

## صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده

علی تقی زاده<sup>۱</sup> - امیرپویارشیدی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۴/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۲

### چکیده

برای اولین بار در تاریخ قانون‌گذاری کشور، دادگاه خانواده در رایت یک دادگاه اختصاصی و به واسطه قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ موجودیت یافت؛ به همان میزان که ایجاد چنین دادگاهی ضروری است، تدوین و تصویب مقرراتی روشن و بدون ابهام در مورد آن هم لازم است؛ از جمله اموری که در این راستا حائز اهمیت می‌باشد، بحث صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده به‌عنوان یک دادگاه اختصاصی بوده و قانون‌گذار تکلیف داشته و دارد تا مقرراتی واضح و کارآمد، در این باره وضع کند؛ متأسفانه مقنن در قانون حمایت خانواده مورد بحث، به نحوی شایسته عمل نکرده و برخی امور را که ارتباطی با خانواده ندارند داخل در صلاحیت دادگاه یادشده قرار داده ولی به برخی دیگر که از موضوعات خانوادگی هستند، بی‌توجه بوده است؛ در طی تحقیق مشخص شد با روش تفسیر لفظی راهی برای برون‌رفت از این مشکل پیدا نمی‌شود، لذا با توجه به اینکه روند اصلاح قانون و رفع ابهامات زمان‌بر است، در این نوشتار سعی شده با تمسک به تفسیر هرمنوتیک راهکاری ارائه شود تا به‌واسطه آن بتوان، صلاحیت دادگاه خانواده را به نحوی مطلوب تبیین کرد.

**واژگان کلیدی:** امور و دعاوی خانوادگی، تفسیر هرمنوتیک، تفسیر لفظی، دادگاه اختصاصی، قانون حمایت خانواده

## مقدمه

اهمیت خانواده موجب می‌شود علاوه بر قوانین ماهوی، مقررات شکلی متفاوتی نیز در خصوص آن وضع شود؛ در کشور ما از آغاز عصر قانون‌گذاری و پس از پیروزی انقلاب مشروطه بارها قوانینی مرتبط با امور خانوادگی، مصوب شده، برخی از این مقررات شکلی و برخی به ماهیت امور مربوطند؛ در خیل این مصوبه‌ها، از نقطه نظر شکلی، اصل بیست و یکم قانون اساسی و همچنین قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ بسیار پراهمیت هستند، اهمیت این دو قانون از این بابت است که به تشکیل یک دادگاه اختصاصی به منظور رسیدگی به امور و دعاوی خانوادگی حکم می‌کنند؛ قوانین حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ و قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه‌های موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) و همچنین لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص هم به نوعی سعی در متمایز کردن مرجع رسیدگی کننده به موضوعات خانوادگی داشته اما هیچ کدام حکم به تشکیل یک دادگاه اختصاصی نداده‌اند، در واقع در سه قانون نخست تصریح شده که دادگاه‌های مورد نظرشان دادگاه عمومی هستند و قانون در آخر گفته هم در مقام احیای محاضر و محاکم شرعیه بوده است و نه تشکیل یک دادگاه اختصاصی مربوط به خانواده،<sup>۱</sup> کما اینکه در صورت توافق متداعین این امکان وجود داشت دادگاه مدنی خاص به دیگر دعاوی حقوقی غیر مرتبط هم رسیدگی کند.

به هر روی قانون‌گذار در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در مقام تعیین دامنه صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده، مقرراتی را وضع کرد که اولاً عمل به آن‌ها موجب ایجاد رویه‌های متعدد و نامتناسج خواهد شد، ثانیاً موجب عدم کارایی دادگاه خانواده خواهد شد، ثالثاً خانواده‌ها را در برخی از موارد از دستیابی به این دادگاه محروم می‌کند، مهم‌ترین ایرادی که بر قانون‌گذار در این باره وارد است، عدم توجه به برخی موضوعات خانوادگی بوده که باید در زمره موضوعات ماده ۴ آن قانون جای می‌گرفتند که نگرفتند، همچنین برخی از اموری که در ماده قانونی یاد شده آمده ربطی به خانواده ندارد و موجب افزایش حجم کار این دادگاه و ناکارآمدی‌اش می‌شود، لذا در این نوشتار در پی آن هستیم ضمن تشریح معایب مقررات یاد شده، دریابیم آیا می‌شود راهکاری ارائه کرد که معضلات پیش گفته مرتفع شود؟ و همچنین

۱. یآوری، فتح الله، «دادگاه مدنی خاص در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، ۱۳۷۰، ص ۱۱۷.

آیا پس از تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده، باز هم نیاز به اصلاح قانون هست یا خیر؟ به نظر می‌رسد با توسل به روش تفسیر هرمنوتیک و اصطیاد یک قاعده مقبول بتوان به این مهم دست یافت، اما با عنایت به تمایل محاکم به محدود ماندن در چهارچوب نصوص قانونی راجع به صلاحیت ذاتی، اصلاح است که قانون‌گذار دست به کار شود و به جای تعیین مصداق، قاعده‌ای را در رابطه با صلاحیت ذاتی دادگاه مورد بحث ارائه دهد.

روش تحقیق در این نوشتار کتابخانه‌ایست و در ادامه بحث، نخست درباره مفاهیم مرتبط با موضوع بحث می‌کنیم، دوم به ایرادات مربوط به مقررات صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده می‌پردازیم و سپس راهکار حل مشکل را بررسی خواهیم کرد.

### ۱- مفهوم شناسی

در تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده ضرورت دارد با مفهوم حقوقی خانواده و نیز امور و دعاوی خانوادگی آشنا شویم، به‌طور قطع بدون توجه به این مفاهیم هرگونه تفسیری از مقررات مربوط به صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده آکنده از اشتباه خواهد بود؛ همچنین لازم است پیرامون ماهیت دادگاه خانواده، صلاحیت ذاتی و روش تفسیری که قرار است در بازخوانی مقررات ناظر به صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده به کار گیریم، توضیح داده شود، لذا در این قسمت از نوشتار به تشریح این مفاهیم خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱-۱ خانواده

از نقطه نظر علم جامعه‌شناسی «خانواده» سازمانی اجتماعی، متشکل از تعدادی افراد است که به واسطه عواملی همچون خون، ازدواج و یا فرزندخواندگی به یکدیگر مرتبط هستند و این ارتباط معمولاً به صورت نامحدود برقرار است و به انواع خانواده هسته‌ای<sup>۱</sup>، خانواده گسترده<sup>۲</sup> و خویشاوندی<sup>۳</sup> تقسیم می‌شوند،<sup>۴</sup> اگرچه حقوق‌دان‌ها تعریف واحدی از «خانواده» ارائه نداده‌اند، اما به نظر می‌رسد تعریف حقوقی خانواده به‌طور دقیق با تعریف پیش‌گفته منطبق نباشد.

۱. nuclear family.  
 ۲. extended family.  
 ۳. kinship.

۴. کوئن، بروس، مبانی جامعه‌شناسی، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۶، ص ص ۱۴۶-۱۶۷.

برخی از حقوق‌دان‌ها، هم‌داستان با علم جامعه‌شناسی، انواعی برای آن نهاد قائل شده و پاره‌ای از مقررات قانونی را دلیلی برای هماهنگی علم حقوق و جامعه‌شناسی در شناسایی نوعی از خانواده به سیاق دانش یادشده، دانسته‌اند؛<sup>۱</sup> برخی دیگر از اساتید، از منظر حقوقی، برای خانواده دو مفهوم گسترده و محدود را در نظر گرفته و عواملی همانند ریاست شوهر، الزام به انفاق و ارث را از مشخصه‌های لازم برای شناسایی خانواده دانسته ولی این موضوع که خانواده الزاماً باید تمامی آن مشخصه‌ها را دارا باشد، بعضاً قابل نقض دانسته‌اند؛ در واقع به عقیده ایشان با حصول هریک از این مؤلفه‌ها شخص از برخی جهات عضو خانواده محسوب می‌شود،<sup>۲</sup> همچنین در تعریفی حقوقی از خانواده آمده «خانواده نهادی است متشکل از گروهی از افراد که بین آن‌ها قابلیت الزام قانونی به تبعیت، قابلیت ارث‌بری و قابلیت الزام به حمایت از اعضا و حسن معاشرت وجود دارد» (رشیدی، ۱۳۹۳، ۲۰).<sup>۳</sup>

به نظر می‌رسد تعریف در آخر گفته، با توجه به مواد ۸۶۱، ۹۴۰، ۱۱۰۳ الی ۱۱۱۳، ۱۱۹۶ الی ۱۲۰۵ و ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و مواد مندرج در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بدون سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲، جامع است. با عنایت به این تعریف باید توجه داشت که اولاً خانواده از اجتماع اشخاص حقیقی به وجود می‌آید؛ ثانیاً برخی از این خصیصه‌ها یک‌سویه و برخی دوسویه هستند، ثالثاً طفلی که به علت افتراق پدر و مادر همراه با مادر خویش و به دور از پدر زندگی کرده و تحت حضانت مادر قرار دارد، به همراه پدرش یک خانواده محسوب می‌شود چه پدر ازدواج کرده و چه نکرده باشد، از طرفی رابطه او با مادر خویش هم در قالب یک خانواده جدای از اولی تعریف می‌شود؛ در واقع دور از انتظار نیست که در عالم حقوق، یک فرد عضو دو خانواده باشد؛ دلیل تأکید بر لفظ قابلیت این است که امکان دارد عاملی مانع فعلیت یافتن آن الزام قانونی شود، همانند وقتی که سوء رفتار مرد یا سوء استفاده کردن از عنوان ریاستی که قانون به او داده است موجب می‌شود که اعضاء خانواده الزامی به تبعیت از او نداشته باشند، اما این موضوع موجب فروپاشی خانواده یا حذف او از زنجیره اعضاء خانواده نمی‌شود.

۱. صفایی، سیدحسین؛ امامی، سیداسد الله، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، صص ۱۳-۱۴.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، صص ۱۴-۱۵.

۳. رشیدی، امیرپویا، آورده‌های شکلی قانون جدید حمایت خانواده (پایان نامه ارشد)، دانشگاه علامه طباطبائی، حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، صص ۲۰.

## ۲-۱- دادگاه خانواده

برابر ماده ۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ قوه قضائیه مکلف به تشکیل دادگاه خانواده به عنوان یک دادگاه اختصاصی شد است، همچنین از زمان تصویب آن قانون تا هنگامی که دادگاه‌های خانواده تشکیل می‌شوند در حوزه قضایی شهرستان، دادگاه عمومی حقوقی مستقر در آن شهرستان و در حوزه قضایی بخش دادگاه مستقر در حوزه بخش با رعایت تشریفات و مقررات قانون یادشده، به کلیه امور و دعاوی خانوادگی رسیدگی می‌کند؛ البته دادگاه‌های بخش حق رسیدگی به دعاوی مربوط به اصل نکاح و طلاق را ندارند.

به‌طور کلی می‌توان گفت مراجع قضائاتی ایران به دو صنف مراجع قضایی و مراجع اداری تقسیم می‌شوند، مراجع قضایی خود به دو صنف مراجع قضایی کیفری و مراجع قضایی حقوقی منشعب می‌شوند، مراجع حقوقی یا از نوع مراجع عمومی است و یا از نوع مراجع اختصاصی، مرجع عمومی صلاحیت رسیدگی به کلیه موضوعات مربوط به آن صنف را دارد مگر آنچه در قانون، رسیدگی به آن در صلاحیت مرجع اختصاصی قرار گرفته، برعکس مرجع اختصاصی مرجعی است که صلاحیت رسیدگی به هیچ موضوعی را ندارد مگر آنچه را که قانون، در صلاحیت آن مرجع قرار داده باشد؛ درجه مرجع نیز با توجه به سلسله‌مراتب آن مراجع نسبت به دیگر مراجع تعیین می‌شود.<sup>۱</sup>

دادگاه خانواده از صنف مراجع قضایی حقوقی است؛ زیرا تمام موضوعات داخل در صلاحیت آن از جمله موضوعات مدنی است، همچنین در مواردی که در قانون پیش گفته، به نحوه رسیدگی اشاره شده، به اعمال و اقداماتی تصریح شده است که در آیین دادرسی مدنی مورد نظر قرار می‌گیرد، به عنوان مثال در ماده ۸ قانون از دادخواست نام‌برده شده که می‌دانیم بحث دادخواست در رسیدگی‌های کیفری موضوعیت ندارد، همچنین در همین ماده قانونی عبارت «سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی» آمده که خود مؤید ماهیت حقوقی دادگاه خانواده است، اگرچه امکان دارد بحث مطرح شده واضح به نظر برسد، اما پرداختن به آن گریزناپذیر خواهد بود زیرا برای برخی محاکم موضوع شفاف نبوده و حتی اداره حقوقی قوه قضائیه هم در یک نظر مشورتی دادگاه خانواده را صالح برای ورود به امور کیفری مربوط به خانواده دانسته است.<sup>۲</sup>

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد اول، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۹، ص ص ۳۶۲-۳۶۷.

۲. نظریه شماره ۹۲/۱۸/۱۲ مورخه ۱۳۹۲/۶/۲۵

با عنایت به اینکه صلاحیت دادگاه خانواده محدود و احصاء شده و مقنن همانند دادگاه‌های قبلی، صراحتاً یا تلویحاً آن را از نوع محاکم عمومی ندانسته است، باید از نوع دادگاه‌های استثنائی (اختصاصی) دانست.

به لحاظ درجه، دادگاه خانواده از محاکم بدوی محسوب می‌شود اگرچه در قانون به صراحت به مرجع تجدیدنظر این دادگاه اشاره نشده ولی این نتیجه را می‌توان از اشاره تلویحی قانون‌گذار در مواد ۳۲ و ۳۳ و ۳۴ آن قانون، استنباط کرد، در این مواد برخی از احکام و آراء صادره از دادگاه خانواده را غیر قطعی دانسته شده است؛ پس قاعداً مرجع تجدیدنظری باید ناظر بر دادگاه خانواده باشد.

### ۳-۱- صلاحیت

صلاحیت عبارت است از اختیاری که مراجع قضایی به منظور رسیدگی و یا صدور حکم، در خصوص موضوعات مختلف دارند،<sup>۱</sup> به عبارتی دیگر دادگاه‌ها مشروعیت خود را در ورود به امور مربوط به روابط بین اشخاص جامعه از قانون می‌گیرند و تشکیل یک دادگاه و تعیین محدوده صلاحیت آن باید بر مبنای قانون باشد؛<sup>۲</sup> صلاحیت یا نسبی و یا ذاتی است، صلاحیت نسبی از موضوع تحقیق حاضر خروج موضوعی دارد اما صلاحیت ذاتی یا صلاحیت مطلقه دادگاه عبارت است از شایستگی یک مرجع قضایی با توجه به صنف، نوع و درجه خود؛<sup>۳</sup> به عبارت اخیری صلاحیت ذاتی صلاحیت مرجع رسیدگی نسبت به موضوع دعوا یا امر مطروحه است.

### ۲- نارسایی‌ها و عیوب مقررات مربوط به صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده

در این گفتار و در مقام پرداختن به معایب مقررات راجع به صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده، در وهله نخست به هر آنچه از امور خانوادگی نیست و علی‌الظاهر مقنن آن‌ها را جزو این امور

۱. رستگار نامدار، حسین، «صلاحیت دادگاه‌ها، صلاحیت ذاتی، صلاحیت محلی و نسبی، صلاحیت اضافی»، ماهنامه قضایی، شماره ۱۳۴، ۱۳۵۶، صفحه ۱، ۶.

۲. تولیت، سیدعباس، «صلاحیت عام محاکم دادگستری و صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۷ و ۱۸، ۱۳۷۹، ص ۴۲.

۳. انصاری، مسعود و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، تهران: نشر جنگل جاودانه، ۱۳۸۸، ص ۱۲۲۲.

آورده می‌پردازیم و سپس درباره موضوعاتی که از امور خانوادگی است و قانون‌گذار در ذکر آن‌ها دقت لازم را مبذول نکرده است، گفتگو می‌کنیم.

### ۱-۲- امور غیر خانوادگی قانون حمایت خانواده

همان‌طور که گفته شد دادگاه خانواده موضوع قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در زمره محاکم استثنایی بوده و روشن است که دادگاه‌های اختصاصی صلاحیت رسیدگی به هیچ دعوایی را، مگر آنچه در قانون برای آن دادگاه در نظر گرفته شده را ندارند،<sup>۱</sup> همچنین دادگاه اختصاصی مکلف به رسیدگی در خصوص امور داخل در صلاحیتش خواهد بود، از طرفی در ماده ۴ قانون حمایت خانواده، اموری را داخل در صلاحیت آن دادگاه دانسته که با توجه به تعریف حقوقی خانواده، هیچ فصل مشترکی با امور خانوادگی ندارد؛ در سطور آتی به این موضوعات و همچنین اموری که خانوادگی بودن ماهیت آن‌ها محل تشکیک است، خواهیم پرداخت.

در بند ۱ ماده ۴ مورد بحث رسیدگی به دعاوی مربوط به نامزدی و خسارات ناشی از برهم زدن آن در صلاحیت دادگاه خانواده قرار داده شده، ممکن است ایراد شود با توجه به تعریفی که از خانواده ارائه شد، امور مربوط به نامزدی مرتبط با خانواده نیست و در هنگام نامزدی هنوز «خانواده» به مفهوم حقوقی و یا حتی عرفی و اجتماعی آن به وجود نیامده؛ در واقع نامزدی عبارت است از یک پیش‌قرارداد به منظور ازدواج که این پیش‌قرارداد خود عقدی جایز است؛<sup>۲</sup> و البته جایز بودن آن به این معنا نیست که احترام به این وضعیت لازم الرعایه نباشد بلکه اخلاق حکم می‌کند که طرفین به این تصمیم احترام گذاشته و اراده جدی برای ادامه آن و ازدواج داشته باشند،<sup>۳</sup> لذا با توجه به مطلب اخیر مشخص می‌شود چرا مقنن رسیدگی به اختلافات راجع به نامزدی را در زمره موضوعات خانوادگی قرار داده، به عبارتی اگرچه با نامزدی خانواده‌ای تشکیل نمی‌شود و زوجیتی به وجود نمی‌آید، ولی همین پیش‌قرارداد از یک پشتوانه اخلاقی و عرفی برخوردار است که رسیدگی به آن توجهی ویژه می‌خواهد؛ همچنین این پیش‌قرارداد، در

۱. قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران: شماره ۶۸، ۱۳۸۴، ص ۱۶۰.

۲. صفایی؛ دکتر امامی، پیشین، ص ۳۹ - ۴۰.

۳. کاتوزیان، پیشین، ص ۴۰.

عرف و عادت مسلم کشور ما پیش زمینه ایجاد نهاد خانواده است و از آن چنان اهمیتی برخوردار است که مقنن حتی زمانی که این پیش قرارداد منفسخ می شود، رسیدگی به دعاوی راجع به آن را در صلاحیت دادگاه خانواده قرار داده است.

همچنین در بند ۲ ماده قانون به موضوعات نکاح دائم، موقت و اذن در نکاح اشاره شده؛ اهمیت نکاح دائم و اذن در نکاح به خودی خود مشخص است، در واقع این اعمال حقوقی مبنای تشکیل خانواده می شوند؛ اما با توجه به مقررات موجود ممکن است ارتباط نکاح منقطع با خانواده محل تشکیک باشد، ولی باید در نظر داشت نکاح منقطع هم ممکن است موجبی برای تشکیل خانواده شود؛ برای مثال آنجا که کودکی به دنیایم آید، هر چهار عامل قابلیت ارث بری، قابلیت تکلیف به انفاق و قابلیت الزام قانونی به تبعیت لاقول بین پدر و فرزند به وجود می آید، لذا توجه مقنن به این موضوع منطبق با اهداف قانون حمایت خانواده است.

در بند ۱۱ ماده ۴ قانون، به نسب اشاره شده، نسب رابطه طبیعی و خونی بین افراد خویشاوند است؛ نسب به معنی عام رابطه نسبی با خط اطراف را در برمی گیرد و نسب به معنای خاص رابطه خونی و طبیعی بین پدر و فرزند یا مادر و فرزند است یعنی یکی به طور مستقیم از بطن دیگری به وجود آمده،<sup>۱</sup> در ماده ۴ قانون حمایت خانواده مورد بحث، به طور مطلق از نسب صحبت شده، در صورتی که در برخی موارد ممکن است با توجه به مفهوم حقوقی خانواده، اثبات نسب ربطی به خانواده نداشته باشد؛ مثلاً وقتی صحبت از نسب دو پسرعمو می شود رسیدگی به موضوع به هیچ عنوان مرتبط با خانواده نیست.

در بند ۱۲ صحبت از رشد، حجر و رفع آن است؛ رشد در حقوق عبارت است از صفتی که شخص به واسطه آن صلاحیت و اختیار انجام معاملات با مشارکت در اعمال حقوقی را پیدا می کند و حجر عبارت است از صفتی که به واسطه حالاتی نظیر جنون و صغر و غیره در شخص که موجب می شود که محجور صلاحیت مشارکت در اعمال حقوقی را به طور کامل یا محدود، نداشته باشد، در واقع صفتی که با حلول آن شخص سود و زیان مادی خود را تشخیص نمی دهد و از استیفاء حقوق یا برخی حقوق خود منع می شود،<sup>۲</sup> احراز رشد صغیر یا حجر متصل به صغر باید در صلاحیت دادگاه خانواده باشد در واقع شخص محجور با احراز رشد و حصول کبر از

۱. صفایی؛ امامی، پیشین، ص ص ۲۶۷-۲۷۴.

۲. لطفی، اسدالله، «استنباط احکام و حقوق محجورین»، فصلنامه پژوهش دینی، شماره ۲، ۱۳۸۰، ص ص ۲۱ و ۲۲ و ۲۹.



خانواده خارج می‌شود، اما صالح دانستن دادگاه خانواده در ورود به سفاقت شخص کبیر بلا توجیه است و موجب افزایش حجم کار این نوع از دادگاه‌ها و ناکارآمدی آن‌ها خواهد شد.

در بند پانزدهم به صورت مطلق از امور راجع به غایب مفقودالاثر، صحبت شده که یکی از این امور می‌تواند ارث او باشد، این در حالی است که قانون‌گذار در دیگر شرایط رسیدگی به موضوع «ارث» را خارج از صلاحیت دادگاه خانواده دانسته، فلذا شایسته نیست که ارث در موت حقیقی را دادگاه عمومی و ارث در موت فرضی را دادگاه خانواده رسیدگی کند!

در بند ۱۸ ماده قانونی مورد بحث، سخن از تغییر جنسیت است؛ تغییر جنسیت<sup>۱</sup> عملی است که طی آن هویت و حتی جنسیت مرد یا زن دگرگون می‌شود؛ کلاً دو قشر از انسان‌ها موضوع بحث تغییر جنسیت هستند: الف) کسانی که در حقوق و فقه مخنث نامیده می‌شوند و دارای هر دو علامت جنسی هستند<sup>۲</sup> ب) افرادی که تمایل جنسی آن‌ها همسو با تمایلات جنسی جنس مخالف<sup>۳</sup> و برخلاف تمایلات جنسی هم‌جنسان خودشان است، در واقع مشکل گروه دوم جنبه روانی دارد؛<sup>۴</sup> اگرچه افرادی که موضوع بند الف هستند در واقع مشکل تعیین جنسیت و بازگشت به جنسیت خود را دارند، اما چون عرفاً در طول تاریخ مخنث بودن هم یک جنسیت شناخته شده، مسائل مربوط به آن در مقاله‌ها و نوشته‌های علمی، معمولاً در ذیل عنوان تغییر جنسیت بحث می‌شود، ایراد وارد بر مقنن این است که در بسیاری از موارد تغییر جنسیت ربطی به خانواده ندارد، به دیگر سخن با تعریفی که از خانواده ارائه شد، آنجا که یک شخص کبیر و مجرد تصمیم به تغییر جنسیت می‌گیرد، هیچ خانواده‌ای تحت شعاع این تصمیم قرار نمی‌گیرد که دادگاه خانواده بخواهد رسالت خویش را در قبال آن به انجام رساند.

به هر روی دیدیم که قانون‌گذار در ماده ۴ قانون حمایت خانواده، حسب ظاهر اموری را داخل در صلاحیت دادگاه خانواده دانسته است که هیچ ارتباطی با موضوعات خانوادگی ندارند و این امر می‌تواند موجب کاهش کارایی آن دادگاه و عدم توفیقش در دستیابی به اهداف مقرر در قانون شود.

۱. sex change.  
 ۲. hermaphrodite  
 ۳. transexualis

۴. آقمشهدی، فخرالدین اصغری؛ عبدی، یاسر، «احکام و آثار تغییر جنسیت»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳، ۱۳۷۸،

## ۲-۲- امور خانوادگی فراموش شده در قانون حمایت خانواده

در این بخش از نوشتار به موضوعاتی می‌پردازیم که برعکس آنچه در قبل گفته شد از موضوعات خانوادگی محسوب می‌شوند، اما قانون‌گذار فراموش کرده که رسیدگی به آنها را داخل در صلاحیت دادگاه خانواده بداند.

وصایت یا وصیت عهدی در مقابل وصیت تملیکی قرار دارد و عبارت است از وصیتی که به‌طور مستقیم موجب تملک نشود و اثر مستقیم آن تملیک نباشد، از وصایت تحت عنوان «تسلط بر تصرف» هم یاد می‌شود؛<sup>۱</sup> پس با توجه به تفاوت وصایت و وصیت علی‌الظاهر، وصیت له صغار در صلاحیت دادگاه خانواده نباشد؛ این امر در تضاد با فلسفه حمایت از خانواده است، هدف اصلی قانون حمایت از خانواده یوده و وظیفه اهم دادگاه خانواده، رعایت غبطه صغار و تحت‌الحمایه‌هاست، ماده ۴۵ قانون هم به این تکلیف مهم تصریح نموده است، پس با خروج موضوع وصیت له یا علیه محجوران و به‌ویژه صغار این تکلیف قانونی به‌درستی اجرا نخواهد شد، این ایراد در مورد عدم تصریح به ارث محجوران در ماده ۴ یاد شده هم وجود دارد، هیچ‌گاه عقل سلیم نمی‌پذیرد که اموری همچون وصیت له یا علیه محجور و یا ارث او از اجرت‌المثل ایام زوجیت کم‌اهمیت‌تر باشد.

در بند ۹ ماده قانونی مزبور به «طلاق، رجوع، فسخ و انفساخ نکاح، بذل مدت و انقضای آن» اشاره شده که جای بحث دارد؛ بر این شیوه قانون‌نویسی، ایراد وارد است، در مقرر موردمبحث، به بطلان نکاح اشاره‌ای نشده، بطلان نکاح نوعی از اسباب انحلال نکاح مفروض است که اثر آن به ماقبل هم برمی‌شود، در واقع چنین فرض می‌شود که هیچ‌گاه، عقدی منعقد نشده است؛ لازم به ذکر است، مقنن در ماده ۲۴ قانون جدید حمایت خانواده به‌طور تلویحی به بطلان نکاح و حتی صلاحیت دادگاه خانواده در رسیدگی به امور مربوط به آن اشاره کرده، اما در جای اصلی خود که در مقام تبیین حوزه صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده بوده، اشاره‌ای به بطلان نکاح نداشته است؛ شایسته‌تر بود به جای ذکر ناقص این موارد، عبارت «اسباب انحلال و بطلان نکاح» به کار می‌رفت.

همچنین با عنایت به ماده ۴ قانون جدید حمایت خانواده، باید گفت قانون‌گذار فراموش کرده

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از شفعه، وصیت و ارث، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۶۶ - ۶۷.

است که موضوعاتی همچون شبیه‌سازی توالیدی<sup>۱</sup>، تلقیح مصنوعی<sup>۲</sup> و رحم جایگزین<sup>۳</sup> را در حوزه صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده وارد کند در صورتی که اهدای جنین را مدنظر داشته است. اصطلاح شبیه‌سازی توالیدی، از کلمه کلون باریشه یونانی و به مفهوم تکثیر کردن و جوانه زدن گرفته شده است، در واقع شباهتی بین شبیه‌سازی و قلمه زدن وجود دارد به این نحو که در هر دو روش، تکثیر بدون انجام عمل لقاح صورت می‌گیرد؛ تولیدمثل طبیعی به واسطه ترکیب اسپرم مرد و تخمک زن و تشکیل سلول تخم یا زیگوت صورت می‌گیرد ولی در شبیه‌سازی، بحث سلول جنسی یا گامت موضوعیت ندارد و آنچه هست سلول جسمی است که ممکن است از بدن مرد یا زن گرفته شده باشد، در این روش محتوای این سلول جسمی، در تخمک تخلیه شده قرار گرفته و وارد رحم می‌شود و مراحل رشد خود را آغاز می‌کند؛<sup>۴</sup> شبیه‌سازی انواع دیگری نیز همچون شبیه‌سازی اعضاء و غیره دارد که از موضوع بحث ما و همچنین از موضوع صلاحیت دادگاه خانواده خارج است.

لقاح به معنای آبستن شدن و تلقیح در معنای آبستن کردن به کار می‌رود، تلقیح مصنوعی در اصطلاح یعنی وارد کردن اسپرم مرد در رحم زن به هر روش ممکن به غیر از نزدیکی طبیعی؛ این عمل ممکن است با اسپرم شوهر و یا با اسپرم مرد بیگانه باشد روش نخست را همولوگ<sup>۵</sup> و روش اخیر را هتروولوگ<sup>۶</sup> می‌نامند.<sup>۷</sup>

رحم جایگزین نوعی جانشینی در بارداری است و در آن زنی به عنوان مادر جانشین توافق می‌کند جنینی را که حاصل اسپرم و تخمک بارور شده زن و مرد دیگری است و این باروری هم به روش‌های آزمایشگاهی صورت گرفته را در رحم خود حمل کند و بعد از آنکه جنین متولد شد آن را به پدر و مادری که طرف قراردادش بوده‌اند تحویل دهد؛<sup>۸</sup> این عمل به دو صورت است نخست آنکه زن حامل خود در ایجاد جنین نقش دارد و در واقع جنین بارور شده با استفاده

۱. Reproductive cloning.

۲. Intra uterine injection.

۳. Gestational surrogacy.

۴. ایزدی فرد، علی اکبر؛ پیردهی حاجیکلا، علی و کاویار، حسن، «بررسی فقهی وضعیت نسب در شبیه‌سازی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۶۷، ۱۳۸۲، ص ۳۲.

۵. AIH.

۶. AID.

۷. علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۳، ۱۳۷۴، ص ۱۶۶.

۸. علیزاده، مهدی، «وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین»، فصلنامه آموزه‌های فقهی، دوره ۳، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، ص ۱۸۰.

از اسپرم مرد طرف قرارداد و تخمک زن حامل است که در آزمایشگاه بارور شده، این روش را رحم جایگزین سنتی یا مستقیم یا جزئی می‌گویند، دوم روش آن است که زن حامل نقشی در ایجاد جنین نداشته و صرفاً وظیفه حمل جنین و به دنیا آوردن نوزاد را برعهده گرفته است این روش را رحم جایگزین کامل و یا میزبان و یا بارداری با لقاح خارج رحمی می‌نامند.<sup>۱</sup>

ممکن است استدلال شود که مقنن به این علت از تصریح به این امور خودداری کرده که این موضوعات فاقد مشروعیت هستند؛ این استدلال نمی‌تواند صحیح باشد زیرا اولاً حتی اگر امور مورد بحث نامشروع هم باشند به هر حال باید مرجعی برای رسیدگی به اختلافات ناشی از آنها یا قراردادهای مربوط به آنها وجود داشته باشد، ثانیاً در خصوص عدم مشروعیت آنها به شرحی که ادامه بحث گفته خواهد شد، دلیل متقنی وجود ندارد.

در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت رحم جایگزین بهتر است به انگیزه این عمل هم توجه کرد؛ معمولاً زن متقاضی به علت‌های طبیعی یا در اثر جراحی و غیره ممکن است فاقد رحم باشد و یا رحم او پاره شده یا اینکه مشکلاتی چون خونریزی، سرطان و غیره داشته باشد و یا به تشخیص پزشک ممکن است بارداری خطرناک داشته یا به‌طور غیرطبیعی سابقه سقط جنین دارد و ناتوان از تحمل دوره بارداری است یا به علت مشغله شغلی، پرهیز از عوارض حاملگی و حتی راحت‌طلبی تمایل به استفاده از مزایای قرارداد رحم جایگزین را دارد.<sup>۲</sup> هر یک از عناوین مذکور می‌تواند انگیزه اقدام به بارداری به‌واسطه رحم جایگزین باشد و هیچ دلیلی هم بر قبح این انگیزه‌ها وجود ندارد، حتی برخی از آنها به حکم ضرورت و برای دفع ضرر است.

در بین فقها در خصوص مشروعیت قراردادهای راجع به رحم جایگزین اتفاق نظر وجود ندارد برخی آنها جایز و برخی دیگر نامشروع دانند و برخی نیز رعایت احتیاط را شرط دانسته‌اند،<sup>۳</sup> لذا بر عدم مشروعیت قرارداد رحم جایگزین نه اجماعی وجود دارد و نه حتی نظر مشهوری، پس نمی‌توان این عمل را نامشروع دانست.

۱. رحیمی، حبیب‌الله، «مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین»، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره ۳۵، ۱۳۷۸، ص ۱۶۶.  
 ۲. رخشنده رو، هاید؛ صادقی، دکتر محمود، «بررسی وضعیت حقوقی و فقهی قرارداد استفاده از رحم زن»، فصلنامه مطالعات اجتماعی روان‌شناختی زنان، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص ۱۱۷.  
 ۳. صفایی، سیدحسین، «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، ۱۳۸۳، ص ۶۲؛ رحیمی، حبیب‌الله، همان، ص ۱۶۸.

در خصوص «تلقیح مصنوعی» هم به این علت که هیچ‌یک از شرایط اعمال نامشروع حرام در آن وجود ندارد و لذت طلبی نیز منتفی است، دلیلی بر حرمت عمل نمی‌توان یافت و حکم جواز آن را می‌توان استنباط کرد؛<sup>۱</sup> البته در نظر فقها و در فقه، در این خصوص هم اتفاق نظر وجود ندارد خصوصاً اینکه تلقیح مصنوعی از اسپرم غیر شوهر نیز موضوعیت دارد،<sup>۲</sup> که به علت پرهیز از اطاله کلام از ورود به مسئله خودداری می‌کنیم، اما با عنایت به عدم وجود اتفاق نظر در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت تلقیح مصنوعی، نمی‌توان گفت که دلیلی بر حرمت عمل وجود دارد.

در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت «شبه‌سازی توالیدی» نیز وضع بر همین منوال است؛ یعنی اتفاق نظر در خصوص تحریم یا عدم تحریم عمل وجود ندارد؛<sup>۳</sup> پس به لحاظ شرعی، تحریم این عمل نیز محقق نیست، حتی اگر نازایی و یا درد زایمان را ضرر بدانیم انجام اعمال معنونه فوق به نوعی جنبه دفع خطر یا دفع ضرر را هم پیدا می‌کند، مع‌ذکک به نظر می‌رسد عدم تصریح مقنن به این امور، صرفاً ناشی از اهمال قانون نویسان در هنگام تدوین قانون بوده است.

### ۳- راهکارها

هنگامی که یک متن نمی‌تواند به طور کامل اهداف مورد انتظار را برآورده کند، مخاطب دست به دامان تفسیر می‌شود، در ادبیات شاید به ایهام سخن گفتن حسن باشد و خواننده را در تعمق و تفکر فروبرد، اما در حقوق این موضوع نقص محسوب می‌شود و موجب سردرگمی خواهد شد، ناگفته نماند در حقوق گریزی از تفسیر نیست، زیرا اولاً یک متن قانونی به تنهایی مورد نظر قرار نمی‌گیرد، بلکه در راه فهم یک متن قانونی قواعد حقوقی و چهارچوب نظام حقوقی که متن در آن کاربرد دارد، در پدیده فهم دخیل است، همچنین موضوعات جدید مبتلابه جامعه و به تبع آن دانش حقوق است و حقوق‌دان ناگزیر است فراتر از متن گام بردارد.

۱. حرم پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی»، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۱۰، ۱۳۷۶، ص ۱۴۷ . ۱۴۹؛ یزدی، آیت الله محمد، «باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن»، مجله پزشکی قانونی، شماره ۱۷، ۱۳۸۷، ص ۵۸.

۲. ریاضت، زینب، «چالشهای فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی و رویارویی با حق باروری زوجین نابارور»، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۲۰، ۱۳۹۱، ص ۸۸-۹۳.

۳. سقازاده، اعظم؛ موسوی بجنوردی، سید محمد، «شبه‌سازی انسان از منظر دین»، نامه الهیات، شماره ۱۲، ۱۳۸۹، ص ۳۰-۳۶.

همان‌طور که گفته شد، از نقطه نظر صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده، دو نوع ایراد اساسی بر نحوه قانون‌نویسی وارد است، نخست راجع به اموری است که ماهیت خانوادگی دارند و از قلم‌افزاده و دوم در مورد موضوعاتی است که خانوادگی نیستند و علی‌الظاهر داخل در صلاحیت دادگاه خانواده شده‌اند؛ همچنین گفته شد برای رهایی از این ایرادات ناگزیر باید به تفسیر دست بزنیم؛ جامعه حقوقی خواسته یا ناخواسته دو نوع روش تفسیری را در فهم متون قانونی به کار می‌گیرد، یکی روش تفسیر سنتی یا منطقی و دیگر روش تفسیر هرمنوتیک، لذا در ادامه بحث سعی می‌کنیم با هر دو روش در مقام رفع مشکل درآییم.

### ۱-۳- راهکار روش تفسیر منطقی در تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده

در تفسیر اصولی و لفظی، عموماً فهم از الفاظ و عبارات و کلمات به کار گرفته شده در متن ناشی می‌شود، اگرچه ناگزیر مخاطب هم به‌عنوان مفسر در فرایند فهم دخیل خواهد بود، اما بدون اینکه بتواند از محدودیت الفاظ رهایی یابد، دست به تفسیری می‌زند که در همان متن زندانی است، به‌عنوان مثال؛ در ماده ۴ آن قانون به موضوعاتی همچون «اهدای جنین» و «تغییر جنسیت» مزبور اشاره شده، اما موضوعات مهم‌تر و مشابهی همچون «شبه‌سازی تولیدی»، «تلقیح مصنوعی» و «رحم جایگزین» به فراموشی سپرده شده است، با عنایت به تأثیرگذاری زیاد موضوعات مزبور در روابط خانوادگی ساده‌لوحانه خواهد بود اگر بگوییم مقنن عامداً نخواسته رسیدگی به این امور در صلاحیت دادگاه خانواده قرار گیرد و صدالبته این عدم تصریح صرفاً نتیجه غفلت در حین تصویب قانون است؛ همچنین قانون‌گذار در بند ۹ ماده ۴ قانون، آن‌هم در وضعیتی که در مقام تصریح به صلاحیت دادگاه خانواده در رسیدگی به اسباب انحلال نکاح بوده است، به بطلان نکاح اشاره نکرده، همان‌طور که قبلاً توضیح داده شد در ماده ۲۴ قانون تلویحاً به این مورد هم اشاره شده است ولی این اشاره تلویحی در قسمت دیگری از قانون، ایراد یادشده را مرتفع نمی‌کند؛ آن‌گونه که پیش‌ازاین هم گفته شد در قانون حمایت خانواده مورد بحث اموری همانند وصیت له صغار مورد نظر مقنن قرار نگرفته است.

در تفسیر سنتی صالح بودن دادگاه خانواده در ورود به موضوعات بالا محل تشکیک است و در مقام شک به اصل عدم استناد و حکم به صالح نبودن دادگاه خانواده در ورود به آن موضوعات می‌نماییم؛ به‌ویژه اینکه بنا بر قواعد علم اصول مفهوم حصر حجیت دارد، یعنی حکم

شامل آنچه حصر نشده است نمی‌شود.<sup>۱</sup>

در مواردی همانند تغییر جنسیت، نسب، امور مربوط به غائب مفقودالاثر، رشد و حجر و رفع آنکه قانون‌گذار علی‌الاطلاق از آن‌ها نام برده و بین درخواست یا دعوی آنانی که عضو خانواده هستند و دیگرانی که نیستند تفاوتی قائل نشده است، به‌ناچار به اصول لفظیه تمسک جسته و حکم به صلاحیت دادگاه خانواده می‌نماییم.

با این شیوه حکمی را صادر کرده‌ایم که ممکن است آثار مطلوبی نداشته باشد، از یک جهت دادگاه خانواده را از ورود به برخی از امور خانوادگی بازداشته‌ایم و از جهت دیگر دادگاه یادشده را سرگرم اموری که برای رسیدگی به آن‌ها خلق نشده کرده‌ایم؛ همچنین عمل به این روش موجب ترجیح بلا مرجع می‌شود به‌عنوان مثال چه دلیلی وجود دارد رسیدگی به امور مربوط به اهدای جنین در صلاحیت دادگاه خانواده باشد اما رسیدگی به امور راجع به رحم جایگزین نباشد؟

### ۲-۳- راهکار روش تفسیر هرمنوتیک در تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده

هرمنوتیک از ریشه هرمنیا و به معنای تأویل است که از نام هرمس یکی از خدایگان یونانی گرفته شده است، در آن افسانه‌ها هرمس پیام خدایان را گرفته و به‌صورت واژه‌های قابل‌فهم به انسان‌ها منتقل می‌کرده، اما هرمنوتیک در مفهوم اصطلاحی، روشی برای فهم و درک غرض و نیت گوینده و یا نویسنده است.<sup>۲</sup>

هرمنوتیک خود دارای روش‌های مختلفی است که هر روش طرفداران خاص خود را دارد، با این شرح که هرمنوتیک کلاسیک بر پایه این باور قرار دارد که با روش‌شناسی و استفاده از اصول و قواعد صحیح امکان فهم مناسب از متن وجود دارد و مفسر با استفاده از قواعد و اصول تأویل می‌تواند به مطلوب متن دست یابد؛<sup>۳</sup> هرمنوتیک رومانتیک بر این باور استوار است که برخلاف نظر غالب در هرمنوتیک کلاسیک، فرایند فهم عملی ساده نیست بلکه همواره در این

۱. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه مباحث الفاظ، جلد نخست، تهران: مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۲-۱۳۳.

۲. پورسعید، رامین؛ یاسری، حسین، «متدولوژی انتقادی و هرمنوتیک حقوقی»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷، ۱۳۹۰، ص ۶۸.

۳. میرشمسی، صدیقه، «آشنایی با علم هرمنوتیک و مکاتب مختلف آن با نگاهی به اندیشه‌های امام خمینی»، پژوهشنامه متین، شماره ۳۸، ۱۳۸۷، ص ۱۴۹.

فرایند امکان بدفهمی نیز وجود دارد، به همین دلیل مفسر باید خوش‌بینی ساده‌لوحانه را کنار زده و به بدفهمی خویش هم توجه کند؛ در این روش علاوه بر آشنایی با قواعد و اصول دستور زبانی، روان‌شناختی؛ آشنایی با شخصیت و قالب ذهنی گوینده و یا نویسنده هم لازم است تا مفسر بتواند از طریق آن‌ها با بازسازی شخصیت گوینده و یا نویسنده متون منتسبه را تفسیر کند؛ هرمنوتیک فلسفی بر این اصل استوار است که فهم مبتنی بر تاریخ و گذر بوده و پیش ساختارهای محیط مفسر نقش اساسی در فرایند فهم دارد، خصیصه هرمنوتیک فلسفی این است که روشمند بودن فرایند فهم را نمی‌پذیرد و از خصوصیات این روش تفسیر، آن است که اولاً تفسیر را پدیده‌ای با محوریت مفسر می‌داند و نه متن یا گوینده و مؤلف، ثانیاً فهم نتیجه برخورد خط و مشی ذهنی مفسر و برآیند معنایی متن است و در واقع «فهم» یک دیالوگ است و نه منولوگ، ثالثاً روند تفسیر و فهم پایان‌نیافتنی است و مفسر می‌تواند در طول زمان فهم متفاوتی از یک پدیده داشته باشد، رابعاً تمامی فهم‌هایی که از یک پدیده حاصل می‌شوند معتبرند و معیاری برای تمیز وجود ندارد، خامساً پیش‌داوری‌های مفسر در فرایند فهم سهم بسزایی دارد.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد از مجموع روش‌های هرمنوتیک که بیان شد علیرغم جذاب و قابل تأمل بودن روش تفسیر هرمنوتیک فلسفی، با توجه به جنبه کاربردی حقوق و میل به وحدت روش در این دانش، شیوه تفسیر هرمنوتیک رومانیک مناسب‌تر باشد، ظاهراً قانون‌گذار ایرانی هم با توجه به اصول ۱۶۱ و ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۳ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ماده ۱۸ قانون نظارت بر رفتار قضات و همچنین دیگر قوانین موضوعه، تکرر آراء را که از ویژگی‌های تفسیر هرمنوتیک فلسفی است، نپذیرفته؛ از طرفی روش تفسیر هرمنوتیک رومانیک از دیگر روش یا همان روش تفسیر هرمنوتیک کلاسیک هم کامل‌تر و کاربردی‌تر است؛ افزون بر این با تمسک به روش تفسیر هرمنوتیک رومانیک می‌توان مقنن را موجودی زنده فرض کرد و در موارد اجمال یا در برخورد با موضوعات مستحدثه حکم وی را به گونه‌ای روزآمد استنباط کرد؛ بر این اساس لازم است علاوه بر عنایت به الفاظ و عبارات به کار گرفته شده در متون قانونی، به شخصیت فرضی مقنن، پارادایم حقوقی کشور و قصد و نیت قانون‌گذار از وضع قانون و همچنین گزینه‌هایی که در زمان تصویب مدنظر نبوده است، توجه کرد.

۱. حسین زاده، محمد، «مبانی نظریه تعدد قرائت‌ها»، فصلنامه قیسات، شماره ۲۳، ۱۳۸۱، صص ۷-۱۴.



در تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده باید توجه داشت که قانون‌گذار از تصویب قانون مورد بحث، قصد حمایت ویژه از نهاد خانواده به مفهوم حقوقی آن و تشکیل دادگاه اختصاصی خانواده را داشته و به همین دلیل در جای‌جای قانون به موضوعاتی اشاره کرده که به نحوی مرتبط با این نهاد هستند؛ به‌عنوان نمونه، مطلق وصایت را داخل در صلاحیت دادگاه خانواده ندانسته ولی وصایت در خصوص محجوران را در حیطه صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده قرار داده است، زیرا مهم‌ترین شاخصه خانواده از نقطه نظر حقوقی که همان موضوعیت داشتن بحث حمایت از یک عضو خانواده است در رابطه قیم و مولی علیه موجود است؛ در واقع قیم، وصی، امین و امثالهم به جانشینی از «پدر» دارای وظایف حمایتی هستند.

مقنن حتی گاهی پارا فراتر از این نهاد و رسیدگی به موضوعاتی را هم که در ارتباطات خانوادگی تأثیر گذارند ولی خود امر خانوادگی به حساب نمی‌آیند، در این دایره قرار داده است؛ تأثیر گذاری در روابط خانوادگی به این معنا است که آن موضوعات قابلیت ایجاد یک رابطه خانوادگی را دارند مانند نامزدی و یا مسائل مربوط به شبیه‌سازی.

اگرچه در ماده ۴ قانون حمایت خانواده جدید به برخی از موضوعات خانوادگی اشاره شده اما در ماده یک همان قانون به مطلق دعاوی و امور خانوادگی اشاره شده و رسیدگی به آنها به‌عنوان هدف تشکیل دادگاه خانواده در نظر گرفته شده است؛ از طرفی ماده ۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که هنوز نسخ نشده و دارای اعتبار است، به نوعی دعاوی خانوادگی را تعریف به مصداق نموده و در اغلب موارد ویژگی مهم روابط خانوادگی، یعنی الزام به تبعیت در یک سوی رابطه خانوادگی و تحت‌الحمایه بودن در دیگر سوی این رابطه را مدنظر قرار داده است؛ لذا پذیرفتن محدودیت بدون دلیل به معنی قبول قید خلاف مقتضای ذات قانون است.

از عنایت به مطالب معنونه فوق مشخص می‌شود قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ در خصوص صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده در بردارنده دو حکم در مواد ۱ و ۴ آن قانون است که بین آنها رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است، به این نحو که در ماده ۱ قانون، با عنایت به تعریفی که در ماده ۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ارائه شده، هر رابطه‌ای که حسب مورد در آن ویژگی الزام به تبعیت و تحت‌الحمایگی، قابلیت ارث‌بری و حسن معاشرت باشد، از جمله امور خانوادگی فرض شده و رسیدگی به موضوعات مرتبط با آن داخل در صلاحیت دادگاه خانواده قرار گرفته است؛ ولی در ماده ۴ قانون جدید، مصادیق داخل در صلاحیت دادگاه خانواده

به صورت حصری ذکر شده و در این رابطه بعضاً از قاعده مندرج در ماده ۱ تخطی شده است، به عنوان مثال در مبحث نامزدی اصولاً طرفین در رابطه خانوادگی نیستند و یا مطلق بحث نسب، در پاره‌ای از موارد منصرف از موضوعات خانوادگی است، قراردادهای اهدای چنین هم ممکن است بین کسانی باشد که هیچ‌گونه رابطه خانوادگی بین آنها وجود ندارد،<sup>۱</sup> با توجه به این تضاد، در تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده می‌توان سه راهکار به شرح ذیل ارائه داد:

اول اینکه بر این اعتقاد باشیم که مقصود اصلی مقنن در ماده ۴ آمده است و ماده ۱ در مقام بیان کلیات بوده و دلالتی بر تبیین صلاحیت دادگاه خانواده ندارد، به عقیده ما این تفسیر باهدف مقنن در تصویب قانون در تناقض است و موجب می‌شود تا بسیاری از موضوعات خانوادگی بی‌دلیل از دایره شمول دادگاه خانواده خارج شوند.

دوم راهکار اینکه با توجه به قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» بگوییم علاوه بر حکم مقرر در ماده ۱، کلیه مصادیق مصرح در ماده ۴ هم داخل در صلاحیت دادگاه خانواده است؛ با این تفسیر نمی‌توان قاعده‌ای را در بحث صلاحیت دادگاه خانواده احراز کرد و برخی موضوعات را علی‌رغم اینکه ربطی به مسائل خانوادگی ندارند، بدون سبب عقلی داخل در این محدوده خواهیم کرد که همین امر تالی فساد است.

راهکار سوم این است که مقنن را شخصی زنده و قاصد و ناطق فرض کنیم و با توجه به مجموع مطالب گفته شده و متن قانون و منطق قانون‌گذاری استنباط کنیم که وی در مقام بیان چه چیزی است؛ با روش سوم می‌توان به این قاعده دست یافت که: رسیدگی به کلیه امور و دعاوی که منشاء آنها یک رابطه خانوادگی موجود است و یا راجع به موضوعاتی است که آن موضوعات قابلیت ایجاد، قطع و یا تغییر یک رابطه خانوادگی را دارند، داخل در صلاحیت دادگاه خانواده است.

طبق این قاعده می‌توان برای این پرسش‌ها که چرا مقنن رسیدگی به مسائل مربوط به نامزدی و یا تلقیح مصنوعی را داخل در صلاحیت دادگاه خانواده دانسته؟ یا چرا قانون‌گذار رسیدگی به مسائل مربوط به مطلق ارث را خارج از صلاحیت دادگاه خانواده فرض کرده؟ پاسخ یافت؛ از طرفی به این نتیجه رهنمون خواهیم شد که مطلق امور راجع به نسب داخل در صلاحیت خانواده نیست و وصی و قیم و امثالهم چون به نوعی به قائم‌مقامی از پدر یا ولی قهری، انجام وظیفه

۱. رشیدی، امیرپویا، همان، صص ۶۲-۶.

می‌کنند مرتبط با دادگاه خانواده می‌شوند، همچنین علیرغم عدم تصریح مقنن، مسائل مربوط به تلقیح مصنوعی و شبیه‌سازی هم داخل در صلاحیت این دادگاه می‌شوند و تغییر جنسیت هم در آنجا که موجب قطع یا تغییر رابطه خانوادگی می‌شود از امور خانوادگی محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه خانواده قرار خواهد گرفت و نه خارج از آن.

### نتیجه‌گیری

همان‌طور که اشاره شد در مواجهه با بحث خانواده و مقررات حمایتی از این نهاد نخست لازم است با تعریف حقوقی آن آشنا باشیم و به‌هیچ‌عنوان نباید این اصطلاح را از بدیهیات شمرده و با بی‌دقتی از آن عبور کنیم زیرا بدون این آشنایی، امکان درک صحیح از مقررات مربوط به آن وجود نخواهد داشت؛ لذا در قدم نخست درراه تبیین مفهوم حقوقی خانواده کوشیدیم.

عملکرد مقنن در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در مقام تبیین صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده چندان مطلوب نبوده و با تصویب قوانینی مجمل احکامی متناقض ارائه داده است، آن‌گونه که با خواندن متن قانون و دست زدن به تفسیر اصولی یا لفظی مواد، راه صواب طی نخواهد شد، اما از آنجا که بر حقوقی‌ها واجب است در مواردی اینچنین با ارائه تفاسیر و راهکارهای مفید، دفع مفسده کنند، لازم می‌شود در خصوص فلسفه تشکیل دادگاه خانواده ژرف‌نگری کرده و با ناطق فرض کردن مقنن و ایجاد دیالوگی مقبول، مناسب‌ترین راهکار را پیشنهاد دهند؛ این مطلوب با تمسک به روش تفسیر هرمنوتیک میسر می‌شود، به صورتی که بدون نیاز به در انتظار اصلاح قانون نشستن، دامنه صلاحیت دادگاه خانواده به گونه‌ای تبیین شود که ایرادات وارد بر قانون‌گذار، مرتفع شده و دفع مفسده شود؛ در این تحقیق و با استفاده از روش مزبور به این نتیجه رسیدیم که رسیدگی به کلیه امور و دعاوی که منشاء آن‌ها یک رابطه خانوادگی موجود بوده و یا راجع به موضوعاتی است که آن موضوعات قابلیت ایجاد، قطع و یا تغییر یک رابطه خانوادگی را دارند، داخل در صلاحیت دادگاه خانواده است؛ همچنین امور کیفری مربوط به خانواده به دلیل ماهیت دادگاه مزبور، در حوزه صلاحیت این مرجع نیست و در مورد رسیدگی به برخی از امور خانوادگی مربوط به اقلیت‌های شناخته‌شده دینی و مذهبی، رسیدگی و اتخاذ تصمیم توسط مراجع معتبر آن‌ها انجام و آن تصمیم‌ها توسط دادگاه خانواده

تنفیذ و اجرا می‌شود.

به‌هرروی با توجه به عدم آشنایی محاکم با تفسیر هرمنوتیک و شیوه‌های آن، پیشنهاد می‌شود هرچه سریع‌تر، هم قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و هم قانون شوراهای حل اختلاف اصلاح شوند و علاوه بر رفع ابهامات در خصوص موضوع بحث، شوراها از ورود به امور خانوادگی منع شوند و به این واسطه قانون اساسی رعایت شود و شامل حال فقرا هم بشود.

## منابع

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ عبدی، یاسر، «احکام و آثار تغییر جنسیت»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره دوازدهم، شماره ۳ (۵۸ پیاپی)، ۱۳۷۸، صفحات ۱-۲۲.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: نشر جنگل جاودانه، ۱۳۸۸.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ پیردهی حاجیکلا، علی؛ کاویار، حسن، «بررسی فقهی وضعیت نسب در شبیه‌سازی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۶۷، تابستان ۱۳۸۲، صفحات ۲۹-۵۶.
- پورسعید، رامین؛ یاسری، حسین، «متدولوژی انتقادی و هرمنوتیک حقوقی»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷، سال چهارم، ۱۳۹۰، صفحات ۶۷-۸۴.
- تولیت، سیدعباس، «صلاحیت عام محاکم دادگستری و صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۷ و ۱۸، ۱۳۷۹، صفحات ۲۷-۵۶.
- حرم پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی»، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۱۰، ۱۳۷۶، صفحات ۱۴۷-۱۶۷.
- حسین زاده، محمد، «مبانی نظریه تعدد قرائت‌ها»، فصلنامه قیسات، شماره ۲۳، ۱۳۸۱، صفحات ۳-۹.
- رحیمی، حبیب الله، «مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین»، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره ۳۵، ۱۳۷۸، صفحات ۱۶۵-۱۸۱.
- رخشنده رو، هایداد؛ صادقی، محمود، «بررسی وضعیت حقوقی و فقهی قرارداد استفاده از رحم زن»، فصلنامه مطالعات اجتماعی روان‌شناختی زنان، شماره ۴، ۱۳۸۸، صفحات ۱۱۵-۱۳۸.
- رستگار نامدار، حسین، «صلاحیت دادگاه‌ها، صلاحیت ذاتی، صلاحیت محلی و نسبی، صلاحیت اضافی»، ماهنامه قضایی، شماره ۱۳۴، ۱۳۵۶، صفحات ۱۵-۲۱.
- رشیدی، امیرپویا، آورده‌های شکلی قانون جدید حمایت خانواده (پایان نامه)، دانشگاه علامه طباطبائی، حقوق خصوصی، ۱۳۹۳.
- ریاضت، زینب، «چالش‌های فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی و رویارویی با حق باروری زوجین نابارور»، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۲۰، ۱۳۹۱، صفحات ۷۷-۱۱۴.
- سقزاده، اعظم؛ موسوی بجنوردی، سید محمد، «شبیه‌سازی انسان از منظر دین»، نامه الهیات، شماره ۱۲، ۱۳۸۹، صفحات ۲۹-۴۸.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد اول، چاپ بیست و دوم، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۹.

- صفایی، سیدحسین، «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، ۱۳۸۳، صفحات ۵۹ - ۹۲.
- صفایی، سیدحسین؛ امامی، سیداسد الله، مختصر حقوق خانواده، چاپ سی و ششم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۳، ۱۳۷۴، صفحات ۱۶۵ - ۱۷۲.
- علیزاده، مهدی، «وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین»، فصلنامه آموزه های فقهی، دوره ۳، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، صفحات ۱۶۶ - ۱۸۷.
- قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، ۱۳۸۴، صفحات ۱۵۷ - ۱۷۸.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، چاپ ششم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس هایی از شفعه، وصیت و ارث، چاپ هیجدهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- کوئن، بروس، مبانی جامعه شناسی، ترجمه دکتر غلامعباس توسلی و دکتر رضا فاضل، چاپ هجدهم، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۶.
- لطفی، دکتر اسدالله، «استنباط احکام و حقوق محجورین»، فصلنامه پژوهش دینی، شماره ۲، ۱۳۸۰، صفحات ۲۰ - ۴۸.
- محقق داماد، دکتر سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه مباحث الفاظ، جلد اول، چاپ هفدهم، تهران: مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- میرشمسی، صدیقه، «آشنایی با علم هرمنوتیک و مکاتب مختلف آن با نگاهی به اندیشه های امام خمینی»، پژوهشنامه متین، شماره ۳۸، ۱۳۸۷، صفحات ۱۴۳ - ۱۶۳.
- یآوری، فتح الله، «دادگاه مدنی خاص در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، ۱۳۷۰، صفحات ۱۱۷ - ۱۲۹.
- یزدی، آیت الله محمد، باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن، مجله پزشکی قانونی، شماره ۱۷، ۱۳۷۸، صفحات ۵۱ - ۶۲.