

## الغای تبعی قانون مکرر

دکتر اقبالملی میرزایی Alimirzaee443@yahoo.com

استادیار گروه حقوق دانشگاه شهرکرد

دکتر سیرالله مرادی Sm.moshaver@yahoo.com

استادیار گروه حقوق دانشگاه شهرکرد

تاریخ دریافت مقاله: ۸۷/۷/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۸۷/۱۰/۲۵

### چکیده

چنانچه دو یا چند ماده قانونی با محتوا و مفاد یکسان طی قوانین جداگانه وضع شوند و متعاقباً یکی از آن مواد حذف یا اصلاح گردد، دیگر ماده یا مواد مشابه را نیز باید منسوخ و اصلاح شده دانست. در چنین مواردی، در واقع قانونی واحد بیش از یک بار از تصویب مجلس گذشته و در حقیقت، یک حکم در دو یا چند ماده تکرار شده است. نسخ قانون نیز حکم را برمی دارد و قالب به تبع حکم از بین می رود.

در بیان مبنای این عقیده می توان استدلال کرد: مفهوم قانون بیش از آنکه با اجزا و تقسیمات ظاهری آن؛ یعنی ماده ها منطبق باشد، با ماهیت و کارکرد قانون مرتبط است: بی گمان هر دستوری که قانونگذار صادر می کند در پی هدفی است و آن هدف، نه با شماره و قالب ماده ها که با مدلول و مفاد قوانین محقق می شود. آنچه محتوا و مفاد قانون را تشکیل می دهد، در لسان حقوقی «حکم» نامیده می شود.

براین مبنا، با حذف یک ماده قانونی، قانونگذار نسخ و بی اعتبار شدن حکم آن را خواسته است. این مراد قانونگذار به همراه مفهوم نسخ، زمانی محقق می شود که حکم یا قاعده منسوخ دیگر مورد عمل قرار نگیرد، در حالی که عقیده به بقای اعتبار حکم ماده منسوخ به استناد ماده مشابه یا المثنی که به ظاهر از مجموعه قوانین حذف نشده، ملازم با لغو و بیهوده گشتن اقدام قانونگذار در نسخ حکم یاد شده است.

واژه های کلیدی: قانون، حکم، قاعده حقوقی، ماده قانون، الغاء، نسخ، ابطال، حکم المثنی، قانون مکرر

مقدمه

مفهوم الغا (نسخ و ابطال) قانون

الغای قانون به معنای سلب اعتبار آن است. بی اعتبار شدن قانون بدین معناست که دیگر نباید از آن پیروی کرد. در بیان دلیل بدون اجرا شدن و به اصطلاح بلااثر شدن قانون می توان گفت: قانونی که بی اعتباری آن اعلام می شود دیگر قانون نیست. همچنان که با فسخ یا ابطال قرارداد، سخن گفتن از اجرای آن بیهوده است، چون در این موارد دیگر قراردادی وجود ندارد. به هر روی طریقه های بی اعتبار شدن قانون در دنیای حقوق منحصر به نسخ و ابطال قانون است.<sup>۱</sup>

مفهوم نسخ نزد فقیهان و حقوقدانان در بیانی ساده عبارت است از: ملغی شدن حکم یا قانونی که در تاریخ معین وضع شده یا قانونی که پس از آن به تصویب می رسد.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، قانون منسوخ قانونی است که مدتی اجرا شده و در یک زمان معین از عمر خود اعتبارش را از دست می دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۲۷). بدین سان، نسخ قانون نیز همچون فسخ قرارداد سبب سقوط یا قطع استمرار اعتبار حقوقی است. درحالی که ابطال قانون همانند ابطال عقد، اعتبار آن را به کلی زایل می گرداند (لنگرودی، ۱۳۵۵: ۱۳).

به دیگر سخن، تفاوت نسخ و ابطال در این است که: اثر نسخ قانون فقط نسبت به آینده است، در حالی که ابطال قانون به گذشته نیز اثر می کند و سبب می گردد حکم قانون از ابتدا کأن لم یکن تلقی شود، با این توضیح که وقوع نسخ، ناظر به حالتی است که قاعده ای وضع گردیده و مدتی هم اجرا شده است و در زمان معینی از عمر خود، اعتبارش را از دست می دهد، در حالی که ابطال قانون به این معناست که قانون از ابتدا درست وضع نشده و فقط

۱. این نکته را نیز باید افزود که گاه قانون خود به خود بی اعتبار می شود. چنین است قانون موقت پس از انقضای مدت آن برای دیدن مفهوم و احکام قانون موقت ر.ک: دکتر اقبالعلی میرزایی، نسخ قانون، ص ۹۱ و بعد.
۲. با وجود این، قانونگذاران به اصطلاحات حقوقی پای بند نیستند و معمولاً به جای نسخ از عباراتی مانند لغو، ملغی، بی اثر و ملغی الاثر و... استفاده می کنند. برای مثال، ماده ۱۹ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸ مقرر داشته: «قانون محاکم شرع مصوب آذرماه ۱۳۱۰... ملغی است» و در ماده ۱۸ قانون تجدید نظر آرای دادگاه ها مصوب ۱۳۷۲ آمده است: «قانون تعیین موارد تجدید نظر احکام دادگاه ها و نحوه رسیدگی آنها مصوب ۶۷/۷/۱۴... لغو می شود». با وجود این، در دوره های اول قانونگذاری در کشور ما، قانونگذاران دقت و وسواس بیشتری در این باره داشته اند؛ چنانکه اصطلاح صریح «نسخ» را بر الفاظ مرادف ترجیح داده اند. ماده ۶۰۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ ماده ۴۰ قانون اعسار ۱۳۱۳ و ماده ۷۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ نمونه های بارز این سنت نیکو هستند، لیکن این عادت پسندیده بعد ها متروک ماند.

صورت ظاهری قانون را داشته است (ر. ک: کاتوزیان، ۳۷۷، ج ۲: ۳۲۷ و جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵: ۱۳)!

گذشته از اینکه در عمل، ابطال قانون کمتر از نسخ آن واقع می شود، در میان نویسندگان فقهی و حقوقی نیز اختلافی در مفهوم ابطال حکم یا قانون به چشم نمی خورد. برعکس، در مورد نسخ قانون، از طرفی کار هر روز قانونگذاران نسخ و تغییر قوانین موجود است و از طرف دیگر، میان نویسندگان نیز در باب مفهوم نسخ اختلاف فراوان است. از این رو، عمده مطالب این نوشتار به تبیین مفهوم اخیر و به ویژه نسخ قانون مکرر مربوط است، لیکن در جای خود به مسأله ابطال قانون نیز توجه شده است. بعلاوه، در مسأله الغای قانون مکرر تفاوتی میان نسخ و ابطال نیست. از این رو، بحث را با تبیین مفهوم نسخ ادامه می دهیم.

گرچه معمولاً قانونگذاران به هنگام نسخ قوانین کهنه و ناکارآمد قواعد جدید نیز وضع می کنند، لیکن هیچ منعی نیست که قانونگذار بتواند بدون تصویب قانون جانشین قوانین قبلی را نسخ نماید؛ چنانکه ممکن است مصلحت جامعه در این باشد که یک جرم از شمار جرایم بیرون رود و مجازات قانونی آن الغا گردد و یا نفع عمومی اقتضا کند قانونی که برای مشاغل کم در آمد مالیات مقرر کرده بود، نسخ شود. بی گمان در چنین مواردی وضع قواعد جایگزین و حتی سخن گفتن از آن بی مورد است. شکل مرسوم این نوع نسخ در حقوق موضوعه به صورت حذف موادی از قانون ظاهر می شود.

با وجود این، امکان تحقق نسخ حکم بدون وضع حکم بدل و جانشین، محل اختلاف فقیهان است. به همین جهت، فقیهان به دو گروه بزرگ تقسیم شده اند و حاصل آن پیدایش دو نظریه و به تبع دو قسم نسخ الی بدل و نسخ بلا بدل بوده است؛ گروهی این عقیده را برگزیدند که وقوع نسخ بدون وضع حکم جانشین ممکن نیست و در مقابل دیگران، با اینکه پذیرفته اند

۱. که می نویسد: قطع استمرار قانون نسخ است. پس ابطال قانون سابق که از زمان تصویب آن را کان لم یکن می - کند، چون قطع استمرار نیست، نسخ نیست.

فقیهان اسلامی نیز از این تفاوت غافل نمانده اند؛ چنانکه گفته اند حکم باطل از آغاز هیچ الزامی ایجاد نمی کند، در حالی که حکم منسوخ قبل از آنکه نسخ شود، حکمی بحق و معتبر بوده و اجرا می شده است (ر. ک: ابن حزم، الاحکام فی اصول الاحکام، ج ۲، ص ۶۶: النَّسْخُ هُوَ رَفْعُ حُكْمٍ قَدْ كَانَ حَقًّا. نیز ر. ک: شافعی، الرسالة، ص ۱۲۲: كُلُّ مَا نَسَخَ اللَّهُ وَمَعْنَى نَسَخٍ: تَرَكَ فَرَضَهُ، كَانَ حَقًّا فِي وَقْتِهِ وَ تَرَكَهُ حَقًّا إِذَا نَسَخَهُ اللَّهُ).

در اغلب موارد، نسخ حکم مقدمه ضروری وضع حکمی دیگر است، امکان نسخ بلابذل را منکر نشده اند.<sup>۱</sup>

پیروان نظریه نسخ الی بدل بر این باورند که هیچ فریضه و حکمی نسخ نمی شود، مگر اینکه به جای آن حکمی دیگر وضع شود<sup>۲</sup> (شافعی، ۱۲۴۰ق: ۱۰۹ - ۱۱۰). مبنای نظریه نسخ الی بدل بیش از آنکه استدلال از منطق حقوق و اصول فقه باشد، استناد به ظاهر برخی آیات قرآنی است؛ چنانکه گفته شده آیه ۱۰۶ سوره بقره<sup>۳</sup>، اثبات حکمی بهتر یا مشابه را به جای حکم منسوخ، لازمه ضروری وقوع نسخ در احکام الهی می داند. در آیه ۱۰۱ سوره نحل<sup>۴</sup> نیز به صراحت از تبدیل و جانشینی احکام الهی یکی پس از دیگری سخن گفته شده است.

گذشته از مستندات فوق الذکر، معتقدان به نسخ الی بدل در تأیید انحصار امکان وقوع نسخ به صورت یاد شده بر این نظر خود دلایلی نیز دارند. برخی گفته اند تعریف نسخ به رفع حکم بدون وضع حکمی بدل از آن و همین طور وقوع این نوع نسخ با این واقعیت معارض است که همواره سلب اعتبار در حکم منسوخ منوط به وضع و اثبات حکم ناسخ است؛ چه علت الغای حکم متقدم و منسوخ، مغایرت آن با حکم متاخر و ناسخ است. به همین جهت، باید وقوع نسخ بلابذل را به دلیل عدم امکان تحقق آن در خارج مردود دانست (جان برتون، ۱۹۹۰: ۲۰۷).

با وجود این، موافقان نسخ بلابذل نیز از پای ننشسته اند: از سویی، در امکان استناد به متن قرآن و استفاده از آن در پایه ریزی نظریه علمی تردید کرده اند. از سوی دیگر، دلایلی متقن به نفع آنها وجود دارد که موارد واقعی تحقق نسخ در احکام قرآن و سنت هنوز اثبات نشده است؛ چنانکه وقوع نسخ، حتی در مشهورترین مصداق آن در قرآن (حکم عده) چندان مسلم نیست. بعلاوه، محکمترین دلیل مخالفان نسخ بلابذل استدلال اخیر الذکر آنان است، لیکن چنانکه خواهد آمد، نقطه اصلی ضعف نظریه نیز همان دلیل است. به همین جهت، رفته رفته عقیده مخالفان با نسخ بلابذل تعدیل یافت، تا جایی که نظریه نسخ بلابذل به عنوان مبنا و مبین

۱. برای دیدن تفصیل دو نظریه و دلایل مخالف و موافق نسخ بلابذل ر. ک:

John Burton, The sources of Islamic law: Islamic Theories of abrogation :81-121

۲. و لیس ینسخ فرضاً ابداً الا أثبت مكانه فرضاً كما نسخت قبله بيت المقدس فأثبت مكانها الكعبة و كل منسوخ في كتاب و سنة هكذا.

۳. ما ننسخ من آية... تأت بخير منها أو مثلها (بقره ۱۰۶/۲).

۴. و إذا بدلنا آية مكان آية... (نحل ۱۰۱ / ۱۶).

حقیقت نسخ پذیرفته شد. نظریه نسخ الی بدل نیز نه رد، که اصلاح شد و این نوع نسخ به عنوان صورتی از وقوع نسخ باقی ماند.

صاحب الذریعه از پیشگامان این اصلاحات است. او اگر چه معتقد است: وقوع نسخ جز با وقوع تعارض و تضاد ممکن نیست<sup>۱</sup> (سید مرتضی علم الهدی، ۱۳۶۲، ج ۱: ۴۱۵)، با وجود این می نویسد: از منظری می توان نسخ را بر سه قسم دانست؛ حتی می توان گفت وقوع نسخ منحصرأ به سه صورت متصور است: ۱- زوال حکم منسوخ بدون بدل؛ ۲- الغای حکم با وضع حکم متضاد دیگر؛ ۳- زایل شدن حکم با تشریح حکمی مخالف یا متناقض<sup>۲</sup>.

باری به نظر سید مرتضی در دو فرض اخیر آنچه حقیقت و ماهیت نسخ را تشکیل می دهد، نه اثبات حکم بدل و معارض که زوال حکم منسوخ است. بر این مبنا بی گمان با الغاء حکم بدون اثبات حکمی جایگزین نیز نسخ تحقق می یابد. چرا که مفهوم رفع و از بین رفتن حکم موجود که جوهر نسخ را تشکیل می دهد، در این فرض نیز محقق است. در نتیجه چرا نتوان گفت که حتی در فرض نسخ الی بدل آنچه سبب تحقق نسخ است نه ثبوت حکم جدید که رفع حکم پیشین است (علم الهدی، همان منبع: ۴۱۴- ۱۷).

در پی ایرادات اساسی بالا مبنای نظریه نسخ الی بدل فرو ریخت و جمهور فقیهان حقیقت نسخ را در بی اثر شدن حکم منسوخ یافتند<sup>۳</sup> (ر.ک: شبلی، ۱۹۸۶: ۵۴۳) و در پی آن تلاش‌ها برای تبیین ماهیت مفهوم نسخ آغاز شد.

با استقرا در نوشته های اصولی می توان گفت: در این میان صاحب مفاتیح الاصول بهتر از همه به حقیقت نسخ دست یافته است: به نظر او باید پذیرفت که کارکرد حقیقی نسخ، بی اثر کردن حکم و سلب اعتبار آن نسبت به آینده است. به عبارت دیگر، در تحقق مفهوم نسخ همین کافی است که علم حاصل شود که از تکلیف سابق نباید در آینده اطاعت شود. حال اگر بر

۱. لا یكون نسخاً الأعم المضافه.

۲. چنانکه از سیاق متن بر می آید، مراد سید از تفکیک دو حکم متضاد و متناقض، تأیید تقسیم منطقیان در این باره است، لیکن در فقه و حقوق از هر دو آنها با عنوان حکم مغایر یا معارض یاد می شود.

۳. و من شروط المختلف فيها أن يكون للمنسوخ بدل... و لم يشترطه جماهير الفقهاء لأنه قد وقع النسخ إلى غير بدل ولأن حقيقة النسخ هي رفعه. نیز ر. ک: غزالی، المستصفي ج ۱، ص ۱۱۹؛ ليس من شروط النسخ إثبات بدل غير المنسوخ... فلا يبعد أن يكون المصلحة في رفعه من غير إثبات بدل... و حقيقة النسخ هو الرفع فقط. نیز: آمدی، الاحكام في اصول الاحكام، ج ۲، ص ۱۲۵ به بعد: مذهب الجميع جواز نسخ حکم الخطاب لا الی بدل، خلافاً لبعض الشذوذ... فلا يمتنع في العقل أن تكون المصلحة في نسخ الحكم دون [اثبات] بدله.

حسب مورد حکمی هم جایگزین آن شود، رفع اثر از حکم سابق است که سبب منسوخ شدن آن می‌گردد، نه اثبات یا وضع حکم جانشین (ر. ک: طباطبایی، بی تا: حدُّ النسخ). در نتیجه، نسخ قانون در معنای حقیقی خود عبارت است از: الغای اعتبار قانون موجود. از این رو، کارکرد قانون ناسخ<sup>۱</sup> در معنای اخص آن، برداشتن حکم قانونی و ایجاد اباحه است. به عبارت دیگر، با تحقق نسخ، موضوع قانون منسوخ بدون حکم حقوقی باقی می‌ماند؛<sup>۲</sup> به ویژه که وضع قانون جایگزین داخل در مفهوم نسخ نیست.<sup>۳</sup>

لیکن هیچ منعی نیست که قانونگذار بی آنکه ضمن قانون مستقل یا در ماده پایانی قانون جدید، نسخ قانون سابق را اعلام کند (حذف یا نسخ بلا بدل)، احکام سابق را با مقرراتی تازه و مخالف جایگزین کند (نسخ الی بدل یا اصلاح). در این فرض، از طرفی حکم سابق منسوخ شده و از طرف دیگر حکمی جدید به جای آن نشسته است. قوانین اصلاحی در حقوق موضوعه از این قبیل اند.<sup>۴</sup> قانونگذار با اصلاح قانون همزمان دو عمل وضع و نسخ قانون را انجام می‌دهد: از یک ماده قانونی حکم قدیمی را حذف می‌کند و حکمی جدید به جای آن می‌نشانند، لیکن مفهوم اصلاح قانون با آنچه نزد حقوقدانان به نسخ ضمنی تعبیر می‌شود، آمیخته نمی‌شود و تفاوت آن دو آشکار است: به هنگام اصلاح قانون، قانونگذار حکم سابق را نسخ و حکمی دیگر وضع می‌کند، در حالی که نسخ ضمنی در جایی واقع می‌شود که هر دو حکم

### 1. Repealing Act.

۲. به عنوان نمونه‌ای از قوانین ناسخ در حقوق ما، می‌توان به ماده واحده مصوب ۵۸/۱۱/۲۷ اشاره کرد. قانون مذکور مقرر داشته: «از تاریخ تصویب این قانون قوانین زیر لغو می‌شود (۱). قانون متحد الشکل نمودن البسه اتباع ایران... مصوب دیماه ۱۳۰۷؛ ۲. قانون تشدید مجازات اشخاص بد سابقه و شرور؛ ۳. قانون شکار بان‌های شکارگاه‌ها مصوب ۱۳۵۰؛ ۴. قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درخت مصوب ۱۳۵۳؛ ۵. ماده ۳۹ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ و تبصره های آن».

۳. بی‌جهت نیست که قانونگذاران بنا به عادتی دیرین، ضمن تصویب قانون جدید و در ماده پایانی آن، نسخ قانون یا قوانین سابق را انشا و اعلام می‌کنند. گویا بر این باورند که صرف وضع حکم جدید و مغایر با مقررات پیشین موجب نسخ نیست: چنانکه گذشت، این باور موجه و موافق منطقی حقوق است.

۴. قوانین زیر از نمونه های قانون اصلاحی در حقوق کشورمان هستند: قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶، قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک، مصوب ۱۳۷۲ و ۱۳۸۲، لایحه قانونی اصلاح «قانون تشکیل سازمان تامین اجتماعی» مصوب ۱۳۵۸ و قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، مصوب سالهای ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰.

سابق و لاحق معتبرند و میان آنها تعارض واقع می شود و گرنه تعارض میان قانون منسوخ و معتبر معنا ندارد.

## ۲. طرح مسأله: مفهوم و مصادیق قانون مکرر و معمای نسخ آن

مفهوم حکم یا قانون مکرر را نباید با اصطلاح مرسوم ماده مکرر آمیخت: طبق مفهوم اخیر گاه قانونگذار ماده ای را به مجموعه مواد قانونی الحاق می کند و آن را در جای مناسب میان مواد موجود جای می دهد، لیکن به منظور اینکه ترتیب مواد را به هم نریزد، شماره ای مکرر به شماریک یا چندماده می افزاید. ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، نمونه ای از این قبیل است که در اصلاحیه سال های ۶۱ و ۷۰ به ماده ۸۸۱ افزوده شده است.<sup>۱</sup> بدین سان، ماده مکرر حکمی جدید بر احکام مقرر در ماده اصلی اضافه می کند؛ حکمی که قبلاً مسکوت مانده بود و اکنون جامه قانونی می پوشد؛ چنانکه در مثال یاد شده ماده مکرر بلافاصله پس از بیان یکی از موانع قانونی ارث (قتل) به تبعیت از مشهور فقیهان امامیه، مانعی دیگر (کفر) را بر آن افزوده است. روشن است که در چنین مواردی، نه خود قانون یا حکم که فقط شماره آن مکرر شده است.

اما مفهوم حکم یا قانون مکرر، زمانی محقق است که مفاد و مضمون قاعده حقوقی یا حکمی واحد در قوانین متعدد و ضمن ماده های جداگانه تکرار شود. به دیگر سخن، قانون مکرر، قانونی واحد است که بیش از یک بار از تصویب مجلس گذشته؛ حکمی که به مناسبت های مختلف دو یا چند بار انشا شده است. در این صورت، در حقیقت هر ماده ای که دارای همان حکم باشد، به عنوان المثنی برای ماده مشابه قرار می گیرد و هنگامی که یکی از آن مواد نسخ و در نتیجه از قانون حذف شود، این پرسش مهم به میان می آید که تکلیف اعتبار ماده دیگر چه می شود؟

بدین سان، گاهی قانونگذار احکام و مقرراتی مشابه و یکسان را ضمن دو یا چند ماده و طی قوانین جداگانه وضع می کند؛ متعاقباً با انجام اصلاحاتی در قواعد حقوقی موجود، یکی از آن مواد را نسخ یا اصلاح می کند، در حالی که ماده مشابه در قانونی دیگر به ظاهر دست نخورده باقی می ماند و این تردید را بر می انگیزد که همه مواد دارای حکم واحد را باید منسوخ شده دانست، یا اینکه نسخ یک ماده فقط به معنای نسخ همان ماده است.

۱. از جمله نمونه های دیگر می توان به مواد ۲۱۸ مکرر، ۱۳۱۳ مکرر و ۱۳۲۸ مکرر قانون مدنی اشاره کرد.

در حقوق ما دو مثال مشهور در این زمینه هست: ۱. از سویی اماره رشد در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی، رسیدن به هجده سال معین شده بود. این اماره قانونی طی اصلاحات ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ قانون یاد شده نسخ شد. ماده ۱۲۱۰ اصلاحی و تبصره آن در امور غیر مالی، رسیدن به سن بلوغ (۱۴ سال قمری برای پسران و ۹ سال برای دختران) را برای حصول رشد کافی دانست، لیکن در امور مالی دادن اموال صغیر به تصرف او، منوط به اثبات رشد در دادگاه شد<sup>۱</sup> از سوی دیگر، حکم ماده ۱۲۰۹ سابق در قانون دیگری با عنوان قانون راجع به رشد متعاملین، مصوب ۱۳۱۳/۷/۱۳ تکرار شده است.<sup>۲</sup> اما نسخ قانون اخیر الذکر، تا کنون از سوی قانونگذار اعلام نشده است.

۲. قانون مسؤلیت مدنی ضمن مواد ۱، ۲، ۸ و ۹ خود لزوم جبران زیانهای معنوی را مقرر داشته است. همین حکم در ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری (اصلاحی ۱۳۳۵/۱۱/۳۰) تکرار شده بود. با نسخ قانون اخیرالذکر نسبت به دادگاههای عمومی و انقلاب و تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای مذکور در امور کیفری در سال ۱۳۷۸ به موجب ماده ۹ قانون جدید خسارتهای معنوی از شمار زیانهای قابل مطالبه و جبران بیرون شد، در حالی که قانون مسؤلیت مدنی راجع به لزوم جبران زیانهای معنوی تاکنون از سوی قانونگذار اصلاح نشده است.

### ۳. اختلاف نویسندگان حقوقی

در برابر این پرسش که نسخ یکی از دو ماده مشابه، سبب الغا و بی اعتباری حکم مقرر در ماده دیگر نیز می شود؟ یا چنین نیست و با اصلاح و حذف یک ماده قانونی، تنها همان ماده نسخ می شود، در حقوق ما اتفاق نظر حاصل نشده و هر دو پاسخ طرفدارانی دارد.

۱. این احکام، مفاد تفسیری است که رای وحدت رویه شماره ۳۰-۳۰۳/۱۰/۶۴ از ماده ۱۲۱۰ و تبصره آن به دست داده، که خود محل نظر و ایراد حقوقدانان واقع شده است، لیکن در هر حال همگان پذیرفته اند که با اصلاحات انجام شده، اماره رشد هجده سال از قانون مدنی حذف و در نتیجه نسخ گردیده است.

۲. در قانون یاد شده می خوانیم: از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات به استثنای نکاح و طلاق محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال شمسی تمام نرسیده اند، اعم از ذکور و اناث غیر رشید بشناسند، مگر آن که رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله... در محاکم ثابت شده باشد. اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده اند... رشید محسوب می شوند.



به عقیده استاد دکتر کاتوزیان: «در چنین مواردی، در واقع یک حکم در دو قانون تکرار شده است. نسخ قانون نیز حکم را بر می‌دارد و قالب به تبع نسخ حکم از بین می‌رود. پس بنا به فرض اکنون که حکم مربوط به اماره رشد برداشته شده است، هر قانون که چنین حکمی را در خود دارد، نسخ ضمنی می‌شود (۱۳۷۹: ۳۱، پاورقی ش ۶۵) قانونگذار در حذف ماده ۱۲۰۹ نظری به شماره این ماده نداشته است. قصد او نسخ اماره رشد و ابتلای بالغان به شیوه مذکور در قرآن است<sup>۱</sup>. پس باید پذیرفت که اماره رشد در هر متن دیگری هم باشد، نسخ شده است و حتی وصف این نسخ به صریح نزدیکتر است، تا به ضمنی. به علاوه، عقیده به اعتبار و عدم نسخ حکم مشابه در ماده دیگر، مانند این است که گفته شود تا زمانی که بر شناسنامه مرده ای مهر ابطال زده نشده است، باید او را در شمار زندگان آورد» (دکتر کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۵۶ و در تأیید آن ر.ک: صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲: ش ۲۱۶).

از میان مخالفان عقیده بالا، شادروان شهیدی معتقدند: «حذف ماده ۱۲۰۹ ق.م در اصلاحات آزمایشی سال ۶۱ و تثبیت این وضعیت در سال ۱۳۷۰ دلالت بر نسخ مقررات ماده واحده مربوط به رشد متعاملین، مصوب ۱۳۱۳ و مقررات مواد ۹۷۷ و ۹۷۹ ق.م ندارد<sup>۲</sup>، زیرا آنچه حذف شده، ماده ۱۲۰۹ ق.م است، نه حکم اماره بودن سن ۱۸ سال تمام برای رشد. حذف ماده قانونی الزاماً به معنی نسخ اصل حکم مندرج در آن ماده نمی باشد» (۱۳۸۴: ۲۴۷) و در استدلال بر آن افزوده اند: «یک ماده قانونی در اصطلاح قانونگذاری عبارت است از یک قالب عبارتی با شماره خاص که در بردارنده جزئی از مجموعه احکام... است، در حالی که حکم مندرج در ماده قانونی مفهوم و مدلول قالب، عبارتی است که انشای آن به اراده قانونگذار به وسیله کلمات و جملات یک ماده قانونی ابراز می‌گردد. بنابراین، حذف یک ماده قانونی؛ یعنی از بین بردن قالب عبارتی ماده... نه مدلول آن به طور مطلق. پس حذف یک ماده قانونی الزاماً بر حذف همه مواد قانونی که متضمن بیان حکم مشابه ماده محذوف باشد، دلالت ندارد» (همان: ۲۷۱ به بعد).

---

۱. برای دیدن نظر موافق با استدلالی مشابه ر.ک: دکتر علیرضا باریک لو، حقوق مدنی (۱)؛ اشخاص و حمایت های حقوقی آنان، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷: ۱۸۲-۱۸۳.

۲. شایان ذکر است که دو ماده ۹۷۷ و ۹۷۹ قانون مدنی هماهنگ با قواعد عمومی راجع به اهلیت رسیدن به سن ۱۸ سال را شرط قبول و تحصیل تابعیت ایرانی دانسته اند. گویا این مواد در اصلاح قانون مدنی از دید قانونگذار پنهان مانده اند.

اگرچه استاد شهیدی تلاش کرده اند تا بقای حکم قانون را پس از نسخ قالب و ماده قانونی موجه گردانند و به همین خاطر، اهتمام و توجه خود را به تفکیک دو مفهوم حکم و ماده قانونی معطوف داشته اند، لیکن در نظر ایشان، استقلال وجودی دو مفهوم یاد شده و عدم وابستگی آن دو به یکدیگر، مسلم و مفروض انگاشته شده است، در حالی که تمام بحث و اختلاف بر سر همین موضوع است که چگونه می‌توان پذیرفت قالب یا ماده قانونی از میان برخیزد، ولی حکم و مدلول آن همچنان معتبر باقی بماند؟

دیگر موافقان این عقیده نیز بی آنکه استدلال کرده باشند، حسب مورد اعتبار حقوقی ماده المثنی را با وجود نسخ ماده مشابه آن پذیرفته‌اند: چنانکه برخی از آنان رویه عملی دادگاه‌ها، دفاتر اسناد رسمی ادارات دولتی و بانکها را که همچنان سن ۱۸ سال را نشانه رشد می‌دانند و در این باره گواهی یا حکم رفع حجر از اشخاص مطالبه نمی‌کنند،<sup>۱</sup> کافی در بقای اعتبار اماره رشد ۱۸ سال می‌دانند (صفایی و قاسم زاده، منبع پیشین: ۲۲۰).<sup>۲</sup> برخی دیگر نیز استقرار رویه قضایی و عمل دادگاهها را که در موارد متعدد، حتی پس از اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری به جبران زیانهای معنوی حکم می‌دهند، مستند و مبنای عقیده به عدم نسخ حکم لزوم جبران خسارتهای معنوی قرار داده اند (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۵: ۲۵۴ - ۲۵۵).<sup>۳</sup>

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۷۱۷۳ مورخه ۷۳/۱۱/۲۵ اداره حقوقی دادگستری در این باره قابل توجه است: «با توجه به رای وحدت رویه شماره ۳۷/۶۲ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳... مداخله صغیر پس از بلوغ در امور مالی محتاج به اثبات رشد است... لذا در مورد اشخاص بالغ کمتر از ۱۸ سال برای دخالت در اموال و امور مالی ثبوت رشد به حکم دادگاه لازم است... در مورد کسانی که ۱۸ سال به بالا داشته باشند، قانون رشد متعاملین به قوت خود باقی است و مغایرت آن با ضوابط شرعی اعلام نشده...»

۲. در منبع یاد شده، این نظر به برخی حقوقدانان نسبت داده شده، ولی از آنها نام برده نشده است.

۳. این نکته را نیز باید افزود: ممکن است در تأیید عدم نسخ حکم قانون مسؤولیت مدنی در باب ضرر معنوی استدلال شود: مطابق قواعد و اصول مسلم حقوقی، قانون شکلی نمی‌تواند ناسخ قانون ماهوی شود. در نقد این اندیشه باید گفت: از طرفی چنانکه اشاره شد، نسخ قانون به دست قانونگذار است. اطلاق عنوان ناسخ به قانونی که طی آن نسخ قانون دیگر انشاء و اعلام می‌شود، مجازگویی است، زیرا ناسخ حقیقی قانونگذار است. از طرف دیگر اگر بپذیریم که با وقوع تعارض میان دو قانون، قانون متاخر، ناسخ قانون متقدم است، تحقق چنین تعارضی میان دو قانون شکلی و ماهوی امکان پذیر نیست، زیرا اولاً چنانکه از عنوان دو قانون پیداست، موضوع هر یک از آنها کاملاً متفاوت با دیگری است؛ ثانیاً ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری درباره خسارت معنوی ساکت است و حکمی مقرر نداشته تا منطوق یا مفهوم آن با حکم مقرر در مواد قانون مسؤولیت مدنی معارضه داشته باشد.

در این میان، دکتر حسن جعفری تبار با استدلالی بدیع به یاری این گروه شتافته اند. مطابق نظر ایشان: «در مواردی که قانون گذار به حذف و ابطال<sup>۱</sup> ماده ای اقدام کند و خود را در آن موضوع ساکت جلوه دهد، اگر این سکوت با بیانی دیگر متعارض افتد، می‌توان بیان را بر سکوت (یعنی حذف یا ابطال یا نسخ) مقدم داشت... به همین شیوه، باید نظریه ای را تأیید کرد که در تلاش است با تشبُّث به ماده واحده راجع به رشد متعاملین، اماره رشد را هنوز سن ۱۸ سال بدانند؛ هر چند مقنن با لغو ماده ۱۲۰۹ سابق عملاً در مورد اماره‌ی رشد در ۱۸ سال سکوت اختیار کرده باشد... حذف یک ماده فقط به معنی حذف یک ماده است، نه نسخ هر حکم دیگر» (۱۳۸۳: ۱۸۳-۱۸۵). سکوت در این جا به ضرر قانونگذار تفسیر می‌شود و از آن می‌توان بقای حکم ماده مشابه را با وجود نسخ ماده‌ی دیگر به آسانی نتیجه گرفت.

چنانکه ملاحظه می‌شود، این نظریه فارغ از نزاع بر سر مفهوم حکم یا ماده قانونی مبنایی دیگر برگزیده است و به عبارت دیگر، با صرف نظر کردن از این موضوع که آیا می‌توان دو مفهوم یاد شده را کاملاً بر هم منطبق دانست یا نه؟ و بدون توجه به اینکه تلاش در این باره ضرورت داشته باشد، در پی حل دشواری بر مبنای خاص خود برآمده است. آن مبنا نظریه تفسیر سکوت است: در این که سکوت همواره باید علامت رضا تلقی شود یا نشانه انکار، اختلاف میان نویسندگان بالا گرفته است. اکثریت بر این باورند که به دست دادن قاعده در این باره، نه تنها دشوار که بی فایده نیز هست. در هر مورد باید از قراین و امارات ویژه مدد گرفت، لیکن دکتر جعفری تبار به شایستگی از عهده تفسیر سکوت برآمده و معیار بنیادین را در این

بعلاوه، ممکن است گفته شود: در تفسیر قانون شکلی و ماهوی خاصیت و ماهیت هر یک از این قوانین بر سراسر احکام و مقررات آنها سایه می‌افکند و همین سبب می‌شود تفسیر قانون وفق آن ماهیت کلی به عمل آید. برای مثال، قانون شکلی علی الاصول باید حاوی مقررات شکلی باشد. در تفسیر مقررات آن همین اصل کافی است تا راهنمای مفسر قرار گیرد و او را در نادیده گرفتن حکم ماهوی انشاء شده، ضمن قانون شکلی و عکس آن مصمم سازد. در پاسخ می‌توان گفت: این استدلال ناتمام است، زیرا قانونگذار بر خلاف نویسندگان حقوقی ملزم به تقسیم بندی قوانین به شکلی و ماهوی نیست. او همواره می‌تواند قانون و قاعده ای ماهوی را در میان مجموعه قواعد شکلی انشا کند. چنانکه ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری چنین است. بعلاوه، احکام و مقررات شکلی در قوانین مدنی و مجازات اسلامی هم کم نیستند (برای نمونه ر.ک: ماده ۲۱۸ مکرر و مواد ۹۲۲ به بعد ق. م در اسناد سجل احوال. نیز: مواد ۱۱ و بعد ق. م. ا راجع به احکام تخفیف مجازات و تعیین مرجع صالح در این باره).

۱. شایان ذکر است اصطلاح ابطال در معنی عام مرادف با الغاست که شامل نسخ نیز می‌شود (برای دیدن تفصیل بحث در باب مفهوم نسخ و شباهت و تفاوت آن با ابطال قانون ر.ک: میرزایی، همان منبع، ۱۶ و بعد).

باره نمایانده اند: از نظر ایشان استقرایی ناقص در متون قانونی نشانگر آن است که سکوت غالباً بر خلاف خواست و نظر صاحبان قدرت (مانند: قانونگذار، قاضی، ولی صغیر، من له الخيار) تفسیر می‌شود. بنابراین، اصل نه خنثی بودن سکوت که عدم انتفاع صاحب اقتدار از سکوت است و به همین جهت سکوت در هر حال به ضرر صاحب قدرت و مرجعیت<sup>۱</sup> تفسیر می‌شود<sup>۲</sup> (همان منبع: ۱۷۴ به بعد).

#### ۴. منشأ اختلاف نظرها در نسخ قانون مکرر

لازم است قبل از اظهار نظر در خصوص عقاید مطروحه در بالا، به طور اختصار به ریشه دشواری در تبیین نسخ قانون مکرر اشاره شود: چنانکه مرسوم است، نویسندگان حقوقی از کمترین جزء تشکیل دهنده قوانین با عنوان «قاعده حقوقی» یاد می‌کنند و گاه در توصیف آن با تأیید کارفقیهان از مفهوم «حکم» قانون بهره می‌گیرند و آن را مبنای نظریات خود قرار می‌دهند. به همین جهت، دو مفهوم حکم شرعی و قاعده حقوقی را می‌توان معادل یکدیگر گرفت. همچنانکه مفهوم «حکم تکلیفی» در فقه مشابه «قانون امری»<sup>۳</sup> و مرادف با «قواعدتحمیل کننده تکلیف»<sup>۴</sup> نزد حقوقدانان است، اما قانونگذاران، مفاهیم ویژه خود را دارند و اصطلاحاتی مانند مصوبه، ماده، بند و تبصره قانونی را به کار می‌گیرند.<sup>۵</sup> آنچه در نظر حقوقدانان حکم یا قاعده حقوقی نامیده می‌شود، تقریباً معادل با ماده قانونی است، لیکن این پرسش اساسی مطرح

#### 1. Authority

۲. در تأیید این نظر می‌توان افزود: تحقق سکوت تنها به خودداری از تکلم و بیان نیست، بلکه انجام فعل نیز سبب سلب وصف خاموشی است (ر.ک: شافعی، *الرساله*، ص ۲۵۷: لا ینسبُ إلی ساکتِ قولُ قائلٍ و لا عملُ عاملٍ إئما ینسبُ إلی کلِّ قولُهُ و عملُهُ).

#### 3. loi Imperative

#### 4. Duty imposing rule or law

۵. این نکته نیز قابل توجه است. به تبع تفاوت نگرش در مفهوم قانون، روش قانونگذاران در تقسیم انواع قوانین با شیوه عمل حقوقدانان متفاوت است. چنانکه اشاره شد، نویسندگان حقوقی از تقسیم قوانین به امری، تکمیلی، ماهوی، شکلی و عام و خاص سخن می‌گویند، درحالی که قانونگذاران خود را با این مفاهیم آشنا نمی‌کنند (برای دیدن مفهوم و انواع قانون و تفاوت اثر آنها در وقوع نسخ ر.ک: اقبال علی میرزایی، ۱۳۸۶، ص ۵۶ به بعد).

است که آیا دو مفهوم یاد شده کاملاً منطبق و مترادف با یکدیگرند؟<sup>۱</sup> دشواری‌ها از همین جا آغاز شده و یکی از آثار آن به هنگام نسخ قانون نمودار می‌شود. باری، در تبیین نظریه‌های مطرح شده در باب نسخ حکم مکرر و کاوش در مبانی هریک، جستاری در تاریخ اندیشه‌های حقوقی ضروری است. ابتدا تاریخ حقوق اسلام و سپس اندیشه‌های حقوقدانان مغرب زمین مطالعه می‌شود.

### ۵. جستاری در تاریخ فقه و حقوق اسلامی

مسأله نسخ حکم مکرر برای بیشتر فقیهان اسلامی ناشناخته مانده و در کتاب‌های اصول فقه از آن یاد نشده است. با وجود این، با جست و جو در بحث‌های پراکنده فقهی و آثار فقیهان و نویسندگان قرآنی متقدم می‌توان گفت: از میان دو عقیده رایج میان نویسندگان حقوقی ما که بیان آن گذشت نشانه‌هایی از تأیید نظر نخست یافت می‌شود.

در نظر بسیاری از مفسران قرآنی قرن‌های اولیه آیه ۵ سوره توبه<sup>۲</sup> (مشهور به آیه سیف) نسخ دست کم ۱۲۴ آیه دیگر از قرآن (آیه‌های مشهور به آیات صفح که در آنها به مدارا و ملایمت با کفار حکم شده) دانسته است (زرکشی، ۱۹۹۰، ج ۲: ۱۷۱. نیز: John, Burton, 1990: 184). اگرچه عقیده مذکور رفته رفته تعدیل گشته و امروزه طرفداران جدی ندارد، لیکن از میان مخالفان آن هیچ کس ایراد نکرده که یک آیه فقط آیه ای دیگر را نسخ می‌کند. بدین سان،

---

۱. این پرسش دغدغه خاطر برخی فیلسوفان حقوق بوده است. جرمی بنتام معتقد بود: میان مفهوم قانون (law) در فلسفه حقوق و معنای آن در عرف قانونگذاری تفاوت هست: قانونگذاران به جای اصطلاحات مشهور حکم قانون (the law)، حکم خاص (special law) و حکم عام (general law) که در میان حقوقدانان رایج است، مفاهیمی مانند: مصوبه (statute)، ماده قانون (section)، تبصره (exception) و بندهای (sub-sectiones) ماده قانونی را به کار می‌گیرند. اینها را نمی‌توان همواره با یکدیگر منطبق و معادل دانست. مفاهیم حقوقی نزد حقوقدانان اغلب مبنای فکری و منطقی دارند، در حالی که مفاهیم مورد استعمال قانونگذاران مفاهیمی فیزیکی و مادی اند (Raz, 1981: 825).

در فقه نیز در حالی که فقیهان از نسخ حکم شرعی یاد می‌کنند، قرآن سخن از نسخ «آیه» به میان آورده است (آیه ۱۰۶ سوره بقره: ما نَنسَخُ مِنْ آیهٍ... و آیه ۱۰۱ سوره نحل: إِذَا بَدَّلْنَا آیهً مَكَانَ آیهٍ...).

۲. وَاِذَا اَنسَلَخْنَا الْاَشْهُرَ الْحَرَامَ فَاتَّقُوا اللَّهَ الْمُرْکِبِينَ....

امکان نسخ آیات متعدد با یک آیه و ضمن انشای واحد محل تردید فقیهان اسلامی واقع نشده است.<sup>۱</sup>

۱. روشن است ما در اینجا در مقام رد یا تأیید عقیده وقوع نسخ در آیات قرآنی نیستیم و تنها در پی تحلیل امکان تحقق نسخ حکم مکرر به مصداقی از آن در تاریخ حقوق اسلامی اشاره می‌کنیم. البته، مساله وقوع نسخ در آیات قرآنی خود مجال دیگری خواهد و در اینجا فقط اشاره می‌کنیم: علم ناسخ و منسوخ یکی از علوم قرآنی است. تعداد کتاب‌هایی که در این علم و بیان آیات ناسخ و منسوخ قرآنی تالیف شده، بی‌شمار است (برای دیدن فهرستی از این کتاب‌ها ر.ک: بهاء الدین خرمشاهی، قرآن پژوهی، جلد دوم، ص ۱۸۵۲ به بعد: کتاب شناسی ناسخ و منسوخ. نیز ر.ک: زرکشی، البرهان فی علوم القرآن، جلد دوم، تصحیح یوسف عبدالرحمن المرعشی، دار المعرفه، بیروت ۱۹۹۰: ۱۵۱ و بعد)

گذشته از تألیفات مستقل، مفسران قرآنی نیز در تبیین و تفسیر آیات مرتبط با مفهوم نسخ یا آیاتی که ادعای نسخ آنها شده است، به قدر ضرورت به بیان این مفهوم پرداخته‌اند و حتی برخی از آنها در مقدمه دوره تفسیر خود مفاهیم مرتبط با علوم قرآن از جمله مفهوم نسخ را به طور مستقل مطالعه کرده‌اند (ر.ک: ابوالقاسم خویی، البیان فی تفسیر القرآن، کتاب اول، به کوشش مرتضی الحکمی، مطبعه العلمیه، قم، چاپ سوم، ۱۳۹۴ ق. این کتاب بی‌نظیر اولین مجلد و تنها بخش از تفسیر ناتمام البیان است).

به گزارش محققان علوم قرآنی، متقدمان در شمار آیات منسوخه در قرآن راه مبالغه پیش گرفته بودند و با احساس اندک تعارض میان مفاد آیه‌ها جانب نسخ را بر می‌گزیدند. هبه الله بن سلام (م ۴۱۰ ق) از نخستین نویسندگان علم ناسخ و منسوخ، تعداد آیات منسوخ در قرآن را ۲۳۷ آیه دانسته است که از این میان ۱۳۰ آیه فقط به آیه سیف (آیه ۵ سوره توبه) نسخ شده‌اند. دیگر نویسندگان متقدم با اندکی اختلاف همین نظر را تأیید کرده‌اند، لیکن این میل مفرط به افزودن بر آیات منسوخ در دوره‌های بعد فروکش کرد. کاملترین شکل موفقیت این جریان در کتاب الاتقان سیوطی (م ۹۱۱ ق) دیده می‌شود که او شمار آیات منسوخه را به ۲۱ آیه کاهش داده است.

محققان معاصر علوم قرآنی از این تعداد نیز کاسته‌اند. برخی فقط هفت آیه را منسوخ دانسته‌اند (مصطفی زید، النسخ فی القرآن الکریم دارالفکر، بیروت، ۱۹۶۳). برخی دیگر معتقدند تمام آیات منسوخ در قرآن مشتمل بر شش حکم شرعی‌اند که مجموع این آیات از بیست و اندی فراتر نمی‌رود (محمد هادی معرفت، علوم قرآنی، سمت، ۱۳۷۹، ص ۱۹۹ به بعد). مرحوم علامه خویی معتقدند تنها یک آیه از قرآن نسخ شده و آن آیه ۱۲ سوره مجادله است که با آیه پس از خود منسوخ گردیده (ابوالقاسم خویی، البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۳۰۵ به بعد). جان برتون، محقق علوم قرآنی و استاد دانشگاه ادینبرگ، فقط حکم آیات اول تا چهارم سوره مزمل را متحمل وقوع نسخ دانسته است، لیکن به نظر او حکم این آیات ریشه در سنت دارد. بنابراین، اگر نسخی روی داده باشد در دایره سنت واقع شده است. از این رو، نتیجه می‌گیرد در قرآن نسخی واقع نشده است (ر.ک: جان برتون، منابع حقوق اسلامی، ص ۱۸۶ به بعد).

به نظر می‌رسد سکوت فقیهان و اصولیان و عدم اعتراض آنان در این باره بی‌جهت نیست: بی‌گمان آنچه مفهوم و کارکرد نسخ را نزد عالمان اصول فقه تشکیل می‌دهد، الغاء و ازاله حکم شرعی است<sup>۱</sup> تا امحای اصل آیه یا لفظ روایتی که حکم در آن مقرر شده<sup>۲</sup>. به همین جهت، طبیعی است که با نسخ یک حکم شرعی

۱. مطابق مشهورترین تعریف‌ها نزد اصولیان اسلامی نسخ عبارت است از: رفع الحكم الشرعی بدلیل الشرعی المتأخر (برای دیدن تعریف یاد شده و تعاریف مشابه ر.ک: محمد مجاهد طباطبایی، ۱۳۲۹ق، مفاتیح الاصول، حد النسخ). ممکن است ایراد شود: از تامل در این تعریف می‌توان استنباط کرد که مفهوم نسخ نزد اصولیان حاصل مغایرت حکم متأخر با حکم متقدم است و این همان مفهوم است که حقوقدانان از آن به نسخ ضمنی تعبیر می‌کنند، لیکن این ایراد زمانی موجه می‌نماید که تفاوتی میان دو مفهوم دلیل و حکم نباشد.

فقیهان ما به هوشمندی تمام این ایراد را دفع کرده و به جای حکم ناسخ از دلیل ناسخ یاد کرده‌اند: در توضیح مطلب باید گفت حکم شرعی در لسان فقها عبارت است از تعلق اعتبار شرعی بر افعال مکلفان یا موضوعات (محمد تقی حکیم، اصول العامه للفقهاء المقارن، ص ۵۵ به بعد. نیز: دکتر ابوالقاسم گرچی، مجموعه مقالات حقوقی، ج ۲: ۱۳۸ به بعد). روشن است که این تعریف در مورد احکامی که کارکرد آنها صرفاً اعلام نسخ حکم سابق است، صادق نیست. موضوع این احکام نه فعل مکلفان و موضوعات خارجی که دسته‌ای دیگر از احکام است که منسوخ اعلام می‌شوند. به همین جهت، به جای اصطلاح حکم ناسخ دلیل ناسخ به آنها اطلاق شده است. حقوقدانان غربی نیز از این حقیقت غافل نمانده‌اند ر.ک:

Joseph Raz, The concept of a legal system: 58-64: There are good grounds to argue that in any case norms are repealed not by repealing- norms but by repealing acts

چنانکه ملاحظه می‌شود، نسخ نه حکم، که دلیل شرعی است. می‌توان حکم را معادل هنجار یا قاعده حقوقی اولی دانست که به طور مستقیم (= حکم تکلیفی) یا غیر مستقیم (= حکم وضعی) به رفتار مکلفان مرتبط است، در حالی که دلیل ناسخ معادل قانون یا مصوبه است و بی‌آنکه ارتباطی با رفتار افراد داشته باشد، ناظر به اداره نظام حقوقی و قوانین دیگر است (=قاعده ثانوی تغییر در نظریه هارت).

اگر چه نمونه دلیل ناسخ در احکام شرعی یافت نمی‌شود؛ در هیچ آیه‌ای از قرآن نیامده است که فلان آیه منسوخ است، اما نمونه‌های قانون ناسخ در حقوق موضوعه قابل توجه است. از این قبیل است: قانون لغو «قانون انگشت نگاری عمومی» مصوب ۱۳۶۸، لایحه قانونی لغو «قانون ۲۱ مهر ۱۳۴۳ راجع به اجازه استفاده مستشاران نظامی آمریکا در ایران از مصونیتها و معافیت‌های قرارداد وین» (مصوب ۱۳۵۸/۲/۲۷).

۲. در تأیید همین حقیقت است که نظریه قدیمی نسخ لفظ و تلاوت قرآن به درستی از سوی قاطبه نویسندگان علوم قرآنی کنار گذاشته شد. در تأیید این رویه از احکام نسخ در اصول فقه نیز یاری گرفته شده. چنانکه گفته‌اند: مطابق مفهوم نسخ تحقق آن فقط به انشای دلیل ناسخ ممکن است، درحالی که مطابق نظریه نسخ تلاوت آنچه سبب وقوع نسخ شده، نه انشاء و اراده شارع که فراموش شدن (انساء) حکم است (محمد هادی معرفت، ۱۴۱۸ق،

اعتبار آن به کلی زایل شود و تکرار آن در آیات و روایات متعدد نیز نتواند مانع از تحقق مراد شارع شود.

تعلیل و تحلیل مذکور، بی آنکه در نظریه های اصولی نمودار شود، در عمل به کار گرفته شده است. چنانکه در تأیید حقایق یادشده، امام شافعی نسخ توأمان و همزمان حکمی را که در کتاب و سنت مکرر شده، پذیرفته است: حکم جلد (یکصدتازیانه) مجرمان زناکار هم در قرآن انشاء شده، هم در سنت: از طرفی، قرآن کریم مجازات زناکاران زن و مرد را فقط جلد تعیین کرده است و در این حکم تفاوتی میان افراد محصن و غیر محصن نگذاشته<sup>۱</sup>. از طرف دیگر، مطابق روایتی معروف به حدیث عباده از پیامبر اکرم (ص) نقل شده: «مجازات زناکاران محصن و محصنه رجم و جلد آنان است و درباره مرتکبان غیر محصن باید حکم جلد و نفی (تبعید) اجرا شود»<sup>۲</sup>.

ص ۲۴ به بعد). در تأیید این عقیده می توان افزود: اگر بپذیریم که مفهوم نسخ حکم شرع یا قانون همچون وضع آن مسأله ای مرتبط با عالم تشریح و قانونگذاری است، اعتقاد به زوال لفظ هر ماهیتی داشته باشد، با مفهوم نسخ سازگار نیست؛ آنچه مجعول و نهاده شارع و مقنن است، نه الفاظ که احکام و قواعد حقوقی است؛ شارع و قانونگذار حکمی را که خود بیشتر وضع کرده، می تواند نسخ کند ولیکن تصرف در الفاظ و نسخ آنها نه در شأن و صلاحیت او است و نه فایده ای بر آن مترتب است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: میرزایی منبع پیشین، ص ۷ و بعد؛ همین طور برای دیدن مفهوم حقیقی انشاء و ترک قانون در منطق فقه و حقوق ر.ک: میرزایی، همان منبع: ۲۱۱ به بعد).

۱. آیه دوم سوره نور می فرماید: الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ...  
 ۲. متن روایتی که عباده بن صامت از پیامبر (ص) نقل کرده چنین است: قال رسول الله (ص): خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا: الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدٌ مِائَةٌ وَ تَغْرِيْبُ عَامٍ وَ النَّيْبُ بِالنَّيْبِ جَلْدٌ مِائَةٌ وَ الرَّجْمُ (برای دیدن اسناد حدیث ر.ک: ابی بکر محمد بن حازم همدانی، کتاب الاعتبار فی الناسخ و المنسوخ من الآثار، (۱۹۶۶) ص ۳۰۲ به بعد). ذکر این نکته نیز ضروری است که عبارت قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا بخش پایانی آیه ۱۵ سوره نسا (... و يجعل الله لهن سبيلا) را به خاطر می آورد. برخی فقیهان از همین جا معتقد به نسخ آیه مذکور با این روایت شده اند.

شایان ذکر است عقیده به وقوع نسخ در این احکام، همچون بسیاری موارد دیگر نزد فقیهان امامیه پذیرفته نیست. اینان بی آنکه وقوع نسخ را در باره احکام زنا پذیرفته باشند در تأیید اعتبار و عدم نسخ حدیث عباده به استناد روایتی از امام علی (ع) (جَلَدْنَا بِحَكْمِ كِتَابِ اللَّهِ وَ رَجَمْنَا عَلَى سُنَّةِ رَسُولِهِ) دو مجازات رجم و جلد را درباره زنا کاران محصن جمع کرده اند. ر.ک: برتون، منابع حقوق اسلامی: ۱۴۵). با وجود این، در خطبه ۱۲۷ نهج البلاغه در بیان احکام دین و رفع شبهه خوارج می خوانیم: سُبُوْفُكُمْ عَلَى عَوَاتِقِكُمْ تَصْعَوْنَهَا مَوَاضِعُ الْبُرِّ وَ السُّعْمِ... وَ قَدْ عَلِمْتُمْ



طبق روایتی دیگر اما، گزارش شده: پیامبر(ص) در مورد فردی به نام معز که زانی محصن بوده تنها حکم رجم را جاری کرده است.<sup>۱</sup>

شافعی در مقام جمع و رفع مغایرت از ادله مذکور معتقد است: حکم روایت معز - که منشاء آن سنت فعلی است - متأخر از حدیث عباد و آیه دوم سوره نور صادر شده و به همین جهت احکام مقرر در دو دلیل اخیر الذکر را در قسمت مغایر نسخ کرده است. او از همین جا نتیجه گرفته: مجازات شرعی زانی محصنه و محصن فقط رجم است و حکم جلد - که ضمن دو دلیل و به طور مکرر انشا شده - نسبت به زناکاران محصن منسوخ است (شافعی، ۱۲۴۰ق: ۱۲۸ تا ۱۳۳ و ۱۴۸ به بعد نیز Burton, op.cit.,: 137).

چنانکه ملاحظه می شود، مطابق عقیده بالا، در صورتی که حکمی واحد طی دو دلیل جداگانه تکرار شده باشد، با آمدن حکم متأخر و مغایر، حکم آن دو دلیل متقدم، توأمان منسوخ می شود، چه اثر نسخ الغای حکم است و تکرار حکم مانع از نسخ آن نمی شود.

با وجود این، آنچه بهره گیری از این اندیشه فقهی و اصولی را دشوار کرده، عدم تبیین آن از سوی فقیهان است؛ شافعی به عنوان یکی از نام آورترین اصولیان اسلامی، اگر چه از این عقیده پیروی کرده، لیکن دلیل و مبنای فتوای خود را بیان نکرده و بی آنکه استدلالی به دست داده باشد، از بین دو راه حل ممکن یکی را برگزیده است. بنابراین، تبعیت از عقیده او نزد اهل تحقیق خالی از ایراد نیست؛ زیرا دشوار است بتوان در تأیید یک نظریه، صرف اقدام و عمل پیشینیان به آن را مستند و مبنا قرار داد. ما نیز با تأیید طریق تحقیق دنباله بحث را پی می گیریم.

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) رَجَمَ الزَّانِيَ الْمُحْصَنَ... وَ جَلَدَ الزَّانِيَ غَيْرَ الْمُحْصَنِ. بدین سان مولای متقیان در مقام بیان، از اجرای حد جلد بر زانی محصن سخن نگفته و گویا حکم اصلی هر کدام را بیان فرموده است.

۱. این روایت را اهل سنت متواتر می دانند. برای دیدن نشانی آن در سنن و صحاح ر.ک: الشیرازی، تخریج احادیث اللُّمَعُ فی اصول الفقه، ۱۹۸۶، ص ۱۷۷.

۲. نیز ر.ک: ابی بکر حازم همدانی، همان منبع: ۲۴۰: قال الشافعی فَدَلَّتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ أَنْ جَلِدَ مَائِهِ ثَابِتٌ عَلَى بَكَرَيْنِ وَ مَنْسُوخٌ عَنِ نَبِيِّنِ وَ الرَّجْمُ ثَابِتٌ عَلَى نَبِيِّنِ فَتُسَخَّرُ عَنْهُمَا الْجَلْدُ مَعَ الرَّجْمِ... فَلَمَّا رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ مَاعِزًا وَ لَمْ يَجْلِدْهُ.

### ۶. طرح مسأله نزد نویسندگان غربی

در آثار حقوقدانان مغرب زمین، راه حلی درمسألهٔ نسخ حکم مکرر دیده نمی شود. تنها از برخی نوشته ها برمی آید که ذهن پاره ای نویسندگان دراین باره مشغول شده. ژوزف راز<sup>۱</sup>، از معدود نویسندگانی است که به این موضوع اندیشیده. او با عقیده به اینکه کلید حل معمای نسخ مکرر در فهم منطق حاکم برهنجار<sup>۲</sup> و قاعده حقوقی<sup>۳</sup> نهفته است، بحث را این گونه آغاز می کند:

اگرچه قاعده حقوقی یا حکم قانون با دستورها و اوامر<sup>۴</sup> عادی در ویژگی هنجاری بودن<sup>۵</sup> مشترک است، لیکن تفاوتی عمده میان آنها وجود دارد: از سویی قوانین بر خلاف فرمانهای ساده از یک رابطه نظام یافته برخوردارند و همین ویژگی امکان تحلیل و دسته بندی قوانین را فراهم می سازد و حقوق را به عنوان نظامی سازمان یافته<sup>۶</sup> از قواعد می شناساند.<sup>۷</sup> از سوی دیگر، حکم قانون همواره به صورت مجرد و منتزع از اوضاع و احوالی ویژه که منشأ و سبب صدور آن بوده، فهم و تفسیر می شود. به همین دلیل در تفسیر و اجرای قانون به عوامل تاریخی که موجب تصویب آن شده اند، کمتر توجه می شود<sup>۸</sup>، درحالی که عامل اصلی در فهم و اجرای دستورعادی توجه به ارتباط آن با وقایع ویژه و معین است - (Joseph, Raz, 1977:128).

(129)

۱. Joseph Raz (متولد ۱۹۳۹)، استاد فلسفه حقوق دانشگاه آکسفورد.

2. Logic of norm

3. Rule of law

4. Orders or Commands

5. Normativity

6. Institutive

۷. اندیشه حقوق به مثابه نظامی از قواعد سازمان یافته (law as a system of rules) نخستین بار از سوی

هربرت هارت (۱۹۰۷-۱۹۹۱) استاد فلسفه حقوق آکسفورد مطرح شد. (رک: H.L.A. Hart. The Concept of law: (79)

این اندیشه به تفصیل مورد شرح و تفسیر شاگردان مکتب هارت قرار گرفته است. رک:

Neil mc Cormic, the Concept of law and The ConcePt of law

in: R.P. George, Autonomy of law: essays on legal Positivism (1996). p. 163-188. and,

Joseph, Raz. The Concept of a legal system.

۸ از این ویژگی قاعده حقوقی فقیهان ما به زبان دیگر یاد کرده اند. در علم اسباب نزول آیات قرآن سعی عمده بر آن است که معنای آیه ها از طریق آگاهی به علت یا شأن نزول آنها فهم شود. اگر چه فقیهان اسلامی شناخت اسباب نزول آیه را در فهم حکم آن موثر می دانند، لیکن با پذیرش این قاعده اصولی که «مورد مخصص نیست» حکم آیه را محدود به افراد حاضر در واقعه سبب نزول حکم ندانسته اند. رک: نصر حامد ابوزید، ۱۳۸۲، ص

با وجود این، ویژگی مهم و مشترک میان قوانین و فرامین، وابستگی آنها به محتوا و مضمون حکم یا دستور است. پرسشی که در هر دو مورد می‌تواند قابل طرح باشد، این است که آیا وحدت مدلول و مفاد دو گزاره امری شرط لازم و کافی در اتحاد هویت یا یکی انگاشته شدن آنهاست یا نه؟ چنین امری فقط شرط لازم، ولی غیرکافی برای تحقق یگانگی دو گزاره است؟ با اختیار عقیده نخست، باید پذیرفت در صورتی که دو دستور مشابه صادر شوند، هر دوی آنها در حقیقت یکی بیش نیستند. چه با عمل به هر کدام، منظور دیگری هم برآورده می‌شود، اما با گزینش مبنای دوم، دو دستوریاد شده را باید دو حکم مشابه بینگاریم، تا امر واحد. عقیده نخست بر مبنای زبان شناختی و منطق حاکم بر دستور زبان استوار است، لیکن در مورد قوانین نباید آن را به کار بست، چه به طور مطلق نمی‌توان گفت وحدت مفاد دو قاعده حقوقی سبب اتحاد وجودی آنها می‌شود: برای مثال، دو قانون مشابه از حقوق انگلیس و آمریکا را نمی‌توان قاعده ای واحد محسوب کرد، زیرا هریک از آنها به نظام حقوقی جداگانه‌ای تعلق دارند. همین طور ممکن است مجلس قانونی وضع کند که پیشتر حکم مشابه آن در مجموعه قوانین وجود داشته، ولی منسوخ شده است. بی‌گمان عمل قانونگذار در تصویب چنان قانونی نه احیای قانون قدیم که وضع قانون جدید است که محتوایی مشابه قانون منسوخ دارد (idem).

با وجود این، به کار بستن قاعده بالا در مواردی دشوار است. برای مثال، در مورد تمديد قوانین آزمایشی یا تصویب قوانین مشابه و مکرر، مسأله محل تأمل است، به ویژه در فرضی که با وجود قانونی معتبر، قانونی دیگر که عیناً همان حکم را دارد، به تصویب مجدداً<sup>۳</sup> می‌رسد، پذیرش اینکه با دو قانون مستقل و جداگانه روبه‌رو هستیم، آسان نیست. از این رو، اظهار نظر در چنین مواردی مستلزم تحقیقی بنیادین در منطق هنجارها و قواعد حقوقی است (idem).

۱. مفهوم نظام حقوقی (legal system) از مفاهیم تازه در فلسفه حقوق است. (برای مطالعه در این باره ر.ک.:

H.l.A.Hart.op.cit.: 79 and J.Raz,op.cit.: 1-3

نیز: اقبال علی میرزایی، منبع پیشین: ۳۳۶ و بعد).

۲. در تأیید این عقیده از منطق حاکم بر حقوق قراردادها می‌توان یاری گرفت: چنانچه قراردادی که دارای موضوع معین است، فسخ یا اقاله شود و مجدداً طرفین قراردادی جدید در همان موضوع منعقد نمایند، بی‌گمان عقد جدید نه همان قرارداد سابق و مفسوخ، که قراردادی دیگر است؛ هر چند موضوع دو قرارداد یکی است.

3. Re-enact

## ۷. کاوش در منطق علم حقوق و تأیید نظریهٔ موجه

دعوت ژوزف راز به تحقیق در منطق قواعد حقوقی، تاحدودی به طور ضمنی از سوی فیلسوفان حقوق پاسخ داده شده: اگر بنیاد بحث در مفهوم قانون وقاعدهٔ حقوقی نهفته باشد، در این باره میان پیروان حقوق اثباتی<sup>۱</sup> و مدافعان حقوق طبیعی<sup>۲</sup> بحث‌هایی مفصل درگرفته<sup>۳</sup> و این پرسش اساسی در هر دو مکتب مطرح شده که قانون محصول ارادهٔ قانونگذار است یا نه، قانونگذار نقشی جز بیان قواعد حقوقی ندارد و به عبارتی، کار مقنن فقط تأیید و رسمیت بخشیدن به قواعد از پیش موجود است؟

در پاسخ پرسش بالا حتی پیروان مکتب اثباتی حقوق عقیده دارند: اعتبار قانون نه به این است که قانونگذار آن را وضع کرده، بلکه ریشه در این واقعیت دارد که مقنن چنان حکمی را معقول و خردپسند یافته. بدین سان، در نهایت منبع اعتبار قانون به عقل و عرف یا پذیرش عمومی<sup>۴</sup> برمی‌گردد (Hart, 1994: 90-110). به همین جهت، در حقوق امروز تفسیر قانون نه با هدف کشف ارادهٔ قانونگذار و با تحقیق در معانی ادبی الفاظ قانون که بر مبنای معیارهای عدالت و انصاف و به نیروی عقل و منطق انجام می‌شود (Harris, 1980: 145-153) نیز: میرزایی، همان منبع: (۳۷۱-۳۷۳).<sup>۵</sup>

1. Positivism
2. Natural law

۳. برای دیدن خلاصه ای مفید از عقاید طرفداران دو مکتب حقوقی یادشده ر.ک:

J.Riddall, jurisprudence, London, 1991. and:  
B.Bix, jurisprudence, London, 1996.

و از کتاب های فارسی: دکتر حسن جعفری تبار، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

## 4. General acceptance

۵. در تأیید حقایق بالا می‌توان افزود: از سیر و سلوک در تاریخ حقوق این واقعیت بر مآشکار می‌شود که پیدایش قانون (law) مقدم بر قانونگذاری (legislation) بوده. به گزارش برخی محققان، مفهوم قانون زمانی پیداشد که از هنجارهای الزامی گروه تبعیت گردید و رفتار به شیوهٔ معقول و متعارف (reasonable) به عنوان روش درست رفتار اجتماعی قاعده و معیار قرار گرفت. واژهٔ jus که در حقوق رم به معنای قانون به کار رفته، در لغت به معنی رفتار صحیح و عادلانه و یکی از مشتقات justice است. در حالی که به مصوبات مجلسین سنا و عوام lex (مصوبه) اطلاق می‌شد (Nicholas, 1962: 15-24). بدین سان زندگی حقوق قرن های متمادی از این اندیشه که قانون محصول ارادهٔ قانونگذار است، فارغ بود و به قانون به مثابه اوامر و دستورهای قانونگذار نگریسته نمی‌شد (ر.ک: هایک، قانون، قانونگذاری، آزادی، ترجمه موسی غنی نژاد و مهشید معیری، طرح نو، ۱۳۸۰: ۱۱۸ به بعد. نیز: اقبال علی میرزایی، منبع پیشین: ۴۱ به بعد). موافق با واقعیات مذکور در نظام های حقوقی باستان کار قانونگذاران

با وجود این، آنچه کمتر مورد توجه واقع شده، این است که در منطق علم حقوق مفهوم قانون و قاعده حقوقی بیش از آنکه بر الفاظ، عبارات و تقسیمات ظاهری از قبیل ماده قانونی یا شمار مواد منطبق باشد، با مفاد قانون و کارکرد آن در تنظیم رفتار تابعان قانون (= مکلفان) سرشته است. هر دستوری که قانونگذار صادر می‌کند، در پی منظوری معین است. آن هدف نه با ظاهر الفاظ و مواد قانونی که با محتوا و مضمون قانون محقق می‌شود و آنچه مدلول و مفاد قانون را تشکیل می‌دهد، در لسان حقوقی «حکم» نامیده می‌شود.

بعلاوه، باید افزود: کلید حلّ معمای نسخ قانون مکرر، نه فقط از مفهوم قانون که از فهم ارتباط میان دو مفهوم قانون و نسخ آن به دست می‌آید: بی‌گمان آنچه جوهر کار قانونگذاری را تشکیل می‌دهد، وضع و ایجاد قواعد حقوقی (احکام) یا دست کم تأیید و رسمیت بخشیدن به آنهاست، تا تقریر و تحریر الفاظ و عبارات مواد. شماره گذاری ماده های قانونی نیز ابزاری است که در خدمت هدف قانونگذاری قرار گرفته است.

در منطق حقوق وضع و نسخ قانون دو روی یک سکه اند. هر دو عمل انشائی اند و موضوع آنها حکم و مفاد قانون است. تنها تفاوت در اثر و نتیجه حاصل از این اعمال وجود دارد. یکی ایجاد قانون می‌کند و دیگری امحای قانون. از این رو، قلمرو حکمرانی قانونگذار جهان احکام یا اعتبار حقوقی است، تا تصرف در دنیای الفاظ. بر این مبنا، بی‌تردید قانونگذار با نسخ یک ماده قانونی الغاء و بی اعتبار شدن حکم آن را خواسته است. این مراد و منظور، ضمن تحقق مفهوم نسخ، هنگامی برآورده می‌شود که حکم یا قاعده منسوخ به کلی از نظام حقوقی زدوده شود و دیگر مورد عمل قرار نگیرد؛ حال آنکه عقیده به بقای اعتبار حکم یاد شده به استناد ماده دیگر موجب لغو و بیهوده گشتن اقدام قانونگذار در نسخ حکم مذکور است. بدین سان باید پذیرفت: عقیده ای که دو ماده قانونی واجد حکم مشابه را قانونی واحد می‌داند و با نسخ شدن یکی از آن دو، نسخ دیگری را نیز به تبع می‌پذیرد، با منطق حقوق سازگارتر است.

---

گردآوری و اعلام قواعد موجود بود تا ابداع و انشای قانون. در حقوق باستان، قدرت حاکم واضع قانون نبود بلکه فقط قواعد را اعلام و اجرای آنها را تضمین می‌کرد. به همین جهت، مورخان حقوق باستان عنوان «قانون نامه» را مناسبتر یافته اند تا بدین وسیله تفاوت آن را با قانون موضوعه امروزی باز نمایند (حسین بادامچی، ۱۳۸۲: ۱۶-۱۰۵ و ۱۰۴ به بعد).



## ۸. بررسی چند ایراد

۱. ممکن است ایراد شود: چون حکم واحد در پیکر دو قانون آمده، لذا مقنن خواسته تا یکی از دو قانون تکراری لغو گردد، ولی حکم مزبور به قوت خود باقی باشد تا بتواند از این رهگذر از تکرار قانون جلوگیری کند، نه اینکه با لغو یکی از دو قانون خواسته باشد حکم هر دو لغو گردد. در نتیجه، بر اقدام قانونگذار در نسخ یک ماده با وجود بقای حکم ماده مشابه نیز فایده عملی مترتب است.

این ایراد تا حدودی به حق است: حذف ماده ۷۰۶ قانون مدنی در اصلاح سالهای ۶۱ و ۷۰ نمونه ای از این قبیل است. این ماده راجع به ضمان حال از دین موجد بود و مقرر می داشت: « هر گاه دین مدت داشته، ولی ضمان حال باشد، بعد از ضمان مضمون له حق مطالبه از ضامن دارد». همین حکم در ماده ۷۰۳ آن قانون به بیانی دیگر تکرار شده است؛ مطابق ماده اخیر الذکر: «در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد، اگر چه دین موجد باشد». به درستی هیچکس از حذف ماده ۷۰۶ نسخ حکم مشابه و مکرر در ماده ۷۰۳ را نتیجه نگرفته است.

با وجود این، اولاً بی گمان در فرضی که قانونگذار به حذف یکی از مواد مشابه اکتفا نمی کند و با اصلاح آن حکمی متفاوت مقرر می کند، عقیده به بقای حکم ماده مشابه و عمل به آن خلاف اراده قانونگذار؛ یعنی وضع حکم ماده جدید و اصلاحی است و چنان عقیده ای به یقین عمل مقنن در اصلاح ماده مشابه را بیهوده می گرداند؛ همچنانکه به درستی کمتر کسی تردید دارد که احکام مقرر در تبصره ماده ۹ و ماده ۱۵ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰ به تبعیت از مواد ۱۱۰۷ و ۱۱۶۹ قانون مدنی نسخ و اصلاح شده اند.<sup>۱</sup>

۱. تبصره ماده ۹ قانون راجع به ازدواج در تعیین موارد نفقه زوجه مقرر می دارد: « نفقه عبارت است از مسکن و لباس و غذا و اثاث البیت به طور مناسب». مشابه همین حکم در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی پیش از اصلاح تکرار شده بود، لیکن مفاد ماده اخیرالذکر در اصلاح مورخ ۸۱/۸/۱۹ چنین تغییر کرد: « نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض». همین طور ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی قبل از اصلاح موافق با ماده ۱۵ قانون راجع به ازدواج حضانت اطفال ذکور را تا ۲ سال و حضانت اطفال اناث را تا سال هفتم با مادر می دانست، لیکن به موجب اصلاحیه سال ۸۱ قانون مدنی در حضانت اطفال ذکور و اناث تا سن ۷ سالگی اولویت با مادر است. روشن است که در این دو مثال نیز حکمی در دو قانون (قانون راجع به ازدواج و قانون مدنی) تکرار شده و یکی از آن دو متعاقباً با قانون سوم (قانون اصلاحی قانون مدنی) اصلاح شده است.

ثانیاً در سایر موارد؛ یعنی حذف یک ماده بدون اصلاح آن نیز می‌توان از قراین حالی و علل حذف قانون مشابه به منظور قانونگذار پی برد. از این رو، باید گفت در مواردی که ادعای نسخ حکم مکرر می‌رود، قراین و شواهد قطعی یا لاقبل قریب به یقین هست که نظر قانونگذار بر الغای حکم ماده حذف شده است، نه صرفاً حذف یک ماده تکراری.

برای مثال، چنانکه گفته‌اند: مشکل بتوان گفت حکم ماده واحده رشد متعاملین با وجود حذف ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی هنوز به اعتبار خود باقی است و قانونگذار هدف نسخ سن ۱۸ سال را نداشته است. چون انگیزه اصلی اصلاح کنندگان قانون مدنی از حذف ماده ۱۲۰۹ تغییر سن رشد بوده است. زیرا معتقد بودند سن رشد همان سن بلوغ است و در راستای تطبیق قانون با حقوق اسلام اقدام به حذف ماده مزبور و انضمام دو تبصره به ماده ۱۲۱۰ نموده‌اند (باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۸۲-۱۸۳).

به همین سیاق باید نظری را تأیید کرد که معتقد است با اصلاح مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی در سالهای ۶۱ و ۷۰ ارزش اثباتی شهادت در قراردادها و تعهدات محدودیتی ندارد؛ چه قانون شهادت و امارات مصوب ۱۳۰۸ نیز به تبع اصلاح مقررات قانون مدنی و حذف مواد راجع به محدودیت دلیل شهادت (مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی) نسخ شده است.<sup>۱</sup>

۱. از سویی به موجب مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ارزش اثباتی شهادت در اعمال حقوقی محدود بود و به ویژه عقود و تعهداتی که ارزش موضوع آن بیشتر از پانصدریال بود، به شهادت قابل اثبات نبود. همین احکام پیش‌تر به موجب قانون شهادت و امارات مصوب ۲۵ و ۳۰ تیر ۱۳۰۸ مقرر شده بود. با اصلاح مواد ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ بعد قانون مدنی در سال‌های ۶۱ و ۷۰ محدودیت‌های مذکور برداشته شد و شهادت ارزش اثباتی کامل پیدا کرد، درحالی‌که قانون شهادت و امارات تاکنون دست نخورده باقی مانده. با اینکه دادگاه‌ها پس از اصلاح قانون مدنی به درستی از استناد به قانون شهادت دست برداشتند، در میان نویسندگان حقوقی اما اختلاف ایجاد شد... برخی نسخ توأمان دو قانون مدنی و شهادت را تأیید کرده‌اند (دکتر کاتوزیان ۱۳۸۲: ۴۰)، درحالی‌که دیگران نسخ و اصلاح احکام شهادت در قانون مدنی را موثر به حال قانون شهادت ندانسته‌اند و قانون اخیرالذکر را همچنان معتبر می‌دانند (دکتر محمود کاشانی، ۱۳۷۸: ۶۲-۶۳).

این نکته را نیز بیفزاییم که سرگذشت همه نمونه‌های قانون مکرر در حقوق ما تقریباً یکسان است. در تمام موارد واقعیت این است که قانونگذار ابتدا برای رفع عاجل خلأ قانونی احکامی را مقرر داشته و متعاقباً همان حکم را در مرحله اصلی خود؛ یعنی قانونی مشهور و بنیادین جای داده است. چنانکه قانونگذار پس از تصویب مواد اجمالی راجع به اهلیت در جلد اول قانون مدنی (مواد ۲۱۱ و بعد) خلأ اماره رشد را دریافته و ضمن قانونی ویژه (قانون رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳) به رفع آن اقدام نموده است، لیکن با تدوین احکام مفصل اهلیت



این است که علی‌الاصول و مطابق مفاهیم حکم و نسخ در منطبق حقوق، عقیده به بقای حکم موادی که ماده مشابه آنها حذف و نسخ شده دشوار است، لیکن ممکن است قرینه‌های قوی دلالت کند که نظر مقنن فقط بر حذف ماده زاید و تکراری است، نه الغای حکم آن. این امر باید چندان بدیهی نماید که در فهم اراده مقنن اختلاف نظر پیدا نشود؛ چنانکه در مورد حذف ماده ۷۰۶ قانون مدنی چنین است.

ثالثاً در فرضی که یکی از دو قانون مکرر ابطال می‌شود، در این نوع الغای حکم، عقیده به اعتبار قانون مشابه قابل توجیه نیست. دشوار است بتوان گفت ابطال قانون به منظور جلوگیری از تکرار آن واقع شده. از این رو، باید ماده قانونی را که ماده مشابه آن به علت مغایرت با قانون برتر ابطال شده، به تبع بی اعتبار و باطل دانست.

۲. در نوشته‌های حقوقی مرسوم است که نسخ به دو قسم صریح و ضمنی تقسیم می‌شود و در بیان تفاوت آنها گفته می‌شود: «چنانچه قانون منسوخ به گونه‌ای مشخص تعیین شود، نسخ صریح است و لیکن در صورتی که قانون متأخر حکمی مغایر با قانون سابق مقرر کند به طور ضمنی کاشف از نسخ قانون مقدم است»<sup>۱</sup> (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ذیل واژه نسخ. نیز: دکتر کاتوزیان، پیشین: ۳۲۶ به بعد).

در مواد ۱۲۰۷ و بعد قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۴) حکم اماره رشد که قبلاً پذیرفته شده بود، در جایگاه اصلی خود قرار گرفت. همین طور است در مورد احکام خانواده و شهادت که ابتدا در قانون ویژه مقرر شدند و سپس به قانون مدنی پیوستند. در مورد خسارت معنوی نیز باید گفت: قانونگذار در پیروی از اصول مسؤلیت مدنی در حقوق جدید طی اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری به سال ۱۳۳۵ جبران زیانهای معنوی ناشی از جرم را پذیرفت. متعاقباً با تصویب قانون مسؤلیت مدنی ۱۳۳۹ حکم جبران زیان معنوی در کنار دیگر اصول وقواعد مسؤلیت مدنی تثبیت شد. با وجود این، پس از پیروزی انقلاب اسلامی بسیاری قوانین به لحاظ مغایرت با موازین شرع مورد ایراد شورای نگهبان واقع شد. از آن جمله بود مسأله خسارت معنوی که بالاخره قانونگذار در اصلاحیه قانون آیین دادرسی کیفری به سال ۱۳۷۸ به نظر طرفداران اندیشه فقهی جامه عمل پوشاند. همچنانکه اصلاح ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و حذف اماره قانونی رشد بازتابی از اندیشه طرفداران حقوق سنتی است.

۱. در حقوق فرانسه نیز از دو قسم نسخ صریح (Abrogation Express) و نسخ ضمنی (Abrogation Tacit) یاد شده و تعریفی مشابه آنچه حقوقدانان مابیه دست داده اند مرسوم است. ر.ک:

R.Beudent, cours de droit civil francais , T.1, :167 – 168;

Mazeaud , H. and J. le cours de droit civil T.1, :147 et sui et:

Daloz Encyclopedie juridique , T.IV.:11

لیکن، باید گفت: نسخ فقط به صورت صریح واقع می‌شود؛ بدین بیان که لازمه وقوع نسخ این است که در قانون ناسخ عنوان و مشخصات دقیق قانون منسوخ صریحاً ذکر شود. مطابق رویه مرسوم، قانونگذاران معمولاً در ماده پایانی هر قانون جدید، نسخ قانون یا قوانین سابق را انشاء و اعلام می‌کنند. قانون ناسخ در مفهوم حقیقی کلمه ناظر به همین موارد است، در حالی که مفهوم نسخ ضمنی که مطابق آن تحقق نسخ از مغایرت و تناقض مفاد قوانین نتیجه گرفته می‌شود، مسأله ای تفسیری است و به دلایل زیر کارکرد نسخ از آن بر نمی‌آید:

از طرفی، بی‌گمان اظهار نظریک نویسنده حقوقی یا تشخیص دادرسی در احراز تعارض میان دو قانون برای دیگران حجت نیست. از این رو، همگان می‌توانند در اجرای قاعده «الجمع مهمما امکان اولی من الطرح» از عقیده به نسخ بپرهیزند و بی‌آنکه الزامی به تبعیت از چنان عقیده ای داشته باشند، در جمع و اجرای هر دو قانون بکوشند. از طرف دیگر، اگر بپذیریم که نسخ قانون نیز همچون وضع آن از اختیارات ویژه قانونگذار بوده و از اقتدار دادرسان و عالمان حقوق بیرون است، صحبت از نسخ ضمنی قانون به نوعی مجازگویی می‌ماند.

بنا به دلایل یاد شده، نسخ به معنای واقعی کلمه که مطابق آن اعتبار قانون منسوخ به طور قاطع و فارغ از هر نزاع و نظری از نظام حقوقی زوده شود، نه با مفهوم نسخ ضمنی که فقط با نسخ صریح محقق می‌شود، بدین سان باید پذیرفت: از سویی، نسخ دانستن نسخ ضمنی و قرار دادن آن به عنوان قسمی در برابر نسخ صریح مبنایی استوار ندارد: نسخ ضمنی، در واقع از قواعد تفسیری مرتبط با حل تناقض قوانین است و تأثیر نظریه نسخ را در مقام تفسیر قانون می‌نماید. از سوی دیگر، توصیف نسخ با ویژگی صریح نیز تأکیدی زاید است، زیرا نسخ فقط به اعلام صریح قانونگذار واقع می‌شود (برای دیدن تفصیل این عقیده ر.ک میرزایی، ۱۳۸۶: ۴-۳۳ و ۳۷۵ به بعد).

بعلاوه اینکه اصلی با عنوان «اصل عدم نسخ» بر سر زبانها افتاده، بی‌گمان از نوشته های فقهی به عالم حقوق راه یافته است. اگر چه در لسان حقوقدانان استنباط وقوع نسخ از مغایرت دو حکم و عقیده به نسخ حکم متقدم، با عنوان نسخ ضمنی از نسخ صریح جدا شده است،

---

نویسندگان حقوق انگلیس و ایالات متحده نیز به همین راه رفته اند و بی‌آنکه تحلیلی در مبنای و مفهوم نسخ به دست دهند، بیان حقیقت آن را به بداهتش واگذارده و بی هیچ مقدمه ای از دو نوع نسخ یاد شده نام برده اند. ر.ک:

Black's law dictionary, p.15,21,691 and 888 ؛  
Allen M.Kemp, law in the making :474 – 475

لیکن فقیهان میان دو مفهوم یاد شده فرقی نگذاشته اند، زیرا برای نسخ صریح در احکام شریعت اسلام (کتاب و سنت) مصداقی یافت نشده است: در هیچ آیه ای از قرآن صریحاً اعلام نشده که فلان آیه منسوخ است. در سنت نیز همین طور است. در نتیجه، هر آنچه از احکام شرع منسوخ دانسته شده، به استنباط فقیهان و حاصل مغایرت و تعارض میان احکام بوده است. چنانکه اشاره شد، نسخ حکم نیز همچون وضع آن در اختیار شارع و مقنن است؛ مجتهد و قاضی بی نصیب از چنین اقتداری مکلف به اجرای همه احکام هستند. بنابراین، طبیعی است در مقام تفسیر دو قانون معارض با تکیه بر اصلی به استحکام اصل عدم نسخ تا حد امکان باید هر دو اجرا شود و گرنه از قانون سرپیچی شده است. این است که جمع احکام معارض تا جایی که ممکن است بر طرح یکی از آنها ترجیح دارد (الجمع مهما امکن...) (میرزایی، همان منبع: ۳۹۰ و بعد).

با وجود این، مطابق مفهوم نسخ (نسخ صریح) در موارد وقوع نسخ، قانونگذار نسخ و بی اعتبار شدن حکمی را انشاء و به صراحت اعلام می کند. به عبارتی، در فرض نسخ صریح منطوق کلام قانونگذار سلب اعتبار قانون سابق است. تردیدی نیست که شارع یا مقنن بی هیچ منع و محدودیتی می تواند احکامی را که خود وضع کرده، نسخ نماید. بنابراین، اصل بر وقوع نسخ است، نه عدم آن.

۳. چنانچه ایراد شود: بر فرض پذیرش تحقق نسخ یک ماده قانونی به تبع حذف و الغای ماده مشابه، این گونه نسخ را باید نسخ ضمنی دانست؛ به این ایراد می توان پاسخ داد: وقوع نسخ ضمنی حاصل تعارض و مغایرت میان مفاد دو حکم است. چنانکه در موضوع واحد قانونگذار دو حکم متناقض انشاء می کند؛ به گونه ای که نمی توان هر دو حکم را اجرا کرد، در نتیجه عقل حکم می کند که تنها یکی از دو حکم مزبور می تواند درست باشد: برای مثال، ماده ۱۷۵ قانون مجازات اسلامی، به طور کلی مجازات ساخت، تهیه، خرید، فروش، حمل و عرضه مشروبات الکلی را شش ماه تا دو سال حبس اعلام کرده، در حالی که به موجب مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ همان قانون، به تفکیک، مجازات خرید و حمل مسکرات سه ماه تا شش ماه حبس و مجازات ساخت و فروش چنان محصولات سه ماه تا یک سال حبس تعیین شده است.

حال آنکه در فرض نسخ قانون مکرر، نه تنها میان دو قانون تکراری تنافی و تعارضی محقق نیست، حتی دو ماده آنچنان موید و موافق یکدیگرند که می توان هر یک را به جای دیگری به کار گرفت. از این رو، حتی اگر در عقیده به نسخ یا بقای حکم ماده مکرر اختلاف شود، این

اختلاف نظر ناشی از تفسیر و جمع مفاد دو حکم یا طرح یکی از آنها نیست. لذا اگر هم نتوانیم نسخ حکم مکرر را نسخ صریح بدانیم، تفاوت آن با مفهوم نسخ ضمنی نیز آشکار است: در فرض نسخ حکم مکرر اعلام صریح نسخ قانون لااقل در مورد یک ماده وجود دارد: قانونگذار با حذف یک ماده قانونی، بی تردید نسخ حکم آن ماده را انشا کرده است و دلالت این اقدام آن چنان صریح است که هیچ کس نگفته است که ماده محذوف غیر منسوخ است، بلکه فقط تردید در این است که حکم مقرر در مواد مشابه نیز به تبع منسوخ می‌شود یا نه؟ ما به دلایلی که گذشت، به این پرسش پاسخ مثبت دادیم و در میان اقسام نسخ عنوان "نسخ تبعی" را در توصیف و تبیین چگونگی نسخ ماده یا حکم المثنی مناسبتر یافته‌ایم.<sup>۱</sup>

#### ۹. مشکل رویارویی منطق حقوقی و عدالت قضایی در حقوق ایران

اگرچه عقیده به نسخ توأمان قوانین مشابه با منسوخ شدن یکی از آنها، تأیید منطق حقوق خودرابا خود به همراه دارد، لیکن نتایج عملی آن در حقوق ایران، گاه مطلوب نیست: نه تنها نسخ حکم اماره رشد با ضرورت‌های عملی سازگار نیست، عدم امکان جبران خسارت معنوی نیز در حقوق کنونی غیر عادلانه است. گویی در چنین مواردی منطق حقوق رویاروی عدالت قضایی قرار گرفته و به همین دلیل است که اندیشه‌های عالمان حقوق به تکاپو افتاده تا به هر طریق ممکن از غایت حقوق که مسیر حق و عدالت است، دور نشود؛ لیکن باید انصاف داد که تقابل حق و منطق در این موارد نه در نارسایی منطق حقوق که در نابسامانی و آشفتگی‌های نظام حقوقی کشورمان ریشه دارد.

از این رو، در مقام چاره‌جویی ممکن است بدون ایراد به اصل و مبنای نظریه نسخ قوانین مکرر در نمونه‌هایی از آن که از حقوق کشورمان اشاره شد، تردید نشود. بدین بیان که از سویی، احتمال دارد گفته شود: حکم مقرر در ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی پیش از اصلاح عیناً همان نبود که در قانون راجع به رشد متعاملین آمده است: ماده مذکور حاوی اماره رشد ۱۸ سال بود، در حالی -

۱. با استقراء در قوانین می‌توان گفت نسخ به چهار شکل یا صورت واقع می‌شود: نسخ کلی، نسخ جزئی و اصلاح، نسخ نسبی و نسخ تبعی قانون. شایان ذکر است علاوه بر نسخ قانون مکرر، نسخ تبعی موارد و مصادیق دیگری هم دارد؛ از آن جمله اند نسخ قانون تفسیری به تبع قانون اصلی، نسخ تبعی آیین نامه اجرایی قانون، نسخ تبعی قانون اذنی، نسخ تبعی قانون ارجاع کننده با نسخ قانون مرجوع الیه و نسخ تبعی آرای وحدت رویه (برای دیدن مفهوم و اقسام هریک از گونه‌های مزبور ر.ک: اقبال علی میرزایی، نسخ قانون، ۱۳۸۶: ۱۱۳ و بعد).

که قانون رشد متعاملین فقط درپاره ای موارد نه تنها دادگاه ها که دیگر نهادها و ادارات دولتی رابه رعایت حکم خود ملزم کرده است. بنابراین، قانون اخیرالذکر از طرفی خاص است و مواردی چون نکاح و طلاق را شامل نمی شود و از طرف دیگر عمومیت دارد و جز دادگاه ها نهادهای دیگری را نیز شامل است. درنتیجه، با ثبوت عدم وحدت قلمرو و موضوع دو قانون عقیده به اتحاد حکم آنها نیز بی اساس می شود.

از سوی دیگر، اگرچه ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۷۸ زیان معنوی را از شمار زیانهای قابل جبران کاسته، لیکن ضرورت جبران چنان خسارت هایی به موجب اصل ۱۷۱ قانون اساسی ما پذیرفته است. بدیهی است که قانون عادی اقتدار نسخ قانون اساسی را ندارد. بعلاوه، چرا نتوان گفت: قانون آیین دادرسی کیفری فقط مرتبط با دعای کیفری است و تنها دادخواست های راجع به ضرر و زیان معنوی ناشی از جرم را شامل می شود. لیکن دیگر مصادیق خسارات معنوی در دادگاه حقوقی و به استناد قانون مسؤولیت مدنی همچنان قابل جبران است.

باوجوداین، باید گفت: صرف نظراز اینکه تردید در نمونه های قانون مکرر، خللی به اصل نظریه نمی رساند، ایرادهای مطروحه نیز قابل رفع است: بی گمان استثنا شدن دو موضوع نکاح و طلاق نمی تواند قرینه بر تخصیص قانون مدنی با قانون رشد متعاملین باشد؛ ویژگی دو واقعه مذکور فراتر از مسأله ارتباط دو قانون موردبحث است؛ همچنانکه درقانون مدنی نیز احکام راجع به قابلیت صحی نکاح (مواد ۱۰۴۱ و بعد)، پیش و پس از اصلاح مقررات مذکور، همواره متفاوت از احکام وقواعد عمومی اهلیت مدنی بوده است. بعلاوه، تعمیم حکم قانون رشد به مراجعی همچون ادارات دولتی و دفاتراسناد رسمی، موجب عمومیت آن دربرابر قانون مدنی نیست؛ بی تردید قانون مدنی قانونی ماهوی و عام است که اجرای آن نه فقط وظیفه دادگاه، که تکلیف همه نهادها و افراد جامعه است.

حکم راجع به زیان معنوی نیز بی تردید درقوانین ما مکرراًتاده و با نسخ یک ماده مربوط به آن همه مواد مشابه از قوانین عادی ملغی شده است، لیکن حکم مقرر دراصل ۱۷۱ قانون اساسی به عنوان حکمی خاص همچنان معتبر است. باوجود این، تفکیک میان جرایم کیفری و امور مدنی درباره امکان جبران زیان معنوی تأثیری ندارد، زیرا خسارت ناشی از جرم نیز با تقدیم دادخواست ضرر و زیان قابل مطالبه است. مسأله ای که در هر صورت امری حقوقی است تا کیفری؛ به ویژه که ورود ضرر معنوی علی الاصول با تحقق جرم همراه است. عمدتاً جرایمی از قبیل هتک حرمت و توهین به شخصیت هستند که سبب ورود زیان معنوی می شوند؛ همچنان

که با تحقق جرایم منجر به فوت مسأله زیان معنوی بازماندگان متوفی محقق می‌شود. گویا به خاطر همین طبع کیفری حکم جبران زیانهای معنوی است که برخی استادان برآن شده اند تا حکم حقوقی راجع به جبران زیان معنوی را استثنایی بر قواعد مسؤلیت مدنی ونوعی مجازات مدنی بدانند. اینان در استدلال بر نظر خود می افزایند: تبدیل خسارات معنوی به پول یک ضرورت و استثناست؛ چه این گونه زیان ها قابلیت تقویم به پول و مال که موضوع اصلی مسؤلیت مدنی را تشکیل می‌دهد، ندارند ( کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۶۵).

#### ۱۰. راههای جانبی حل مشکلات عملی

اگرچه بی گمان، بدون جبران ماندن زیان معنوی با عدالت و انصاف و اصول حقوقی، به ویژه اصل جبران کامل زیان وفق ندارد، لیکن چنانکه به تفصیل گذشت، عقیده به بقای اعتبار حکم قانون مسؤلیت مدنی در این باره با منطبق حقوق سازگار نیست. به همین جهت، چنان عقیده ای هر چند برای نیل به هدفی والا اتخاذ شده، ولی در رسیدن به مقصود خود فاقد ابزار منطقی است؛ همچنانکه با نسخ اماره رشد در حقوق ما خللی بزرگ پدیدآمده است، اما رفع این خلل نه با اندیشه های حقوقی، که فقط به دست قانونگذار میسر است.

براین مبنا، در وضعیت کنونی حقوق ما چاره ای جز تبعیت از آخرین اراده قانونگذار نیست. تنها می‌توان با انتقاد از وضع حاضر، راه رابرای فراهم شدن مقدمات اصلاح قوانین هموار کرد. لیکن تازمان تحقق اصلاح دوره فرعی و جانبی می‌تواند پیش پای عدالت خواهان قرار گیرد:

۱. قانون آیین دادرسی کیفری در شمار قواعد قضاوت<sup>۱</sup> است و فقط در دادگاه ها قابل اجرا است<sup>۲</sup>، درحالی که مطابق اصول مسلم حقوقی، همچون قاعده لاضرر و اصل ۱۷۱ قانون اساسی

#### 1. rule of adjudication

۲. مطابق آنچه هارت تبیین کرده، قواعد حقوقی به دو دسته بزرگ قواعد اولی (Primary rules) و قواعد ثانوی (Secondary rules) تقسیم می‌شوند. قواعد اولی به طور مستقیم یا غیر مستقیم رفتار افراد را اداره می‌کنند. قواعد ثانوی اما با کارکرد نظم و نسق دادن به نظام حقوقی ناظر به قواعد اولی و بر سه نوع اند: قاعده شناسایی ( rule of recognition )، قاعده تغییر ( rule of change ) و قاعده قضاوت. با ارجاع به قاعده شناسایی قاعده حقوقی از دیگر هنجارها باز شناخته می‌شود. قاعده تغییر با تعیین نهادهای واضع و ناسخ قانون، نظام حقوقی را با تحولات اجتماعی هماهنگ می‌کند. قاعده قضاوت نیز اقتدار دادگاه ها را در رفع خصومت ها و

زیان معنوی نباید بدون جبران بماند، حتی می‌توان چنین خساراتی را بیمه کرد؛ هرچند مطالبه آنها در دادگاه ممکن نیست. گویا نمونه ای دیگر به تعهدات طبیعی در حقوق ما افزوده شده: خسارت معنوی را نمی‌توان از طریق دادگاه مطالبه کرد، ولی با پرداخت آن دعوی استرداد نیز مسموع نیست.

۲. هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌تواند به استناد اصولی همانند لاضرر و قاعده تسبیب ضمن آرای نوعی خود خسارت معنوی را در شمار زیان های قابل جبران بیاورد. لیکن رأی وحدت رویه ناظر به این موضوع، نه به استناد قوانین منسوخ که در مقام رفع خلأ از قانون صادر می‌شود و در واقع، سکوت و اجمال قوانین را برطرف می‌کند. در مزیت این راه حل همین بس که از طرفی، اعتبار رأی وحدت رویه در حقوق ما منوط به تأیید شورای نگهبان نیست و به همین جهت، موانع احتمالی که بر سر راه تصویب قانون مشابه انتظار می‌رود، اصولاً در برابر رأی وحدت رویه قرار نمی‌گیرند. از طرف دیگر، چنین رأیی با ایراد مهمی همچون منع اجتهاد در برابر نص قانون نیز رو به رو نیست.

#### ۱۱. خلاصه و نتیجه گیری

مفهوم نسخ در بیانی ساده عبارت است از: ملغی شدن حکم یا قانونی که در تاریخ معین وضع شده با قانونی که پس از آن به تصویب می‌رسد. به عبارت دیگر، قانون منسوخ قانونی است که مدتی اجرا شده و در یک زمان معین از عمر خود اعتبارش را از دست می‌دهد. بدین سان، نسخ قانون نیز همچون فسخ قرارداد سبب سقوط یا قطع استمرار اعتبار حقوقی است، در حالی که ابطال قانون همانند ابطال عقد، اعتبار آن را به کلی زایل و کأن لم یکن می‌گرداند.

آنچه حقیقت و ماهیت نسخ را تشکیل می‌دهد، نه اثبات حکم بدل و معارض، که زوال حکم منسوخ است. بنابراین، با الغای حکم، بدون اثبات حکمی جایگزین نیز نسخ تحقق می‌یابد، چرا که مفهوم رفع و از بین رفتن حکم موجود که جوهر نسخ را تشکیل می‌دهد، در این فرض نیز محقق است. در نتیجه، حتی در مواردی که قانون اصلاح می‌شود و به جای قاعده سابق حکمی جدید مقرر می‌شود، در واقع حکم سابق منسوخ شده است. از این رو، ماهیت نسخ در هر یک از اقسام آن یک چیز؛ یعنی بی اعتبار شدن حکم سابق است.

---

تضمین اجرای قواعد اولی تأمین می‌کند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: Hart, 1994 : 91. نیز: اقبال علی میرزایی، منبع پیشین، ۲۴۳ و بعد).

مفهوم حکم یا قانون مکرر، زمانی محقق است که مفاد و مضمون قاعده حقوقی یا حکمی واحد در قوانین متعدد و ضمن ماده های جداگانه تکرار شود. به دیگر سخن، قانون مکرر قانونی واحد است که بیش از یک بار از تصویب مجلس گذشته؛ حکمی که به مناسبت های مختلف دو یا چند بار انشا شده است. در این صورت، در حقیقت هر ماده ای که دارای همان حکم باشد، به عنوان المثنی برای ماده مشابه قرار می گیرد و هنگامی که یکی از آن مواد نسخ و در نتیجه از قانون حذف شود، این پرسش مهم به میان می آید که تکلیف اعتبار ماده دیگر چه می شود؟

کلید حل معمای نسخ قانون مکرر از فهم ارتباط میان دو مفهوم قانون و نسخ آن به دست می آید: بی گمان آنچه جوهرکار قانونگذاری را تشکیل می دهد، وضع و ایجاد قواعد حقوقی (احکام) یا دست کم، تأیید و رسمیت بخشیدن به آنهاست، تا تقریر و تحریر الفاظ و عبارات مواد. شماره گذاری ماده های قانونی نیز ابزاری است که در خدمت هدف قانونگذاری قرار گرفته؛ از این رو، قلمرو حکمرانی قانونگذار جهان احکام یا اعتبار حقوقی است تا تصرف در دنیای الفاظ. بر این مبنا، بی تردید قانونگذار با نسخ یک ماده قانونی الغاء و بی اعتبار شدن حکم آن را خواسته است. این مراد و منظور، ضمن تحقق مفهوم نسخ، هنگامی برآورده می شود که حکم یا قاعده منسوخ به کلی از نظام حقوقی زدوده شود و دیگر مورد عمل قرار نگیرد؛ حال آنکه عقیده به بقای اعتبار حکم یاد شده به استناد ماده دیگر موجب لغو و بیهوده گشتن اقدام قانونگذار در نسخ حکم مذکور است. بدین سان باید پذیرفت: عقیده ای که دو ماده قانونی واجد حکم مشابه را قانونی واحد می داند و با نسخ شدن یکی از آن دو نسخ دیگری را نیز به تبع می پذیرد، با منطق حقوق سازگارتر است.

### فهرست منابع

#### - فارسی

- آمدی، سیف الدین. (۱۹۸۵). *الاحکام فی اصول الاحکام*، با تعلیقات شیخ ابراهیم العجوز، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن حزم، ابومحمد علی. (۱۳۴۶ق). *الاحکام فی اصول الاحکام*، به تصحیح احمد محمد شاکر، مصر: مطبعه السعاده،
- بادامچی، حسین (گردآورنده). (۱۳۸۲). «آغاز قانونگذاری: تاریخ حقوق بین النهرین باستان»، *مجموعه مقالات*، ترجمه دکتر گودرز افتخار جهرمی و دیگران، انتشارات طرح نو.



- باریکلو، دکتر علیرضا. (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۱؛ اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، انتشارات مجد، چاپ سوم.
- جعفری تبار، دکتر حسن. (۱۳۸۳). مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر. (۱۳۵۵). حقوق اموال، تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۵۷). دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، بنیاد استاد.
- حکیم، محمد تقی. (۱۹۶۳). اصول العامه و لفقہ المقارن، بیروت: دارالاندلس للطباعه و النشر، الطبعه الاولى.
- خوبی، ابوالقاسم. (۱۳۹۴). البیان فی تفسیر القرآن، کتاب اول، به کوشش مرتضی الحکمی، قم: مطبعه العلمیه چاپ سوم.
- رحیم، محمد حسین بن محمد. (بی تا). فصول الغرویه فی اصول الفقهیه، چاپ سنگی.
- زرکشی، بدرالدین محمد البرهان فی علوم القرآن، ج ۲، تحقیق دکتر یوسف عبدالرحمن المرعشی، بیروت: دارالمعرفه.
- شافعی، ابن ادریس. (۱۲۴۰). الرساله، تصحیح احمد محمد شاکر، مصطفی البابی الحلبي، مصر شبلی، محمد مصطفی. (۱۹۸۶). اصول الفقه الاسلامی، بیروت: دارالنضه العربیه.
- شهیدی، دکتر مهدی. (۱۳۸۴). حقوق مدنی، ج ۱: تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ چهارم.
- شیرازی، ابو اسحاق ابراهیم. (۱۹۸۶). تخریج الاحادیث اللّمع فی اصول الفقه، تحقیق دکتر یوسف مرعسلی، الطبعه الثانيه.
- صالحی مازندرانی، دکتر محمد. (۱۳۸۵). «نگرشی بر مسئولیت مدنی تصمیم گیرندگان قضایی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۲، ص ۲۴۱-۲۷۳.
- صفایی، دکتر سید حسین و قاسم زاده، دکتر سید مرتضی. (۱۳۸۲). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، سمت، چاپ نهم.
- علم الهدی، سید مرتضی. (۱۳۶۲). الذریعه الی اصول الشریعه، تحقیق دکتر ابوالقاسم گرجی، ج ۱ و ۲، دانشگاه تهران.
- غزالی، امام محمد. (۱۳۲۲ق). المستصفی من علم الاصول، مصر: المطبعه الامیریه.
- کاتوزیان، دکتر ناصر. (۱۳۷۷). فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۹). قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). حقوق مدنی، عقود معین ۴ (عقود اذنی - وثیقه های دین)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.
- کاشانی دکتر سید محمود. (۱۳۷۹-۱۳۷۸). جزوه درس حقوق مدنی ۷، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

- گرجی، دکتر ابوالقاسم. (۱۳۷۵). *مقالات حقوقی*، ج ۲، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- مجاهد طباطبایی، سید محمد. (۱۳۲۹ق). *مفاتیح الاصول*، چاپ سنگی.
- معرفت، محمد هادی. (۱۴۱۸ق). *صیانه القرآن من التحریف*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم: طبعه الثانيه.
- میرزایی، اقبالعلی. (۱۳۸۶). *نسخ قانون: رساله دکتری حقوق خصوصی*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- نصر، حامد ابوزید. (۱۳۸۲). *معنای متن؛ پژوهشی در علوم قرآنی*، ترجمه مرتضی کریمی نیا، تهران: طرح نو، چاپ سوم.
- همدانی، ابی بکر محمد بن حازم. (۱۹۶۶). *کتاب الاعتبار فی الناسخ و المنسوخ من الآثار*، تصحیح و تعلیق راتب حاکمی، مطبعه الاندلس، حمص، الطبعه الاولى.
- هایک، فرید ریش، فون. (بی تا). *قانون، قانونگذاری، آزادی*، ترجمه موسی غنی نژاد و مهشید معیری، طرح نو.

- لاتین

- Beudant, R. *Cours de droit civil francais*, T. 1, Paris, 1934.
- Burton, John, *The sources of Islamic law: Islamic Theories of Abrogation*, Edinburg University press, 1990.
- Dalloz encycloaPedic Juridique, *Prepertoire de droit civil* , Tome IV, Paris, 1973
- Hart, H.L.A., *The concept of law*, second edition, oxford. U. Press, 1994.
- Nicholas, Barry, *An Introduction to Roman law*, oxford, u. Press 1962.
- Raz, joseph, *legal princiPles and the limits of law in: w.w.w. hein on line 81*, yale. L.j.
- \_\_\_\_\_ *The concept of A legal system*, oxford, 1977.