

نقد زبانی مقررات حقوق بین الملل خصوصی ایران

امیر مقامی*

تاریخ پذیرش ۱۳۹۶/۱۱/۲۱

تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۴/۲۱

زبان، ابزار انتقال پیام است و این پیام برای حاکم، اراده چگونگی اعمال قدرت را معرفی می کند. مصوبات مجالس قانونگذاری نیز از آنجاکه گاه در میان پیشنهادهای ناهمگن و گوناگون نمایندگان، از میان انبوهی از واژه ها و در میانه کشاکش های سیاسی و شخصی نمایندگان، به کرسی اقتدار می نشینند ممکن است از یک دستی و گویایی لازم برای انتقال پیام برخوردار نباشند. چه بسا مقنن عرفی، نمی تواند حکیم باشد و به ناچار گاه در بیان نیت خود نیز دچار اشکال می شود.

لکننت تقنینی در حقوق بین الملل خصوصی ایران کم نیست، از جمله در مواد (۹۶۳)، (۹۶۸) و (۹۷۳) قانون مدنی و حتی در قانون تازه به تصویب رسیده تعیین تکلیف تابعیت فرزندان ناشی از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی. رویکرد زبانی مقاله حاضر به این نتیجه منجر خواهد شد که فارغ از هرگونه تحول ماهوی در حقوق بین الملل خصوصی و نیز بدون توجه به ادبیات کهنه این بخش قانون مدنی پس از گذشت هشتاد سال، از منظر نگارشی و زبانی نیز نیاز به بازنویسی شکلی و ماهوی این قواعد، انکارناپذیر است.

کلیدواژه ها: زبان؛ نگارش؛ قانونگذار؛ قانون مدنی؛ تابعیت؛ تعارض قوانین؛ احاله

* استادیار دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی؛

Email: a.maghami@ashrafi.ac.ir

مقدمه

زمانی که برای نخستین بار، تدریس «حقوق بین الملل خصوصی ۲» را برعهده گرفتم؛ با این مشکل مواجه شدم که چگونه همان ظرافت‌های منتقدانه معلمان خود را در انتقال این درس، با آن همه اشکال و اجمال در متن قوانین، به دانشجویان انتقال دهم. برای آنکه هم خود درسی گرفته باشم و هم فرصت اندیشیدن برای دانشجویان فراهم شود؛ به عنوان یک پرسش در آزمون پایان ترم، از آنها خواستم ماده (۹۷۳) قانون مدنی را به نحوی که مناسب می‌دانند بازنویسی و توجیهات خود را برای متن پیشنهادی بیان کنند. این پرسش، درواقع مؤخره‌ای بود بر مقدمات و بحث‌های کلاسی درباره چگونگی مواجهه حقوقدانان با حکم قانونی مسئله احاله - به خصوص احاله درجه دوم - که یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق بین الملل خصوصی است.

«قانون»، پیامی است که از سوی «حاکم» به عنوان «فرستنده» به تابعان حقوق، به عنوان «گیرنده» منتقل می‌شود. چنین پیامی جز با استفاده از «الفاظ» به عنوان اصلی‌ترین منبع زبانی قابل انتقال نخواهد بود؛ مثلاً مرسوم نیست که قانونگذار با فیلم، عکس یا نقاشی، پیام خود را منتقل کند بلکه هرگونه دستور و فرمانی با تکیه بر لفظ خطاب به تابعان حقوق بیان می‌شود. بنابراین شایسته است قانونگذار و واضع قانون که از امتیاز دادن دستورهای لازم‌الاجرا برخوردار است (عباسی، ۱۳۹۳: ۱۸۴)، در راستای اصل حاکمیت قانون، پیام خود را به‌طور روشن و صریح و با ساده‌ترین بیان ظاهر سازد تا تابعان حقوق در فضایی شفاف، به‌طور دقیق از وضع حقوقی، حق‌ها و تعهدات خود آگاه شوند (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۵: ۱۸۳) و درنهایت ضمن حفظ اعتبار نظام حقوقی، یکی از مؤلفه‌های امنیت حقوقی نیز تأمین شود. بنابراین صراحت، رعایت زبان علم و پرهیز از تفصیل بیهوده (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۷۰-۱۵۶)، ایجاز و رعایت ملاحظات انشایی نظیر پرهیز از اصطلاح‌سازی، عامیانه‌نویسی، فعل‌سازی نادرست، حشو، پیچیده‌نویسی و کار بست صحیح صیغه‌های فعل (بیگ‌زاده، ۱۳۸۷) از جمله ضرورت‌های شکلی در تدوین و وضع قوانین است. البته هرچقدر زبان قانون، دقیق و روشن باشد، همچنان مسئله تفسیر بخش مهمی از مطالعات حقوقی را به خود اختصاص خواهد داد (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۶۳). با وجود این، زبان گویاتر

مقنن می‌توانند دامنه تفسیرهای متناقض و مشکل‌ساز که بعضاً با اهداف و غایات مقنن یا با آزادی‌های اساسی افراد مغایرت دارند را کاهش دهد. پیام‌دهی روشن مقنن، ممکن است مانع تورم تقنینی نیز شود (انگ، ۱۳۹۰: ۱۰۲).

گاهی، گذشت زمان طولانی از وضع یک قانون ممکن است سبب کهنگی ادبیات به کار گرفته شده قانونگذار شود و تابعان حقوق نتوانند برداشت واضحی از اراده قانونگذار داشته باشند. بخش مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی در قانون مدنی به دو دلیل روشن، از چنین اشکالی رنج می‌برد. نخست به این دلیل که بیش از هشتاد سال از تصویب آن می‌گذرد و بعضی اصطلاحات یا واژه‌ها یا نیازهای اجتماعی یا برداشت عرف از یک واژه تغییر کرده است. مثلاً واژگانی چون «عیال» (ماده (۹۸۰) قانون مدنی)، «تصدیق (نامه)» (مواد (۹۷۷) و (۹۸۳) قانون مدنی) و «خدمت تحت‌السلّاح» (ماده (۹۸۸) قانون مدنی) دیگر کمتر در میان فارسی‌زبانان به کار می‌رود و «سواد مصدق اسناد هویت» (ماده (۹۸۳)) ابداً بر زبان ایشان جاری نمی‌شود. چنین تحولات زبانی، ممکن است قانونگذار را وادار کند که نسبت به اصلاح ادبیات خود - با حفظ اراده پیشین - اهتمام ورزد.

چالش دیگر این است که گاهی قانونگذار با زبانی سخن می‌گوید که ناشی از برخی مفروضات اجتماعی است که به‌هیچ‌وجه با منطق حقوقی تناسب ندارد یا از تحولات اجتماعی عقب افتاده است. به‌عنوان نمونه قانونگذار در بند «۴» ماده (۹۸۸) قانون مدنی یکی از شرایط خروج از تابعیت ایران را انجام «خدمت تحت‌السلّاح» قرار داده است. از نظر منطق زبانی ساده، کسانی که این خدمت را «انجام» نداده باشند - ولو مکلف به انجام نباشند - قادر به ترک تابعیت نیستند؛ درحالی که اراده و منظور قانونگذار چنین نبوده است که تنها مردانی که خدمت سربازی انجام داده‌اند، قادر به ترک تابعیت هستند و سایر مردان و همه زنان نمی‌توانند چنین درخواستی داشته باشند و در نتیجه حقوقدان مجبور است با توسل به دیگر ابزارهای زبانی و اصول تفسیری، به خروج موضوعی دسته اخیر (غیرمکلفین) از این شرط حکم دهد.

همین‌طور برابر ماده (۹۸۴) نیز «زن و اولاد صغیر کسانی که ... تحصیل تابعیت ایران» کرده‌اند؛ به تابعیت ایران درمی‌آیند. البته طبیعی است که مقصود قانونگذار این نبوده که

اگر زنی تابعیت ایران را کسب کند، اولاد صغیر او تبعاً به تابعیت ایران وارد می‌شوند؛ بلکه احتمالاً آنچه سبب چنین نگارشی شده این است که قانونگذار مبنی بر بینش اجتماعی زمان خود، فرض کرده است که فقط مردان درخواست کسب تابعیت ایران را خواهند داشت. با این حال، موضوع مقاله حاضر، آن دسته از واژگان و ادبیاتی نیست که در گذر زمان دچار اشکال شده‌اند؛ بلکه علاوه بر این عامل، عامل دیگری یعنی تحمیل کژتابی به الفاظ قانونی نیز در فهم و درک بعضی مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی ایران قابل مشاهده است. مقاله حاضر با تکیه بر چهار مورد از نارسایی‌های زبان قانونگذار در بیان اراده خویش که گاه به ارائه تفسیرهای متناقض نیز منجر خواهد شد؛ در پی آن است که یادآور شود علاوه بر ضرورت برخی اصلاحات ماهوی در حوزه تابعیت، اقامتگاه و تعارض قوانین - که موضوع اصلی این اثر نیستند - هرگونه اصلاح در مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیازمند بازنگری در ادبیات و نگارش قانون نیز است.

۱. نمونه‌های نارسایی‌های زبان مقنن و ناکافی بودن تفسیر

از میان چهار نمونه منتخب برای بررسی نارسایی زبانی، سه مورد از قانون مدنی و یک مورد از قوانین تازه به تصویب رسیده است که نشان می‌دهد لکنت و نارسایی زبان قانون در این حوزه، صرفاً به علت گذر زمان نیست. گرچه علت‌یابی اشکالات زبانی، مقال دیگری می‌طلبد اما فراوانی این اشکالات شاید به سبب پیچیدگی‌ها و بینایی بودن حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی باشد که میان حقوق عمومی، حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل قرار دارد؛ هم عناصر حاکمیت در آن دخیل است و هم انتخاب و آزادی اراده فردی و لذا حوزه‌ای تعاملی محسوب می‌شود که زبان و ادبیات مناسب خویش را هنوز نیافته است.

اشکالات زبانی مورد اشاره سبب شده گاهی عباراتی در تقدیر متن مواد لحاظ شود؛ گاهی دو تفسیر متضاد پیدا شود و حتی گاهی اساساً فهم منظور قانونگذار بسیار مشکل و چه بسا غیرممکن باشد. علاوه بر این ابهام در قانون تعارض قوانین، گاه به ابهام در توصیف نیز منجر می‌شود؛ چراکه با وجود تقدم توصیف بر تعیین قانون تعارض قوانین (الماسی، ۱۳۸۲: ۱۰۳)، گاهی خود توصیف در بند فهم حقوقدان از قاعده تعارض قوانین است. مواد

(۹۶۳) و (۹۶۸) در حوزه تعارض قوانین، ماده (۹۷۳) درباره احاله و قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان ناشی از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی در حوزه تابعیت، نمونه‌هایی است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. ماده (۹۶۳) قانون مدنی

ماده (۹۶۳) قانون مدنی در بیان قاعده حل تعارض در روابط میان زن و شوهر، از اصل وحدت قانون حاکم بر خانواده که از جهت تحمیل آثار تابعیت شوهر به روابط خانوادگی ممکن است با ماده (۹) کنوانسیون لغو همه اشکال تبعیض علیه زنان^۱ و اصل برابری زوجین در روابط خانوادگی،^۲ مغایرت داشته باشد؛ (مدنی، ۱۳۷۸: ۷۹) و نیز از اصل کلی ریاست شوهر بر خانواده (ماده (۱۱۰۵) قانون مدنی) پیروی کرده و بیان می‌کند که «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر است». بدیهی است که مجال اجرای این ماده زمانی فراهم می‌شود که تفاوت تابعیت زوجین تثبیت شده باشد و در این مورد، وضعیت زن ایرانی و مرد خارجی که با رعایت ماده (۱۰۶۰) قانون مدنی ازدواج کرده‌اند نیز تغییری در امکان استناد به این ماده ایجاد نمی‌کند. ضمن آنکه روابط «زوجین»، تنها پس از عقد ازدواج قابل تصور است و روابط آنها پیش از ازدواج مشمول این ماده نمی‌شود (ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۵۸) و قواعد مربوط به نامزدی و سایر جنبه‌های احتمالی روابط قبل از ازدواج نیز بی‌پاسخ مانده است؛ درحالی‌که در بعضی موارد، اجرای قانون ملی هر دو طرف، ممکن نیست و تعارضی حل‌نشده را پدید می‌آورد.

با فرض تعیین قلمرو اجرای ماده مزبور، آنچه باقی می‌ماند و بیان قانونگذار نسبت به آن، ناقص است موضوع «روابط» میان زن و شوهر است. «اطلاق» ماده (۹۶۳) ممکن است این تصور را پدید آورد که هرگونه رابطه شخصی یا مالی میان این دو نفر، تابع قانون

۱. در بعضی اسناد، معیارهای دیگری برای تعیین قانون حاکم پیش‌بینی می‌شود (Lupsan, 2014: 26) مطابق ماده (۳) کنوانسیون ۱۹۷۸ درباره رژیم دارایی مشترک همسران، در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم بر روابط مالی زوجین، معیارهای عینی چون اقامتگاه مشترک نخست آنها مدنظر قرار می‌گیرد. معیارهای دیگری چون قانون مقر دادگاه یا قانون سبب نیز مطرح شده‌اند که البته طرح آنها لزوماً ناشی از ملاحظات حقوق زنان نیست (Rabel, 1958: 53-54).

2. CEDAW, 1994.

دولت متبوع شوهر است. لذا این برداشت مطرح شده است که موضوع حق زن برای تصرف در اموال خود - که در نظام حقوقی ایران، منبعث از فقه اسلامی، به دلیل حق مالکیت فردی و مستقل زوجه (ماده (۱۱۱۸) قانون مدنی)، موضوعی مستقل از روابط زناشویی است و ارتباطی با زناشویی ندارد - مشمول قانون دولت متبوع زوج است (الماسی، ۱۳۸۲: ۲۷۴) بر این اساس، چنانچه زنی، مالی را به همسر خود قرض دهد یا بفروشد یا در استخدام او باشد - یا برعکس همین روابط - از اطلاق ماده ممکن است این نتیجه نابجا حاصل شود که نهادهایی مثل قرض، بیع و استخدام، فارغ از توصیف معمول و اصلی شان در یک وضعیت استثنایی، تابع قانون خاص یعنی قانون دولت متبوع شوهر هستند. لذا به فرض، ماده (۹۶۸) بر رابطه بیع آنها حاکم نخواهد بود؛ تنها به این دلیل که متعاملین، زن و شوهر هستند!

در زمان تصویب ماده مذکور در مجلس شورای ملی، رئیس جلسه پس از قرائت متن ماده می پرسد که «اشکالی نیست؟» و پس از آنکه اشکالی از طرف نمایندگان مطرح نمی شود، می گوید: «خیر، ماده (۹۶۴) [مطرح شود]» (مشروح مذاکرات تصویب قانون مدنی) یعنی به ذهن نمایندگان مجلس نیز خطور نمی کند که چنین اطلاقی موجب تعارض میان روابط زن و شوهر و سایر روابط حقوقی می شود و بدون هیچگونه ترجیحی که در قالب روش سیاسی (جزمی) یا روش اصولی (حقوقی) برای حل تعارض قوانین، قابل توجیه باشد و بدون معیار ارتباطی مناسبی، قانون دولت متبوع شوهر تنها به دلیل اخص بودن طرفین معامله، بر سایر قوانین تقدم می یابد.

با این وضع و با توجه به فقدان ارتباط مؤثر میان قانون دولت متبوع شوهر و عقد بیع در فرض فوق، به نظر نمی رسد هدف قانونگذار ایجاد یک حکم کلی و استثنائی بر همه قوانین حل تعارض در روابط شخصی و مالی زوجین باشد. بلکه آنچه در روابط «زوجین» اهمیت دارد و بدون تدوین ماده (۹۶۳) دچار اشکال می شد، روابط «ناشی از زوجیت» آنهاست و نه روابطی که بدون عقد زوجیت میان هر دو نفر فرضی نیز قابل تصور است. حتی با این برداشت نیز همچنان توصیف برخی روابط، در ابهام قرار دارد و برای مثال درباره اینکه «طلاق» از جمله روابط ناشی از زوجیت است یا مستقلاً تابع قانون دولت متبوع

زوج است (ماده (۱۱۳۳)) اختلاف دیدگاه وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۸۲). به هر حال ماده (۹۶۳) برای وضعیت‌هایی وضع شده است که روابط دو نفر به زوجیت آنها وابسته است و مثلاً بیع یا استخدام و ... که هیچ رابطه التزامی با زوجیت ندارند از مصادیق اجرای ماده (۹۶۳) نیست. در نتیجه به نظر می‌رسد، قانونگذار یک عبارت «ناشی از زوجیت» را در تقدیر گرفته و از بیان آن خودداری کرده است.

به علاوه، روشن نیست که مقصود مقنن از وضع این ماده، شامل خانواده متشکل از زن ایرانی و مرد خارجی نیز می‌شود یا خیر؟ (دانش پژوه، ۱۳۹۵: ۴۴).

پس می‌توان ماده (۹۶۳) را در چارچوب اقتضای کنونی آن و فارغ از پیشنهادهای اصلاحی و تکمیلی (همان: ۵۸)، به این صورت قرائت کرد: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی [ناشی از زوجیت] بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». چنین خوانشی هم با ماده (۱۱۰۵) قرابت دارد که پرتویی از آن محسوب می‌شود و هم به تعارض در قواعد تعارض قوانین دامن نمی‌زند و چه بسا فهم حقوقدانان از ماده مزبور نیز همین است. باین حال، نمی‌توان از لکنت قانونگذار در بیان دقیق مقصود خویش، به سادگی عبور کرد.

۱-۲. ماده (۹۶۸) قانون مدنی

یکی از چالش برانگیزترین موضوعات تعارض قوانین، مسئله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد است. این موضوع در ماده (۹۶۸) قانون مدنی مطرح شده که به موجب آن «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

این ماده، قانون محل وقوع عقد^۱ را واجد صلاحیت برای اعمال در قراردادهای خصوصی دانسته است؛ با این قید که در شرایط خاصی، طرفین قرارداد نیز می‌توانند اراده خود را برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد به کار گیرند. گرچه بعضی آن را ناشی از اصل آزادی اراده ندانسته و تنها نوعی حل تعارض می‌شمارند که به موجب قانون، تجویز شده

است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۸۴). به نظر ایشان، فردگرایی و حاکمیت اراده شخص در روابط اجتماعی، با نظام حقوقی ما سازگار نیست (همان، ۱۳۸۰: ۱۶۲) به عبارتی، قانون محل وقوع عقد، قانون حاکم مفروض و منتخب قانونگذار است (ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۷۳)؛ مگر آنکه برابر بخش دوم ماده، قانون دیگری انتخاب شده باشد (همان: ۷۵).

نخستین تردید در فهم این ماده به ترکیب بخش نخست و بخش دوم آن برمی‌گردد؛ یعنی زمانی که قراردادی در ایران منعقد شده اما طرفین آن، هر دو خارجی باشند. بعضی در چنین مواردی، در اینکه امکان توسل به بخش دوم ماده وجود داشته باشد نیز تردید کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰) گرچه بین‌الملل‌گرایان نه تنها چنین تفسیری را برنمی‌تابند؛ بلکه با هر تفسیری، ماده حاضر را مطابق با تحولات جدید در عرصه تجارت بین‌الملل نیز نمی‌دانند (سماواتی، ۱۳۸۲: ۲۹۸-۲۹۷). به هر حال از وضع لفظ «مگر» می‌توان دریافت که بخش دوم، بر بخش نخست حاکمیت دارد. همچنین در بخش دوم، گویی انتخاب هر قانونی بدون اثبات یک رابطه مؤثر میان عقد و قانون انتخابی، آزاد شمرده شده است؛ که این نیز ممکن است از جمله آسیب‌های آزادی مطلق متعاملین باشد که تقلب نسبت به قانون را تسهیل می‌کند (ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۷۶). مگر آنکه لفظ «دیگری» را چنین معنا کنیم که یکی از طرفین، قانون دولت متبوع طرف مقابل را به عنوان قانون حاکم بپذیرد و بر آن توافق شود؛ یعنی قانونی جز قانون دولت متبوع یکی از طرفین نمی‌تواند موضوع توافق باشد (ایرانپور، ۱۳۸۱: ۸۸). قانون محل وقوع عقد هم که حتی بدون توافق، معتبر است؛ یا قانون محل اجرای تعهد نیز از آنجا که جنبه تکمیلی دارد می‌تواند موضوع توافق قرار گیرد.

آنچه بیشتر این ماده را در معرض چالش زبانی قرار داده است؛ تقارن نیازهای بین‌الملل‌گرایانه اقتصادی با تحکیم اصالت اراده و آزادی با لفظ مطلق «متعاقدين» است. براین اساس، اگرچه ظاهر ماده بیان می‌دارد که آزادی متعاملین زمانی مقبول است که «هر دو خارجی باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۰) اما شواهدی نیز برخلاف این ظاهر وجود دارد.

یکی از این شواهد که در ماده (۹۷۰) دقایقی پس از ماده (۹۶۸) به تصویب رسیده، قانونگذار درباره اجرای عقد نکاح توسط مأموران کنسولی از عبارت «طرفین عقد هر دو تبعه دولت متبوع آنها» باشند؛ استفاده کرده است. در حالی که قانونگذار می‌توانست به دولت

متبوع هریک از زوجین یا شوهر اختیار اجرای عقد نکاح را بدهد، این اختیار را به موردی محدود کرده است که زوجین، «هر دو» تبعه دولت متبوع مأمور سیاسی یا کنسولی مربوطه باشند. اما دقایقی قبل، مقنن از کاربرد واژه «هر دو» برای «متعاقدين» سایر عقود اجتناب کرده و راه را برای تفسیر باز گذارده است. مواد (۳۹۷) و (۴۱۶) قانون مدنی نیز همین ویژگی را دارند. در مقابل این شواهد، از حیث ادبی و لغوی، واژگان مزبور که وجودشان متقوم به دو طرف است، بنا به «ظاهر»، هر دو طرف را دربرمی گیرد.

ماده (۹۶۸) نیز همچون اکثر مواد قانون مدنی در مباحث حقوق بین الملل خصوصی، بدون هیچگونه بحثی در صحن علنی مجلس به تصویب رسیده و طبیعتاً مرام تفسیری هر حقوقدان، ممکن است در برداشت و تفسیر او تأثیر گذارد. باین حال، در کمیسیون تدوین قانون مدنی، عامدانه از تصریح به ضرورت خارجی بودن دو طرف، خودداری می شود (ایرانپور، ۱۳۸۱: ۸۷) تا متن کنونی تفسیربردار و الکن به نظر برسد.

درحقیقت، دسته‌ای از حقوقدانان جوان تر که وضعیت واقعی قراردادهای خارجی تجار ایرانی را می بینند، ضرورت‌های همگرایی با نظام بیع بین المللی کالا را دریافته‌اند و نگاهی بین المللی تر به نظام تعارض قوانین دارند؛ ترجیح می دهند در رویکرد فلسفی انسان گرایانه، هرگونه قراردادی که تنها یک طرف آن خارجی باشد را مشمول بخش اخیر ماده (۹۶۸) قرار دهند و اصل آزادی اراده را فی نفسه غیرقابل تردید می شمارند (شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۹۹). چنانکه بند «۱» ماده (۳) کنوانسیون ۱۹۸۶ درباره قانون قابل اعمال در قراردادهای بیع بین المللی کالا نیز این قاعده را به رسمیت شناخته است. پیش از این نیز کنوانسیون ۱۹۸۰ درباره بیع بین المللی کالا، اصل تفوق اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد بیع بین المللی را به رسمیت شناخته بود (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۶). در مقابل حقوقدانان کلاسیک که جنبه داخلی حقوق مدنی را اولویت می بخشند؛ امکان توسل به آزادی اراده طرفین را به قراردادهایی که هر دو طرف معامله، خارجی هستند و قرارداد را در ایران منعقد کرده‌اند، محدود می سازند. لذا اتباع ایران، حتی در خارج از کشور نیز نمی توانند قرارداد خود را با طرف‌های خارجی، تابع قانون توافقی و ارادی خود قرار دهند (مدنی، ۱۳۷۸: ۲۸۲).

بدین گونه ملاحظه می شود که زبان مقنن، چگونه تفسیرها و اصل راه حل مقنن برای

حل تعارض را تحت الشعاع قرار داده است. در عین حال، برخی نیز چنین برداشت کرده‌اند که چنانچه هر دو طرف معامله خارجی نباشند (به‌ویژه زمانی که یک ایرانی با طرف خارجی قراردادی منعقد می‌کند) و عقد در خارج از ایران منعقد شود؛ قانون حل تعارض محل وقوع عقد حاکم خواهد بود و در نتیجه چنانچه منعی از حیث آن قانون وجود نداشته باشد، می‌توانند قرارداد خود را تابع قانون مورد توافق قرار دهند (ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۷۶).

بر خلاف دسته نخست که به سبب امری بودن قواعد تعارض قوانین، از ضرورت تفسیر مضیق آزادی اراده سخن می‌گویند (شهیدی، ۱۳۷۶: ۲۵) و آن را در راستای تأمین منافع اتباع ایرانی می‌شمارند، برخی هم معتقدند که ممکن است با وجود انجام همه مقدمات قرارداد در ایران، قرارداد در کشور دیگری منعقد شود و عملاً از حاکمیت قانون ایران به موجب ماده (۹۶۸) خارج شود؛ در حالی که پذیرش آزادی اراده، ممکن است در این شرایط فرصت اعمال قانون ماهوی ایران را فراهم کند و البته که اگر هر دو طرف قرارداد ایرانی باشند، به استناد ماده (۵) قانون مدنی جایی برای جلوه‌گری ماده (۹۶۸) باقی نمی‌ماند (ایرانپور، ۱۳۸۱: ۷۹).

دسته اخیر که گویی بر مبنای فلسفه آزادی اراده دیدگاه خود را سامان داده‌اند، می‌پرسند چرا باید آزادی عمل به اتباع خارجی اعطا و از اتباع ایرانی سلب شود؟! (همان: ۸۰) به زعم ایشان با توجه به ماده (۱۰) قانون مدنی، اصل بر آزادی طرفین در قرارداد است و در مقام تردید، باید این اصل جاری شود و از آنجاکه ماده (۹۶۸)، امری نیست، معامل ایرانی می‌تواند در معامله با طرف خارجی، نسبت به توافق بر سر قانون حاکم بر قرارداد، اقدام کند. به عبارت دیگر، آزادی اراده در قراردادها تنها به موجب قانونی صریح، ممکن است کنار گذاشته شود؛ در حالی که ماده (۹۶۸) خود تردیدبرانگیز و فاقد صراحت است.

از حیث اصول لفظی نیز، برخی بیان کرده‌اند که لفظ «متعاقدين» لابه شرط است و همان‌گونه که می‌تواند متضمن هر دو طرف عقد باشد، ممکن است شامل موردی نیز باشد که فاقد قید انحصار است؛ لذا متیقن آن است که باید اصل عدم انحصار را جاری کرد (همان: ۸۷) گویی رویه قضایی نیز چنین رویکردی را تقویت می‌کند (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۸۶) اما چنانکه اشاره شد چه‌بسا این لفظ مشروط به اجتماع است.

بنابراین چنانکه از مجموعه بحث‌ها برمی‌آید شاید بتوان یا دست کم باید توصیه کرد

که متن ماده (۹۶۸) را آن گونه که ایرانپور پیشنهاد می کند، چنین بازخوانی کنیم: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه [یکی از] متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون [ملی طرف] دیگری قرار داده باشند».

۳-۱. ماده (۹۷۳) قانون مدنی

اگرچه «احاله» فی نفسه با انتقادهای زیادی روبه روست (ارفع نیا، ۱۳۷۶: ۱۱۲؛ الماسی، ۱۳۸۲: ۱۲۷-۱۲۱)؛ اما به عنوان یک قاعده پذیرفته شده در نظام های حقوقی، در حقوق ایران نیز مطرح شده است. ماده (۹۷۳) قانون مدنی که به این موضوع اختصاص یافته بیان می کند: «اگر قانون خارجه ای که باید مطابق ماده (۷) جلد اول این قانون و یا برطبق مواد فوق، رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد».

در ابتدای این ماده به ماده (۷) و نیز «مواد فوق» ارجاع شده است که منظور قانونگذار از «مواد فوق» اصولاً مواد (۹۶۱ تا ۹۷۲) این قانون است (ارفع نیا، ۱۳۷۶: ۱۰۹) که در هریک به نوعی امکان رجوع به قانون خارجی مطرح شده است.

بنابر فهم معمول، متن اخیر احاله درجه اول را پذیرفته است که اگر «احاله به قانون ایران شده باشد»، گویا «محکمه مکلف به رعایت» چنین احاله ای خواهد بود. اما اگر احاله به قانونی جز قانون ایران باشد، عبارت «مکلف ... نیست»، سرآغاز ابهام و موجب اجمال در متن ماده (۹۷۳) است.

با فرض اینکه «مکلف ... نیست، مگر ...»، مفهوم مخالف داشته باشد (دانش پژوه، ۱۳۹۱: ۱۴۱)؛ تنها احاله درجه اول اثبات می شود اما نمی توان حکمی صریح و قاطع درباره احاله درجه دوم از آن استنباط کرد. چنانچه به بازی زبانی قانونگذار قائل باشیم، در آن صورت ممکن است از آنجا که «تکلیف» در برابر «اختیار» قرار دارد، چنین برداشت شود که «مکلف ... نیست» یعنی «مخیر ... است» (ارفع نیا، ۱۳۷۶: ۱۲۲). در این صورت نه تنها قانونگذار، حکم خود را درباره احاله درجه دوم تعیین نکرده است، بلکه با واگذاری آن به اختیار قاضی، امکان خودرأیی قضات و تشتت قضایی را فراهم خواهد کرد؛ مگر آنکه

رویه قضایی به نحوی خودجوش توانسته باشد استانداردهای روشنی برای مواردی که احاله درجه دوم، مجاز است تعیین کند؛ که با توجه به نادر بودن پرونده‌های مربوطه یا عدم دسترسی به آراء آنها، چنین نشده است. در مجموع، متن اختلاف‌برانگیز حاضر، نافی شفافیت و قاطعیت قانون است.

برداشت غالب حقوقدانان نیز از چنین تعبیری، حکم به «مجاز» بودن قاضی در توسل به احاله درجه دوم نیست (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲۳۶) بلکه آن را صراحتاً «مردود» شمرده‌اند (مدنی، ۱۳۷۸: ۲۵۸؛ الماسی، ۱۳۸۲: ۱۲۹).

برداشت مرسوم از اثر ایجابی این ماده چنین است که در صورت وقوع احاله درجه دوم، از آنجاکه احاله، استثنایی بر اجرای قانون خارجی ناشی از ماده (۷) قانون مدنی (و سایر قواعد تعارض قوانین) است با عدم پذیرش احاله درجه دوم، همان قانون خارجی اجرا می‌شود (الماسی، ۱۳۸۲: ۱۳۱؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲۳۷) در مقابل، برخی معتقدند اعتبار قانون ایران به حکم ماده (۵) قانون مدنی اعاده می‌شود (نصیری، ۱۳۸۷: ۵۵) و در صورت عدم اجرای احاله درجه دوم، قانون ایران مجرا خواهد بود (ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۲۳).

چالش دیگری که از برخورد مواد (۹۶۸) و (۹۷۳) انگیزه می‌شود، این است که آیا آزادی اراده طرفین نیز ممکن است در مواجهه با احاله، نفی شود؟ در پاسخ به‌رغم سکوت مقنن، به‌نظر می‌رسد با توجه به خاص بودن وضعیت تعهدات قراردادی در حقوق بین‌الملل خصوصی، فرض شمول احاله بر قانون صالح تعیین شده از سوی طرفین، قابل قبول نیست (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲۳۸).

در مجموع، ماده (۹۷۳) قانون مدنی با نگارش مجمل خود به‌هیچ‌وجه نتوانسته به‌صراحت از اراده قانونگذار در مواجهه با نهاد احاله، رونمایی کند.

۴-۱. قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان ناشی از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی

افزایش آمار ازدواج زنان ایرانی با مردان بیگانه که اغلب از پناجویان کشورهای همسایه شرق و غرب کشور بودند؛ سبب شد تعداد زیادی از فرزندان این زوجها که همراه پدر

خارجی و مادر ایرانی خود در ایران زندگی می کردند به علت فقدان تابعیت ایرانی از بعضی حقوق اجتماعی محروم شوند. موافقان اعطای تابعیت به این افراد نیز در مجلس، بر چاره جویی برای همین مشکلات و اعطای «هویت» به ایشان، اصرار داشتند (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی (دوم مهر ۱۳۸۵)، ۱۳۹۲: ۱۴) گرچه پیش تر بند «۵» ماده (۹۷۶) قانون مدنی بدون توجه به تابعیت مادر، این امکان را فراهم می کرد که چنین افرادی پس از هجده سالگی به تابعیت ایران وارد شوند (قربانیا، ۱۳۸۷: ۲۹). قانونگذار با هدف «اعطای تابعیت به فرزندان موضوع این قانون» مصوبه جدیدی را گذراند که از بعضی جهات، کسب تابعیت ایرانی را برای چنین افرادی سخت تر کرد؛ زیرا شرایطی را بر آنها لحاظ نمود که در قانون مدنی سابقه نداشت؛ از جمله این شرایط اینکه فرزند مزبور باید حداکثر طی یک سال پس از تصویب این قانون متولد شده باشند و «سوء پیشینه کیفری یا امنیتی» نیز نداشته باشند. بنابراین حتی مسئله هویت ایرانی افراد موضوع این قانون نیز تا هجده سالگی، حل نمی شود.

تبصره «۲» ماده واحده این قانون برای اشخاصی که «از تاریخ تصویب این قانون» متولد می شوند رعایت ماده (۱۰۶۰) قانون مدنی در ازدواج والدین و سن هجده سالگی را شرط کسب تابعیت دانسته و ایشان را از شرط اقامت مندرج در ماده (۹۷۹) قانون مدنی معاف می کند. در اولین نگاه، گویا کسانی که به فاصله یک سال پس «از تاریخ تصویب این قانون» متولد می شوند، هم مشمول شرایط ماده واحده و هم مشمول شرایط تبصره «۲» هستند! با فرض اینکه تبصره «۲»، محدود به مواردی است که فرد بعد از یک سال از تصویب قانون متولد شده و با توجه به سخت تر بودن شرایط اصل ماده واحده، دلیل تمایز میان افرادی که تا یک سال پس از تصویب به دنیا می آیند و افرادی که پس از آن به دنیا خواهند آمد نیز معلوم نیست. وانگهی در مورد شرط اقامت، مدت لازم برای شرط اقامت افراد مشمول بند «۵» ماده (۹۷۶) قانون مدنی، فی نفسه مسئله ای مجمل و اختلافی است (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۸۳؛ امامی، ۱۳۷۲: ۱۶۶؛ ارفع نیا، ۱۳۷۸: ۷۸) و نگارش قانونگذار، بر اختلاف ها و اجمال ها افزوده است. همچنین درباره اصلی یا اکتسابی بودن تابعیت ناشی از این قانون که آثار خاصی برای تبعه در بردارد (ماده (۹۸۲) قانون مدنی)، می توان برداشت های متفاوتی داشت.

در میان مباحث موافقان و مخالفان، یکی از نمایندگان مجلس که احتمالاً در تدوین طرح نقش داشته، تابعیت ناشی از این قانون را «اكتسابی» می‌داند (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی (دوم مهر ۱۳۸۵)، ۱۳۹۲: ۱۸).

وانگهی، با فرض تعیین مصادیق «سوء پیشینه کیفری» اعم از مؤثر و غیر مؤثر، هیچ ردپایی از مفهوم «سوء پیشینه امنیتی» در نظام حقوقی وجود نداشته و اساساً اینکه یک نوجوان در سن کمتر از هجده سالگی چگونه ممکن است سوء پیشینه امنیتی داشته باشد، امری نادر است و چنین شرطی در هیچ مورد دیگری حتی برای اعطای تابعیت به افراد بیگانه نیز لحاظ نشده است! همان‌طور که ملاحظه می‌شود بی‌توجهی مقنن به زبان علمی نگارش قانون، منجر به خلق ادبیاتی نامفهوم شده است. به این ترتیب که اساساً اگر منظور مقنن از سوء پیشینه امنیتی، همان ارتکاب جرائم علیه امنیت است که خود از مصادیق سوء پیشینه کیفری است و اگر فرد مرتکب جرمی (اعم از جرائم علیه امنیت و غیر آن) نشده است، محروم کردن او از تابعیت، موجه نیست. حتی ارتکاب جرم علیه امنیت، در مواردی که از مصادیق «جرم سیاسی» (موضوع اصل (۱۶۸) قانون اساسی) باشد، مانع اعطای تابعیت به بیگانگان نیست (بند «۴» ماده (۹۷۹) قانون مدنی). یکی از نمایندگان، با تشکیک در «هدف» از ازدواج چنین افرادی بیان می‌کند که «مقامات ذی‌صلاحی که باید این مسائل را احراز و اعلام کنند، تشخیص می‌دهند آن آدمی که پدرش با هر شرایط و با هر نیتی در ایران ازدواج کرده است الان به عنوان یک فرزند در ایران مانده، از نظر امنیتی مصلحت هست که [به] تابعیت [ایران] پذیرفته شود یا نه» (همان). وی در واقع «سوء پیشینه امنیتی» را به «هدف ازدواج» پدر و مادر فرد مربوط دانسته که ارتباطی با عملکرد شخص متقاضی تابعیت ندارد و «سوء پیشینه» آن شخص محسوب نمی‌شود بلکه در بهترین حالت سوء پیشینه پدر و مادر اوست! یکی دیگر از نمایندگان (حسن سبحانی)، توجه قانونگذاران را به مبهم بودن و بی‌تعریف بودن «سوء پیشینه امنیتی» جلب می‌کند و با ذکر مطالبی مشابه تحلیل فوق، پیشنهاد حذف واژه «امنیتی» را مطرح می‌کند که مورد موافقت نمایندگان قرار نمی‌گیرد! (همان: ۲۲) و نهایتاً متن کنونی به تصویب می‌رسد؛ در حالی که این همه ابهام حقوقی، ناشی از یک عبارت کوتاه این قانون است.

به نظر می‌رسد منظور آن نماینده موافق نیز این بوده که ممکن است یک پدیده مهاجرت سازمان‌یافته در منطقه خاصی از کشور با هدف تغییر ترکیب قومی یا مذهبی جمعیت آن منطقه انجام شود که امنیت ملی را تهدید کند و در نتیجه نباید به فرزندان ناشی از چنین ازدواج‌هایی - که هدف پدر به عنوان بخشی از یک هدف سازمان‌یافته، تغییر ترکیب جمعیتی بوده است - تابعیت ایرانی اعطا کرد. حتی اگر چنین چیزی در نظر مقنن بوده می‌توانست با اشتراط موافقت وزارت اطلاعات با اعطای تابعیت به این افراد، به هدف خود نایل آید و نه آنکه چنین تعبیر مجملی را به کار گیرد.

حتی قانونگذار در طرح اصلاحی ارائه شده برای این قانون (طرح اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان ناشی از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی، ۱۳۹۲) نیز نکوشیده تا چنین ابهاماتی را از مصوبه نسبتاً تازه خود بزدايد. ابهامات و اشکالات فراوان این قانون (قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۳۶-۳۲) چنانکه از نام طولانی و دارای اشکال آن^۱ آغاز می‌شود و حتی آن را از هدف خود نیز دور ساخته است؛ آن را در زمره غامض‌ترین و بلکه بدترین نمونه‌های قانون‌نویسی در تاریخ مجلس ایران قرار می‌دهد.

۲. بایسته‌های بازنویسی

با آنچه به عنوان نمونه ذکر شد، مسلم است مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی ایران پس از هشتاد سال، علاوه بر نیاز به تحول ماهوی، به تحول ادبی و نگارشی نیز نیازمند است؛ کما اینکه حتی مقررات تازه تصویب شده نیز دچار آشفتگی و پریشانی زبانی هستند که چه بسا اگر مقنن به شاعری کلاسیک روی آورده بود، منسجم‌تر سخن می‌گفت! چنین نابسامانی، علاوه بر سرگردانی حقوقدانان - یا شاید نیز تأمین اسباب تفتن ایشان! - و تابعان نظام

۱. اساساً عبارت «تعیین تکلیف» که بارها در عنوان قوانین اخیر (مثل «قانون تعیین تکلیف استخدامی مریبان حق التدریس سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای کشور به رسمی و پیمانی»، «قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، «قانون تعیین تکلیف استخدامی معلمان حق التدریسی و آموزشیاران نهضت سوادآموزی در وزارت آموزش و پرورش») به کار رفته است، اصطلاحی عامیانه است. در این قانون، «تکلیفی» برای «فرزندان» تعیین نمی‌شود؛ بلکه بنا بوده وضعیت حقوقی آنها را روشن کند. لذا استفاده از عبارت «تعیین تابعیت ...» یا «اعطای تابعیت ایرانی به ...» اکتفا می‌کرد.

حقوقی (شهروندان)، حکیم بودن قانونگذار را در جاهای دیگر نیز زیر سؤال می‌برد و این مثل را که «قانونگذار، لغو نمی‌گوید» به چالش می‌کشاند.

همچنین با نگاهی به صورت مشروح مذاکرات مجلس یا شنیدن همین مذاکرات از رادیو، درمی‌یابیم که هر نص قانونی ممکن است در کشاکش بحث‌ها و مجادلات لفظی و در میان انبوهی از پیش‌نویس‌ها، اصلاحیه‌ها و پیشنهادها به تصویب برسد و در نتیجه، برابندی از گمانه‌ها و گزینه‌های گوناگون همه تصمیم‌سازان و نیز نمایندگان پارلمان باشد. این فرایند، به‌خودی‌خود می‌تواند در متنی که در پایان مذاکرات به رأی گذاشته می‌شود، اثرگذار باشد و متن را دچار فراز و نشیب کند. باین حال، متأسفانه یا خوشبختانه اکثر مقررات قانون مدنی در حقوق بین‌الملل خصوصی، بدون کمترین جدلی در صحن علنی به تصویب رسیده‌اند و این یعنی کمیسیون تدوین که وظیفه کارشناسی در تدوین قانون مدنی را برعهده داشته آنقدر فرصت داشته تا در این بخش نیز دقت بیشتری به خرج دهد و ...

بنابراین در هرگونه بازنویسی این بخش از نظام حقوقی ایران، به‌جز تحولات ماهوی احتمالی باید به زبان مقنن نیز توجه داشت. به‌ویژه آنکه اگر هر ابهام و اجمالی در سایر بخش‌های قانون مدنی، به احتمال زیاد با مراجعه به مبانی فقهی آن موضوع، قابل فهم باشد و بتوان تفسیر صواب و نزدیک به اراده مقنن را کشف کرد؛ اما در حقوق بین‌الملل خصوصی، نمی‌توان مبنایی بومی یافت که به‌عنوان مبنای کار قانونگذار، چنین نواقصی را بپوشاند. به‌علاوه متن کنونی مقررات مزبور ترجمه طابق النعل بالنعل حقوق فرانسه و سایر نظام‌های فرنگی نیست که بتوان با مراجعه به همان مبنا - ولو خارجی - اراده مقنن را کشف کرد؛ ضمن اینکه هر قانونگذاری در وضع قواعد تعارض قوانین براساس مصالح و دگرترین گزینشی (جزمی یا حقوقی) خود عمل می‌کند (الماسی، ۱۳۸۲: ۵۶-۵۱) و در بعضی موارد ممکن است دست به «گزینش» قانون حاکم بزند (شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۹۹)؛ استفاده از تجربه خارجی در این وادی، ممکن است حتی نامطلوب باشد. لذا با عنایت به آنچه گفته شد، می‌توان توجه مقنن را به موارد ذیل جلب کرد تا در هرگونه بازنویسی بهبود گرایانه یا تحول‌گرایانه در نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران به آنها نظر بیافکند.

۲-۱. به روز رسانی زبان

قانون، بر نسل گذشته حکومت نمی کند بلکه بر نسل حاضر و احتمالاً نسل های آینده حکومت خواهد کرد (خسروی، ۱۳۸۶: ۱۳۱). اصل اثر قانون نسبت به آتیه در ماده (۴) قانون مدنی نیز رویکرد ایجابی قانونگذار را نسبت به اصل عطف بماسبق نشدن قوانین نشان می دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۲۸) و همچنان که به تابعان قانون و قضات، امری را متذکر می شود؛ نشان از ادب و هدف قانونگذاری نسبت به «آینده» است.

ادبیات قدیمی شده قانون مدنی در بخش حقوق بین الملل خصوصی، جز جنبه تاریخی ارزش دیگری ندارد. این در حالی است که در سایر فصول و ابواب این قانون، ادبیات به کار رفته به دلیل پیشینه فقهی، ارزش تفسیری و حقوقی خاص خود را دارد. بنابراین اصرار بر حفظ این زبان، تناسبی با بایسته های قانونگذاری ندارد. برخی واژگانی که پیش تر به آنها اشاره شد اینک کمتر استعمال می شوند یا اصلاً بر زبان معیار جاری نیستند. حال آنکه قانون، برای تابعانش تدوین می شود و همه اصول ناظر بر قبح عقاب بلا بیان، عطف بماسبق نشدن و ... زمانی ارزش دارند که الفاظ قانون به زبان قابل فهم این تابعان تنظیم شده باشد.

۲-۲. ورود حاشیه مقدر به متن

قانونگذار نباید از بیان ساده ترین بدیهیات نیز غفلت ورزد و فضا را برای تأویل و تفسیرهای غیرمنطقی که آشکارا نتایجی خلاف خواست او پدید می آورد فراهم کند. آنچه در ماجرای خوانش منطقی ماده (۹۶۳) یا شرط انجام خدمت سربازی برای ترک تابعیت گفته شد؛ نشان می دهد غفلت قانونگذار ممکن است مجریان بی حوصله یا کارمندان ساده اداره ثبت احوال را که فاقد دانش حقوقی کافی و دچار هراس از تخلف اداری هستند و بعضاً رویه همکاران سابق خود را - بدون جست و جوی مبانی آن - پی می گیرند؛ ناچار به اشتباه انداخته و پیامدهای دردسرساز یا جبران ناپذیری برای افراد ایجاد کند. همان گونه که تاکنون تفسیرهای گوناگون از بند «۴» ماده (۹۷۶) به تشّت رویه اداری و قضایی برای اعطای تابعیت منجر شده است؛ غفلت مقنن از بیان آنچه به گمانش «در تقدیر» است، این تشّت را دامن خواهد زد. بنابراین شایسته نیست، آنچه ضرورت حکم قانون است، بر زبان

مقنن جاری نشود و به اما و اگر تفسیر مفسران واگذار شود و چه بسا تابعان معمولی نظام حقوقی را دچار و گرفتار اشتباه و هزینه کند.

۳-۲. توجه به سوابق موضوع در نظام حقوقی

آنچنان که سوابق قانون «تعیین تکلیف تابعیت ...» نشان می‌دهد، طرح قانون مزبور ابتدا به‌عنوان اصلاح ماده (۹۷۶) قانون مدنی ارائه شده است. حتی در مذاکرات نیز برخی نمایندگان به امکانات این ماده برای حل مسئله و ابهامات آن اشاره کرده‌اند. با وجود این، آنچه به‌عنوان متن نهایی به تصویب رسیده؛ خالی از توجه دقیق به جزئیات بندهای «۴» و «۵» ماده (۹۷۶) است. همچنین عدم توجه مقنن به مسئله چگونگی وضعیت تابعیت زن در همین موارد، ابهامات دیگری آفریده است (قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۳۷).

بنابراین هرگونه اصلاح و تعدیل ماهوی یا نگارشی در مقررات هشتاد ساله حقوق بین‌الملل خصوصی ایران باید با توجه به سوابق موضوع و سایر بخش‌های نظام حقوق مدنی انجام شود؛ همان‌گونه که اصل وحدت تابعیت با اصل ریاست شوهر بر خانواده همراه است. به‌عنوان یک پیشنهاد می‌توان گفت که ارشادهای مرکز پژوهش‌های مجلس در این خصوص باید مورد توجه قانونگذاران باشد.

۴-۲. توجه به نیازهای کنونی

واقعیت آن است که مقررات اخیر، اغلب در زمانی تدوین شده است که کمترین تجربه‌ای از ماهیت ارتباطات حقوقی بین‌المللی خصوصی نزد فعالان اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و قانونگذاران وجود داشته است. در آن زمان، شاید ماده (۹۶۳) اهمیت بیشتری داشت؛ اما ماده (۹۶۸) کمتر به کار می‌آمد چون در عمل، فعالان تجاری ایرانی فعالیت زیادی در خارج از کشور نداشتند و مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی در قالب کنونی آن شناخته نمی‌شد؛ بلکه آنچه مطرح بود ارائه «امتیاز» به بیگانگان بود که تقریباً همه شروط آن در امتیازنامه تعیین می‌شد. هشتاد سال پیش، نه اقتصاد جهانی شده بود و نه ضرورت ورود به اقتصاد جهانی (نهادن‌یان، ۱۳۸۵: ۲) و بین‌الملل‌گرایی (سریع‌القلم، ۱۳۸۴: ۱۰۹) درک

می‌شد و نه این همه ایرانی به سایر کشورها مهاجرت کرده بودند. چنین تفاوت‌ها و نیازهایی به‌خصوص از جهت ماهوی باید در اصلاح و تعدیل مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی لحاظ شود.

۳. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

قانونگذار «حکیم» به دلایل مختلف در بیان مقصود خود در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی دچار لکنت و نارسایی زبانی شده است. از جمله این دلایل می‌توان به عدم اعتنای مقنن به اهمیت موضوع، فقدان پیشینه تقنینی یا فقهی در موضوع، پیچیدگی و بینابینی بودن حقوق بین‌الملل خصوصی در سطوح مختلف نظام حقوقی، گذر زمان و تغییر ادبیات رایج عمومی و معیار، تحولات اقتصادی و اجتماعی ناشی از جهانی شدن و ... اشاره کرد.

به‌هرحال، نگارش قانونگذار در این حوزه بارها سبب اجمال و ابهام قانون شده است. البته در صورت «اجمال» در نص قانون، به موجب اصل (۱۶۷) قانون اساسی و ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی، قاضی موظف است با تفسیر قضایی اختیاری خود (محمدی، ۱۳۸۲: ۱۴۳) راه‌حلی را بگشاید.

این همه لکنت از اولین تصویب قانون مدنی (هشتاد سال پیش) تا همین اواخر (هشت سال پیش)، هر دلیلی که داشته باشد؛ سبب عدم شفافیت قانون، سلب امنیت حقوقی از تابعان و سرگردانی و تناقض در تفسیرهای حقوقدانان و مراجع اداری و قضایی شده است. هرچه میزان پیوستگی جامعه ایرانی با سایر جوامع بیشتر شود و «عنصر خارجی» بیشتر به روابط حقوقی ایرانیان وارد شود؛ اهمیت این بخش از نظام حقوقی ما نیز بیشتر خواهد شد و چنین آشفتگی‌هایی در زبان قانونگذار، امنیت ذهنی معامل خارجی را همچون طرف ایرانی به مخاطره خواهد افکند. بنابراین در هرگونه اصلاح ماهوی در مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی، حتی آنجا که قصد بر بقای قواعد کنونی است؛ ضروری است مقنن نگاهی زبانی و ادبی به متون مصوب داشته باشد تا این حوزه حقوقی را از نارسایی زبانی‌رهایی دهد و به آن، صراحت، قاطعیت و شفافیت بخشد.

منابع و مآخذ

۱. ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۷۶). حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، نشر بهتاب.
۲. _____ (۱۳۷۸). حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، نشر بهتاب.
۳. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۲). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر میزان.
۴. امامی، سیدحسن (۱۳۷۲). حقوق مدنی، جلد ۴، تهران، نشر اسلامیه.
۵. انگ، سوین (۱۳۹۰). تورم تقنینی و کیفیت قانون، در: گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، ترجمه حسن وکیلان، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۶. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۱). «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (۵۸).
۷. بیگ‌زاده، صفر (۱۳۸۷). شیوه‌نامه نگارش قانون، چاپ سوم، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۸. جنیدی، لعلیا (۱۳۷۶). قانون حاکم در داوریه‌های بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر.
۹. خسروی، محمدرضا (۱۳۸۶). «قانونگذاری و ادب نگارش»، همایش یکصدمین سال قانونگذاری (مجموعه مقالات)، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۰. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۱). «تأملی در مفهوم ماده (۹۷۳) قانون مدنی و آرای حقوقدانان ایرانی درباره احاله درجه دو»، در: ارج‌نامه دکتر الماسی، به کوشش حسن محسنی، تهران، سهامی انتشار.
۱۱. _____ (۱۳۹۵). «تأملی در قلمرو ماده (۹۶۳) قانون مدنی و شمول آن نسبت به آثار نکاح زن ایرانی با مرد خارجی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، ش ۱.
۱۲. راسخ، محمد (۱۳۸۴). بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۳. سریع‌القلم، محمود (۱۳۸۴). ایران و جهانی شدن، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک.
۱۴. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶). بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر میزان.
۱۵. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۲). حقوق معاملات بین‌المللی، تهران، نشر ققنوس.
۱۶. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۱). «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، ش ۵۸.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۷۶). «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲.

۱۸. صفایی، سیدحسین، مرتضی عادل، محمود کاظمی و اکبر میرزائزاد (۱۳۸۴). *حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران، دانشگاه تهران.

۱۹. طرح اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان ناشی از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی (۱۳۹۲). بازیابی از مجلس شورای اسلامی: http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/812073.

۲۰. عباسی، بیژن (۱۳۹۳). *مبانی حقوق عمومی*، تهران، نشر داد گستر.

۲۱. عبداله زاده شهر بابکی، آزاده (۱۳۹۵). «قانونگذاری خوب در رویه قضایی: نگاهی به آرای دیوان عالی آمریکا، شورای قانون اساسی فرانسه و دادگاه های اروپایی»، *مجلس و راهبرد*، دوره ۲۳، ش ۸۸.

۲۲. قربان نیا، ناصر (۱۳۸۷). «تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، *نامه مفید*، ش ۴.

۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *گامی به سوی عدالت*، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

۲۴. _____ (۱۳۸۰). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۲۵. _____ (۱۳۸۱). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، نشر میزان.

۲۶. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران، دانشگاه تهران.

۲۷. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۸). *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، نشر پایدار.

۲۸. مشروح مذاکرات تصویب قانون مدنی (بدون تاریخ)، بازیابی از کتابخانه مجلس شورای اسلامی: <http://hvm.ir/print.asp?id=13199>.

۲۹. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوم مهر ۱۳۸۵، (۱۳۹۲). بازیابی از کتابخانه مجلس شورای اسلامی:

http://ical.ir/index.php?option=com_mashrooh&view=session&id=3143&Itemid=38.

۳۰. نصیری، محمد (۱۳۸۷). *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، نشر آگه.

۳۱. نهاوندیان، محمد (۱۳۸۵). *متن پیشنهادی سیاست های کلی جمهوری اسلامی ایران در خصوص جهانی شدن*، تهران، مرکز ملی مطالعات جهانی شدن.

32. CEDAW (1994). General Recommendation No. 21 on Equality in Marriage and Family Relations.

33. Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes.

34. Lupsan, Gabriela (2014). *Guide on International Private Law in Family Matters*, Magic Print.

35. Rabel, Ernst (1958). "The Conflict of Laws: A Comparative Study", Vol. 1, University of Michigan.