت و ممنوعیت مواجه گردد، مفهوم بنیادی‌تر محدودیت‌های اخلاقی بر حقوق کیفری را منعکس می‌سازد. استفاده از تدابیر قهری توسط قانونگذار برای رسیدن به اهداف افزایش جمعیت و جوانی آن در حالی صورت می‌گیرد که این محدودیت‌ها بر یکی از شخصی‌ترین مسائل ناظر به خود بار می‌شود. هرچند در نظام کیفری ایران، جرم‌انگاری سقط جنین به عنوان یکی از مسائل مرتبط با این موضوع، در ادبیات کیفری دست‌مایه توجیحات متعددی از ممنوعیت ایراد ضرر به دیگری تا غیراخلاقی بودن، قرار گرفته است و مناقشات پیرامون چرایی جرم‌انگاری آن به نسبت زیاد نیست، اما توجیه مداخله در آنچه مربوط به حق اشخاص بر کنترل باروری و بارداری است بی‌شک به اندازه موضوع سقط جنین نباید برای قانونگذار حل شده باشد. این محدودیت‌ها در سه صافی یا فیلتر اصلی جرم‌انگاری یعنی ممنوعیت ایراد ضرر به دیگری، ممنوعیت ایراد ضرر به خود یا هدایت قهری فرد به سوی خیر فردی و الزام قانونی اخلاق که مجموعاً تشکیل‌دهنده محدودیت‌های اخلاقی حقوق کیفری است و از طیفی لیبرال تا محافظه‌کارانه و حداکثری کشیده می‌شود قابل ارزیابی است.

مداخلات مذکور در بدیهی‌ترین فرض موجود، یعنی در صافی اصل ضرر، ناسازگاری کاملی را نشان می‌دهد. خوانش نخستین از اصل ضرر که شامل ضرر مستقیم من غیر حق به دیگری است و خوانش‌های میانه‌روتر از آن، در توجیه مداخلات جمعیتی اخیر ناتوان می‌نمایند. به کارگیری زبان منفعت

در تفسیر ضرر، ایجاب می‌کند که نه تنها آزادی افراد در پیشگیری از ایراد ضرر به افراد قابل تشخیص محدود شود، بلکه نفع عمومی نیز در آن لحاظ گردد. در فقدان یک اصل ضرر واجد جنبه عمومی درک اینکه چرا باید مداخله‌هایی در قالب الزام به پایش و غربالگری مادران باردار موجه باشد دشوار می‌نماید؛ بنابراین بخشی از آنچه آسیب‌زا پنداشته می‌شود باید دربرگیرنده تفسیر عمومی از ضرر باشد و بدون شک سلامت عمومی یک منفعت جمعی است که همه افراد جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد. بر این اساس، تبصره ۲ و ۳ ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت ۱۴۰۰، مبنی بر ایجاد محدودیت‌هایی بر غربالگری، آسیب‌های اجتماعی و اقتصادی زیادی برای جامعه به دنبال خواهد داشت. ممنوعیت توصیه به غربالگری به طور مطلق که در بردارنده مادران با سنین بالا و سابقه تولد فرزند معلول نیز می‌شود آسیبی است که به منفعت عمومی وارد می‌شود. چنین مولیدی نه تنها هدف از افزایش جمعیت را برآورده نخواهند کرد که بر جامعه و نظام بهداشتی تأثیرات سوئی خواهند داشت.^{۷۹}

با این حال ممکن است طرفداران چنین محدودیت‌هایی، با لیبرال خواندن اصل ضرر، به رقبای این اصل برای توجیه مداخلات قهری متوسل شوند. در یک نگاه قیّم‌مآبانه به موضوع کنترل و تحدید مولید، اقدامات مذکور ممکن است با دستاویزهای پرهیز از ایراد ضرر به خود و یا هدایت افراد به سوی خیر فردی صورت بگیرد. بررسی دو شق پدرسالاری قانونی یعنی پدرسالاری کیفی و غیرکیفی صحت این ادعا را با واکاوی بیشتری مورد بررسی قرار می‌دهد. اگر از محدودیت‌های دائمی و ادامه‌دار در مسیر عملی کردن ترجیحات شخصی افراد که در سخت‌ترین شکل پدرسالاری کیفی می‌تواند رخ دهد، بگذریم، آسیب‌های حاصل از محدودیت و ممنوعیت دسترسی به اعمال جراحی و اقلام پیشگیری از بارداری و باروری و انجام غربالگری، می‌تواند به صورت ضررهای جسمی و روحی بر فرد وارد شود و این موضوع از نگاه پدرسالارانه که به دنبال اجتناب از ایراد ضرر به خود و تأمین مصلحت فردی است قابل قبول نیست. نسخه‌های پدرسالارانه از مداخله تحت تأثیر ارزش‌هایی مانند آزادی فردی، خودمختاری و کرامت انسانی با پذیرش قیودی محدود شده‌اند و در نگاه پدرسالارانه به حقوق کیفی در عصر تقنینی فعلی، مداخلات مکرر و نامحدود توجیه‌پذیر نیست. رفع محدودیت‌های نظری در خصوص امکان جلوگیری از باروری و محدود کردن تعداد فرزندان در دوران افزایش جمعیت، حاکی از اخلاق خنثی بودن موضوع تنظیم خانواده چه در معنای اخلاق وحی‌محور و چه اخلاق متعارف است و موجب

۷۹. «انتقاد پدر علم ژنتیک ایران از طرح منع غربالگری جنین»، تاریخ دسترسی ۱۴۰۰/۰۲/۰۴.

<https://www.asriran.com/fa/news>

خروج موضوع از شمول اخلاق‌گرایی قانونی می‌شود؛ از این رو اخلاق‌گرایان کیفی که غیراخلاقی بودن را دلیل خوبی برای مداخله قهری در یک رفتار می‌بینند نمی‌توانند در این خصوص بدان متوسل شوند. برآیند مقدمات و استدلال‌های به عمل آمده در پژوهش حاضر این است که مداخلات قهری جدید در امر فرزندآوری با محدودیت‌های اخلاقی جرم‌انگاری، ناسازگاری و حتی گاه تعارض نشان می‌دهد وجود این ضعف بنیادین در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰ بیش از هر چیز نشان می‌دهد قانونگذار در حل مسأله جمعیت، باید بر مداخلات غیرقهری و ترغیب‌کننده متمرکز شود؛ با این پیش‌فرض که پیش‌تر مسائل کلان اقتصادی و اجتماعی تأثیرگذار بر موضوع را مورد توجه قرار داده است. توجه به ماهیت خاص این حوزه، ایجاب می‌کند که نخست؛ برای نیل به هدف خود از ایجاد ممنوعیت‌های جدید بر آزادی‌های مجاز افراد خودداری کند. بدین منظور هرگونه منع دسترسی آزاد و حتی رایگان به وسایل پیشگیری از بارداری که به خودی خود فاقد هرگونه ضرر و یا جنبه ضد اخلاقی هستند باید ملغی گردد. دوم؛ دست برداشتن از هدف زودبازده افزایش مولید که می‌تواند با به خطر انداختن سلامت جامعه در درازمدت ضررهای بیشتری نسبت به کاهش جمعیت متوجه ساختار جمعیتی ایران کند. سوم؛ آزاد گذاشتن افراد در انتخاب‌های خود از طریق کسب اطلاعات کامل از وضعیت‌های پرخطر بارداری که با بازگشت پوشش‌های بیمه‌ای برای غربالگری‌های دوره‌ای در ایام بارداری و ارائه راهنمایی‌های تخصصی توسط پزشک امکان‌پذیر می‌گردد. ورود بی‌محابا به این نوع موضوعات، می‌تواند امر قانونگذاری را از مسیر اصولی و ضابطه‌مند خارج کرده و به رشد رفتارهای غیرمجاز به صورت مخفیانه و زیرزمینی دامن بزند. مضاف بر اینکه درک شهودی هر شخص عادی از موضوعاتی که به وضوح ربطی به قانونگذار ندارد مانع مهمی بر سر راه اجرایی شدن و اثربخش بودن قانون خواهد بود.

پرتال جامع علوم انسانی

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- اسدی، لیلا و عاطفه ذیحجی. «ورود حقوق کیفری به حوزه خانواده و کیفیت تأمین الزام‌آوری قواعد در این حوزه»، تعالی حقوق ۳ (۱۳۹۲): ۴۱-۶۸.
 - ایازی، سیدمحمدعلی. اسلام و تنظیم خانواده. چ ۱، تهران: دفتر تنظیم و نشر اسلامی، ۱۳۷۴.
 - برهانی، محسن. اخلاق و حقوق کیفری. چ ۳، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
 - برهانی، محسن. «جرم‌انگاری حقوق بشری: از اقتضانات صحیح اخلاقی تا خودمختاری». فصلنامه حقوق بشر ۱۹ (۱۳۹۴): ۱۰۵-۱۲۰.
 - برهانی محسن و بشری محمدی فر. «کمال‌گرایی کیفری». مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی ۲ (۱۳۹۵): ۱۹۴-۱۷۳.
 - ثمنی، لیلا و معصومه شهرداری. «ارزیابی رویکرد قوانین و اسناد بالادستی به بعد کیفی افزایش جمعیت». مطالعات جمعیتی ۱۲ (۱۳۹۹): ۳۱۵-۳۳۷.
 - رستمی، هادی. «جرم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده آزادی در نظریه لیبرال». پژوهشنامه حقوق کیفری ۱۱ (۱۳۹۳): ۵۵-۸۱.
 - سیگلو، جانانان، الستر در ادواردز و جولز تاونزند. تفسیرهای جدید بر فلیسوفان سیاسی مدرن، از ماکیاولی تا مارکس. ترجمه خشایار دیهیمی، چ ۱، تهران: نشر نی، ۱۳۹۱.
 - طاهری، حبیب‌الله. «تحدید نسل از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی». مجله مجتمع آموزش عالی قم ۱۲ (۱۳۸۱): ۱۳۲-۱۰۳.
 - علایی نوین، فروزان و سوسن آل رسول. «بازپژوهی رویکردهای فقهی در مباحث کنترل جمعیت و تنظیم خانواده». پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی ۳۸ (۱۳۹۳): ۱۵۶-۱۳۵.
 - کتابی، احمد. نظریات جمعیت‌شناسی. چ ۱. تهران: اقبال، ۱۳۷۰.
 - گری، جان. فلسفه سیاسی استوارت میل. ترجمه خشایار دیهیمی، چ ۱، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
 - محمودی جانکی، فیروز. «حمایت کیفری از اخلاق». علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری ۱ (۱۳۸۳): ۷۶۵-۸۰۰.
 - محمودی جانکی، فیروز. «مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود، مطالعه موردی الزام استفاده از کمربند و کلاه ایمنی در رانندگی». فصلنامه حقوق ۳۷ (۱) (۱۳۸۶): ۱۵۷-۱۱۷.
 - محمودی جانکی، فیروز و مهرانگیز روستائی. «توجیه مداخله کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها». پژوهش حقوق کیفری ۲ (۱۳۹۲): ۳۵-۶۶.
 - مصباح یزدی، محمدتقی. فلسفه اخلاق. تحقیق و نگارش احمدحسین شریفی، چ ۱، تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۹۱.
 - مقدسی، محمدباقر و مهرانگیز روستائی. «افزایش جمعیت از رهگذر مداخلات کیفری؛ نگاهی به فرایند تصویب و چالش‌های اجرای قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت». آموزه‌های حقوق کیفری ۲۲ (۱۴۰۰): ۲۵۸-۳۱۲.
 - میل، جان استوارت. فایده‌گرایی. ترجمه مرتضی مردیها. چ ۱. تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
 - میل، جان استوارت. رساله درباره آزادی. ترجمه جواد شیخ الاسلامی، چ ۱، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۵.
 - نوبهار، رحیم. «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری». آموزه‌های حقوق کیفری ۱ (۱۳۹۰): ۱۱۴-۹۱.

- هارت، هربرت لیونل آدولفوس. آزادی، اخلاق، قانون. چ ۲، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹.
- هارت، هربرت لیونل آدولفوس. مفهوم قانون. چ ۱، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
- هنرمند، سیدمرتضی و احسان ترکاشوند. «تحلیل و بررسی کنترل جمعیت از منظر اخلاق کاربردی». معرفت اخلاقی ۲۸ (۱۳۹۹): ۸۳-۹۸.
- (ب) منابع عربی
- شاطبی، ابواسحاق. الموافقات فی اصول شریعه. چ ۱، بی‌جا: دارالمعرفه، ۱۴۱۵ ه.ق.
- قمی، (شیخ صدوق). محمد بن علی بن بابویه. الخصال، چ ۱، تصحیح علی اکبر غفاری، المجمع الاسلامی، مکتبه الصدوق، قم، ۱۳۴۸.
- مجلسی، محمدباقر. بحار الانوار. چ ۲، بیروت: دارالحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ه.ق.

ج) منابع خارجی

- Ampro, Thiago. "Law of Disgust: Enforcement of Morals and Its Constitutional Limits in Light of the Litigation on Sexual Minorities in South Africa and United States". PhD diss., Central European University, 2011.
- Devlin, Patrik. *The Enforcement of Morals*. London: Oxford University Press, 1965.
- Duff, Antony. *Criminal Attempts*. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Dworkin, Gerald. "Paternalism". *The Monist* 56 (1972): 64-84.
- Feinberg, Joel. *Doing & Deserving; Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton: Princeton University Press, 1970.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1, New York: Oxford University Press, 1984.
- Feinberg, Joel. (1988). *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 4, New York: Oxford University Press, 1988.
- Husak, Douglas. "Why Criminal Law: A Question of Content?", *Criminal Law and Philosophy* 2(2008): 99-122.
- Jareborg, Nils. "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", *Ohio State Journal of Criminal Law* 2(2005): 521-534.
- Jareborg, Nils. (ed.) *What Kind of Criminal Law Do We Want*. Oslo: Pax Forlag, 1995.
- Kleinig, John. *Paternalism*. Manchester: Manchester University Press, 1983.
- Moore, Michael S. *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Persak, Nina. *Criminalizing of Harmful Conduct*. New York: Springer, 2007.
- Rees, John. C. "A Re-Reading of Mill on Liberty", in J.S. Mill on Liberty in Focus, ed. John Gray and G.W. Smith, London: Routledge, 1996.
- Riley, Jonathan. *Mill on Liberty*. London: Routledge, 1998.
- Von Hirsch, Andrew. "Direct paternalism: Criminalizing self-injurious conduct". *Symposium: George P. Fletcher, The Grammar of Criminal Law* 27(2008), 25-33.