

# بررسی ماهیت و آثار نسخ در احکام الهی و قوانین موضوعه\*

دکتر سید مصطفی مصطفوی  
مدرس دانشگاه امام صادق (ع)  
(تاریخ دریافت ۸۵/۵/۸، تاریخ پذیرش ۸۵/۷/۱۰)

## چکیده:

از مسائل مهم در رابطه با مباحث عام و خاص، مسأله «دوران بین نسخ و تخصیص» است. از آن جا که بین حکم عام و خاص در ظاهر ناسازگاری است، باید دید این عدم سازش به تخصیص منجر می گردد یا نسخ.

در این مقاله در ابتدا ماهیت نسخ و سپس صورت های گوناگون میان قوانین عام و خاص و در نهایت حالت تقدّم حکم خاص بر حکم عام در دو حوزه احکام الهی و قوانین موضوعه جداگانه مورد بررسی و تحقیق واقع می شود که این نتایج به دست می آید: اولاً، حقیقت نسخ در قوانین موضوعه انقطاع حکم مستمر، و در احکام الهی، دفع حکم سابق است. ثانیاً، نتیجه به دست آمده از مقایسه قانون عام با قانون خاص از جهت نسخ و تخصیص، در دو حوزه جعل و تشریع، همیشه یکسان نیست. ثالثاً، در صورت تقدّم حکم خاص بر حکم عام، راه حلّ حاکم بر قوانین موضوعه بر خلاف احکام الهی، نسخ است.

**واژگان کلیدی:** عام، خاص، تخصیص، نسخ، تفسیر.

## مقدمه

در مبحث عام و خاص، مسائل مختلفی مطرح است که هر کدام در استنباط از منابع فقهی نقشی بسزا دارند. از قبیل بحث سرایت اجمال خاص به عام، تخصیص عام به مفهوم، و دیگر مباحث مهمی که به عنوان قواعد استنباط مورد استفاده قرار می گیرند. نکته حائز اهمیت در مباحث اصولی این است که قواعد مطرح شده در این رشته از دانش، به استنباط احکام شرعیه منحصر نیستند، بلکه در مورد قوانین موضوعه هم کاربرد زیادی دارند. از آنجا که ریشه اکثر قواعد اصولی در بنای عقلا و ارتکازات عرفیه است، این قوانین به دیگر شاخه های علوم از جمله علم حقوق، سرایت نموده است. لذا بحث از نحوه تاثیر این قواعد در دیگر حوزه های دانش بشری بسیار مفید و موثر است.

مسأله نسخ و تخصیص از مواردی است که می توان در این زمینه نام برد. این مبحث مشتمل بر دو مسأله مهم است. یکی تحلیل در خصوص حقیقت نسخ در دو حوزه احکام الهی و قوانین موضوعه و دیگری تحقیق در مورد صورت های به دست آمده از سنجش قوانین عام و خاص با یکدیگر.

از میان این صورت ها، رابطه قانون خاص متقدم با قانون عام متاخر بیش تر مورد توجه است؛ چون در قوانین موضوعه این مسأله بسیار به چشم می خورد و همیشه این سؤال مطرح است که با تصویب قانون عام جدید، آیا موضع قانونگذار در مسأله حقوقی مربوط، تغییر یافته و قانون خاص سابق، نسخ گردیده است؟ یا این که قانون قدیم به عنوان مخصص قانون جدید همچنان به حیات خود ادامه می دهد؟

با توجه به مطالب فوق، پرسش های محوری این نوشتار عبارتند از این که آیا ماهیت نسخ قوانین الهی با ماهیت نسخ قوانین عرفیه یکسان است؟ آیا راه حل تخالف قانون عام با قانون خاص و بخصوص حالت تقدم قانون خاص بر قانون عام در دو حوزه

جعل و تشریع، راه حلّ واحدی است یا این که قاعده حاکم در قوانین الهی با قوانین موضوعه متفاوت است؟

مدّعی این جُستار این است که: اولاً، ماهیتِ نسخ احکام الهی و قوانین موضوعه متفاوت است؛ ثانیاً، نتایج سنجش قانون عام با قانون خاص در دو حوزه جعل و تشریع، همیشه یکسان نیست؛ ثالثاً، قاعده حاکم بر قانون خاص متقدّم و قانون عام متاخر در احکام شرعی با قوانین عرفیه مغایر است.

با تحقیق در مبانی این آرا، سعی می‌شود نظرات مطرح شده مورد ارزیابی قرار گیرند و کاربرد عملی نتایج این نوشتار بخصوص در حالت «تقدم قانون خاص بر قانون عام» در قالب مسائل متعدد حقوقی نشان داده شود.

## واژه شناسی

از آنجا که در رابطه با پایان یافتن حیات اعتباری یک قانون، در کنار واژه «نسخ»<sup>۱</sup>، اصطلاحات مشابه دیگری همچون ابطال، اتمام، تخصیص، وجود دارد، باید قبل از ورود به بحث اصلی ابتداً این اصطلاحات دقیقاً تشریح گردند و وجه افتراق و تمایز آن‌ها با واژه «نسخ» روشن شود، تا هرگونه ابهام در ادامه تحقیق از بین برود.

## تخصیص قانون

تخصیص یک قانون، در جایی است که در مورد موضوعی، حکم عامی مقرر گردد و سپس از شمول دامنه آن، به وسیله قانونگذاری حکم دیگری کاسته شود، بدون

<sup>۱</sup>- به خاطر آن که محور این تحقیق درخصوص «نسخ» است، و خارج از این بخش جداگانه در مورد آن تحقیق تفصیلی به عمل می‌آید، از توضیح اصطلاح «نسخ» در کنار دیگر اصطلاحات در بخش واژه شناسی، احتراز می‌شود.

این که این عمل به صورت استثنا باشد.<sup>۱</sup> برای تحقق تخصیص شرایط ذیل ضروری است (رجحان، ۱۳۸۲، ص ۱۲۳):

قانون عام مشتمل بر الفاظ دال بر عموم باشد؛ نسبت موضوعات قوانین، عام و خاص مطلق باشد؛ متعلقات احکام در قوانین عام و خاص یکسان و مساوی باشند؛ احکام مندرج در قوانین عام و خاص از جهت سلب و ایجاب مختلف باشند.<sup>۲</sup> پس با عنایت به موارد فوق، ماده ۶۴۰ قانون مدنی مخصّص ماده ۳۲۸ قانون مدنی محسوب می شود.

#### ابطال قانون

ابطال در اصطلاح عبارت از نابود کردن و از درجه اعتبار ساقط نمودن عمل و یا واقعه حقوقی است، مانند ابطال عقد، ردّ عقد غیر نافذ، ابطال سند مالکیت، ابطال دادخواست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ش ۲۳۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۷۴). باید دقت نمود آنچه ابطال می گردد از ابتدا فاقد ارزش و اعتبار است؛ لذا نباید انفساخ عقد را به معنای ابطال و یا بطلان آن عقد دانست؛ زیرا انفساخ عقود، تاثیر قهقرایی ندارد. بنابراین ابطال، قانون سابق را از زمان تصویب از درجه اعتبار ساقط می کند.

#### اتمام قانون

اتمام قانون عبارت از سپری شدن زمان اعتبار یک قانون است. این امر زمانی رخ می دهد که قانونی از ابتدای قانونگذاری زمان دار بوده، برای پایان آن موعد مشخصی

<sup>۱</sup> - حقوقدانان غربی از این موضوع به «اصل خاص محدود کننده عام است» تعبیر می کنند (رنه داوید، ۱۳۶۴: ۱۱۶).

<sup>۲</sup> - اگر شرایط مذکور در قوانین رعایت نگردد، تخصیص هم تحقق نمی یابد؛ مثلاً اگر شرط چهارم مختل گردد و احکام دو قانون از جهت سلب و ایجاب مساوی باشند، نتیجه آن تاکید در مقابل تخصیص خواهد بود. یا اگر شرط سوم رعایت نشود، نتیجه آن، جریان هر حکم نسبت به موضوع خود خواهد بود، بدون این که هیچ کدام بر دیگری تاثیری داشته باشد، مانند رابطه ماده ۵ ق.م با ماده ۷ قانون مذکور.

معین شده باشد. در این صورت با به پایان رسیدن زمان مقرر، قانون خود به خود از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. این مطلب هم در قوانین الهی و هم در قوانین موضوعه ممکن و محقق است. آن دسته از قوانین موضوعه که به صورت آزمایشی وضع می‌گردند، در حقیقت از قسم قوانین زمان دارند که با فرا رسیدن مهلت اعتبار، ارزش حقوقی آنها خاتمه می‌یابد. قانون جدید در پایان دادن قانون قدیم، نقشی ندارد؛ زیرا اتمام قانون سابق به جهت ماهیت خود آن قانون است، نه به خاطر وضع قانون جدید. البته قانون جدید می‌تواند کاشف از به پایان رسیدن اعتبار قانون سابق باشد.

## ماهیت نسخ قانون

### نسخ در قوانین موضوعه

«نسخ» از نظر اصطلاحی به معنای «قطع استمرار قانون» است. یکی از خصایص و ویژگی‌های اطلاق هر حکم و قانونی، استمرار آن در زمان‌های مختلف برای افراد گوناگون است. از آنجا که ساختار اولیه قوانین (چه الهی و چه بشری) به صورت قضایای حقیقیه است، از حیث زمان و افراد مطلق هستند و طبیعت اولیه آنها استمرار در طول زمان است. در این صورت وقتی می‌توان آن احکام و قوانین را از درجه اعتبار ساقط نمود، که استمرار آن توسط قوانین جدیدی قطع شود. این قانون جدید، قانون ناسخ و نام این واقعه، نسخ است (حلی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۴ و طبرسی، ۱۳۷۹، ص ۱۷۹).

بر خلاف اتمام قانون که قانون جدید تاثیری بر پایان بخشیدن به قانون قدیم ندارد، در نسخ، انقطاع قانون قدیم به وجود قانون جدید وابسته است. اگر قانون لاحق نباشد قانون سابق به حیات خود ادامه می‌دهد، لذا تنها در صورتی قانون قدیم از درجه اعتبار ساقط می‌گردد که قانون دیگری موجب قطع استمرار آن شود. بنابراین نقش قانون جدید فراتر از کاشفیت از عدم اعتبار قانون سابق است.

نسخ بر دو قسم است: صریح و ضمنی. در نسخ صریح قانونگذار به صراحت اعتبار یک قانون را پایان می‌بخشد (امامی، ۱۳۷۶، ص ۳۱). این موضوع یا توسط حذف آن قانون است،<sup>۱</sup> و یا توسط تصویب قانون دیگری که در ضمن آن، منسوخ بودن قانون قدیم اعلام می‌گردد، چه به صورت بیان دقیق خصوصیات قانون منسوخ،<sup>۲</sup> و چه بدون بیان مشخصات قانون سابق. در قسم اخیر غالباً با عبارت «هر قانون مغایر این قانون منسوخ می‌گردد»، اعتبار قانون سابق لغو می‌شود.<sup>۳</sup>

در نسخ ضمنی، دو قانون در یک مورد وضع می‌شود که جمع آنها ممکن نیست و بنابراین قانون موخر به طور ضمنی گویای نسخ قانون مقدم می‌باشد. تشخیص نسخ ضمنی در عمل دشوار است و در واقع یک عمل نظری محسوب می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۰). مثلاً در بند دوم ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی در مورد اقامتگاه اشخاص حقوقی آمده است: «اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود.» در همین موضوع ماده ۵۹۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آن جاست.» ظاهر این دو قانون متعارض است؛ لذا نظرات مختلفی در تفسیر آن از ناحیه حقوقدانان بیان شده است.

<sup>۱</sup> - مانند حذف ماده ۱۰۳۹ ق.م.مصوب ۱۳۱۳ در سال ۱۳۶۱ و حذف ماده ۹۸۱ ق.م.مصوب ۱۳۱۳ در سال ۱۳۶۱.

<sup>۲</sup> - مانند ماده ۵۲۹ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ ش که تصریحاً قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ش و مواد ۱۸، ۱۹، ۲۱، ۲۳، ۳۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ ش را لغو می‌نماید. یا ماده ۱۲ قانون ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰ ش که مقرر داشته است: «مواد ۶۶ و ۱۴۱ قانون تجارت و ماده ۲۴۱ قانون ثبت اسناد نسخ و آن قانون از ۱۵ خرداد ماه ۱۳۱۰ ش به موقع اجرا گذارده می‌شود».

<sup>۳</sup> - مثلاً در ماده ۴۳ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ مصوب ۱۳۶۸ ش آمده است: «کلیه قوانین و مقررات مغایر با آن قانون از تاریخ لازم الاجرا شدن آن قانون لغو می‌گردد.» و یا مانند ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱.

گروهی (شایگان، ۱۳۲۴، ش ۳۴۸ و سلجوقی، ۱۳۷۷، ش ۱۸۲) معتقدند ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی ناسخ ماده ۵۹۰ قانون تجارت است و معیار در تعیین اقامتگاه اشخاص حقوقی مانند شرکت‌ها، قانون مدنی است. گروهی دیگر اعتقاد به نسخ قانون تجارت ندارند (نصیری، ۱۳۵۲، ص ۱۲۳ و جعفری لنگرودی، ش ۷) و در مقابل نظر سابق می‌نویسند: «قانون تجارت ناظر به اقامتگاه اداری است و قانون مدنی ناظر به اقامتگاه مدنی است و عملاً بین این دو ماده تعارضی وجود ندارد».

بنابراین توضیحات، عناصر نسخ ضمنی که غالب موارد نسخ در قانون را تشکیل می‌دهند عبارتند از وجود قانون قدیم؛ وجود قانون جدید؛ عدم اجتماع دو قانون (کلاً و بعضاً)؛ و قطع استمرار قانون سابق.<sup>۱</sup> (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۳۶۳۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۱۶۴؛ علم الهدی، ۱۳۶۸، ص ۴۱۷ و طوسی، ۱۴۱۷، ص ۴۸۸).

بنابراین، چون ماهیت نسخ، انقطاع قانون است، ابطال و اتمام قانون، نسخ محسوب نمی‌شوند. از آنجا که قوانین موضوعه به منظور رفع نیازهای اجتماعی وضع می‌گردند و چنین نیازهایی هماهنگ با تحولات اجتماعی تغییر می‌یابند، قوانین هم باید متناسب با آن تغییر پیدا کنند، تا قادر به پاسخگویی احتیاجات روز جامعه بوده، روابط اجتماعی مردم را تنظیم کنند. پس نسخ در قوانین موضوعه بشری نه تنها طبیعی و قابل پذیرش است، بلکه امری ضروری است. ولی به همان اندازه که عدم تغییر قوانین موضوعه زیانبار است، تغییرات سریع و پی‌در پی و خلق الساعه نیز، موجب تزلزل در

<sup>۱</sup> - اراده نسخ از طرف مقنن، از عناصر مقوم حقیقت نسخ نیست. لذا کافی است که دو قانون کلاً یا بعضاً با هم ناسازگار باشند. این موضوع عملاً بسیار اتفاق می‌افتد که مقنن با این که در مقام نسخ نبوده به علت تعارض دو قانون سابق و لاحق، حالت نسخ را پدید آورده است. بنابراین نسخ یک قانون یک عمل قانونی نیست که قصد نتیجه لازم داشته باشد، بلکه نسخ یک واقعه حقوقی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۴).

روابط مردم بویژه در امور اقتصادی که شریان حیاتی هر جامعه‌ای است، می‌گردد و زیان‌های جبران ناپذیری را به بار می‌آورد.

### نسخ در احکام الهی

بعد از بیان حقیقت نسخ در قوانین موضوعه، ماهیت نسخ در احکام الهی را مورد بررسی قرار می‌دهیم. سوال اساسی این است که آیا ماهیت نسخ در قوانین عرفی و احکام الهی از یک سنخ هستند، یا واژه نسخ به صورت مشترک لفظی به کار می‌رود؟ تبیین حقیقت نسخ در احکام الهی به سادگی بحث در قوانین موضوعه نیست؛ لذا در تحلیل آن، بین محققین اختلاف نظر است و بعضی منکر وجود نسخ در احکام الهی هستند.

اشکال نسخ در مورد احکام الهی از این جا ناشی می‌شود که شارع مقدس بر خلاف قانونگذار عرفی، از هرگونه جهل و ناآگاهی مبرا است. در نتیجه عامل نسخ در قوانین موضوعه، احکام الهی را در بر نمی‌گیرد. جلوگیری از حیات یک قانون که به حسب طبیعتش توان استمرار در مقاطع مختلف زمانی را دارد، از دو صورت خارج نیست: یا قانون منقطع، مصلحت بقا و استمرار را داشته، ولی با این حال از ادامه حیات آن جلوگیری شده؛ و یا این که عدم کاربرد آن برای زمان‌های بعدی معلوم گشته است.

در حالت اول، قطع استمرار حکم با وجود مصلحت، امری قبیح و لغو در قوانین بشری است، چه برسد به قوانین الهی، که شارع حکیم از انجام دادن هر عمل غیر حکیمانه مبرا است.

حالت دوم، در قوانین موضوعه امری ممکن و محقق است؛ زیرا بشر توان احاطه به همه امور و مصالح خود را ندارد. گاهی در وضع قانونی تصور می‌شود که این قانون جوابگوی نیازهای انسان در همه زمان‌هاست، ولی بعد از گذشت مدتی روشن می‌شود



این قانون برای این برهه از زمان، کاربردی ندارد و اجرای آن نه تنها مفید نیست، بلکه موجب پیدایش ناهنجاری در جامعه می‌شود. در این صورت با جعل قانون جدید، به حیات قانون سابق پایان داده می‌شود.

این عامل تنها و مهم‌ترین دلیل نسخ در قوانین موضوعه است؛ اما این سبب در مورد قوانین الهی متصور نیست؛ زیرا چنین امری نشانه عدم احاطه علمی شارع در مقام انشای حکم است، در حالی که امکان ندارد ذات باری تعالی به خاطر مصالح و مفاسدی، حکمی را تشریع و سپس به سبب کشف نبود مصلحت مزبور در طول زمان، از استمرار آن ممانعت نماید. این موضوع نشانه جهل و ناتوانی مقنن در مقام تشریع است، که البته در مورد قنونگذار بشری قابل پذیرش است، اما در مورد شارع حکیم و عالم مطلق به هیچ عنوان ممکن نیست.

البته در بین قوانین الهی، احکامی وجود دارند که اعلام بی‌اعتباری آن در زمان‌های بعدی، با اشکال مطرح شده مواجه نیست، و شارع می‌تواند بعد از تشریع، آن حکم را از درجه اعتبار ساقط کند. بدیهی است که این حالت در جایی است که مصلحت احکام، موقت و محدود به زمانی خاص باشد، یعنی حکم از ابتدا برای برهه‌ای خاص جعل گشته است و در واقع بی‌اعتباری آن از جهت به پایان رسیدن مصلحت آن است. نسخ چنین احکامی در شریعت از سوی شارع حکیم، نه تنها امری ممکن، بلکه لازم است. این نحوه تشریع هم در احکام الهی و هم در قوانین بشری وجود دارد، زیرا بی شک یکی از خصوصیات موثر در قانونگذاری، نفس «زمان» است. ممکن است یک عمل خاص در یک مقطع زمانی مشتمل بر مصلحت و یا مفسده باشد، ولی در زمان دیگر فاقد آن باشد. در این صورت قطعاً تشریع، محدود به آن زمان می‌شود و جعل حکم مطلق امری غیر معقول محسوب می‌گردد که با اتمام زمان آن، اعتبار و ارزش آن حکم هم به پایان می‌رسد (فیاض، ۱۴۱۰، ص ۳۲۸).

اما سوال مهم این است که آیا این نوع نسخ، نسخ حقیقی (انقطاع استمرار حکم) است یا مجازی (اتمام زمان حکم)؟ در این خصوص نظرات گوناگونی وجود دارد:

نظر اول: برخی از دانشمندان (مظفر، ۱۳۷۰، ص ۴۸) معتقدند که نسخ احکام شرعی، نسخ حقیقی است و با نسخ در قوانین موضوعه هیچ تفاوتی ندارد. در تبیین این نظریه پاسخ به این مسأله ضروری است که اگر نسخ احکام الهی به خاطر به پایان رسیدن زمان مصلحت آنهاست، آیا شارع از ابتدا به این امر آگاه بوده است یا خیر؟

چون فرض جهل منتفی است، حکم مزبور در حقیقت به صورت موقت تشریع گردیده، هر چند در ظاهر مطلق بیان شده است. در این صورت دلیل ناسخ فقط مبین و کاشف از مراد واقعی شارع از تشریع اول اوست، همانند دلیل مخصص؛ با این فرق که دلیل ناسخ به حسب اوقات و ازمه، دلیل سابق را تخصیص می‌زند، اما دلیل خاص، مخصص عام از جهت افراد است. پس بین نسخ و تخصیص در احکام الهی فرق مهم و ماهوی نمی‌ماند (طوسی، ۱۴۱۷، ص ۳۵۴؛ عراقی، ۱۴۲۰، ص ۴۸۵، عراقی، ۱۴۰۵، ص ۵۴۴؛ و حکیم، ۱۴۰۸، ص ۵۴۰).

در توضیح، گفته شده است که هر چند نسخ در احکام الهی در واقع به خاطر پایان یافتن مصلحت آنهاست و شارع هم به آن عالم است، ولی به این معنا نیست که حکم سابق به صورت موقت انشا شده است، به طوری که انشا یا منشا مقید به زمان باشند، بلکه حکم منسوخ بنا بر مصلحت خود مطلق تشریع شده، نه موقت و زمان دار و مادامی که مصلحت آن پا برجاست، آن حکم هم باقی است. اما چون واضع احکام، شارع مقدس است و از ابتدا به انتهای زمان مصلحت این دسته از احکام عالم است، آنها را در موقع مقرر نسخ و رفع می‌کند، ولی این مسأله موضوعی با تشریع احکام موقت متفاوت است. به بیان دیگر: بین حکم موقت و علم به انتهای مصلحت یک حکم، تفاوت اساسی وجود دارد و نباید این دو موضوع را یک مسأله انگاشت. لازمه تشریع موقت این است که حکم در زمان مقرر به خودی خود از درجه اعتبار ساقط

شود و برای نقض آن به بیانی از ناحیه قانونگذار احتیاجی نباشد. اما در جایی که مقنن حکم زمان دار تشریع نمی‌کند، ولی به انتهای زمان مصلحت حکم واقف است، فرا رسیدن انتهای مصلحت حکم، به معنای سقوط حکم از درجه اعتبار نیست، بلکه باید توسط اعلام شارع، استمرار آن حکم قطع گردد.

با این توضیحات، فرق بین تخصیص و نسخ این گونه نمایان می‌گردد: در تخصیص با وجود الفاظ دال بر عموم، حکم از ابتدا مقید و مخصّص تشریع گردیده و دلیل خاص کاشف از مراد واقعی شارع است، نه این که رافع حکم ثابت در واقع محسوب شود، در حالی که در نسخ، حکم منسوخ، مطلق تشریع شده که مقتضای آن بقا و استمرار تا فرا رسیدن زمان رفع آن است.

پس دوام در چنین احکامی، مستفاد از ظاهر دلیل نیست که به اطلاق یا عموم ثابت شده باشد تا منشأ حکمی موقت، و دلیل ناسخ کاشف از مراد شارع محسوب شود؛ بلکه دوام مستفاد از دلیل، مقتضای نفس تشریع حکم است نه مقتضای اطلاق یا عموم آن دلیل.

با این تحلیل، روشن می‌شود که حقیقت نسخ در احکام الهی و قوانین موضوعه امری واحد و از یک سنخ است.

تحقیق مزبور، ما را به نتایج ذیل رهنمون می‌گردد: در احکام الهی و قوانین عرفی، تشریع و قانونگذاری به صورت قضایای حقیقیه است؛ با پایان یافتن مصلحت تشریع، می‌بایست احکام و قوانین وضع شده از درجه اعتبار ساقط گردند؛ و علم به انتهای زمان مصلحت، به معنای تشریع حکم موقت نیست.

بنابراین تنها فرق بین احکام الهی و قوانین موضوعه این است که قانونگذار عرفی در زمان جعل قانون با این که می‌داند با زوال مصلحت، آن قانون باید نسخ گردد، ولی از زمان پایان یافتن آن بی‌خبر است. در احکام الهی، شارع مقدس از ابتدا به انتهای زمان مصلحت حکم واقف است، با این حال، حکم خود را به صورت موقت تشریع نمی‌کند،

بلکه آن را به حسب مصلحت موجود، مطلق جعل می کند. تنها تاثیر علم شارع این است که با پایان مصلحت، حکم سابق باید رفع گردد و الا موجب ابقای حکم بدون مصلحت گشته، که از شارع حکیم و عالم، بدور است.

در نتیجه، نسخ در احکام شرعیه از مقوله اتمام حکم نیست؛ زیرا اتمام حکم فقط در احکام موقت است، بلکه از مقوله انقطاع حکم مستمر است، که محتاج به رفع از سوی شارع می باشد.

نظردوم: بعضی دیگر اعتقاد دارند که این نسخ، نسخ مجازی است و در حقیقت، نسخ «دفع» حکم سابق است، نه «رفع» آن (خراسانی، ۱۹۹۰، ص ۳۲۸؛ روحانی، ۱۴۱۲، ص ۳۷۶؛ جزائری، ۱۳۷۲، ص ۶۵۹؛ فیاض، ۱۴۱۰، ص ۲۳۲؛ صدر، ۱۴۰۶، ص ۳۲۲؛ مشکینی، ۱۴۱۳، ص ۲۶۸). چون محدوده زمانی مصلحت این دسته از احکام از ابتدا مشخص است، و اراده به تبع مصلحت محدود به زمان نمی تواند منشا حکم مطلق واقعی باشد (زیرا انشای شارع معلل به مصالح و اغراض است و امکان ندارد انشای حکم از محدوده مصالح و مفاسد آن فراتر رود)؛ پس اگر مصلحت در نزد شارع محدود و موقت به زمان خاص است، ناگزیر انشای حکم هم به تبع آن، محدود است. پس نسخ، به پایان رسیدن زمان حکمی است که از ابتدا به صورت موقت تشریع گردیده و این معنایی مجازی برای نسخ است. اما از آنجا که حکم سابق بظاهر دلالت بر دوام و استمرار دارد، چنین حکمی ثبوتاً موقت و اثباتاً دائم و مستمر است؛ لذا نسخ در این نوع احکام دفع ثبوتی و رفع اثباتی است.

در واقع این نظریه، این پیش فرض را رد می کند که «علم شارع به انتهای زمان مصلحت با تشریع حکم موقت ملازمه ندارد» و معتقد است که چنین علمی در اراده منبعث از آن مصلحت محدود، تاثیر دارد و امکان ندارد اراده حاکم که منبع انشای

حکم است از آن مصلحت محدود، متأثر نشود و بر خلاف موقت بودن مصلحت، انشای حکم مطلق بکند. پس دلیل ناسخ کاشف از انتهای زمان حکم است.<sup>۱</sup>

#### اصل حاکم در موارد شک در نسخ

در صورتی که ناسخ بودن یک قانون نسبت به قانون دیگر ثابت شود، مانند نسخ صریح (بخصوص در صورتی که مشخصات قانون منسوخ ذکر شده باشد)، در این صورت بی‌تردید قانون لاحق ناسخ قانون سابق است، اما در جایی که در ناسخ بودن قانون جدید تردید، همانند نسخهای ضمنی، اصل حاکم «اصل عدم نسخ» است. مبنای این اصل بر این قاعده استوار است که هر زمان در حادثه‌ای اعم از حوادث تکوینی و حقوقی، شک و تردید پیدا شود، قاعده اولیه، فرض عدم تحقق آن حادثه است؛ زیرا هر امر حادثی مسبوق به عدم، و محتاج به علت است؛ پس تا اثبات وقوع آن، سابقه عدم تحقق، معیار و مرجع در مقام اثبات است. این قاعده در مورد همه حوادث حقوقی از جمله حادثه نسخ، صادق است. برای مطالعه عملی در این زمینه مثالی بیان می‌شود:

قانون مدنی در رابطه با افراد مستحق نفقه پس از انحلال نکاح، در ماده ۱۱۰۹ مقرر داشته است: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر این که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد؛ لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن

<sup>۱</sup> - بعضی از مفسرین (طباطبایی، ۱۳۹۸: ۲۵۶) در تبیین آیه شریفه «مَا نُنَسِّخُ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (بقره/۱۰۶) می‌نویسند: آیات منسوخه نوعاً لحنی دارند که به طور اشاره می‌فهمانند که بزودی نسخ خواهند شد و حکم در آن «ابد و دوام» ندارد، مانند آیه شریفه «فَاعْفُوهُ وَاصْفَحُوا حَتَّى يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرٍ» که بروشنی می‌فهمانند حکم عفو و گذشت دائمی نیست و بزودی حکمی دیگر می‌آید (که بعدها بصورت حکم جهاد آمد)، و یا مانند حکم زنان بدکاره در آیه شریفه «فَامْسْكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ، حَتَّى يَتَوْفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا» نساء/۱۵ که باز بوضوح می‌فهمانند حکم حبس حکمی موقت است و بزودی توسط آیه دیگر «نور۲» تغییر می‌کند. پس جمله «یاتی الله بامر» در آیه اول و جمله «او یجعل الله لهن سبیلا» در آیه دوم خالی از اشعار نیستند که حکم آیات، موقتی می‌باشد و بزودی دستخوش نسخ خواهند شد.

باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.» سپس در ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ش بیان داشته است: «در کلیه مواردی که گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود، دادگاه ترتیب نگهداری اطفال و میزان نفقه ایام عده را با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال معین می‌کند... نفقه زوجه از عواید و دارایی مرد... استیفا خواهد گردید».

این ماده قانونی، از نفقه ایام عده بحث کرده است؛ لذا تصور شده است که ماده ۱۲ قانون اخیر، در هر حال، نفقه زمان عده را بر عهده مرد قرار داده و لزومی ندارد که دادگاه رجعی بودن طلاق و تمکین زن را در آن حال مورد رسیدگی قرار دهد. پس باید زوج نفقه ایام عده را بدهد، هر چند طلاق، طلاق بائن (ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی) یا عده، عده رجعی بوده، ولیکن زن در حین طلاق (و یا در اثنای عده) ناشزه باشد (ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی).

بنا بر این تفسیر از ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده، ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی نسخ ضمنی شده است و بعضی از دادرسان مرد را در طلاق‌های باین نیز ملزم به دادن نفقه زن کرده‌اند.

ولی این تفسیر از قانون مدنی صحیح نیست و قانون حمایت خانواده، نسخ آن محسوب نمی‌شود. در رابطه با ماده ۱۲ قانون حمایت از خانواده تفسیر دیگری وجود دارد که مستلزم نسخ قانون مدنی هم نیست. با وجود این تفسیر منطقی، نظریه نسخ قانون، بشدت مورد شک و تردید واقع می‌گردد و اصل عدم نسخ جاری می‌شود. بنا بر این تفسیر (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۹۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۴۶۸) قانون حمایت خانواده در مقام تغییر احکام قانون مدنی در باب نفقه زمان عده نیست، بلکه در مقام تبیین چگونگی حکم به نفقه برای مستحقین آن است، که در قانون مدنی به سکوت برگزار شده و بناچار بر طبق عرف مسلم عمل می‌گردیده است (یعنی زوجه

مستحق نفقه هر ۲۴ ساعت تا ۲۴ ساعت دیگر است). این نص، جایگزین آن عرف شده و به جای تفسیر ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی به این عرف، ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده مفسر قانون مدنی گشته است. این حکم با احکام انفاق در قانون مدنی هیچ تعارضی ندارد تا بتوان از نسخ ضمنی آن‌ها طرفداری کرد. پس دادگاه ابتدا باید بنا بر قانون مدنی استحقاق زن را در گرفتن نفقه احراز کند و پس از آن درباره میزان نفقه و چگونگی استیفای آن از عواید و دارایی مرد، بر طبق ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده تصمیم بگیرد.<sup>۱</sup>

### صورت‌های مختلف قانون عام و قانون خاص

وقتی قوانین عام و خاص منفصل در یک موضوع واحد با یکدیگر سنجیده می‌شوند، وضعیت از چند حالت خارج نیست که در ذیل تشریح می‌گردد.

#### تاریخ صدور قوانین عام و خاص مشخص و عرفاً مقارن

در این حالت، بین احکام شرعیه و قوانین موضوعه فرقی نیست و هر دو از اصل تخصیص تبعیت می‌کنند؛ مثلاً در ماده ۴۴۵ قانون مدنی آمده است: «هریک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراثت می‌شود» و ماده ۴۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «خيار شرط ممکن است به قيد مباشرت و اختصاص به مشروط له قراردادده شود. در این صورت

<sup>۱</sup> - مثال دیگر در این رابطه، ماده ۵۱۶ قانون مدنی با ماده ۳۸۶ قانون تجارت است. با توجه به این دو ماده دو حکم متفاوت استنتاج می‌گردد: بر طبق قانون مدنی، در دعوا بین صاحب کالا و متصدی حمل و نقل، صاحب کالا باید تقصیر متصدی را اثبات کند تا بتواند از او خسارت بگیرد، در حالی که به موجب قانون تجارت، فرض این است که متصدی مقصر است و باید خلاف آن را اثبات کند. پس کافی نیست که متصدی حمل و نقل ثابت کند که تقصیر نکرده و مواظبت‌های لازم را معمول داشته است، بلکه باید ثابت نماید که علت حادثه، امر خارجی بوده است. ظاهر این است که این دو ماده از مبانی مختلفی پیروی کرده‌اند و به همین دلیل احتمال نسخ ماده ۵۱۶ ق.م توسط ماده ۳۸۶ ق.ت وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴۱۵).

منتقل به وراث نخواهد شد.» ماده اخیر از حیث مفاد و معنا مکمل قضیه کلی مذکور در ماده ۴۴۵ قانون مدنی است و بی شک آن را تخصیص می زند، که نتیجه دو ماده فوق این است که هریک از اختیارات بعد از فوت، به وراث منتقل می شود، مگر خیار شرطی که با قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروط له اختصاص داده شود (امامی، ۱۳۷۶، ص ۲۹). نکته حائز اهمیت این است که در این حالت، اختلاف بین نسخ و تخصیص در قوانین موضوعه، عملاً تفاوتی ایجاد نمی کند، بر خلاف احکام شرعی (توضیح این مطلب بزودی بیان می شود).

#### تاریخ صدور قوانین عام و خاص مشخص و تقدم قانون عام بر قانون خاص

در این صورت دو حالت قابل تصور است: یکی صدور قانون خاص قبل از عمل به قانون عام است. در این فرض در احکام شرعی، حکم خاص مخصّص حکم عام است نه نسخ آن. دلیل بر عدم امکان نسخ (تشریع حکم زمان دار)، استحاله عمل لغو بر شارع حکیم است. معقول نیست شارع مقدّس حکمی را برای مقام عمل جعل کند، با این که می داند چنین حکمی در خارج تحقق نمی یابد و موضوع آن فعلیت پیدا نمی کند. چون غرض از تشریع هر حکمی ایجاد داعی و انگیزه برای انجام دادن آن از سوی مکلف است، حال که شارع می داند حکم او به این مرحله نمی رسد، جعل آن، عملی لغو و بیهوده خواهد بود تا بعد نوبت به نسخ آن برسد (روحانی، ۱۴۱۲، ص ۳۷۷). لذا حکم خاص در چنین مواردی مخصّص حکم عام است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - البته این انتقاد در صورتی تمام است که اوامر الهی از نوع اوامر حقیقیه باشد، نه اوامر امتحانیه، که غرض مجرد امتحان است، نه انجام دادن آن از طرف مکلف تا نسخ آن قبل از عمل، موجب لغویت حکم شارع گردد (فیاض، ۱۴۱۰: ۳۱۶). بعضی از محققین در این حالت قائل به تفصیل شده اند (خوئی، ۱۴۱۹: ۲۹۵). در این تحقیق، بین قضایا خارجی و قضایا حقیقیه موقت با قضایای حقیقیه غیرموقت، فرق نهاده شده و اشکال مطرح شده را فقط در مورد اول وارد دانسته اند. ولی این تفصیل مورد مناقشه است (بهسودی، ۱۴۲۲: ۵۳۴، روحانی، ۱۴۱۲: ۳۷۱)؛ زیرا در اوامر حقیقیه، مجرد فرض وجود موضوع



باید توجه داشت که استدلال مطرح شده فقط در ناحیه احکام الهی جاری است، و شامل قوانین موضوعه نمی‌گردد. در قوانین بشری علم و آگاهی مطلق قانونگذار عرفی فرض نشده است، و ممکن است قانونگذار در ابتدا به خاطر وجود مصلحتی، قانونی را تصویب کند و بعداً به دلیلی، حتی قبل از عمل به قانون سابق، مانع استمرار آن بشود و قانون سابق را لغو اعلام کند؛ ولی باید دقت کرد که اگر این مسأله به خاطر کشف نبود مصلحت در زمان تشریع قانون باشد، لغو آن قانون، ابطال است نه نسخ. در قوانین موضوعه (برخلاف احکام شرعی) اعمال نظریه نسخ و یا نظریه تخصیص، عملاً اثر حقوقی متفاوتی را به دنبال ندارد (توضیح این مطلب بزودی بیان می‌شود).

دوم این که صدور قانون خاص بعد از عمل به قانون عام است. در این حالت که یکی از مهم‌ترین صورتهای مطرح شده است، دو نظر عمده وجود دارد: نظر اول بر مبنای تخصیص عام است و نظر دوم بر مبنای نسخ خاص.

اصلی‌ترین دلیل در نسخ قانون خاص این است که اگر قانون عام متکفل حکم ظاهری، و قانون خاص، مبین و مفصل آن محسوب شود، موجب تاخیر بیان از وقت نیاز و حاجت است، که برای شخص حکیم امری قبیح محسوب می‌شود، چون مستلزم تضييع احکام و مصالح عباد است (عراقی، ۱۴۰۵، ص ۵۵۰؛ حکیم، ۱۴۱۶، ص ۳۸).

این نظر مورد تایید بعضی از نویسندگان در حقوق موضوعه واقع شده است و در تحلیل آن نوشته‌اند:

---

در خارج با علم امر به انتفای شرط فعلیت در آن، کافی نیست؛ زیرا با التفات امر به عدم تحقق موضوع در خارج، تشریع حکم به انگیزه ترغیب مکلف به انجام دادن آن، امری لغو خواهد بود. بر این اساس بین قضایای حقیقیه غیر موقت با قضایای حقیقیه موقت و قضایا خارجی فرقی وجود ندارد.

«اگر قانون عام قبلاً تصویب شده و پس از فرارسیدن موقع اجرای آن، قانون خاص تصویب گردیده است (مانند ماده عام موجود در جلد اول قانون مدنی که در سال ۱۳۰۷ تصویب شده و خاص موجود در جلد دوم و سوم قانون مدنی که در سال ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ به تصویب رسیده است)؛ در این صورت باید بر آن بود که خاص نسبت به مقداری که با عام تنافی دارد عام را نسخ می‌نماید و نسبت به بقیه عام به قوت خود باقی است؛ زیرا تاخیر بیان از وقت حاجت بر خلاف عقل و منطق می‌باشد» (امامی، ۱۳۷۶، ص ۳۰).

#### نقد و بررسی

در پاسخ باید گفت: قبح تاخیر بیان از وقت حاجت در دو صورت قابل تصور است. یکی این که تاخیر بیان موجب کُلفت و سختی مکلف بشود، بدون این که دلیلی مقتضی آن باشد. دیگری این که تاخیر بیان موجب در انداختن مکلف در مفسده یا تفویت مصلحتی از او بشود.

اما نکته حائز اهمیت این است که این قبح، همانند قبح ظلم، امر ذاتی و غیر قابل انفکاک نیست، بلکه مانند قبح کذب است؛ یعنی این عمل فی نفسه قبیح است مادامی که عنوان حسنی بر آن منطبق نشود. در مورد «قبح تاخیر بیان» هم همین نظر حاکم است. این قبح تا جایی است که مصلحت مهم‌تری همانند مصلحت بیان تدریجی حکم واقعی، موجب تاخیر بیان نگردد، که در این صورت تفویت موقت مصلحت واقعی جهت تحصیل مصلحتی مهم‌تر، قبیح نیست (فیاض، ۱۴۱۰، ص ۳۲۰؛ روحانی، ۱۴۱۲، ص ۳۷۳). پس این اشکال در صورتی وارد است که برای تاخیر حکم واقعی هیچ مصلحتی متصور نباشد. پس با وجود مصلحت بر کتمان حکم واقعی و تشریع حکم عام ظاهری، نمی‌توان مخصّص بودن قانون خاص را بعد از زمان عمل به آن لغو دانست. حال با وجود امکان تخصیص، مخصّص بودن قانون سابق بر نسخ آن ارجح است؛ زیرا

در رابطه با قانون عام تنها «اصل عموم» جاری است، که اجرای این اصل فقط گویای جدی بودن مفاد قانون عام از نگاه شارع است، چه این قانون، عام واقعی، و چه عام ظاهری باشد.

اما در نسخ، بیش از اثبات مراد جدی لازم است، چون نسخ قانون سابق، متوقف بر اثبات واقعی بودن مفاد آن قانون است. این موضوع از توان جریان اصل عموم خارج است و باید دلیل دیگری متکفل بیان این مطلب باشد، در حالی که فرضاً به جز اصل عموم چیز دیگری وجود ندارد. اما تخصیص قانون سابق به قانون لاحق فقط متوقف بر اثبات جدی بودن مفاد قانون قدیم است، که آن هم با اجرای اصل عموم ثابت می‌گردد (مظفر، ۱۳۷۰، ص ۱۵۲).

وحدت قوانین موضوعه با احکام شرعیه در این قسم، فقط از جهت نظری است، اما از جهت عملی و تاثیر خارجی بین آن دو تفاوت است. این مطلب جداگانه در دو حوزه احکام شرعیه و قوانین موضوعه تحقیق می‌گردد.

از آن جا که «عدم اجتماع دو قانون کلاً یا بعضاً»، از عناصر محوری ماهیت نسخ در قوانین موضوعه است، و از طرفی هم فقط در قسمتی از قلمرو قانون اول، قانون دوم ناسازگار است، در این صورت قانون خاص فقط ناسخ همان بخش از قانون سابق است، چون در مابقی، بین قانون قدیم و قانون جدید تعارضی نیست. این نتیجه با جریان تخصیص هم حاصل می‌گردد؛ چون تنها نسبت به مقدار تخصیص، شمول قانون عام سابق محدود می‌گردد، والا در مابقی موارد، قانون عام، بی‌مزامحه جاری است. پس بین این دو نظریه در قوانین موضوعه تفاوت عملی وجود ندارد.

در ناحیه احکام شرعیه با توجه به حقیقت نسخ، بنا بر نظریه دوم که اتمام زمان حکم سابق است، بین نظریه تخصیص و نسخ تفاوت عملی وجود دارد. بنا بر تخصیص حکم عام سابق، فقط به همان مقدار تخصیص، از دامنه شمولش کاسته می‌شود، ولی نسبت به مابقی موارد به سبب نبود قانون مخالف، حکم عام بی‌مزامحه جاری است؛ اما

بنا بر نسخ حکم عام، نتیجه متفاوت است. همان طور که بیان شد، ماهیت نسخ بنا بر نظریه دوم، به معنای اتمام زمان حکم سابق است که البته این امر به خاطر تعارض حکم خاص با حکم عام نیست، چون پایان حکم عام به سبب پایان زمان اعتبار آن است. بنابراین، حکم عام تماماً از اعتبار ساقط می شود نه فقط در حد مقدار مخالفت با مفاد حکم خاص.

**تاریخ صدور قوانین عام و خاص مشخص و تقدم قانون خاص بر قانون عام**  
در این صورت هم دو حالت قابل تصور است. یکی این که صدور قانون عام قبل از عمل به قانون خاص است. در این قسم قانون خاص سابق، مخصص قانون عام لاحق است؛ چون در صورتی که عام لاحق ناسخ باشد، لغویت در تشریع لازم می آید (تحقیق در مبنای این نظر در حوزه احکام شرعی و قوانین موضوعه سابقاً بتفصیل بیان شد، لذا از توضیح دوباره خودداری می شود).

دوم این که صدور قانون عام بعد از فرارسیدن زمان عمل به قانون خاص است. این قسم بعد از بیان ماهیت نسخ و گونه های مختلف قانون عام و خاص، سومین بحث اصلی این مقاله است. سوال محوری این است که آیا در این جا واقعه تخصیص بین قانون خاص قدیم و قانون عام جدید حاکم است یا نسخ؟ آیا بین احکام الهی و قوانین موضوعه تفاوتی وجود دارد؟ یا خیر؟ به سبب اهمیت این موضوع، این قسم را در بخشی مجزا مورد تحقیق قرار می دهیم.

### قاعده حاکم بر قانون خاص متقدم و عام متاخر

#### آرا و نظرات

در این حالت که قانون عام، متاخر از قانون خاص است، دو نظر وجود دارد. قانون عام جدید ناسخ قانون خاص قدیم است و دیگری این که قانون خاص سابق مخصص قانون عام لاحق است.

به نظر نگارنده رای اول، نظریه صحیح و منطقی در این مورد است که برای تبیین آن بیان دو مقدمه ضروری است. اول این که نظریه تخصیص در این حالت مبتنی بر اثبات دوام و اعتبار قانون خاص سابق در عرض قانون عام لاحق است. اگر ثابت نشود که قانون گذشته در زمان صدور قانون عام جدید پایدار است، تخصیص خود به خود منتفی خواهد بود. از آنجا که فقط قانون معتبر توان تخصیص قانون دیگر را دارد، پس در وهله اول می‌بایست حیات اعتباری قانون خاص که مستلزم استمرار آن از گذشته تا الان است، در کنار قانون عام ثابت گردد، تا بعد، سخن از تخصیص آن به میان آید. دوم این که در احکام الهی، تشریع حکم به معنای ثبوت آن در زمان صدور حکم نیست، بلکه حکم از ابتدا ثابت بوده فقط در مقام بیان آن، به علت مصالحی تاخیر پیدا شده است. از آنجا که هر نوع تحوّل و تطوّر در شارع مقدّس مستلزم نقص، و به برهان عقلی مردود است، پس علم مطلق شارع حکیم، کاشف از ثبوت آن حکم از ابتداست؛ اما در قوانین موضوعه چون برای مقنّن فرض علم مطلق نشده و برای او دگرگونی ممکن و محقق است، صدور یک قانون دلالت بر ثبوت آن از ابتدا ندارد، بلکه به عکس، تصویب هر قانونی با وجود تحولات اجتماعی و اقتصادی در جامعه و به تبع آن دگرگونی در مقنّن به منظور هماهنگی با آنها، نشانه ثبوت آن قانون از زمان صدور است، حتی اگر آن قانون بعد از تصویب به دلایلی ناظر به سابق گردد (م ۱۱ قانون مدنی؛ اصل ۱۶۹ قانون اساسی).

بعد از توضیحات فوق، این سوال مطرح می‌گردد که چه دلیلی می‌تواند متکفل اثبات دوام و حیات قانون خاص قدیم در عرض قانون عام جدید شود تا بعد حکم به تخصیص آن گردد؟ بعضی (خوئی، ۱۴۱۹، ص ۴۰۱) معتقدند نفس دلیل حکم خاص، نمی‌تواند گویای استمرار آن باشد. استمرار یک حکم در رتبه متأخر از خود حکم است؛ لذا ابتدا باید وجود حکمی فرض و سپس استمرار آن لحاظ شود. این مطلبی مسلم در تمامی قضایای حقیقیه است. پس دلیل واحد، نمی‌تواند هم متکفل اثبات اصل

حکم، و هم متکفل اثبات آنچه متأخر و متوقف بر آن است. لذا باید به سراغ ادله خارجی رفت که در این جا دو دلیل می توان بیان کرد. یکی استصحاب عدم نسخ و دیگری روایت زراره است که می فرماید: «سالت ابا عبدالله (ع) عن الحلال والحرام. فقال (ع) حلال محمد (ص) حلال ابدا الی یوم القیامه و حرامه حرام ابدا الی یوم القیامه...» (کلینی، ۱۳۶۵، ص ۵۸).

اما دلیل اول محکوم به دلیل اجتهادی است؛ چون امر دائر بین استناد به استصحاب عدم نسخ و عموم قانون جدید است، که با وجود اصل لفظیه نوبت به اصل عملیه نمی رسد. دلیل دوم هم ناظر به عدم نسخ شریعت به شرایع دیگر تا روز قیامت است، که این امر با نسخ بعضی از احکام خود آن شریعت هیچ منافاتی ندارد. به بیان دیگر، مفاد حدیث، استمرار احکام این شریعت نیست، تا به عموم آن در هر مورد مشکوکی استناد شود.

در نتیجه وقتی نه دلیل حکم سابق، و نه دلیل خارجی، توان اثبات استمرار قانون خاص سابق را ندارد، هیچ کدام ادعای تخصیص قانون عام لاحق، قابل پذیرش نیست. در نقد این نظر باید گفت که اگر استمرار به لحاظ خود حکم در نظر گرفته شود، انتقاد مذکور وارد است؛ اما اگر به لحاظ متعلق و موضوع آن حکم ملاحظه شود، این برهان مخدوش است؛ چون همان طور که دلیل «لا تشرب الخمر» نسبت به افراد عرضی متعلق حکم، اطلاق دارد؛ یعنی هر آنچه بر آن عنوان خمر صدق کند، حکم حرمت شامل آن می شود؛ همان طور این دلیل نسبت به افراد طولی یعنی قطعات زمان هم اطلاق دارد؛ زیرا متعلق و یا موضوع آن به قطعه زمان خاص مقید نگشته است. بنابراین، دوام و استمرار حکم به اطلاق ثابت می گردد و در هر قطعه زمانی که در ثبوت آن شک گردد به اطلاق متعلق یا موضوع، وجود آن حکم ثابت می شود (بهسودی، ۱۴۲۲، ص ۵۴۴).

در این جا اشکال دیگری مطرح می‌شود مبنی بر این که هر چند استمرار قانون خاص قدیم بنا بر برهان فوق قابل اثبات است؛ اثبات این موضوع همان طور که بیان شد از طریق اطلاق لفظی است. اطلاق‌گیری از هر دلیلی مبتنی بر جریان مقدمات حکمت است که یکی از این مقدمات نبود قرینه بر خلاف است، در حالی که خود قانون عام لاحق، بیان و قرینه‌ای بر خلاف اطلاق قانون سابق است.

در پاسخ باید گفت: این اشکال مرز افتراق قوانین موضوعه از احکام الهی است و در حقیقت این انتقاد بر قوانین موضوعه وارد است. بنا بر مقدمه دوم، صدور یک قانون عرفی گویای ثبوت آن نزد قانونگذار از زمان صدور آن است، که در این صورت قانون عام لاحق، مانع تشکیل مقدمات حکمت برای اثبات استمرار قانون خاص سابق می‌گردد. پس نظریه تخصیص مردود و نظریه نسخ (به خصوص با معنای قطع استمرار). ثابت می‌شود (فیاض، ۱۴۱۰، ص ۳۲۸).

اما در احکام الهی این مشکل بر سر راه اثبات استمرار حکم خاص سابق و تخصیص عام لاحق نمی‌باشد. در مقدمه دوم ثابت شد که بیان حکم در شریعت الهی به معنای ثبوت آن حکم از زمان صدور آن نمی‌باشد؛ لذا در ظرف ثبوت حکم، بین احکام الهی هیچ تقدّم و تاخّری نیست. تقدّم و تاخّر فقط در ناحیه بیان حکم است، نه به حسب واقع. بنابراین، عام متاخر هر چند بعد از فرا رسیدن وقت عمل به حکم خاص صادر شده است؛ ولی مفاد و مضمون آن مقارن با ثبوت مضمون حکم خاص است. پس در مقام ثبوت هیچ تقدّم و تاخّری بین احکام عام و خاص وجود ندارد. بنا بر همین اصل است که گفته می‌شود نسبت دادن روایات ائمه متاخر به ائمه سابق صحیح است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۲۹۴؛ حکیم، ۱۴۱۶، ص ۴۰۲). پس حکم عام متاخر در زمان امام صادق (ع) مقارن با حکم خاص متقدّم در زمان امیرالمومنین (ع) است. در این صورت همان طور که اگر حکم عام و خاص هر دو مقارن با هم از یکی از ائمه (ع) صادر می‌شد جای تردیدی برای تخصیص باقی نمی‌ماند؛ در این جا هم که ثابت شد

هیچ تقدّم و تاخّر واقعی بین حکم عام لاحق و خاص سابق وجود ندارد، پس برای نظریه نسخ مجالی باقی نمی ماند. مضافاً نظریه نسخ در احکام الهی متوقف بر اثبات اتمام زمان اعتبار قانون قدیم است و قانون جدید در پایان دادن قانون قدیم نقشی ندارد.

### مطالعه کاربردی در رابطه با خاص متقدّم و عام متاخر در مسائل حقوقی

در پایان، مواردی که در قوانین موضوعه از مصادیق «عام متاخر و خاص متقدّم» است مطرح می شود. اکثر حقوقدانان به تبع نظر غالب صاحب نظران در اصول فقه در این حالت، نظریه تخصیص را انتخاب کرده، در چنین مواردی قانون مقدّم را مخصّص عام موخر می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۵؛ امامی، ۱۳۷۶، ص ۳۱). ولی در مقابل بعضی دیگر نظریه نسخ را در چنین مواردی ترجیح داده که این دیدگاه، نظریه صحیح و منطقی است.

قبل از بیان مسائل حقوقی، باید توجه داشت تاسیس اصل تفسیری در خصوص قوانین خاص متقدم و عام متاخر، با این امر هیچ منافاتی ندارد که در مواردی بر اساس قرائن قطعی، به نتیجه ای خلاف اصل تفسیری قائل شویم؛ چنان که این موضوع در طول بررسی و تحلیل مسائل حقوقی مشاهده می شود.

یک- در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی آمده است:

«هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت شهرت تجارتي یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد». در مورد تاثیر این ماده (که مبنای مسئولیت مدنی را به سود نظریه تقصیر تغییر داده است)، بر ماده ۳۲۸ قانون مدنی، بین حقوقدانان اختلاف نظر است. بنا بر مفاد این ماده، فقط در صورتی که شخص در ایجاد ضرر مرتکب تقصیر شده باشد، موظف به جبران خسارت است، در حالی که ماده ۳۲۸ قانون مدنی هیچ نوع تقصیری را در اتلاف مستقیم ضروری نمی بیند. در این جا بین مفاد دو



ماده، تنافی و تعارض<sup>۱</sup> پیدا می‌شود که آیا در موارد اتلاف مستقیم ماده ۳۲۸ قانون مدنی اعمال گردد یا ماده اول قانون مسئولیت مدنی؟ که طبیعتاً دو نتیجه متفاوت حاصل می‌گردد.

در این جا دو نظر عمده وجود دارد. بعضی معتقدند که ماده اول مسئولیت مدنی ناسخ ضمنی ماده ۳۲۸ ق.م است و در این زمینه چنین نگاشتند: «در حقوق مترقی، اصل مسئولیت، همان مسئولیت مبتنی بر تقصیر می‌باشد، لذا جعل مسئولیت بدون تقصیر خلاف اصل و لذا مستلزم وجود نص قانونی است... به هر وصف، با آمدن قانون مسئولیت مدنی دیگر مجالی برای تفسیر نخواهد بود؛ چه ماده اول قانون اخیر قاعده کلی مسئولیت مبتنی بر تقصیر را صراحتاً اعلام می‌دارد و به همین دلیل مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی را کلاً و ماده ۳۳۲ قانون مدنی را در قسمتی که با آن منافات دارد، نسخ می‌کند» (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص ۱۸۹).

در مقابل بعضی دیگر از حقوقدانان با نظر فوق مخالفت کرده، آن را نظری غیر عملی دانسته و در نقد آن نوشته‌اند: «قواعد اتلاف از نظر موضوع در برابر قانون مسئولیت مدنی خاص است؛ زیرا ماده ۳۲۸ قانون مدنی ناظر به تلف مستقیم است؛ ولی ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به تلف غیر مستقیم و با واسطه مال..... نظارت دارد.

<sup>۱</sup> - آنچه به عنوان تعارض بین این دو ماده بیان شده است، در حقیقت تعارض بین دو منطوق نیست، بلکه تعارض بین منطوق و مفهوم است. ماده اول مسئولیت مدنی بصراحت با ماده ۳۲۸ قانون مدنی تنافی ندارد، بلکه مفهوم مخالف آن با ماده مذکور معارضه دارد. ساختار دستوری این ماده به صورت جمله شرطیه است: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی... لطمه‌ای وارد نماید... مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد»، که مفهوم مخالف آن چنین می‌شود: «هر کس به دیگری لطمه‌ای وارد نماید که از روی عمد یا بی احتیاطی نباشد (به طور کلّ مقصر نباشد) مسؤول جبران خسارات به عمل آمده نمی‌باشد، اعم از آن که مباشر در تلف باشد یا مسبب آن»، در حالی که منطوق ماده ۳۲۸ می‌گوید: «هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است... اعم از آن که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد...».

می دانیم که هرگاه تعارض بین قانون خاص قدیم و عام جدید وجود داشته باشد، اصل این است که عام ناسخ خاص نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۱۳).

در این جا مشاهده می شود که برای حل تعارض موجود، از نظریه تخصیص بهره گرفته شده و ماده ۳۲۸ قانون مدنی که به عنوان قانون خاص قدیم نام برده شده، باعث تخصیص ماده اول مسئولیت مدنی گردیده است که قانون عام جدید می باشد. ولی بنا بر تحقیقی که سابقاً به عمل آمد، نظر اول موافق با منطق حقوقی و اصولی است؛ لذا قانون عام جدید، ناسخ قانون خاص قدیم است و آن را از اعتبار ساقط می کند. با وجود این، نظریه نسخ به حسب ادله دیگر مخدوش است چون اولاً بنابر اصل چهارم قانون اساسی که مقرر می دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی و اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است». این تفسیر از ماده اول قانون مسئولیت مدنی با حقوق اسلام سازگار نیست؛ زیرا قاعده اتلاف از قواعد مسلم فقهی است، که به هیچ عنوان نمی توان وجود آن را انکار کرد و یا به یکباره آن را کنار گذاشت و هرگونه مسئولیت عینی را ممنوع ساخت.

ثانیاً: بعید به نظر می رسد که با چنین ماده قانونی و مفهوم مخالف مستنبط از آن، بتوان تمام قواعدی را که در غصب و اتلاف و امانات وجود دارد یکباره از بین برد. چنین نسخی نظام حقوقی ما را دچار اختلال می کند، بخصوص که قانون بیمه اجباری مصوب «۱۳۴۷» که بعد از قانون مسئولیت مدنی به تصویب رسیده و مسئولیت دارندگان این گونه وسایل را ناشی از تقصیر نمی داند، نشان می دهد که مقصود قانونگذار از وضع این ماده این نبوده که تقصیر را مبنای انحصاری مسئولیت اعلام نماید و تمام قواعد مخالف آن را نسخ ضمنی کند؛ بلکه غرض، تاسیس اصل کلی مبتنی بر تقصیر بوده که این مسأله مانع از پذیرش مسئولیت بدون تقصیر نیست.

دو- یکی از مباحث مهم در حقوق امروزی، بحث اسقاط حقوق مدنی است. این موضوع در قانون مدنی در ماده ۹۵۹ تبلور پیدا کرده است: «هیچ کس نمی تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» به مناسبت طرح این موضوع در قانون مدنی بحث اسقاط حقوق مدنی در بین حقوقدانان مورد توجه واقع شده است و در مورد حدود و ثغور این ماده مباحث مختلفی را مطرح نموده اند.

یکی از مسائل این مبحث که مورد نقد و بررسی حقوقدانان واقع شده است، مسأله «شرط ترک فعل حقوقی» است؛ چون این شرط از موارد سلب حق محسوب می گردد. از مصادیق بارز این نوع شرط، شرط عدم عزل و کیل است. در مورد این شرط دو نظر متفاوت بین حقوقدانان وجود دارد: گروهی معتقدند که این شرط بنا بر ماده ۹۵۹ قانون مدنی از درجه اعتبار ساقط است؛ و گروه دیگر معتقدند که این شرط از موارد سلب حق غیر معتبر در قانون مدنی نیست.

گروه اول در رابطه با ماده ۶۷۹ و ماده ۹۵۹ قانون مدنی می گویند: «ماده ۹۵۹ نسخ ماده ۶۷۹ می باشد؛ با این بیان که شرط مندرج در ماده ۶۷۹ قاعده خاص است و در جلد اول قانون مدنی منعکس شده، و ماده ۹۵۹ قاعده ای عام است، که مدت ها بعد از تدوین جلد اول در جلد دوم قانون مدنی آمده است و چون بنا بر قواعد جدید تفسیر، اگر قانون عام موخر بر قانون خاص بیاید بر حسب مصالحی که موجب تدوین قانون عام بوده، این قانون نسخ قانون خاص است؛ در این مورد، گذشته از دلالت اوضاع و احوال بر نسخ، با التفات به این که ماده ۹۵۹ از اصول اولیه قوانین مدنی جدید و قانون مدنی است و اصول اولیه قانون مدنی بر سایر مواد آن حاکم است؛ لذا ماده ۶۷۹ در

قسمتی که با ماده ۹۵۹ مابینت دارد به وسیله ماده اخیر نسخ می شود» (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص ۱۵۹).<sup>۱</sup>

این دیدگاه از جهت منطق اصولی نظری کاملاً صحیح است و استدلال اقامه شده قطعاً برهان قاطع در قوانین موضوعه محسوب می گردد، لذا چاره‌ای جز پذیرش آن نیست و نظریه ناسخیت عام متأخر نسبت به خاص متقدم به عنوان نظریه صائب حاکم است؛ ولی این نظریه از جهات دیگر دارای ایراد است؛ زیرا منطوق ماده ۹۵۹ ناظر به سلب حق به طور کلی است؛ مثل این که بایع در ضمن عقد بیع شرط کند که مشتری حق خرید ملک مزروعی را از هیچ کس ندارد. لذا از مفهوم مخالف این ماده چنین بر می آید که سلب حق مدنی به طور جزئی (موقت یا در رابطه خاص) با سلب حق در ماده منافاتی ۹۵۹ ندارد. به بیان دیگر، ماده مذکور به طور کلی سلب تمام یا قسمتی از حق را منع کرده است، و الا قدرت بر سلب حق به طور جزئی لازمه آزادی حقوقی فرد است و در قانون مدنی اسقاط بعضی از حقوق پیش بینی شده است، مثل اسقاط حق شفعه (ماده ۸۲۲ قانون مدنی) و یا اسقاط خيارات (ماده ۴۴۸ قانون مدنی). پس و کالت بلاعزل با بحث ممنوعیت اسقاط حقوق مدنی منافاتی ندارد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - لذا موردی که بنابر نظر این نویسنده با ماده ۹۵۹ قانون مدنی تنافی ندارد و از مصادیق سلب آزادی محسوب نمی باشد، جایی است که تفویض چنین نمایندگی به نفع اصیل نبوده، بلکه، به نفع خود نماینده باشد.

<sup>۲</sup> - عدم منافات سلب حق جزئی با ماده ۹۵۹ قانون مدنی مبتنی بر دو امر است. حق در مورد خاص و نسبت به شخص معینی اسقاط شود و سلب حق ناظر به مدت معین و کوتاه باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۰۸). باید توجه داشت اسقاط فقط ناظر به حقوق است و شامل احکام نمی شود لذا حق حضانت را نمی توان از خود سلب کرد هرچند برای مدت بسیار کوتاه و نسبت به فرزند خاص باشد (ماده ۱۶۸ قانون مدنی).

سه - یکی از مسائل مطرح شده در مبحث صلح، عنوان صلح التزامی است. این اصطلاح در متون فقهی به کار رفته است و مقصود از آن، صلح موجب تعهد است. مثل این که به موجب عقد صلح یکی از طرفین عقد درو کردن زراعت معینی را تعهد کند. فقها غالباً به جای کلمه تعهد کلمه التزام را به کار برده‌اند. در قانون مدنی در مواد ۷۶۸-۷۶۹ نمونه‌ای از صلح عهده‌ی مطرح شده است. در ماده ۷۶۸ قانون مدنی آمده است: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می‌گیرد، متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تادیه کند. این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص ثالث یا اشخاص ثالث واقع شود». در ماده ۷۶۹ ق.م.مقرر شده است: «در تعهد مذکور در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد، ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع، نفقه به وارث او داده شود.» و سرانجام در ماده ۷۷۰ قانون مدنی بیان گشته است: «صلحی که بر طبق دو ماده فوق واقع می‌شود، به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمی‌شود، مگر این که شرط شده باشد.» در مقابل آن، ماده ۴۲۱ قانون تجارت مقرر داشته است: «همین که حکم ورشکستگی صادر شود، قروض موجل با رعایت تخفیفات مقتضیه، نسبت به مدت، به قروض حال مبدل می‌شود».

ما بین ماده ۴۲۱ قانون تجارت و ماده ۷۷۰ قانون مدنی تعارض دیده می‌شود، زیرا وقتی ماده ۷۷۰ اصل را بنا بر عدم فسخ صلح می‌گذارد و از طرفی هم مورد صلح پرداخت نفقه موجل است، پس باید نتیجه گرفت که با ورشکستگی دین موجل حال نمی‌شود. بعضی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۰۷) معتقدند که ماده ۴۲۱ قانون تجارت که ناظر به قروض موجل است نمی‌تواند ناسخ ماده ۷۷۰ قانون مدنی باشد؛ چون ماده ۴۲۱ عام موخر التاریخ است و ماده ۷۷۰ خاص مقدم التاریخ، و عام موخر ناسخ خاص مقدم نمی‌شود و رویه دادگاه‌ها هم در مورد این نوع از عام و خاص، همین امر است.

ولی بنابر آنچه بیان گردید، این نظر مخدوش است و باید معتقد به نسخ قانون خاص سابق توسط قانون عام لاحق شد؛ چون تصویب قانون عام جدید گویای ثبوت قانون از زمن صدور است که این معنا مستلزم نسخ قانون سابق است نه تخصیص آن توسط قانون خاص سابق.

البته در این مورد، ماده ۴۲۱ قانون تجارت را نمی توان نسخ م ۷۷۰ قانون مدنی دانست، اما نه به خاطر نسخ نبودن قانون جدید، بلکه به خاطر عدم انطباق موضوع ماده ۴۲۱ قانون تجارت بر موضوع ماده ۷۷۰ قانون مدنی عنوان «قروض» بر تعهد، بدادن نفقه صدق نمی کند، چون تعهد به پرداخت نفقه از منظر حقوقی الزاما مستلزم وقوع دین نیست، در حالی که ماده ۷۷۰ قانون مدنی از شخص صلح کننده به «متعهد نفقه» نام برده است نه مدیون.

چهار- یکی از مباحث مرتبط با عقد رهن، تقسیم رهن به رهن مدنی و رهن تجاری است. این تقسیم در فقه و حقوق مدنی دیده نشده است. رهن، موقعی تجاری است که وثیقه برای یک تعهد تجاری داده شده باشد.

در مورد طلبکاران با حق وثیقه، قانون ثبت و قانون تجارت احکام متفاوتی را در نظر گرفته است. حال اگر به اداره تصفیه اجازه دهیم که وثیقه را بفروشد، بنا بر ماده ۳۴ ق.ت یک فرض این است که در مزایده خریدار پیدا نشود. در این صورت، وثیقه به بستانکار تملیک قهری می شود و بستانکار از مزایای مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ قانون تجارت محروم می گردد، در حالی که ماده ۵۱۶ قانون تجارت اجازه می دهد که وثیقه به فروش

۱- ماده ۵۱۶ قانون تجارت: «اگر وثیقه فک نشود، مدیر تصفیه باید با نظارت مدعی العموم آن را به فروش برساند و مرتهن نیز در آن موقع باید دعوت شود. اگر قیمت فروش وثیقه پس از وضع مخارج، بیش از طلب طلبکار باشد، مازاد به مدیر تصفیه تسلیم می شود و اگر قیمت فروش کمتر شد، مرتهن برای بقیه طلب خود در جزو طلبکارهای عادی در غرما منظور خواهد شد.»

برسد و اگر ثمن آن وافی به طلب بستانکار نباشد او حق مراجعه به سایر دارایی بدهکار را داشته باشد. پس ماده ۳۴ قانون ثبت، به ضرر بستانکار و به نفع مدیون است و ماده ۵۱۸ قانون تجارت به نفع بستانکار و به ضرر مدیون است.

پس بین مفاد این مواد تخالف وجود دارد و نمی‌توان هر دو را اجرا کرد. سوال این است ماده ۳۴ قانون ثبت ناسخ مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ قانون تجارت محسوب می‌شود؟ نکته‌ای که باید به آن توجه داشت، این است که ماده ۳۴ قانون ثبت عام موخر التصویب است، چون هم شامل بازرگانان و هم غیر بازرگانان می‌شود و هم دو سال بعد از تصویب مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ قانون تجارت تصویب شده است، و قانون تجارت قانون خاص مقدم التصویب است، چون فقط شامل بازرگانان است و تاریخ تصویب آن پیش از ماده ۳۴ قانون ثبت است.

در مورد این تخالف، دو نظر وجود دارد: شورای عالی ثبت عقیده به نسخ دارد و هیأت عمومی تمیز عقیده به تخصیص ماده ۳۴ قانون ثبت توسط قانون تجارت دارد. بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که در تعارض بین نسخ و تخصیص، هرگاه قطع در یک جانب پیدا نشود، طبق اصل مسلم در علم اصول فقه، جانب تخصیص مقدم است؛ زیرا در مورد تخصیص دو قانون با هم اعمال می‌شود، ولی در مورد نسخ یک قانون، اعمال دو قانون بهتر از اعمال یک قانون است. (الجمع مهما مکن اولی من الطرح) البته خود این نویسنده اذعان دارد که این مسأله از معضلات فن قضا است. (همان، ۲۵۳، همو، ۱۳۷۰، ص ۱۲۸)

ولی در نقد این نظر باید گفت: ماده ۳۴ قانون ثبت دو سال بعد از قانون تصفیه تجارت تصویب شده و مساله تصفیه امور ورشکستگان هم مساله دور از انظار نبوده و مبتلا به و مساله روز بوده است. سکوت قانونگذار در ماده ۳۴ قانون ثبت و ترک استفصال (یعنی ترک جدا کردن تاجر از غیر تاجر) دلیل عموم و شمول حکم مزبور نسبت به تاجر ورشکسته است؛ بخصوص که تصویب یک قانون به طبع اولی حاکم از

ثبوت مفاد آن از زمان صدور قانون است. پس ناگزیر قانون عام جدید ناسخ قانون خاص قدیم است. با وجود این استدلال بر نسخ قانون خاص قدیم، هیأت عمومی تمیز، رای لازم الاتباع مورخ ۱۴-۱۲-۱۳۴۷ (ضمیمه روزنامه رسمی، شماره ۸۶) خود را در حمایت از نظر تخصیص قانون ثبت توسط قانون تجارت اعلام می نماید: «مجموع مقررات مواد ۴۱، ۴۰، ۱۷، قانون تصفیه ورشکستگی درباره اموال مورد وثیقه تاجر ورشکسته و م ۱۸ آن قانون در مورد اموال غیرمنقولی که متعلق حق اشخاص ثالث است و ماده ۴۱۹ قانون تجارت استفاده و استنباط می شود که قانون مزبور ترتیبات راجع به معاملات تاجر ورشکسته را که از آن جمله معاملات با حق استرداد است، تابع تشریفات آن قانون قراردادده و ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت که درباره معاملات با حق استرداد، مقرراتی وضع نموده است، شامل معاملات با حق استرداد ورشکسته که مشمول مقررات خاصی است، نمی گردد و مقررات قانون تصفیه در مورد معاملات با حق استرداد تاجر ورشکسته لازم الرعایه است».

پنج - یکی از مسائل مطرح شده در عقد اجاره موارد فسخ آن عقد است. چند ماده قانونی به این مسأله اشاره کرده اند. در ماده ۴۸۷ قانون مدنی آمده است: «هرگاه مستاجر نسبت به عین مستاجره تعدی و یا تفریط نماید و موجر قادر بر منع آن نباشد، حق فسخ دارد».

در بند ۸ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ ش مقرر شده است: «در صورتی که مستاجر در مورد اجاره تعدی و تفریط کرده باشد» (همچنین بند ج ماده ۸ ر.م.م مصوب ۱۳۶۲ ش) این ماده نسبت به ماده قبلی عام است، زیرا فسخ در قانون مدنی منوط بر این است که موجر قادر بر منع تعدی و یا تفریط نباشد؛ ولی در قانون اخیر این قید وجود ندارد و موجر در صورت وقوع تعدی و تفریط حق فسخ دارد، اعم از این که قادر بر منع باشد یا نه. حال در چنین موردی آیا فسخ عقد اجاره بنا بر ماده



اخیر که بی شک عام متأخر نسبت به قانون مدنی می باشد، مبتنی بر عدم قدرت موجد بر منع مستاجر است یا خیر؟

بعضی معتقدند که در این مورد بین دو اصل عدم تخصیص و عدم نسخ دوران است، هرچند در صورت شک در تخصیص قانون عام به قانون خاص، قاعده عدم تخصیص است، ولی جریان این اصل مستلزم نسخ مفهوم مخالف ماده ۴۸۷ قانون مدنی می گردد (مفهوم مخالف این ماده چنین است: هرگاه موجد قادر بر منع تعدی و تفریط باشد، حق فسخ ندارد)، در حالی که اصل بر عدم نسخ است. پس در این جا اصل عدم تخصیص معارض با اصل عدم نسخ می شود که باید اصل عدم نسخ را رعایت نمود، چون این اصل قوی تر است. در نتیجه ماده ۴۸۷ قانون مدنی مخصّص ماده اخیر محسوب می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۱۹۹). در برابر این نظر باید گفت: با وجود این اختلاف زمانی بین قانون خاص سابق و قانون عام جدید و با وجود ظهور تصویب قانون لاحق بر ثبوت مفاد آن از زمان صدور، جریان اصل عدم نسخ مخدوش است، لذا می بایست بنا بر ماده اخیر حکم به عدم توقف جریان فسخ بر ناتوانی موجد بر منع مستاجر کرد.

### نتیجه

بنابر آنچه بیان شد، می توان اهم نظریات مطرح شده در این مقاله را در مطالب ذیل خلاصه کرد. حقیقت نسخ در قوانین موضوعه عبارت از «انقطاع حکم مستمر» است. لذا ماهیت نسخ نه اتمام قانون سابق است و نه ابطال آن. اما در ماهیت نسخ احکام شرعی اختلاف نظر است: بعضی معتقدند که در این جا هم نسخ، رفع حکم ثابت است. در مقابل بعضی دیگر عقیده دارند که به کاربری واژه نسخ در احکام شرعی، مجاز است و حقیقت نسخ دفع حکم سابق است نه رفع آن.

بر اثر مقایسه قوانین عام و خاص با یکدیگر، حالات مختلفی پدید می آید که در بعضی از آنها بین قوانین موضوعه با احکام شرعی وحدت است، و در بعضی دیگر از آنها اختلاف نظری و عملی وجود دارد.

در رابطه با حالت تقدّم حکم خاص بر حکم عام در احکام شرعی و قوانین موضوعه دو دیدگاه متفاوت وجود دارد: گروهی معتقدند که راه حلّ واحدی (تخصیص) در هر دو حاکم است. بعضی دیگر اعتقاد دارند که در این حالت، نظریه تخصیص در قوانین موضوعه جاری نیست، بلکه قانون عام لاحق، ناسخ قانون خاص سابق است.

## مأخذ

- اصفهانى، محمد حسين، نهايه الدرايه، ج ۳، بيروت، آل البيت الاحياء التراث، ۱۴۱۸ ق.
- امامى، سيد حسن، حقوق مدنى، چاپ هشتم، ج ۱، تهران، انتشارات اسلاميه، ۱۳۷۶.
- اميرى قائم مقامى، عبد المجيد، حقوق تعهدات، چاپ اول، ج ۲، تهران، انتشارات ميزان، ۱۳۷۸.
- بهسودى، محمد باقر، مصباح الاصول (تقريرات درس آيت الله خويى)، چاپ اول، ج ۱، ق ۲، قم، مكتبه الداورى، ۱۴۲۲ ق.
- جزائرى مروّج، محمد، منتهى الدرايه فى توضيح الكفايه، چاپ سوم، ج ۳، قم، مطبعه الامير، ۱۳۷۲.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، حقوق اموال، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، دائره المعارف حقوقى، تهران، انتشارات گنج دانش، بى تا.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، دانشنامه حقوقى، ج ۱، تهران، انتشارات امير كبير، ۱۳۷۶.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، رهن و صلح، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، مبسوط در ترمينولوژى حقوق، چاپ اول، ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ دهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.

حکیم، سید محسن، حقائق الاصول، چاپ پنجم، ج ۱، قم، انتشارات بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.

حکیم، عبد الصاحب، منتقى الأصول، چاپ دوم، ج ۳، قم، مطبعة الهادی، ۱۴۱۶ ق.

حلی، ابی منصور حسن بن یوسف، مبادئ الوصول ال علم الاصول، چاپ سوم، قم، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.

حلی، شیخ نجم الدین، معارج الاصول، چاپ اول، بیروت، موسسه آل البيت، ۱۴۰۳ ق.

خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، بیروت، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۹۹۰ م.

خوئی، ابوالقاسم، اجود التقريرات (تقریرات بحث اصول علامه نائینی)، چاپ اول، ج ۲، قم، موسسه صاحب الامر (عج)، ۱۴۱۹ ق.

رجحان، سعید، مبانی استنباط در حقوق اسلامی و حقوق موضوعه، چاپ اول، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ۱۳۸۲ ش.

رنه، داوید، نظامهای حقوقی معاصر، ترجمه حسن صفایی، محمد آشوری و عزت الله عراقی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.

روحانی، سید صادق، زبده الاصول، چاپ اول، ج ۲، قم، انتشارات مدرسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۲ ق.

سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۱، تهران، ۱۳۷۷.

شایگان، سید علی، حقوق مدنی ایران، ج ۱، تهران، ۱۳۲۴.

صدر، محمد باقر، دروس فی علم الاصول، چاپ دوم، ج ۱، بیروت، دار الکتب اللبنانی، ۱۴۰۶ ق.

طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱ تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ ق.

طبرسی، امین الاسلام ابی علی الفضل بن الحسن، مجمع البیان، ج ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۹ ق.

طوسی، ابی جعفر، عده الاصول، چاپ اول، ج ۱ و ۲، قم، مطبعه ستاره، ۱۴۱۷ ق.  
عراقی، ضیاء الدین، مقالات الاصول، چاپ اول، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.

عراقی، ضیاء الدین، نهاییه الافکار، ج ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ ق.  
علم الهدی، سیدمرتضی، الذریعه الی اصول الشریعه، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی اصول الفقه (تقریرات بحث آیت الله خوئی)، چاپ سوم، ج ۵، قم، دار الانصاریان، ۱۴۱۰ ق.

کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، چاپ اول، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.

کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، چاپ چهارم، ج ۱، تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۵.

کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۲.

کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ ششم، ج ۱، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.

کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، ج ۱، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.

مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، چاپ پنجم، قم، انتشارات الهادی، ۱۴۱۳ ق.

مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ج ۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰.

نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۱، تهران، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۵۲.

## راهنمای درخواست مجله

در صورتی که درخواست اشتراک مجله اندیشه‌های حقوقی (چهار شماره در سال) دارید:

- برگ اشتراک را کامل و خوانا پر کنید.
- حق اشتراک (مبلغ ۲۴/۰۰۰ ریال) را به حساب ۹۰۶۴۵ نزد بانک ملی شعبه مرکزی قم به نام پردیس قم دانشگاه تهران (قابل پرداخت در کلیه شعب بانک ملی) واریز نمایید.
- بریده یا فتوکی برگ تکمیل شده درخواست اشتراک را به همراه اصل رسید بانکی با پست سفارشی به نشانی زیر ارسال نمایید.  
قم-بلوار دانشگاه (جاده قدیم تهران)-پردیس قم دانشگاه تهران
- فتوکی رسید بانکی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.
- از ارسال وجه نقد بابت اشتراک خودداری نمایید.
- در صورت عدم دریافت نشریه تا ۱۵ روز پس از انتشار آن، موضوع را تلفنی (شماره ۰۲۶۶۱۶۱) اطلاع دهید.

✂.....

### برگ درخواست اشتراک مجله اندیشه‌های حقوقی

نام و نام خانوادگی متقاضی:.....  
نشانی:.....  
کد پستی:..... (کد پستی را حتماً درج نمایید)  
تلفن:.....  
شماره‌های مورد تقاضا:.....