

## معرفی و بسط نظریه تحلیلی هوفلد از حق و کاربرد آن در زمینه حقوق کودک

عباس کریمی\*

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

آزاده چلبی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۲/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۲/۲۳)

### چکیده:

دغدغه اصلی مقاله حاضر ارائه ابزاری تحلیلی جهت تنظیم فکر پژوهشگر در "قلمرو حق‌ها" است. در این راستا، طبقه‌بندی مفهومی هوفلد از حق با نگاهی نو (به لحاظ روش) و به عنوان یک "ابزار تحلیلی حق" ارائه خواهد شد. در چارچوب هوفلد انواع حق و ملازمات و مقابلات هر یک به لحاظ منطقی مشخص می‌گردد که در بخش نخست، ساختار آن معرفی می‌شود. به دنبال آن کوشش خواهد شد تا بر اساس پنج ملاک: "طرف حق" "کانون فعالیت حق"، "ترکیب حق"، "وزن حق" و "ترتیب زمانی حق" قابلیت تحلیلی این چارچوب ارتقا یابد. در بخش دوم، کاربرد "چارچوب بسط یافته" فوق از حیث روشی جهت تحلیل ساختار حق و عناصر و روابط آن درد و حوزه "حضانت" و "اعلامیه جهانی حقوق کودک" نشان داده می‌شود. در خاتمه کاربریست این ابزار تحلیل در چهار قلمرو: "تقنینی"، "قضایی"، "پیراقضایی" و "پژوهشی" به اجمال پیشنهاد می‌گردد.

### واژگان کلیدی:

حق - ابزار تحلیلی - ادعا - امتیاز - قدرت - مصونیت - حضانت - اعلامیه جهانی حقوق کودک.

### مقدمه

حق مفهوم محوری علم حقوق است. این مفهوم نه تنها در حقوق بلکه در سایر رشته‌های علوم انسانی نیز از اهمیت بر خوردار است (Morris, 2006). جایگاه حق در جامعه تعیین‌کننده امتیازات، تکالیف و صلاحیت‌هاست. هرگونه ابهام در جایگاه حق یا چپ‌نشین نامناسب آن، "انتظارات متقابل اجتماعی نابجا" اعم از واقعی یا غیر واقعی، "سردرگمی اجتماعی" (آنومی اجتماعی)، "احساس بی‌عدالتی" و "نفاق اجتماعی" را به همراه می‌آورد. متأسفانه تحلیل این مفهوم چندان که درخور آن باشد مورد توجه علمای حقوق قرار نگرفته است. انتزاعی بودن و ابهام معنایی "حق"، هرگونه پژوهش در باب این مفهوم را دشوار می‌سازد. پژوهشگر ناگزیر است برای غلبه بر این دشواری‌ها از مفاهیم تحلیلی بهره جوید.

در پژوهش‌های نظری مفاهیم تحلیلی از لحاظ روشی به تنظیم فکر (Heuristic) محقق یاری می‌رسانند. لازمه استدلال عزیمت از مسأله به راه‌حل است. ابزارهای تحلیلی با ارائه نقشه مفهومی به راهنمایی و تعیین حد و مرز قلمرو موضوعی پژوهشگر می‌پردازند (Hanson, 2003, P.206). لازم است تصریح گردد که بررسی صدق و کذب موضوع و پاسخ به پرسش‌های "چرایی؟" از قلمرو کارکردی این ابزارها خارج است.

مفاهیم تحلیلی اغلب در علوم صوری چون ریاضیات، منطق و آمار ارائه می‌شوند. در مقابل علوم محتوایی اعم از علوم اعتباری چون حقوق و علوم تجربی چون فیزیک و شیمی علاوه بر بهره‌گیری از ابزارهای تحلیلی سایر علوم، خود نیز می‌توانند به عرضه مفاهیم تحلیلی بپردازند. از جمله این نظریه‌ها در علم حقوق، طبقه‌بندی هوفلد در باب حق است. هوفلد در نظریه خود به تحلیل ساختار واقعی روابط حقوق بین افراد جامعه و شفاف سازی حقوق اعمال شده در دادگاه‌ها پرداخت (Tebbit, 2005, P.110). متأسفانه تا آنجا که این نویسندگان آگاهی دارند نظریه مزبور به لحاظ تحلیلی کمتر مورد توجه قرار گرفته و بیشتر جنبه محتوایی آن مد نظر بوده است.

در این مقاله تلاش می‌شود تا این نظریه از حیث روشی به عنوان ابزاری تحلیلی جهت راهنمایی محقق در عرصه پژوهش‌های مفهومی پیرامون حق و انواع آن مورد بررسی قرار گیرد.

### مبحث اول: معرفی و بسط نظریه تحلیلی هوفلد از حق

مفاهیم تحلیلی (و نه محتوایی) عموماً برگرفته از علوم صوری می‌باشند اما برخی از نظریه‌های محتوایی نیز از قابلیت استفاده ابزاری (از جنبه روش‌شناختی) برخوردارند.

پاره‌ای از نظریه‌ها چون "نظریه بازی" و "نظریه شبکه" علاوه بر جنبه محتوایی به لحاظ تحلیلی قابلیت تنظیم فکر دارند. در علم حقوق، یکی از نظریه‌پردازان بنام در عرصه فلسفه حق، "وسلی هوفلد" (Wesley Hohfeld) است. طبقه‌بندی او از "حق" علاوه بر جنبه محتوایی از لحاظ تحلیلی و روش‌شناختی نیز غنی می‌باشد که متأسفانه جنبه دوم آن کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

در این بخش ابتدا به معرفی طبقه‌بندی هوفلد با تأکید بر ارزش ابزاری آن پرداخته می‌شود. در ادامه سعی خواهد شد تا با بهره‌گیری از مفاهیم موجود در ادبیات موضوع، قابلیت تحلیلی این چارچوب (کارکرد تنظیمی) ارتقاء یابد.

### الف) معرفی چارچوب تحلیلی هوفلد از حق: تمییز حقوق مرتبه اول از حقوق

#### مرتبه دوم

قبل از معرفی چارچوب تحلیلی هوفلد لازم است تصریح گردد که هر ساختار مفهومی حق از سه عنصر اصلی شکل می‌یابد (Gewirth, 1986, Nicle, 2004): ۱- صاحب حق (محق) (Right Holder) ۲- موضوع حق (the object of right) ۳- طرف حق (موظف) (Duty Holder) گزاره نوعی زیر ساده‌ترین ساختار حق را نشان می‌دهد:

"الف (صاحب حق) دارای حق چیزی (موضوع حق) در مقابل ب (طرف حق) است" (A has a right to X against B) (Harel, 2005, P.192) برخی از نویسندگان حقوقی چون جیمز نیکل، "وزن حق" (the weight of right) - اهمیت و برتری یک حق نسبت به سایر حقوق - را نیز جزء عناصر ساختاری حق می‌دانند (Nickel, 2004). به نظر می‌رسد که بهتر آن باشد تا وزن حق را به عنوان "صفت عنصر" (و نه عنصری مستقل) در نظر بگیریم.

هوفلد در تحلیل خود از ساختار روابط حقوقی، چهار نوع حق را در دو سطح از هم تمییز می‌دهد (Tebbit, 2005, P.110). "حق - ادعا" (Right-Claim) و "حق - امتیاز" (Right-privilege) از "حقوق مرتبه اول"، "حق - قدرت" (Right-power) و "حق - مصونیت" (Right-immunity) از حقوق مرتبه دوم هستند.

حقوق مرتبه اول مستقیماً بر "موضوع حق" اعمال می‌شوند. این دسته از حق‌ها بی واسطه به انجام عمل (یا ترک آن) یا داشتن چیزی تعلق می‌گیرند (Campbell, 2006, P.32).

در مقابل، حقوق مرتبه دوم عمدتاً به تغییر روابط حقوقی مرتبه اول مربوط می‌شوند. به تعبیر هارتی، حقوق مرتبه اول چون "قواعد اولیه" (Primary rules) و حقوق مرتبه دوم چون "قواعد ثانویه" (Secondary rules) (Fletcher, 1996, P:44). یادآوری می‌شود که مراد از قواعد اولیه قواعدی است که مستقیماً حقوق و تکالیفی را بر شهروندان بار می‌کند (Ibid) و شهروندان

بر اساس آنها به انجام عمل یا ترک آن می‌پردازند. همچنین منظور از قواعد ثانویه قواعدی است که چگونگی "ایجاد"، "تغییر" و "لغو" قواعد اولیه را تعیین می‌کند (Reidy, 2007). حق‌های مرتبه اول و مرتبه دوم به انواع مختلفی تقسیم می‌گردند که در زیر به اجمال معرفی می‌شوند:

- ۱- "حق - ادعا": ساختار کلی حق - ادعا، به عنوان یک نوع حق مرتبه اول، چنین است: "الف (صاحب حق) دارای یک ادعا (نوع حق) نسبت به چیزی (موضوع حق) در مقابل ب (طرف حق) است اگر و تنها اگر ب دارای یک تکلیف نسبت به آن چیز در مقابل الف باشد" (Harel, 2005, P.192)
- مثال ۱- طلبکار (صاحب حق) دارای یک حق - ادعا نسبت به طلب خود (موضوع حق) در مقابل بدهکار (طرف حق) است و بدهکار در مقابل او مکلف به پرداخت بدهی می‌باشد.
- مثال ۲- یک کارگر پس از اتمام کار، در برابر تکلیف کارفرما به پرداخت دستمزد، مدعی (حق - ادعا) است.
- واضح است که همه تکالیف لزوماً ایجابی نیستند. تکالیف سلبی نیز در مقابل حق - ادعا مطرح می‌گردند (Ibid). برای نمونه، حق - ادعای کودک بر عدم آزار روحی و جسمی توسط دیگران نشانگر تکلیف سلبی طرف حق در زمینه حق مزبور می‌باشد.
- ملازمه (Correlative) حق - ادعا، "تکلیف" طرف حق و مقابل آن (Opposite) "عدم ادعای" (No-Claim) صاحب حق است.
- لازم به ذکر است که «حق دینی» در حقوق ایران با «حق - ادعا» قرابت مفهومی دارد و به نظر می‌رسد که زیر مجموعه مفهوم «حق - ادعا» باشد.
- ۲- "حق - امتیاز" (آزادی): ساختار کلی حق - امتیاز "به عنوان یک نوع حق مرتبه اول چنین است: "الف (صاحب حق) دارای یک امتیاز (نوع حق) نسبت به چیزی (موضوع حق) در مقابل ب (طرف حق) است اگر و تنها اگر الف تکلیفی به خودداری از آن چیز در مقابل ب نداشته باشد" (Harbel, 2005).
- مثال: مالک در مقابل دیگران (طرف حق) دارای این امتیاز است که هر زمان تمایل داشت وارد ملک خویش شود و یا به هر نحو از ملک خود بهره برد. او تکلیفی به خودداری از ورود به ملک یا بهره‌برداری از آن ندارد.
- ملازمه این حق، "عدم ادعای" طرف حق و مقابل آن "تکلیف" صاحب حق به خودداری از موضوع حق می‌باشد. به بیان دیگر امتیاز صاحب حق با تکلیف همزمان او در موضوع حق قابل جمع نیست (Jian, 2002).

در حقوق ایران، حق عینی که مستقیماً بر موضوع حق اعمال می‌گردد (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۸۲، ص ۱۴) با حق‌های مرتبه اول هوفلدی مشابهت مفهومی دارد. از لحاظ مفهومی «حق عینی اصلی» به «حق - امتیاز» و «حق عینی تبعی» به «حق - ادعا» نزدیک تر است. با وجود این برخی از حق‌های مرکب مانند مالکیت که در حقوق ایران نمونه کامل حق عینی محسوب می‌گردد (همان) از دیدگاه نظریه مزبور به انواع مختلف حق‌های بسیط (اعم از مرتبه اول و مرتبه دوم) قابل تجزیه است.

۳- حق - قدرت: ساختار کلی حق - قدرت به عنوان یک نوع حق مرتبه دوم چنین است: "الف (صاحب حق) نسبت به چیزی (موضوع حق) در مقابل ب (طرف حق) دارای قدرت (نوع حق) است و اگر او دارای این صلاحیت باشد که روابط حقوقی ب (عمدتاً روابط حقوقی مرتبه اول) را در ارتباط با آن چیز تغییر دهد" (Harbel, 2005, P.193) فلچر به تعبیری موجز آن را "حق تغییر یک رابطه حقوقی" معنا می‌کند (Fletcher, 1996, P.44) مثال ۱- مالک یک ملک دارای این صلاحیت است که با بخشیدن ملک خود به دیگری رابطه حقوقی او (طرف حق) را با آن ملک تغییر دهند (Hohfeld, 2003, (1919) P.306).

مثال ۲- ابراء دین مدیون توسط داین از نمونه‌های دیگر حق - قدرت است. ملازمه این حق، ایجاد "مسئولیت" (Liability) در طرف حق و نقطه مقابل آن "عدم صلاحیت" (Disability) صاحب حق می‌باشد (Tebbit, 2005, P:111).

۴- "حق - مصونیت": ساختار کلی حق - مصونیت به عنوان یک نوع حق مرتبه دوم چنین است: "الف (صاحب حق) نسبت به چیزی (موضوع حق) در مقابل ب (طرف حق) دارای مصونیت است اگر و تنها اگر ب فاقد هرگونه صلاحیت برای تغییر روابط حقوقی (عمدتاً مرتبه اول) در ارتباط با آن چیز نسبت به الف باشد" (Herbel, 2005, P:193).

مثال: هیچ کس نمی‌تواند ملک دیگری را بدون اذن مالک به فروش برساند. این گزاره از "حق - مصونیت" مالک در مقابل فروش مالش توسط غیر (هرکس در مقام طرف حق) خبر می‌دهد.

لازمه حق - مصونیت، "عدم صلاحیت" طرف حق و مقابل آن "مسئولیت" صاحب حق است. (Nickel, 2005, Maccormick, 1979).

برای کمک به تصریح مفاهیم ارائه شده توسط هوفلد، می‌توان آنها را در یک جدول به شرح زیر خلاصه نمود (جدول ۱)

جدول ۱. ملازمات و مقابلات انواع حق در طبقه‌بندی هوفلد

مقابل	ملازم	رابطه	
		نوع	
عدم ادعا	تکلیف	ادعا	حقوق
تکلیف	عدم ادعا	امتیاز	مرتبه اول
عدم صلاحیت	مسئولیت	قدرت	حقوق
مسئولیت	عدم صلاحیت	مصونیت	مرتبه دوم

قبل از ادامه بحث لازم است جهت جلوگیری از هرگونه ابهام بار دیگر در مورد دو مفهوم متناظر «حق و تکلیف» در نظریه تحلیلی هوفلد تصریح شود که معنی موسع تکلیف در این نظریه مترادف «ملازم» (Correlative) است که خود شامل «تکلیف» (در معنای محدود کلمه)، «عدم ادعا»، «مسئولیت» و «عدم صلاحیت» می‌باشد. در مقابل، مفهوم حق در معنای وسیع کلمه شامل «ادعا»، «امتیاز»، «قدرت» و «مصونیت» است (جدول ۱).

### ب) بسط چارچوب تحلیلی هوفلد از حق: تمییز روابط و سلسله مراتب حق‌ها

#### از یکدیگر

چارچوب تحلیلی هوفلد این قابلیت را داراست که از زوایای گوناگون به اجزای ریزتر جهت تنظیم فکر تقسیم گردد. در این قسمت تلاش می‌شود تا به بهره‌گیری از مفاهیم و طبقه‌بندی‌های موجود در ادبیات موضوع به بسط این چارچوب براساس ملاک‌های زیر پرداخته شود:

۱- طرف حق

۲- کانون فعالیت حق

۳- ترکیب حق

۴- وزن حق

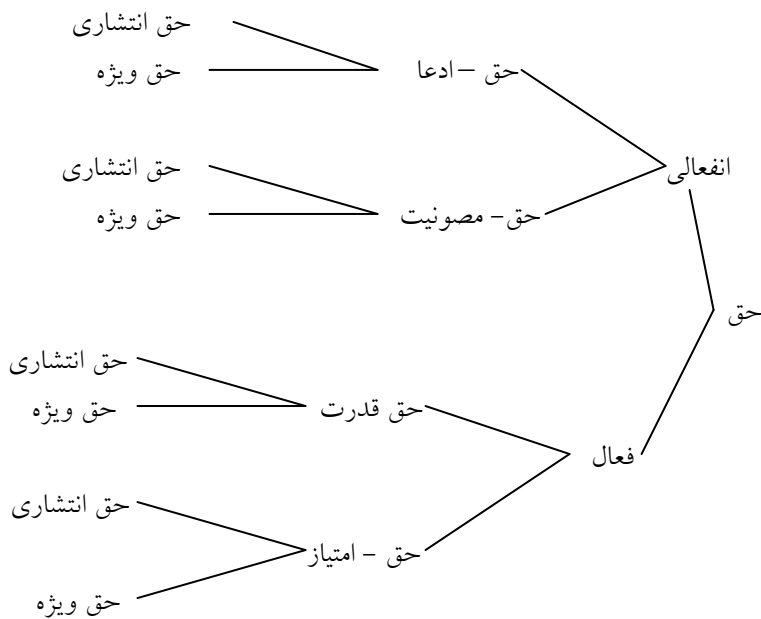
۵- ترتب زمانی حق

۱- هریک از چهار نوع حق هوفلدی از حیث "طرف حق" ممکن است "ویژه" (Inpersonam Right) یا "انتشاری" (Inrem Right) (تعمیم یافته) باشند. "حق ویژه" حقی است که در مقابل شخص یا اشخاص معین مطرح می‌گردد. به بیان دیگر طرف حق در این دسته از حق‌ها مشخص می‌باشد (Edmundson, 2004, P.92).

مثال: حق - ادعای بستانکار در مقابل طلبکاری معین.

در مقابل "حق انتشاری" حقی است که طرف حق در آن نامعین است به طوری که حتی این امکان وجود دارد تا کل افراد جامعه در جایگاه طرف حق قرار گیرند (Ibid).  
 مثال ۱- حق- مصونیت مالک از انتقال ملک اش توسط هر یک از افراد جامعه.  
 مثال ۲- حق هر انسان بر حریم خصوصی و امنیت شخصی  
 ۲- حقوق از حیث "کانون فعالیت" به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱- حق‌های فعال " (Active Rights) ۲- "حق‌های انفعالی" (Passive Rights).  
 "حق - امتیاز" و "حق- قدرت" از حقوق فعال و "حق- ادعا" و "حق- مصونیت" از حقوق انفعالی هستند (نمودار ۱).

در حق‌های فعال، "صاحب حق" و در حق‌های انفعالی "طرف حق" نقش اصلی را در تحقق حق برعهده دارد. به بیان دیگر، در حق‌های فعال صاحب حق به "اعمال" حق خود می‌پردازد و در فرایند تحقق آن فعالانه سهیم است حال آنکه در حق‌های انفعالی صاحب حق براساس اعمال (ایجابی یا سلبی) طرف حق، از حق خود "بهره" می‌برد و تحقق حق به طور عمد برعهده طرف حق قرار دارد. (Stanford Encyclopedia of philosophy. 2005. P. 7).



### نمودار ۱ نوع شناسی حق

۳- ادعا، امتیاز، مصونیت و قدرت چهار "حق بسیطی" (اتمی) (Atomic Rights) هستند که به تنهایی در یک ساختار ساده حق قرار می‌گیرند. در مقابل، "حق‌های مرکب" (مولکولی)

(Molecular Rights) از ترکیب این حقوق شکل می‌یابد (Stanford of Encyclopedia of philosophy, 2005).

از آنجا که حقوق از قواعد ناشی می‌شوند، "نهادهای اجتماعی" عموماً مجموعه‌ای نسبتاً پیچیده از انواع حق‌های بسیط را درخود جای می‌دهند. به طور مثال در "نهاد مالکیت" به عنوان حقی مرکب (مولکولی) می‌توان انواع حق‌های بسیط را یافت. (نمودار ۲)

ادعا:	امتیاز:	حقوق مرتبه اول:
ادعای مالک درمقابل دیگران مبنی بر عدم استفاده از ملک	امتیاز بهره‌برداری از ملک	حقوق اعمال شده بر مال (موضوع حق)
مصونیت:	قدرت:	حقوق مرتبه دوم:
مصونیت دربرابر دیگران از تغییر رابطه حقوقی با ملک	انتقال مال به دیگری و تغییر رابطه حقوقی غیر با مال	حقوق اعمال شده برحقوق مرتبه اول

#### نمودار ۲- آنالیز حق مرکب مالکیت

(به نقل از : Stanford Encyclopedia of philosophy, 2005, P:6)

۴ - از لحاظ اهمیت، گذشته از "حقوق هم ارز" (equivalent) برخی از حق‌ها در "هرم اوزان حق" به عنوان "حق برتر" در رأس هرم قرار می‌گیرند. "حق برتر" حقی ماندگار است که سایر حقوق (حقوق حاشیه‌ای) و تکالیف درارتباط با آن تغییر می‌یابند. نمونه بارز آن حق برتر کودک بر "تربیت و نگهداری شدن" است که در بخش "کاربرد ابزار تحلیل حق" به طور نسبتاً تفصیلی به آن می‌پردازیم.

اگر چه ممکن است مقنن براساس مصلحت اندیشی‌های زمانی- مکانی، روا یا ناروا، حقی را برتر از سایر حقوق بنشانند، عموماً حق‌های برتر بر پایه‌ی "حق‌های عام انسانی" معنا می‌یابند که گاه با نام «حقوق شخصی» از آنها یاد می‌رود (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۰). در این ارتباط کمپبل به تبعیت از کرانستون حقوق بشر را از حیث تقدم بر تمامی ملاحظات و حق‌های دیگر اولی می‌داند (Campbell, 2006, P:34).

۵- از حیث ترتب زمانی، واضح است که پاره‌ای از حق‌ها به دنبال تحقق حقی دیگر فعلیت می‌یابند درحالی که برخی از حقوق به طور همزمان فعال می‌شوند. مثال ۱- در بیع حال پس از وقوع عقد، "حق- ادعای" بایع بر دریافت ثمن همزمان با حق- ادعای خریدار برتحصیل مبیع به وجود می‌آید (همزمانی حقوق).

۱. یاد آوری می‌شود که منظور از نهاد در معنای جامعه‌شناختی آن، مجموعه قواعد در ارتباط با یک امر مهم اجتماعی است.



مثال ۲- مطابق ماده ۸۰۸ قانون مدنی ایران در مال غیرمنقول قابل تقسیمی که بین دو نفر مشترک باشد، پس از اعمال "حق فروش" یکی از شرکاء، "حق شفعه" شریک دیگر (متأخر بر آن) فعلیت می‌یابد (تقدم و تأخر زمانی حقوق).

لازم به ذکر است که ترتیب زمانی حق‌ها ضرورتاً ارتباطی به "برتر" یا "حاشیه‌ای بودن" آنها ندارد. حق برتر کودک به "تربیت و نگهداری شدن" با حق حاشیه‌ای والدین بر "تربیت و نگهداری کردن" همزمان است. آنچه در "وزن حقوق" اشاره شد استمرار و بقای "حقوق حاشیه‌ای" است که در ارتباط با "حق برتر" متغیر می‌باشد.

### مبحث دوم: کاربرد نظریه تحلیلی بسط یافته در زمینه حقوق کودک

غالباً در ادبیات علم حقوق مفاهیمی نظیر حق و عدالت به صورتی کاملاً انتزاعی و به دور از هر نوع نگاه کاربردی مطرح می‌گردند. در این بخش تلاش می‌گردد تا کاربرد ابزار تحلیلی فوق‌الذکر در دو حوزه حقوقی نشان داده شود: یکی مربوط به مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی پیرامون نهاد "حضانت" و دیگری در ارتباط با اصول دهگانه "اعلامیه جهانی حقوق کودک".

انتخاب نهاد حضانت در حقوق ایران سه دلیل عمده دارد:

نخست آنکه، حضانت به عنوان "حق مرکب" مشتمل بر انواع "حق‌های بسیط" است. دوم آنکه این نهاد دارای ساختار حقوقی سلسله مراتبی پیچیده است که عناصر اصلی تشکیل دهنده آن شامل کودک، پدر، مادر و جامعه می‌باشد. سوم آنکه، "حق یا تکلیف بدون حضانت" سؤالی دیرین اما همچنان باز و مناقشه‌آمیز است.

تجزیه حقوق مندرج در اصول دهگانه "اعلامیه جهانی حقوق کودک" به علت اهمیت موضوع و مشابهت قلمرو مفهومی آن با نهاد حضانت به عنوان نمونه کاربردی دوم انتخاب شد.

بررسی نحوه چینش حق‌های موجود در دو حیطه مذکور به علت اشتراکات موضوعی قابل ملاحظه، به این بخش از حیث دیدگاه تطبیقی ارزش ویژه می‌بخشد.

### الف) کاربرد نظریه تحلیلی بسط یافته در زمینه «حق حضانت» در قانون

#### مدنی ایران

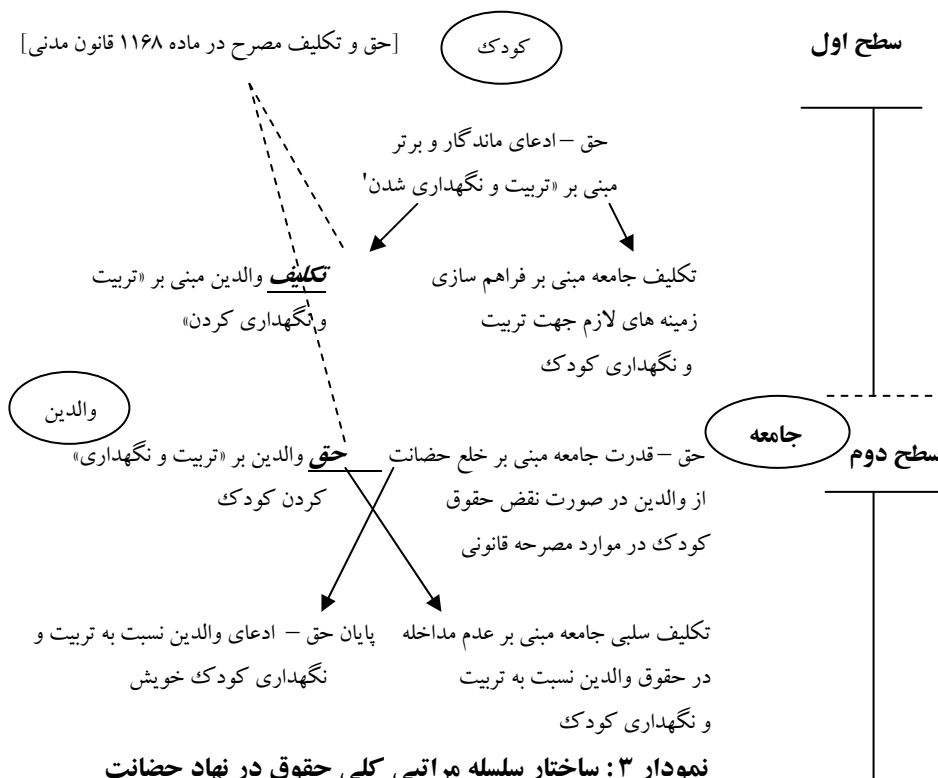
یکی از موادی که ساختار کلی حضانت را مطرح می‌کند ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی است. این ماده اشعار می‌دارد: "نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است".

تشخیص نوع حقوق و تکالیف والدین بررسی مواد آتی این قانون را می‌طلبد. در اینجا لازم است در ارتباط با ساختار کلی حضانت (تربیت و نگهداری اطفال) و رابطه طرف‌های آن یعنی کودک، والدین و جامعه به نکاتی چند اشاره گردد. به نظر می‌رسد که در ساختار کلی حق‌های مربوط به حضانت نوعی سلسله مراتب وجود دارد. در رأس هرم **حق- ادعای کودک** بر "تربیت و نگهداری شدن" قرار می‌گیرد. این حق، "حقی ماندگار" است که با دگرگونی شرایط، تغییر نمی‌یابد. لازمه این حق، تکلیف والدین بر "نگهداری و تربیت کردن" کودک و نیز تکلیف جامعه بفرآهم سازی امکانات لازم جهت رشد و تربیت کودک در جهان معاصر می‌باشد.

در مرتبه بعدی "حقوق هم ارز" والدین و جامعه به دنبال حقوق کودک موجودیت می‌یابند که یکی "بالفعل" و دیگری "بالقوه" است. **حق- ادعای انتشاری** والدین بر "تربیت و نگهداری کردن از کودک" در مقابل تکلیف سلبی جامعه بر عدم مداخله در این امر قرار می‌گیرد. این حق، "حقی متزلزل" است که استمرار آن منوط به تحقق حق برتر کودک توسط والدین می‌باشد. از آنجا که حق کودک، حقی اولی است، سایر حقوق و تکالیف در ارتباط با تحقق یا نقض این "حق برتر" معنا می‌یابند. به گفته جوزف رز "یک تغییر شرایط ممکن است منجر به ایجاد تکالیفی جدید بر مبنای حقوق قدیمی گردد" (Raz, 1984, P:200).

از این رو در صورت نقض حقوق کودک توسط والدین و براساس تکلیفی که جامعه در مقابل کودک بر عهده دارد، جامعه این **حق- قدرت ویژه** را می‌یابد که والدین را از حضانت طفل خویش خلع نماید. به بیان دیگر با نقض حقوق کودک توسط والدین (در موارد مصرحه قانونی) **حق- ادعای انتشاری** والدین در این زمینه خاموش و **حق- قدرت ویژه** جامعه فعلیت می‌یابد.

در نمودار ۳ سعی شده است تا ساختار حق در نهاد حضانت نشان داده شود.



### نمودار ۳: ساختار سلسله مراتبی کلی حقوق در نهاد حضانت

ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "برای نگاهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد."

گزاره «مادر تا هفت سالگی اولویت دارد» بیانگر سه نوع حق است:

۱- حق - قدرت ۲- حق - ادعا ۳- حق - مصونیت جامعه (که در واقع قانون‌گذار نماینده آن تلقی می‌شود) با وضع این ماده مسئولیت حضانت را تا هفت سالگی بر عهده مادر نهاد است. بر این اساس جامعه در مقابل مادر تا هفت سالگی طفل، دارای نوعی حق - قدرت ویژه می‌باشد. همچنین کودک، پدر و جامعه هر سه دارای حق - ادعای ویژه در مقابل تکلیف مادر به حضانت طفل پیش از هفت سالگی هستند. از سوی دیگر مادر نیز دارای حق - مصونیت انتشاری برای حضانت طفل تا پیش از هفت سالگی است. در مقابل این حق، عدم امکان سلب حضانت از مادر توسط پدر و سایر افراد جامعه قرار می‌گیرد.

در ادامه، ماده مزبور حضانت کودک پس از هفت سالگی را بر عهده پدر نهاده و حقوقی نظیر به نظیر مادر برای وی قائل شده است که به جهت تشابه از توضیح مجدد پرهیز می‌شود. تنها تفاوت با رجوع به تبصره ذیل ماده روشن می‌گردد. تبصره مذکور تعیین فرد صالح برای حضانت طفل پس از هفت سالگی را در صورت حدوث اختلاف بر عهده دادگاه نهاده است. این تبصره به نوعی **حق- ادعای ویژه** برای کودک در مقابل تکلیف جامعه (دادگاه) به تشخیص فرد اصلح در این زمینه اشاره دارد.

طبق تبصره مزبور پس از هفت سالگی در صورت اختلاف، والدین از حالت «محق بودن» به «قابلیت محق شدن» تبدیل می‌گردند و این دادگاه است که مکلف به احراز فرد شایسته برای حضانت طفل می‌باشد.

ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی می‌گوید: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود یا با دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود.»

این ماده بیانگر **حق- ادعای ویژه** کودک، جامعه و مادر در مقابل تکلیف پدر به حضانت در صورت حدوث دو امر مذکور در ماده است. از طرف دیگر پدر نیز دارای **حق- ادعا** مبنی بر تحصیل حضانت طفل در مقابل تکلیف جامعه و مادر به واگذاری آن می‌باشد.

ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی در مورد حضانت طفل پس از فوت یکی از ابویین چنین اشعار می‌دارد:

«در صورت فوت یکی از ابویین حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد.»

این ماده بیانگر نوعی حق- ادعا برای هر کدام از والدینی که در قید حیات می‌باشد، است. در مقابل این حق، تکلیف جامعه به واگذاری حضانت به او قرار می‌گیرد. بر این اساس **حق- ادعای ویژه** جامعه و کودک، در برابر تکلیف هریک از والدین زنده به انجام وظایف حضانت، مطرح می‌شود. مطابق این ساختار حقوقی، طرفین رابطه در عین تکلیف، محق نیز می‌باشند. در این جا لازم است تصریح شود که قانون‌گذاری به طور کلی نشانگر نوعی **حق- قدرت انتشاری** برای جامعه (مقنن) در ایجاد مسئولیت بر فرد افراد اعضای آن است.

ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی اظهار می‌دارد که: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.»

گزاره آغازین ماده مزبور نشانگر **حق- ادعای ویژه** کودک، جامعه و احدی از والدین که حضانت را بر عهده ندارد، در مقابل تکلیف دیگری (پدر یا مادری که حضانت به او واگذار شده)، گزاره دوم همین ماده به نوعی **حق- قدرت ویژه** برای جامعه (حاکم)، در واگذاری مسئولیت حضانت بر عهده هر یک از ابویین که حضانت طفل بر عهده اوست، اشاره دارد. از آن جا که کیفیت تربیت و نگهداری در میزان تحقق «حق برتر» کودک مؤثر است، «در صورتی که الزام مؤثر یا ممکن نباشد» در راستای تأمین هر چه بهتر حق ماندگار کودک جامعه با اعمال **حق- قدرت خود**، مسئولیت هر یک از والدین را بنا به موقعیت، از جنبه پرورشی حضانت، ساقط و تنها از حیث مادی باقی می‌گذارد. جنبه مادی حضانت ابتدا بر عهده پدر و در صورت فوت او با مادر است (**حق- ادعای** کودک در مقابل تکلیف پدر یا مادر).<sup>۱</sup>

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی در جهت حمایت از حقوق کودک چنین اشعار می‌دارد: «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

- ۱- اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و سیگار
- ۲- اشتها به فساد اخلاق و فحشا
- ۳- ابتلا به بیماری های روانی با تشخیص پزشکی قانونی
- ۴- سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی گری و قاچاق.
- ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.»

این ماده به **حق- ادعای ویژه** کودک در برابر تکلیف سلبی والدین مبنی بر خورداری از آسیب رساندن به سلامت جسمانی و روحی وی اشاره دارد. لازم است تصریح گردد که هر چند بر اساس این حق، کودک از هر نوع آسیب جسمی و روحی مصون می‌ماند اما این مصونیت نوعی حق- ادعا است و نباید آن را با حق- مصونیت هوفلدی (از حقوق مرتبه دوم) که بر روابط حقوقی (و نه موضوع حق به طور مستقیم) تأثیر می‌گذارد اشتباه گرفت.

این ماده همچنین ناظر به **حق- قدرت ویژه** جامعه (محکمه) در خلع حضانت از پدر و مادر غیر صالح و واگذاری آن به دیگری است.

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه بنگرید به: صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ۱۳۸۳، صص ۳۴۹-۳۴۸.

ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی در مورد «حق ملاقات» چنین می‌گوید: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر ابویین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند هر یک از ابویین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه به آن در صورت اختلاف بین ابویین با محکمه است.»

«حق ملاقات طفل» به دو نوع حق اشاره دارد:

۱- حق - آزادی ویژه هر یک از ابویین که حضانت طفل را بر عهده ندارد در مقابل عدم ادعای طرف دیگر در این زمینه.

۲- حق - ادعای ویژه پدر یا مادری که حضانت با او نیست در برابر کودک. بر اساس این حق کودک نباید از ملاقات سر باز زند.

همچنین در صورت اختلاف در نحوه تحقق «حق ملاقات»، نوعی حق - ادعای ویژه برای ابویین در برابر تکلیف محکمه به حل اختلاف بالفعل می‌شود.

ماده ۱۱۷۵ اشعار می‌دارد: «طفل را نمی‌توان از ابویین یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی.»

این ماده نیز مشابه ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ناظر به وجود نوعی حق - مصونیت ویژه در امر حضانت برای والدین در مقابل یکدیگر و حق - مصونیت انتشاری هر یک از آنها در برابر جامعه است.

عبارت انتهایی ماده حاکی از وجود نوعی حق - قدرت ویژه برای جامعه است. بر اساس این حق، محکمه در موارد مقرر قانونی قدرت خلع حضانت از پدر یا مادر یا هر دو و مسئول کردن طرف دیگر یا شخص ثالث را داراست. «علت قانونی» مذکور در ماده اخیر بیشتر در جهت حفظ «حق برتر» کودک مشخص می‌شود. یکی از این موارد «ازدواج» یا «جنون» مادر است که در ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی اشاره شد و در صورت حدوث هر یک، حق - مصونیت مادر در جهت حفظ حقوق کودک خاموش می‌گردد.

ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی اظهار می‌دارد: «مادر مجبور نیست که طفل خود شیر دهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد.»

صدر ماده حاکی از: حق - آزادی انتشاری مادر در شیر دادن به طفل خویش است. همان طور که پیشتر ذکر شد حق کودک، «حقی ماندگار» است و سایر حق‌ها در مقابل آن متزلزل می‌باشند. بر این اساس در صورتی که «تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد» حق - آزادی مادر پایان می‌یابد و حق - ادعای ویژه کودک جایگزین آن می‌گردد.

ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی در اطاعت از ابویین آورده است: «طفل باید مطیع ابویین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آنها احترام کند.»

این ماده ناظر به نوعی حق - ادعای ویژه برای والدین، در مقابل تکلیف طفل به مطیع بودن و ادای احترام به آنها است.

ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی اظهار می‌دارد: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت طفل خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن را مهمل بگذارند».

واژه «مکلف» در صدر ماده گویای حق - ادعای ویژه کودک و جامعه در برابر تکلیف ابوین بر تربیت طفل خویش، است.

ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی در رابطه با «حق تنبیه» می‌گوید: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند».

مقنن با وضع این ماده نوعی حق - آزادی ویژه برای والدین در تنبیه طفل خویش (در حدود تأدیب) شناخته است.<sup>۱</sup>

بر اساس آنالیزی که از مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی به عمل آمد، حق - ادعا نوع غالب حق‌های مذکور در این مواد بود.

به نظر می‌رسد که اگر در مقام ارزیابی حق‌های مرتبه اول بر آییم، هم بر اساس "نظریه منفعت" (سود) (Benefit (Interest) Theory) و هم بر اساس "نظریه اراده" (انتخاب) (Will) (choice) theory) «حق - ادعا» نسبت به «حق - امتیاز» برای دارنده خود، کارکرد بیشتری را به دنبال دارد. شایان ذکر است که کارکرد حق بر اساس نظریه منفعت «تضمین منافع صاحب حق» (Stanford Encyclopedia of philosophy, 2005, Nickle, 2005, Hart, 1982) و بر اساس نظریه اراده، «تضمین خود مختاری فردی» است (Edmounson, 2004, p:122). در همین ارتباط کمپل حق - امتیاز را «حق آزادی صوری» (Formal liberty right) می‌نامد که چیزی جز «فقدان تعهد از جانب صاحب حق» نیست (Campbell, 2006, P:31). در مقابل، حق - ادعا را «حق آزادی محتوایی» (Substantive liberty right) می‌خواند و آن را «موجد ادعا بر اعمال دیگران» معنا می‌کند (Ibid). وی همچنین به تبعیت از رونالد دورکین، (Ronald Dworkin) حق - امتیاز را «حقی ضعیف» (weak right) و حق - ادعا را «حقی قوی» (strong right) نام می‌نهد (Ibid).

فینبرگ نیز در مقاله «در ماهیت و ارزش حقوق» حقی را که صاحب مدعی نباشد، «حق ناقص» (imperfect right) می‌نامد (Feinberg, 1970, p:251). وی حقوق قانونی را از آن جهت برتر از سایر حقوق می‌داند که صاحبان آن در صورت نقض می‌توانند ادعای قانونی خود را بر دستگاه عدالت مطرح سازند. ضمانت اجرای حقوقی نشانگر تکلیف دستگاه قضا در مقابل مدعیان عدالت است (Ibid).

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه بنگرید به: کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، ۱۳۸۲، صص ۳۸۹-۳۸۸.

### ب) کاربرد نظریه تحلیلی بسط یافته در اعلامیه جهانی حقوق کودک

اصل نخست اعلامیه جهانی حقوق کودک به عنوان اصلی محوری، همه کودکان را تحت شمول این اعلامیه قرار می‌دهد. طبق این اصل: «کودک باید از کلیه حقوق مندرج در این اعلامیه برخوردار شود. همه کودکان بدون استثنا و تبعیض و بدون در نظر گرفتن نژاد، رنگ، زبان، دین، عقاید سیاسی یا سایر عقاید، منشأ اجتماعی یا ملی، ثروت، تولد و یا ویژگی‌های فردی دیگر یا خانوادگی مشمول این حقوق شوند».

این اصل بیانگر نوعی **حق-مصونیت انتشاری** برای همه کودکان در برابر هر گونه نقض حقوق شناخته شده در این اعلامیه است.

اصل دوم اشعار می‌دارد: «کودک باید از حمایت ویژه برخوردار شود و امکانات و وسایل ضروری جهت پرورش بدنی، فکری، اخلاقی و اجتماعی وی به نحوی سالم و طبیعی و در محیطی آزاد و محترم توسط قانون یا مراجع ذی ربط در اختیار وی قرار گیرد. در وضع قوانینی بدین منظور منافع کودک باید بالاترین اولویت را داشته باشد».

این اصل **حق- ادعای** کودک در برخوردای از وسایل ضروری جهت پرورش بدنی، فکری، اخلاقی و اجتماعی وی را مطرح می‌کند که در مقابل آن تکلیف جامعه به فراهم‌سازی امکانات لازم در این زمینه‌ها قرار می‌گیرد.

نکته جالب توجه در این اصل، اشاره صریح آن به حق کودک به عنوان «حقی برتر» است که باید در وضع قوانین «بالاترین اولویت» را به آن داد.

اصل سوم اعلامیه مزبور می‌گوید: «کودک باید از بدو تولد صاحب اسم و ملیت گردد».

این اصل دو «حق- ادعا» برای کودک می‌شناسد: ۱- **حق- ادعای ویژه** کودک برای برخورداری از اسم در مقابل تکلیف ابویین ۲- **حق- ادعای** کودک بر دارا بودن ملیت در مقابل جامعه‌ای که موظف به اعطای آن است.

اصل چهارم اظهار می‌دارد: «کودک باید از امنیت اجتماعی بهره‌مند گردد و 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 می‌باشد، بهره‌مند شوند. کودک باید امکان برخورداری از تغذیه، مسکن، تفریحات و خدمات پزشکی مناسب را داشته باشد».

بهره‌مندی از "امنیت اجتماعی" و "پرورش در محیطی سالم دو حق- ادعای انتشاری برای کودک در مقابل تکلیف جامعه می‌باشند.

در ادامه اصل مذکور برخورداری از مراقبت و حمایت خاص پیش و بعد از تولد را برای کودک و مادر بیان کرده که حاکی از شناخت نوعی **حق- ادعای انتشاری** برای این دو در برابر جامعه است.



قسمت انتهایی اصل، حق - ادعای کودک در برخورداری از تغذیه، مسکن، تفریحات و خدمات پزشکی مناسب را در مقابل جامعه و والدین مکلف مطرح می‌کند.

اصل پنجم چنین مقرر می‌دارد: «کودکی که از لحاظ بدنی، فکری یا اجتماعی معلول است باید تحت توجه خاص و آموزش و مراقبت لازم متناسب وضع خاص وی قرار گیرد».

بر مبنای این اصل، این حق - ادعای انتشاری برای کودکان استثنایی شناخته شده است که در مقام مدعی خواستار آموزش و مراقبت لازم متناسب با وضع خاص خود باشند.

اصل ششم در ارتباط با نیاز کودک به محبت و تفاهم اشعار می‌دارد که: «کودک جهت پرورش کامل و متعادل شخصیت‌اش نیاز به محبت و تفاهم دارد و باید حتی الامکان تحت توجه و سرپرستی والدین خود، و به هر صورت در فضایی پر محبت در امنیت اخلاقی و مادی، پرورش یابد. کودک خردسال رابه جز در موارد استثنایی نباید از مادر جدا کرد.

جامعه و مقامات اجتماعی موظف‌اند که نسبت به کودکان بدون خانواده و کودکان بی‌بضاعت توجه خاص مبذول دارند. کمک‌های نقدی دولت و دیگر تسهیلات جهت تأمین و نگهداری فرزندان خانواده‌های پرجمعیت توصیه می‌شود».

"محبت دیدن"، "مورد توجه قرارگرفتن"، "تحت سرپرستی والدین بودن"، "پرورش در فضایی پر محبت در امنیت اخلاقی و مادی"، همگی حاکی از حق - ادعاهای کودک در برابر والدین و جامعه‌اند. به نظر می‌رسد که این اصل با عبارت "تحت سرپرستی والدین بودن" به نوعی حق - مصونیت انتشاری برای والدین نیز اشاره می‌کند. براساس این حق چنانچه والدین وظایف خویش را در برابر حقوق کودک به خوبی ایفا نمایند، جامعه در خلع حضانت از آنها ناتوان است. عدم امکان جداسازی کودک خردسال از مادر نیز نشان‌دهنده نوعی حق - مصونیت انتشاری برای کودک و مادر در برابر عدم صلاحیت جامعه در این امر می‌باشد.

اصل هفتم در رابطه با آموزش کودک چنین می‌گوید: «کودک باید از آموزش رایگان و اجباری، حداقل در مدارج ابتدایی بهره‌مند گردد. کودک باید از آموزشی بهره‌مند شود که در جهت پیشبرد و ازدیاد فرهنگ عمومی او بوده و چنان سازنده باشد که در شرایط مساوی بتواند استعداد، قضاوت فردی، درک مسئولیت اخلاقی و اجتماعی خود را پرورش داده و فردی مفید برای جامعه شود. در امر آموزش و رهبری کودک مصالح کودک باید راهنمای مسئولین امر باشد. چنین مسئولیتی در درجه اول به عهده والدین می‌باشد. کودک باید از امکانات کامل برای بازی و تفریح با همان اهداف که در مورد آموزش او آمد برخوردار گردد، جامعه و مقامات اجتماعی باید کوشش نمایند تا امکان استفاده از این حقوق را فراهم سازند».

عبارت "آموزش رایگان و اجباری" به دو جزء قابل تجزیه است: ۱- آموزش رایگان

۲- آموزش اجباری

"آموزش رایگان" نشان دهنده **حق- ادعای** کودک و والدین در مقابل تکلیف جامعه بر فراهم‌سازی امکانات لازم در امر آموزش است. "آموزش اجباری" نیز حاکی از **حق- ادعای** ویژه جامعه در مقابل تکلیف والدین در فرستادن کودک به مراکز آموزشی (مدرسه) می باشد. این اصل در ادامه به آموزش غیررسمی که در درجه نخست برعهده والدین است اشاره دارد که در واقع نوعی **حق- ادعای** ویژه برای کودک در برابر والدین است. به بیان دیگر اصل هفتم تکلیف آموزش رسمی را برعهده جامعه و آموزش غیررسمی را برعهده والدین می نهد. "حق بر بازی و تفریح" به عنوان **حق- ادعای** دیگر برای کودک در پایان این اصل مورد توجه قرار گرفته است.

اصل هشتم اعلامیه مقرر می‌دارد: «کودک باید در هر شرایطی جزء اولین کسانی باشد که از حمایت و تسهیلات بهره‌مند گردد.»

"حق اولویت داشتن در حمایت و تسهیلات" نوعی **حق- ادعا** برای کودک است که با ذکر مثالی توضیح داده می‌شود. تصور کنید که یک کودک و یک کهنسال نیاز به درمان فوری دارند و حال آنکه تنها یک پزشک با امکانات لازم برای درمان یکی از این دو حضور دارد. در این حال طبق مفاد اصل مزبور کودک حق اولویت در درمان را داراست و پزشک حاضر مکلف است ابتدا کودک را مورد مداوا قرار دهد.

اصل نهم، اشعار می‌دارد که: «کودک باید در برابر هر گونه غفلت، ظلم، شقاوت و استثمار حمایت شود. کودک نباید به هر شکل وسیله مبادله قرار گیرد. کودک نباید قبل از رسیدن به حداقل سن مناسب به استخدام در آید و نباید به هیچ‌وجه امکان و اجازه استخدام کودک در کارهایی داده شود که به سلامت یا آموزش وی لطمه زده و یا باعث اختلال رشد بدنی، فکری و یا اخلاقی وی می‌گردد.»

بر طبق اصل نهم کودک این **حق- ادعای انتشاری** را داراست که از هرگونه غفلت، ظلم، شقاوت، استثمار، وسیله مبادله قرار گرفتن، اختلال در آموزش، اختلال در رشد بدنی، اختلال در رشد فکری، و اختلال در رشد اخلاقی در امان باشد (اشاره به تکلیف سلبی دیگران) و آسیب رساندن به سلامت جسمانی و روانی او از سوی هر کس ممنوع است.

اصل دهم به عنوان اصل پایانی اعلامیه چنین می‌گوید: «کودک باید در مقابل هر گونه اعمال و رفتاری که ترویج تبعیضات نژادی، مذهب و غیره را ممکن می‌سازد، حمایت شود.

کودک باید با روحیه‌ای پر تفاهم، گذشت، معتقد به دوستی بین مردم، صلح و برادری جهانی و با آگاهی کامل بر این که توانایی و استعداد وی باید وقف خدمت به هموعانشان شود پرورش یابد.»

این اصل بیانگر حق - ادعای انتشاری کودک بر مصون ماندن از هر نوع تبعیض نژادی، مذهبی و غیره است. که جامعه را از اعمال این گونه تبعیضات باز می‌دارد (تکلیف سلبی جامعه).

### نتیجه

در تحلیل مفهومی حق و تعیین و تشخیص عناصر تشکیل دهنده آن در حوزه‌های گوناگون، بهره‌گیری از مفاهیم تحلیلی (به لحاظ روشی) سودمند است. با عنایت به اینکه موضوع محوری علم حقوق، مفهوم «حق» می‌باشد، ولی آن‌طور که بایسته است به ابزارهای تحلیل حق بهای کافی داده نشده است. در این مقاله سعی شد تا ابزاری تحلیلی جهت کمک به تجزیه انواع حق و روابط آن‌ها ارائه گردد. در این راستا، چارچوب مفهومی هوفلد به لحاظ روشی و با نگاهی جدید مبنای کار نوشتار حاضر قرار گرفت. به دنبال آن بر مبنای پنج ملاک: طرف حق، کانون فعالیت حق، ترکیب حق، وزن حق، و ترتب زمانی حق، چارچوب مذکور بسط یافت. سپس تلاش گردید تا کاربرد چارچوب بسط یافته هوفلدی به عنوان نمونه در دو قلمرو "حضانت" و اصول دهگانه "اعلامیه جهانی حقوق کودک" نشان داده شود. در این راستا درخصوص حق حضانت در حقوق مدنی ایران به تجزیه و تحلیل حق حضانت به مثابه یک حق ترکیبی، از انواع حق‌های «بسیط» یعنی، «حق - ادعا»، «حق - امتیاز»، «حق - مصونیت» و «حق - قدرت»، به صورت ویژه یا انتشاری، با سه طرف اصلی یعنی کودک، جامعه و والدین پرداخته شد. در ضمن برای اولین بار سلسله مراتب این «حق»ها در دو سطح و در ارتباط با سه طرف اصلی نشان داده شد (نمودار ۳). به دنبال آن، اصول دهگانه مطروحه در اعلامیه جهانی حقوق کودک با استفاده از ابزار تحلیلی بسط یافته، تشریح شد.

کاربست چارچوب تحلیلی مزبور از زوایای گوناگون حائز اهمیت می‌باشد:

۱- از نظر تقنینی این ابزار به مقنن کمک می‌کند تا در امر قانون‌گذاری به عناصر ساختاری حق و رابطه میان آن‌ها توجه نموده و با وضوح بیشتر و آگاهی دقیق‌تر به تعیین وظایف و حقوق طرفین حق بپردازد. همچنین با عنایت به سایر اجزاء نظام حقوقی و بر اساس ملازمات و مقابلات انواع حق از تعارض قوانین اجتناب ورزد.

۲- از نظر قضائی، محاکم می‌توانند با بهره‌گیری از این ابزار تحلیلی به تجزیه مواد قانونی مرتبط با دعوا بپردازند و بر مبنای آن درجه روایی حقوق درخواستی طرفین را سنجیده و راه‌حل‌های دقیق‌تر و تبعاً منصفانه‌تر ارائه نمایند.

۳- مشاغل پیرا قضایی همچون وکالت و مشاوره حقوق می توانند با یاری گرفتن از این چارچوب تحلیلی نسبت به حقوق مورد مطالبه مراجعین خود احاطه بیشتری یافته و بر اساس سلسله مراتب حقوق (حق‌های برتر و حاشیه‌ای) و مقابلات و ملازمات آن‌ها ظرافت‌های منطقی را در مشاوره‌ها و لوایح دفاعیه خود مد نظر قرار دهند.

۴- پژوهشگران حقوقی، هر یک در حیطه تخصصی خود، این امکان را می‌یابند تا به مدد این چارچوب تحلیلی به واکاوی در قلمروهای مفهومی حق اعم از حقوق قانونی، اخلاقی و اجتماعی پرداخته تا برای مساله و مناقشات حقوقی به نتایج دقیق‌تر و شفاف‌تری نایل آیند.

## منابع و مأخذ

### الف- فارسی

۱. صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۳)، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ هفتم.
۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ششم.
۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، نشر میزان، چاپ سوم.
۴. کریمی، عباس، (۱۳۸۶)، «مطالعه تطبیقی بین حقوق ایران و فرانسه درخصوص حق موضوع سوءاستفاده در حقوق قراردادها»، حقوق مدنی تطبیقی، سمت، چاپ اول.

### ب- خارجی

- 1- Campbell, Tom, 2006, **Rights: A Critical Introduction**, New York, Routledge,
- 2- Edmundson, Willian.A, 2004, **An Introduction to Rights**, Cambridge, Cambridge university press.
- 3- Feinberg, Joel, 1970, **The Nature and value of Rights**, Journal of value inquiry, Vol.4, pp: 243-57.
- 4- Fletcher, Goerg.p, 1996, **Basic Concepts of legal Thought**, New York, Oxford university press.
- 5- Gewirth, Alan, 1986, **why Rights are Indispensable** ,Mind, New series, Vol: a5, No.379, pp: 329-344.
- 6- Hanson, Sharon, 2003, **Legal Method and Reasoning**, London. Cavendish publishing limited.
- 7- Harel, Alon, 2005, **theories of Rights** In “the Blackwell Guide to the philosophy of Law and Legal Theory, Ed. By Martin. P. Golding and William.A.Edmundson, Oxford, Blackwell publishing.
- 8- Hart, H.L.A, 1982, **Essays on Bentham Studies in Jurisprudence and political Theory**, Oxford, Clarendon press.
- 9- Hohfeld, Wesley. N, 2003(1919), “**Some Fundamental legal conceptions as Applied in judicial Reasoning**” in An Anthology philosophy of law and legal Theory, Ed. By Dennis Patterson, Oxford, Blackwell, pp: 295-327.
- 10- Jain, LI, 2002, **Analysis of Hihfeldian Conception of liberty**, [http://www.cass.net.cn/chinese/s14\\_zxs/facu/lijian/zhicheng.lunwen1.htm](http://www.cass.net.cn/chinese/s14_zxs/facu/lijian/zhicheng.lunwen1.htm)
- 11- Maccormic, D. N, 1979 (1977), **Rights in legislation In Law morality and society**: Essays in honour of H.L.A.Hart, Ed. By P.M.S.Hacker and J.Raz, Oxford, Clarndon press, pp: 1589-209.
- 12- Morris Lydia, 2006, **Rights: Sociological Perspectives**, New York, Routledge.
- 13- Nickel, James.W, 2004, **Making sense if human Rights**, Oxford, Blackwell publishing.
- 14- Nickel, James.W, 2005, **The Nature of Rights**. <http://www.3.sumpatico.ca/saburns/pgo510/htm>.
- 15- Raz, J, 1984, **On the nature of Rights**, mind, New series, Vol: 93, pp: 194-214.

- 
- 16- Reidy, David.A, 2007, **on the philosophy of law**, Belmont, Thomson wads worth.  
17- Stanford Encyclopedia of philosophy, **Rights**. Dec.2005.  
18- Tebbit, Mark, 2006, **philosophy of law**, New York, Routledge.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«رهن دین» سال ۱۳۷۶، شماره ۳۸. «بهره‌برداری از انفال» سال ۱۳۷۸، شماره ۴۳. «مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن، سال ۱۳۷۸، شماره ۴۵. «نقدی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره حدود مصونیت پارلمانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سال ۱۳۸۱، شماره ۵۸. «استجواب در دعاوی مدنی» سال ۱۳۸۵، شماره ۷۴. «تبیین منطقی دلیل قضایی»، سال ۱۳۸۶، شماره ۴. «رهن اموال فکری» سال ۱۳۸۷، شماره ۲.