

قواعد و شرایط نسخ احکام شرعی و قوانین موضوعه

اقبال علی میرزائی^۱

چکیده

دو نظام فقه و حقوق در عین استقلال از یکدیگر شباهت‌هایی دارند؛ اصول استنباط فقهی و قواعد استدلال حقوقی در بسیاری موارد از منطق واحد پیروی می‌کنند. وحدت مفهوم و ماهیت قانون یکی از مشترکات دو نظام است و نیز اوصاف و عوارض قانون از جمله نسخ آن در فقه و حقوق یکی است. شارع و قانون‌گذار هر دستوری که صادر می‌کند در پی منظوری معین است و آن هدف و منظور با مفاد و مدلول قانون محقق می‌شود. از این معنی در لسان فقها به «حکم» تعبیر می‌شود و حقوق‌دانان در توصیف آن از مفهوم «حکم قانون» بهره می‌گیرند. مطابق ماهیت نسخ، آنچه منسوخ می‌شود، همان حکم شرعی یا اعتبار قانونی است. شارع و قانون‌گذار آنچه را که خود پیش‌تر وضع و ایجاد کرده‌اند، رفع و الغا می‌کنند. بر این مبنا، میان مفاهیم حقوقی انسجام و پیوستگی وجود دارد. بر این اساس باید ارتباط وضع و نسخ قانون را فهمید: نسخ قانون شیوه پایان بخشیدن به زندگی موجودی است که با وضع قانون به وجود آمده است؛ هر دو عمل انشایی هستند و تنها در صلاحیت قانون‌گذار قرار دارند. در نتیجه، از میان منابع حقوق فقط قانون قابل نسخ است. از اینجا معلوم می‌شود که چرا استعمال عنوان «نسخ» برای قواعد لغوشده عرفی یا آرای قضایی نوعی مرسوم نیست. فقیهان اسلامی نیز اتفاق نظر دارند که از میان ادله احکام شرعی تنها احکام کتاب و سنت قابل نسخ است و به رفع حکم عرفی یا عقلی «نسخ» اطلاق نمی‌شود. به علاوه، ناسخ و منسوخ هر دو باید حکم یا دلیل شرعی باشند. همچنین مفهوم نسخ را باید از مفاهیم مربوط به مقام تفسیر و اجرای قانون تفکیک کرد؛ بر این پایه، سخن از نسخ ضمنی قانون ارتباطی به مقام قانون‌گذاری ندارد و از قواعد مربوط به تفسیر قوانین و رفع تعارض آنهاست. به همین دلیل با عقیده به نسخ ضمنی قانون، اعتبار آن زایل نمی‌شود.

واژگان کلیدی: حکم، شرایط، قانون، قواعد، نسخ.

مقدمه

در تاریخ فقه اسلامی کمتر مفهومی به اندازه مفهوم «نسخ» محل نظر و نزاع بوده است. اهتمام مسلمین به این موضوع بی‌علت و دلیل نیست.^۱ برخی نویسندگان در این باره معتقدند: «اگرچه بر اساس مسلمات فقه اسلام هیچ حکمی از احکام شرعی و افعال الهی مغایرتی با عقل ندارد، با وجود این، اجماع فقها بر این است که شناخت حکمت و فلسفه افعال تشریحی و تکوینی باری تعالی از دسترس عقل و فهم بشر بیرون است و به همین جهت، جزئیات احکام را نمی‌توان با محک عقل سنجید. بنابراین، کار عمده فقیه بر پایه علوم نقلی از جمله علوم حدیث و اسباب نزول و دیگر دانش‌های مربوط به ادله احکام است و در صورتی که حکم شرعی به‌ظاهر با معیارهای عقل و سنت‌های متداول در جامعه ناسازگار نشان دهد، آسان‌ترین راه این است به یاری دانش ناسخ و منسوخ گفته شود؛ با وضع شدن حکم متأخر احکام مغایر پیشین لغو شده‌اند» (Burton, 1990, p.20)؛ به‌ویژه همان‌گونه که خواهد آمد، تعیین تقدم و تأخر احکام شرعی تا حدود زیادی به اختیار فقیهان است.

بدین‌سان، شناخت مفهوم نسخ ملازم کار هر فقیه است و علم به اینکه در موضوع معین اکنون چه حکمی حاکم است، از دانش ناسخ و منسوخ به‌دست می‌آید. در این علم، ادله احکام مورد توجه است و تقدم و تأخر آن‌ها از یکدیگر تعیین می‌شود و سپس، بدون خدشه در وثاقت اخبار و به‌جای نقد مدلول احکام استدلال می‌شود؛ حکم متأخر بیانگر آخرین اراده شارع و ناسخ حکم متقدم است.

در علم حقوق موضوعه نیز ضرورت مطالعه مفهوم نسخ و قواعد آن پوشیده نیست؛ بی‌گمان، موضوع اصلی دانش حقوق، قانون است. بنابراین برای شناخت کامل این موضوع باید عوارض و اوصاف آن را دانست. به همین دلیل است که در کتاب‌های مقدمه علم حقوق، مباحث وضع و نسخ قانون مطرح می‌شوند. البته با مطالعه مقدماتی و جانبی حق این

۱. روایت مشهوری در این باره به حضرت علی (ع) منتسب شده است که مطابق آن: «قد قال علی بن ابی طالب لقاضی: أتعرّف النّاسخَ و المنسوخَ قال: الله أعلم؛ قال (ع): هلکت و أهلکت». برای دیدن اسناد این روایت ر. ک. حازم همدانی، ابوبکر (۱۹۶۶م)، کتاب الاعتبار فی النّاسخ و المنسوخ من الآثار، حمص: مطبعه الاندلس، ص ۶. نویسندگان نیز نتیجه گرفته‌اند: «لايجوز لأحد أن یفسّر کلام الله إلا بعد أن یعرّف منه النّاسخَ و المنسوخَ» (زرکشی، ۱۹۹۰م، ص ۱۵۸).

مطلب گزارده نشده است. از این رو، شناخت حقیقت نسخ و زدودن گرد و غباری که در طول تاریخ بر آن نشست است، مستلزم تحقیقی مستقل در این زمینه است. مقاله حاضر با این دیدگاه به بررسی قواعد و اوصاف نسخ در منطق حقوق می‌پردازد و با نقد پاره‌ای عقاید شایع و مشهور سعی بر نمایاندن برخی حقایق دارد.

۱. قواعد نسخ در منطق حقوق و اصول فقه اسلامی

۱.۱. قاعده ملازمه وضع و نسخ قانون و آثار آن

۱.۱.۱. مفهوم قاعده در حقوق

قانون‌گذار همواره در حال اصلاح و ترمیم نظام حقوقی است و به این منظور هر روز به وضع قوانین تازه و لغو قوانین کهنه و ناکارآمد می‌پردازد. به این ترتیب، قوانینی که منسوخ و ملغاً می‌شوند، همان‌هایی هستند که پیش‌تر به دست قانون‌گذار وضع شده بود. از این رو، قانونی که روزی وضع شده بود دیگر روز نسخ می‌شود. بدین سان، وقوع نسخ فقط در خصوص قواعد موضوعه است و تنها قاعده‌ای که پیش‌تر وضع شده، اکنون قابل نسخ است. در نتیجه باید گفت: از میان منابع حقوقی^۱ تنها قانون قابل نسخ است. به علاوه نسخ قانون فقط با قانون ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۲۶).

به دیگر سخن، ماهیت ارادی و طبع انشایی عمل نسخ قانون در کنار وضع آن سبب گردیده تا از میان منابع حقوقی تنها قانون قابل نسخ باشد، اما حکم عرف و رویه قضایی^۲ بی‌آنکه وضع شده باشند، شناسایی و پذیرفته می‌شوند. اندیشه‌های حقوقی نیز اعتبار رسمی ندارند و به همین دلیل سخن از نسخ شدن و از رسمیت افتادن آن‌ها بی‌مفهوم است. بر این مبنا، تعبیر قاعده عرفی یا رأی وحدت رویه را نمی‌توان نسخ نامید؛ از طرفی در نوشته‌های

۱. در بیشتر نظام‌های حقوقی قانون، رویه قضایی، عرف، اصول حقوقی و اندیشه‌های حقوقی (دکترین) را منابع حقوق می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۵ و ۳۰۱). در حقوق کشور ما، فقه اسلامی (امامیه) را باید بر منابع یادشده افزود. اصل یکصد و شصت و

هفتم قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ به این امر صراحت دارد.

۲. رویه قضایی به معنای آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور از منابع رسمی حقوق به‌شمار می‌رود. به این معنا که رأی وحدت رویه همانند قانون در دادگاه‌ها لازم الاجراست و از این نظر تفاوتی با قانون ندارد و به همین دلیل در صورت تخلف دادگاه‌ها از آن، رأی صادره در مرجع بالاتر نقض می‌شود.

حقوقی به الغای قواعد عرفی قدیم که در نتیجه پیدایش عرف و عادات جدید رخ می‌دهد، نسخ اطلاق نمی‌شود. از طرف دیگر کار دادگاه نه ایجاد یا تغییر قانون و قاعده حقوقی که تفسیر و اجرای آن است؛ آرای نوعی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به‌واقع، بیان صحیح‌ترین یا موجه‌ترین تفسیر از قانون هستند و به همین دلیل انشای حکم تازه محسوب نمی‌شوند.

همچنین در همه نظام‌های حقوقی وجود سلسله‌مراتب میان منابع حقوق پذیرفته شده است؛ حتی نظام‌های تابع کامن‌لا، برتری قانون بر عرف، رویه قضایی و منابع دیگر ثابت است و منابع یادشده در درجه‌ای فروتر از قانون قرار دارند (Hart, 1994, p.101). در نتیجه، قواعد حقوقی حاصل از منابع پایین‌دست اقتدار نقض و الغای قواعد منبع بالادست را ندارند. درست به همین دلیل است که حقوق‌دانان از امکان الغای قانون با رأی وحدت رویه قضایی سخن نمی‌گویند و حتی تصریح می‌کنند: «هیئت عمومی دیوان عالی کشور صلاحیت نسخ قانون را حتی به بهانه ایجاد وحدت رویه قضایی ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۷۱-۳۷۰). در عمل نیز هیئت عمومی یادشده چنان اقتداری برای خود نمی‌شناسد؛ همچنان که عرف قدرت معارضه و سلب اعتبار از قانون را ندارد.

۲.۱.۱. تأیید قاعده در فقه اسلامی

فقیهان اسلامی با این بحث‌ها بیگانه نبوده‌اند و به حقایق پیش‌گفته پی برده‌اند. از نظر آن‌ها نه تنها افتاء مفتیان و مجتهدان، بلکه اجماع آنان هم نمی‌تواند ناسخ یا مغایر احکام شرع باشد. به علاوه، اجماع فقها با دلایل شرعی دیگر قابل نسخ نیست (غزالی، ۱۳۲۲ق، ص ۱۲۶: «الإجماع لا ینسخه إذ لا ینسخ بعد إنقطاع الوحی»؛ شبلی، ۱۹۸۶م، ص ۵۴۶: «الإجماع فلا یصلح أن یکون ناسخاً و لا منسوخاً»). همچنین، فقیهان از این نکته غافل نمانده‌اند که در منطق فقه و حقوق به تشریح احکام مخالف عرف، نسخ اطلاق نمی‌شود (سیوطی، ۱۴۲۱ق، ص ۶۵۲-۶۵۱)؛ همچنان که به ایجاد قواعد عرفی «وضع» اطلاق نمی‌شود.

بر این مبنا، در مقام رد عقیده آنان که در شمار آیات ناسخ و منسوخ راه مبالغه را پیش

گرفته بودند، گفته شده است: «بیشتر آیاتی که شیفتگان وقوع نسخ از آنها با عنوان «ناسخ» یاد کرده‌اند محل نظر است. برخی از این آیات به اعلام بی‌اعتباری عرف و احکام جاهلی پرداخته‌اند... آیات ناظر بر منع نکاح با زنان پدران و محدود شدن طلاق بر سه نوبت از این قبیل‌اند. اگرچه می‌توان این قسم را نیز داخل در مفهوم تغییر احکام به معنای عام دانست. لیکن عنوان نسخ چنین مواردی را شامل نیست. بنابراین، باید گفت: حقیقت نسخ اقتضا دارد که فقط آیه قرآن ناسخ آیه دیگر شود» (سیوطی، همان، ص ۶۵۳-۶۵۲). در تأیید این عقیده، زرکشی، دیگر نویسنده علوم قرآنی، معتقد است کاربرد اصطلاح نسخ در خصوص احکام شرعی مخالف با سنت‌های جاهلی مجازگویی است (نصر، ۱۳۸۲، ص ۲۲۵). اصولیان نیز با این نظریه موافقت کرده‌اند و در توجیه آن کوشیده‌اند. در نظر آنان به رفع حکم عرفی یا عقلی نسخ اطلاق نمی‌شود و فقط حکم شرعی قابل نسخ است. به علاوه، وقوع نسخ تنها با دلیل شرعی امکان‌پذیر است. این معنی در همه کتاب‌های اصولی پذیرفته شده است و از آن به‌عنوان اصلی از اصول حاکم بر مفهوم نسخ چنین یاد می‌شود: ناسخ و منسوخ هر دو باید حکم یا دلیل شرعی (وضع شده) باشند (علم الهدی، ۱۳۶۲ «الف»، ص ۴۱۶: «و اعلم أنَّ النَّاسِخَ وَ الْمَنْسُوخَ یَجِبُ أَنْ یكونَا شرعیین و لا یكونَا عقلیین و لا أحدهُما»؛ الباجی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۹۱-۳۹۰: «مِن حُكْمِ النَّاسِخِ وَ الْمَنْسُوخِ أَنْ یكونَا حُكْمَیْنِ الشَّرعیِّیْنِ فَاَمَّا النَّاسِخُ عَنِ حُكْمِ الْعَقْلِ أَوْ السَّاقِطُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ... فَلَا یُسَمَّى نَاسِخًا وَ لَا مَنْسُوخًا»).

صاحب مفاتیح در این باره مخالفی نمی‌شناسد و می‌نویسد: «اگر حکم مرفوع حکمی ثابت به دلیل عقل باشد به آن منسوخ اطلاق نمی‌شود؛ هر چند دلیل رافع خطاب و حکم شرعی باشد. به همین دلیل است که رفع براءت و اباحه اصلی یا عقلی را نسخ نمی‌نامند. چنان که با تحریم شراب‌خواری هیچ‌کس نمی‌گوید: مباح بودن شرب خمر نسخ شده است؛ نیز، با وجوب نماز گفته نمی‌شود: حکم براءت از تکلیف منسوخ گردیده است. همچنین در صورتی که مانع عقلی رافع حکم شرعی باشد به آن نسخ اطلاق نمی‌شود. چنانکه از رفع احکام شرع به موت، حجر و عسر و حرج با عنوان نسخ یاد نمی‌شود و این موانع را نواسخ نمی‌نامند» (همان).

بر این مبنا، فقیهان اکثر مذاهب اسلامی اتفاق نظر دارند که از میان ادله احکام شرعی^۱ تنها احکام کتاب و سنت قابل نسخ است (شیلی، همان، ص ۵۴۱: «أَدْلُهُ الَّتِي يَنْسَخُ بَعْضُهَا بَعْضَهَا: إِذَا كَانَ النَّسْخُ لَا يَفْعُ الْآ فِي زَمَنِ الرَّسَالَةِ فَلَا يَكُونُ النَّاسِخُ وَالْمَنْسُوخُ إِلَّا مِنْ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ، وَ هَذَا الْقَدْرُ يَكَادُ يَنْفِقُ عَلَيْهِ الْفُقَهَاءُ» و نیز: مجاهد طباطبایی، ۱۳۲۹ق، حَدُّ النَّسْخِ: «النَّسْخُ هُوَ إِزَالَةُ الْحُكْمِ الثَّابِتِ بِقَوْلٍ مَنقُولٍ عَنِ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى أَوْ عَنِ رَسُولِهِ»).

بی‌گمان، ویژگی عمده و مشترک احکام دو منبع یادشده در این است که احکام به‌دست آمده از آن‌ها وضع شده‌اند. به دیگر سخن، احکام هر دو منبع یادشده محصول اراده مستقیم شارع‌اند و به همین دلیل قابل نسخ هستند. بی‌گمان، شارع مقدس می‌تواند اعتباری را که خود ایجاد کرده است، لغو نماید. بر این مبناست که مشهور فقیهان از میان انواع احکام شرعی^۲، فقط حکم واقعی اولی را محل وقوع نسخ دانسته‌اند و مطابق عقیده مشهور، احکام ثانوی که با تحقق عناوین ثانوی و در مواردی که اجرای حکم اولی عقلاً دشوار است ثابت می‌شوند، با مفهوم نسخ بیگانه‌اند. بنابراین، احکام ثانوی وضع نشده‌اند، نسخ هم نمی‌شوند. به علاوه، احکام ثانویه حسب ماهیتشان و به حکم عقل، فقط اجرای حکم اولی را موقوف و معلق می‌سازند، ولی نسبت به اعتبار احکام اولی تأثیر ندارند. در نتیجه، حکم ثانوی نمی‌تواند ناسخ حکم اولی قرار گیرد.

بر این مبنا، در تفسیر آیه ۱۷۳ سوره بقره^۳ و در نقد نظر آنان که ابتدای آیه را با قسمت اخیر آن منسوخ دانسته‌اند، استدلال شده است که اضطراب موضوع و عنوانی ثانوی است که مانع اجرای حکم اصلی و اولی می‌شود، لیکن اعتبار حکم را زایل نمی‌کند؛ به همین دلیل باید پذیرفت (معرفت، ۱۳۹۷ق، ص ۴۱۲).

۱. به نظر مشهور فقیهان امامیه ادله احکام شرعی به چهار منبع کتاب، سنت، اجماع و عقل محدود است. با وجود این، در مذاهب اهل سنت منابع دیگری نیز پذیرفته شده است (ر.ک. جناتی، ۱۳۷۰).

۲. به نظر بیشتر فقیهان مذاهب اسلامی انواع حکم شرعی عبارت است از: ۱. حکم اقتضایی یا تکلیفی شامل احکام وجوب، حرمت، استحباب و کراهت؛ ۲. حکم وضعی؛ ۳. حکم تخییری (اباحه). سه نوع حکم یادشده در دسته احکام واقعی اولی و در مقابل احکام ثانوی قرار دارند و در برابر کلیه احکام واقعی احکام ظاهری قرار می‌گیرند. در مقام یأس از شناخت حکم واقعی، به احکام ظاهری عمل می‌شود (حکیم، ۱۹۶۳م، ص ۵۵ به بعد؛ ابولقاسم گرگی، ۱۳۷۵، ص ۱۶۹ به بعد).

۳. إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَ لَحْمَ الْخَيْزِيرِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ... (بقره: ۱۷۳)

افزون بر این‌ها، احکام ظاهری به حکم طبیعت خود در مقام سکوت ادله احکام و فقدان حکم واقعی، مورد عمل قرار می‌گیرند و به این ترتیب، از نظر رتبه متأخر از احکام واقعی‌اند. در نتیجه تعارض میان آن‌ها و احتمال وقوع نسخ منتفی است. به‌علاوه، احکام ظاهری در مقام اجرای حکم با به‌کارگیری اصول عملیه و به‌منظور رفع تکلیف از مکلفان به‌کار می‌آیند. بنابراین، وضع و نهاده‌ی شارع نیستند تا سخن از نسخ آن‌ها برود (مجاهد طباطبایی، همان).

۲.۱. قاعده تساوی درجه مقام واضح و ناسخ قانون و موارد اعمال آن

۱.۲.۱. مفهوم قاعده در حقوق موضوعه

مطابق این قاعده، مقام وضع‌کننده یا ایجادکننده قاعده حقوقی اقتدار و صلاحیت تغییر و الغای آن را نیز دارا است.^۱ به‌دیگر سخن، اختیار اصلاح و تغییر قواعد حقوقی با اقتدار وضع و ایجاد آن‌ها ملازمه دارد و به همین دلیل، نسخ هر قاعده‌ای از سوی مقام به‌وجودآورنده آن ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۲۹) و منع عقلی برای این کار وجود ندارد. مفهوم نسخ نیز مؤید این نظر است؛ مقام وضع‌کننده قانون، حکمی را که خود پیش‌تر وضع کرده است، لغو می‌نماید. پس «به‌عنوان اصل باید پذیرفت که الغاء و تغییر قواعد حقوق و مصوبات مقامات عمومی تنها به‌وسیله مقام وضع‌کننده آن‌ها ممکن است؛ قانون فقط با قانونی دیگر نسخ می‌شود؛ آیین‌نامه دولتی نیز تنها با تصویب آیین‌نامه دیگر قابل نسخ است» (Beudant, 1934, p.167).

بدیهی است به مقتضای این قاعده امکان نسخ و تغییر قاعده حقوقی و قانون بالاتر و حتی مخالفت با آن از سوی مقامات پایین‌تر وجود ندارد. اگر اقتدار انشای نسخ قانون به‌عنوان اختیاری ملازم با صلاحیت وضع قانون باشد، طبیعی است که مقام فروتر قدرت نسخ قواعد وضع‌شده به‌وسیله مقام بالاتر را نداشته باشد؛ همچنان که صلاحیت وضع قانون به‌جای او را ندارد. از این رو، به‌آسانی می‌توان گفت: مجلس اقتدار تغییر قانون اساسی را ندارد؛ قوه مجریه نیز نسبت به الغای مصوبات مجلس فاقد صلاحیت است. همچنین، دیوان

۱. از این قاعده در حقوق روم چنین یاد شده است: «آنکه قانون را وضع کرده همو آن را نسخ می‌کند».

Cujus est condere legem ejus est abrogare

عالی کشور نمی‌تواند نسخ و اصلاح قوانین مجلس را مقرر و اعلام کند. همچنان که عرف و عادت درجه‌ای فروتر از قانون دارد و به همین دلیل، یاری تغییر قوانین مجلس را ندارد.

با وجود این، تعیین حکم صورتی که مقام بالاتر بخواهد مصوبات و قواعد وضع شده از سوی مقام پایین‌تر از خود را الغا کند، آسان نیست. از این رو، میان نویسندگان حقوقی در این باره اختلاف است. در حقوق فرانسه هر دو نظر طرف‌دارانی دارد؛ برخی نویسندگان با اعمال یک قیاس اولویت نوشته‌اند: اگر مقام هم‌درجه می‌تواند مصوبه مقام هم‌شان خود را نسخ نماید، به طریق اولی می‌توان چنین اقتداری را برای مقام بالاتر در الغای مصوبات مقامات تالی پذیرفت (Marty and Reynaud, 1972, p.182). اما مخالفان معتقدند که تغییر و الغای تصمیمات یا مصوبات مقامات عمومی جز به وسیله مقام وضع‌کننده ممکن نیست (Beudant, Op.Cit). در حقوق ما نیز گفته شده است: هر قاعده حقوقی با قاعده هم‌درجه و بالاتر از خود قابل نسخ است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۲۹).

با وجود این، پذیرش این عقیده دشوار است و در نقد آن باید گفت: در منطق حقوق مقام واضح و ناسخ قانون در سلسله‌مراتب درجات مقامات عمومی باید در ردیف هم باشند؛ بر این مبنا، قوه مقننه نه تنها اقتدار نسخ قانون اساسی را ندارد، در شأن آن هم نیست که مستقیماً آیین‌نامه‌های دولتی را لغو کند. در تأیید این قاعده باید گفت: چنانچه قانون‌گذار تغییر قواعد مندرج در مصوبات دولتی را در نظر داشته باشد، می‌تواند با تصویب قانونی جدید و مغایر با آن‌ها به منظور خود دست یابد. با تصویب این گونه قوانین و بر اساس اصل سلسله‌مراتب، آیین‌نامه‌ها و مصوبات مخالف اعتبار خود را از دست می‌دهند و از این پس نه تنها در دادگاه‌ها قابل استناد نیستند، به تجویز اصل ۱۷۰ قانون اساسی^۱ ابطال آن‌ها را نیز می‌توان از دیوان عدالت اداری درخواست کرد.

افزون بر این، نه تنها میان قوانین موضوعه به معنای عام سلسله‌مراتب وجود دارد، بلکه همان‌گونه که گذشت، در میان منابع حقوق نیز همین قاعده جاری است و به مقتضای آن،

۱. به موجب این اصل: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی ... است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

منابع حقوقی پایین دست اقتدار معارضه با منبع بالاتر را ندارند. به همین دلیل، قاعده عرفی یا رأی نوعی قضایی در صورت مخالفت با قانون، اعتبار حقوقی ندارد؛ در نتیجه سخن از نسخ آن نیز موضوعاً منتفی است، زیرا سلب اعتبار از قاعده باطل و فاقد اعتبار بی‌معناست. بر این مبناست که در تاریخ حقوق کشورمان موردی را نمی‌توان یافت که قانون‌گذار نسخ مصوبه دولتی، رأی وحدت رویه و یا عرف معینی را اعلام کرده باشد.

۲.۲.۱. سابقه بحث در فقه اسلام.

در میان فقیهان اسلامی مشهور است که آیه قرآن با آیه دیگر قابل نسخ است؛ همچنان که در امکان نسخ سنت متواتر و آحاد با مثل آن‌ها تردید نشده است (شبلی، ۱۹۸۶، ص ۵۴۷). اما این پرسش که آیا قرآن و سنت می‌توانند ناسخ یکدیگر شوند، بحث‌های بسیاری را برانگیخته است. اعتقاد عمومی بر این است که قرآن می‌تواند ناسخ سنت باشد. عمده استدلال بر این عقیده، اعمال قیاس اولویت است. به این بیان که چنانچه نسخ آیه‌ای از قرآن با آیه دیگر ممکن باشد، به طریق اولی سنت که درجه‌اش پایین‌تر از قرآن است، با قرآن قابل نسخ است (شیرازی، ۱۹۸۶، ص ۱۷۴-۱۷۳).

با وجود این، امکان نسخ قرآن با سنت مورد تردید جدی واقع شده است. امام شافعی از معدود فقیهانی است که قرآن را با سنت قابل نسخ نمی‌داند. او با استناد به آیه ۱۰۶ سوره بقره^۱ می‌نویسد: «خداوند سبحان انشاء نسخ حکم سابق و اتیان حکم بدل از منسوخ را تنها در شأن خود می‌داند. بی‌گمان فقط کتاب است که از جانب حق تعالی نازل شده ولی سنت فاقد چنین وصفی است. بر این مبنای، فقط آیه قرآن می‌تواند ناسخ آیه دیگر باشد و سنت چنان اقتداری ندارد» (شافعی، ۱۲۴۰ق، ص ۱۰۶ به بعد؛ Burton, 1990, p.33).

نظریه شافعی پس از او مهجور ماند و بیشتر فقیهان اسلامی نسخ قرآن با سنت را پذیرفتند. البته در توجیه آن با موانع جدی روبرو شدند. عمده مانع در این راه، نص آیه ۱۰۶ سوره بقره بود. برای رفع این مانع، نخستین راه‌حلی که به ذهن‌ها رسید، استناد به آیاتی از قرآن کریم است که به تحکیم شأن سنت پرداخته‌اند؛ بسیاری از آیات قرآن حکایت از آن

۱. «ما نسخ من آیه ... نأت بخیر منها أو مثلها».

دارد که اطاعت از رسول در ردیف اطاعت از خدا قرار دارد و حکم رسول هم‌شأن با حکم الهی است.^۱ از این آیه‌ها نتیجه گرفته شد: «قرآن و سنت، هم‌درجه هستند. بنابراین نسخ قرآن با سنت نیز همچون نسخ آیه‌ای با آیه دیگر ممکن است. به‌ویژه که احکام سنت و قرآن از یک منبع که همان وحی الهی است ریشه می‌گیرند و روشن است که نسخ وحی با وحی دیگر مانعی ندارد» (شبلی، همان، ص ۵۴۸).

با وجود این، عقیده جمهور خالی از اشکال نبوده و استدلال آنان با متن و زمینه آیاتی که مستند ایشان قرار گرفته ناسازگار است. از طرفی، هدف اصلی آیاتی که در آنها اطاعت از رسول هم‌ردیف اطاعت از خداوند دانسته شده است، به دلالت سیاق متن و زمینه آنها، نه اثبات تقابل دو منبع کتاب و سنت که تأیید هماهنگی و تعامل آنهاست. از برخی آیات شریف به ظرافت می‌توان فهمید که اراده رسول همان اراده خداوند است.^۲ از طرف دیگر و مهم‌تر اینکه استدلال مشهور در درون خود با تناقضی آشکار روبرو است. به این بیان که در مقام توجیه نسخ قرآن با سنت هم‌درجه بودن آن دو پذیرفته شده است، ولی در تبیین نسخ سنت با قرآن از فروتر بودن درجه سنت از قرآن دفاع شده است (برای دیدن مشروح بحث‌ها، ر.ک. حکیم، ۱۹۶۳م، ص ۲۴۱ به بعد؛ الباجی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۱۷ و بعد؛ غزالی، ۱۳۲۲ق «الف»، ص ۱۲۴ به بعد).

بنابراین، نظریه‌ای قابل تأیید است که مطابق آن رابطه کتاب و سنت با عقیده به سلسله‌مراتب میان آنها قابل تبیین و توجیه نیست. برابر این نظر: «نه سنت ناسخ قرآن می‌شود و نه قرآن ناسخ سنت؛ رابطه قرآن و سنت را نمی‌توان با عقیده به وجود معارضه میان آنها فهمید؛ اینها نه رقیبان جویای رتبت‌اند تا یکی بر دیگری برتری جوید و نه حریفان مخالف که روبروی هم قرار گیرند، بلکه دو منبع مکمل و جدایی‌ناپذیرند که رسول

۱. ر.ک. آیه‌های ۵۹ نساء: «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول...». ۲۳ آل عمران: «قل اطیعوا الله و الرسول...». ۳۳ محمد: «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و لا تنظروا أعمالکم». ۷ حشر: «... و ما آتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا». ۱۳ مجادله: «... و اطیعوا الله و رسوله...». ۵۴ نور: «قل اطیعوا الله و اطیعوا الرسول...». ۵۶ نور: «و اقیموا الصلوه... و اطیعوا الرسول...». ۶۹ نساء: «و من یطع الله و الرسول فاولئک مع الذین انعم الله علیهم...». ۲. در آیه ۸۰ سوره نساء می‌خوانیم: من یطع الرسول فقد اطاع الله... و آیه ۱۰ سوره فتح خطاب به پیامبر می‌فرماید: ان الذین یبایعونک انما یبایعون الله.

(ص) را در ایفای رسالت یاری می‌دهند و در میان خود نیز معاضد و موید یکدیگرند. بر این مبنا، نسخ حکمی از سنت با قرآن نشان از تنافر و ناهماهنگی آنها دارد و نباید پذیرفته شود. چون تحقق آن بدین معنی است که آنچه رسول در مخالفت با کتاب حکم کرده بود، اکنون نسخ و برداشته می‌شود. همچنین، نسخ قرآن با سنت به منزله آن است که رسول دلیل مثبت رسالت خود را تکذیب می‌کند یا دست کم با مخالفت خود آن را تضعیف می‌کند» (Burton, Op Cit, p.106، بارتن این را از سعد تفتازانی نقل کرده است).

همه‌هنگ با این حقیقت، روایت‌های متعددی از رسول اکرم (ص) با این مضمون نقل شده است: اگر حدیثی از من [پیامبر] به دست امت برسد، باید با قرآن مطابقت داده شود، اگر موافق قرآن باشد، به آن عمل شود، وگرنه اعتباری ندارد (کلینی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۵ و بعد). حقایق یادشده با واقعیت نیز سازگار است. هرگز حدیثی موثق از پیامبر (ص) نقل نشده است که آن حضرت به صراحت یا تلویحاً به نسخ آیه‌ای از قرآن حکم کرده باشد؛ همچنان که در هیچ آیه‌ای از قرآن نفی و الغای حکم سنت اعلام نشده است.

۳.۲.۱. اعمال قاعده در خصوص مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام از سوی مجلس

شرح حال و چگونگی ایجاد مجمع تشخیص مصلحت نظام در حقوق ایران از حوصله بحث ما خارج است. تنها اشاره می‌شود که علت عمده شکل‌گیری نهاد یادشده، اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان قانون اساسی بر سر تفسیر اصل چهارم قانون اساسی و چگونگی اجرای آن از سوی شورای نگهبان است. چنان که می‌دانیم به موجب اصل یادشده و اصول ۹۱ تا ۹۷ قانون اساسی، بررسی مصوبات مجلس از نظر انطباق با موازین شرع و قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است.^۱ در سال‌های اول انقلاب در اجرای اصول یادشده، شورای نگهبان بسیاری از مصوبات مجلس را مغایر شرع

۱. برابر اصل ۴ قانون اساسی کشور ما، کلیه قوانین و مقررات کشور باید بر اساس موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر بر عهده شورای نگهبان است. نحوه اجرای این تکلیف شورای یادشده در اصول دیگر تعیین شده است. به موجب اصل ۹۴: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را... از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار می‌دهد و چنانچه مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس باز گرداند...».

تشخیص داد و به همین علت تأیید نکرد. بدین سان، بسیاری مقررات که در نظر مجلس برای اداره امور مملکت و در راستای تأمین منافع عمومی یا حقوق افراد ضروری بود، عقیم ماند و جامعه قانون نپوشید.

انعطاف‌ناپذیری عملکرد شورای نگهبان و نبود استدلال حقوقی در بسیاری از نظریه‌های آن شورا کار را به جایی کشاند که ضرورت ایجاد یک نهاد داوری به نام مجمع تشخیص مصلحت نظام احساس شد. این مجمع پس از آنکه عملاً شکل گرفت، در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ ش، طی اصل ۱۱۲ به رسمیت شناخته شد. اگرچه هدف از تشکیل مجمع یادشده حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان و تأیید نظر موافق با مصالح کشور بود، با وجود این، افزون بر وظیفه اصلی و نهادی یادشده، اصل ۱۱۰ قانون اساسی در مقام برشمردن وظایف و اختیارات رهبر، وظایفی دیگر نیز برای مجمع مقرر کرده است که مهم‌ترین آن‌ها حل معضلاتی است که از راه‌های عادی قابل حل نیست (بند ۸، اصل ۱۱۰).

همین امر سبب شده است نویسندگان حقوقی ما به استناد اصول ۱۱۰ و ۱۱۲ قانون اساسی، مصوبات مجمع تشخیص را به دو دسته تقسیم کنند (هاشمی، ۱۳۸۲، ص ۵۵۰ و بعد): ۱. مصوباتی که در در اجرای اصل ۱۱۲ و در مقام داوری و حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان به تأیید مجمع می‌رسند که قانون کار مصوب ۱۳۶۹ ش نمونه‌ای مشهور از این‌گونه است. ۲. مصوباتی که مجمع تشخیص مصلحت به استناد بند ۸ اصل ۱۱۰ و به‌عنوان بازوی مشورتی رهبر و برای حل معضلات نظام وضع می‌کند، مانند قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۸ دی ۱۳۶۷.

درباره مصوبات دسته اول، نظر غالب میان نویسندگان حقوقی این است که مصوبات یادشده در ردیف قوانین مصوب مجلس قرار دارند. بنابراین، قوه مقننه اختیار نسخ و اصلاح آن‌ها را دارد (هاشمی، همان). با وجود این، مطابق نظریه شماره ۵۳۱۸ مورخ ۲۴ مهر ۱۳۷۲ شورای نگهبان قانون اساسی، مجلس در صورتی می‌تواند این دسته از مصوبات مجمع را نسخ و یا اصلاح نماید که مدتی معتدبه از زمان تصویب مصوبه گذشته باشد تا تغییر مصلحت در آن مدت موجه نماید.

در خصوص مصوباتی که مجمع رأساً وضع می‌کند، مسئله از این نیز پیچیده‌تر است؛ شورای نگهبان با اعلام نظریه ۵۳۱۸ مورخ ۲۴ مهر ۱۳۷۲ بر آن است که تصمیمات مجمع در مورد حل معضلات نظام به وسیله هیچ‌یک از مراجع قانون‌گذاری قابل رد، ابطال، نقض و فسخ نیست. در توجیه این نظر ممکن است گفته شود: مصوبات مستقل مجمع تشخیص در سلسله مراتب قوانین، بالاتر از قانون عادی و فروتر از قانون اساسی جای دارند و به همین دلیل تغییر آن‌ها فراتر از اقتدار قوه مقننه است. ولی باید گفت: در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است که در سلسله مراتب قوانین نظام حقوقی جایگاهی بین قانون عادی و قانون اساسی وجود ندارد.^۱ به علاوه، معلوم نیست که چرا مجمع یادشده به عنوان مرجع وضع مصوبات یادشده اختیار تغییر آنچه را که خود وضع کرده است، ندارد؟ به‌ویژه که عقیده به عدم اقتدار مجلس در نسخ و اصلاح این مصوبه‌ها موجب تضعیف ناخواسته قوه مقننه است و به همین دلیل دفاع از آن دشوار است. در نتیجه، باید پذیرفت که همه مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام در ردیف قانون عادی قرار دارند و نسخ آن‌ها از سوی مجلس ممکن است.

شورای نگهبان نیز در عمل نتوانسته به نظریه‌های خود پایبند بماند. برای نمونه در ماده ۷۳ قانون نظام صنفی مصوب ۲۸ اسفند ۱۳۸۲، نسخ قوانین تعزیرات حکومتی انشا و اعلام شده و این قانون از سوی شورای نگهبان تأیید شده است. در ماده پیش‌گفته می‌خوانیم: «از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون... قوانین و مقررات مغایر با این قانون از جمله مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص تعزیرات حکومتی مربوط به اصناف و واحدهای صنفی موضوع این قانون لغو می‌گردد».

۱. چنان‌که لئون دوگی (Leon Duguit، ۱۹۲۸-۱۸۵۲م) حقوق‌دان فرانسوی و استاد حقوق عمومی، تبیین کرده و دیگران پذیرفته‌اند: سلسله مراتب قوانین در نظام حقوقی از بالا به ترتیب عبارت است از: ۱- اعلامیه حقوق بشر، ۲- قانون اساسی، ۳- قانون عادی و ۴- مصوبات قوه مجریه (آزمایش، ۱۳۵۱، ص ۱ به بعد).

۳.۱. قطعی و قاطع بودن نسخ

۱.۳.۱. قاعده قطعی بودن نسخ

در پاره‌ای نوشته‌های حقوقی از قاعده «قطعی بودن نسخ»^۱ سخن رفته است (Dalloz, 1973, p.11). مضمون این قاعده منطبق بر قاعده فقهی «الزایل لا یعود» است و برابر آن، با وقوع نسخ قانون، اعتبار آن برای همیشه سلب می‌شود و دیگر باز نمی‌گردد. پس چنانچه قانون گذار به احیای مجدد قانون منسوخ نظر داشته باشد، باید با انشای جدید به آن اعتبار بخشد. به علاوه، حتی نسخ شدن قانون ناسخ، موجب اعاده اعتبار قانون منسوخ نیست. در تاریخ قانون گذاری کشور ما، گاهی قانون گذاران به این قاعده تصریح کرده‌اند. چنان که در ماده ۴۰ قانون اعسار ۱۳۱۳ ش آمده است: «قانون اعسار و افلاس ۱۳۱۰/۸/۲۵ نسخ و مواد ۶۲۴ و... قانون اصول محاکماتی که به موجب قانون مزبور نسخ شده به حال منسوخی باقی می‌ماند...».

اروپاییان نیز از قدیم به این حقیقت پی برده بودند^۲. امروزه در حقوق برخی کشورها این قاعده وارد قانون شده است. به موجب ماده ۱۵ قانون تفسیر ۱۹۷۸م انگلیس: «نسخ قانون ناسخ سبب احیای اعتبار قانون منسوخ نیست مگر اینکه خلاف آن تصریح شود» (Mc leod, 1999, p.336).

بدیهی است، تصریح به اعاده اعتبار قانون منسوخ به منزله انشای مجدد آن است و نباید آن را استثنایی بر قاعده قطعی بودن نسخ تلقی کرد. نمونه این تصریح در حقوق ما، لایحه قانونی «الغای قانون انحلال سازمان تربیت بدنی ایران» مصوب اول مرداد ۱۳۵۸ است که مقرر داشته است: «از تاریخ تصویب این ماده واحد، قانون انحلال سازمان تربیت بدنی ایران و واگذاری وظایف آن مصوب شهریور ۱۳۵۶ لغو می‌گردد و سازمان مذکور بر اساس قانون تأسیس سازمان تربیت بدنی ایران مصوب مرداد ماه ۱۳۵۰ اداره خواهد شد». همچنین، در

1. *L'abrogation est definitive*

۲. عبارت لاتین زیر مشعر بر این معناست:

Abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata

ماده واحده قانون تعیین تکلیف هیئت منصفه قانون مطبوعات مصوب ۱۳۸۷ش آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون، هیأت منصفه مطبوعات مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ لغو و مواد مربوط به هیأت منصفه از قانون اصلاح قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹/۱/۳۰ لازم‌الاجرا می‌شود»؛ درحالی که قانون پیش گفته با قانون هیئت منصفه مطبوعات مصوب ۱۳۸۲ش نسخ شده است.

۲.۳.۱. مفهوم قاطع بودن نسخ قانون

برابر این مفهوم، نسخ قانون به معنای حقیقی آن، زمانی واقع می‌شود که قانون منسوخ به‌گونه‌ای قاطع و فارغ از هر نزاع و نظری درباره وقوع نسخ، از نظام حقوقی زایل شود؛ به‌گونه‌ای که همگان بی‌هیچ تفسیر و تردید بی‌اعتباری آن را باور کنند و درباره نسخ شدن آن اختلافی وجود نداشته باشد. بی‌گمان، این معنی زمانی محقق می‌شود که قانون‌گذار ضمن انشای نسخ، مشخصات دقیق قانون منسوخ را اعلام نماید. چنان‌که مرسوم است، نسخ قوانین سابق در قالب ماده پایانی هر قانون جدید انشا می‌شود. گاهی نیز قانون‌گذار بی‌آنکه مقرراتی جدید وضع نماید، ضمن قانونی مستقل، نسخ قانون یا قوانین دیگر را انشا می‌کند؛ به این ترتیب، در هر دو صورت یادشده، نسخ قانون با وضع قانونی مخصوص واقع می‌شود.

به‌عنوان نمونه‌ای از فرض نخست، در ماده ۱۰ قانون تدوین و تنقیح مقررات کشور مصوب ۲ تیر ۱۳۸۹ می‌خوانیم: «قانون تشکیل سازمان تنقیح و تدوین قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۵۰/۱۲/۲۹... نسخ می‌گردد». نمونه‌های قانون ناسخ مستقل نیز در حقوق ما بسیارند؛ از این قبیل است: قانون «لغو قانون انگشت‌نگاری عمومی» مصوب ۱۳۶۸ش؛ لایحه قانونی «الغای قانون تکمیل و اجاره واحدهای مسکونی مصوب ۲۵ تیر ۱۳۵۸ شورای انقلاب» و لایحه قانونی «لغو قانون ۲۱ مهر ۱۳۴۳ راجع به اجازه استفاده مستشاران نظامی امریکا در ایران از مصونیت‌ها و معافیت‌های قرارداد وین مصوب ۲۷ اردیبهشت ۱۳۵۸».

۳.۳.۱. ناشناخته ماندن این قاعده نزد فقیهان و علت آن

براساس آنچه گذشت، نسخ حکم شرعی زمانی محقق است که منطوق کلام شارع بر

آن دلالت داشته باشد؛ به این معنی که در قرآن به صراحت اعلام شده باشد که حکم این یا آن آیه و روایت منسوخ است و یا در سنت روایت شده باشد که پیامبر (ص) از عمل به حدیث سابق یا حکمی از آیات الهی نهی فرموده است. اما واقعیت این است که در هیچ آیه‌ای از قرآن چنین اعلام نشده است. نمونه‌های نادر از نسخ سنت با سنت نیز چندان نادر است که نتوانسته نظرها را به خود جلب کند.^۱

به همین دلیل، فقیهان اسلام در شناخت مصادیق و موارد نسخ به راهی دیگر رفته‌اند. نزد مشهور فقیهان آنچه سبب تحقق نسخ می‌شود، نه اراده و اعلام شارع که وقوع تنافی و تعارض میان دو حکم است. به این ترتیب، هر آنچه از احکام شرعی منسوخ دانسته شده، حاصل استنباط فقیهان از مغایرت و تعارض میان احکام است.

به گمان بیشتر فقیهان اسلامی، بسیاری آیه‌ها در قرآن و روایت‌ها از سنت وجود دارند که در موضوعی واحد احکامی متناقض مقرر داشته‌اند. در مقام ناتوانی از جمع و عمل به احکام یادشده، توسل به قاعده نسخ آخرین چاره است که مطابق آن، حکم متأخر ناسخ حکم متقدم قرار می‌گیرد. در این باره از سرخسی^۲ نقل شده است که «محال است در کلام الهی یا سنت رسول تناقض باشد. اگر تعارض ظاهری به چشم می‌خورد علت آن است که ما از تقدم و تأخر صدور احکام بی‌خبریم. بنابراین در صورت اطلاع از زمان وضع احکام تعارضی باقی نمی‌ماند. چه حکم متأخر همواره ناسخ حکم متقدم است» (Burton, Op Cit, p.20). همین اندیشه در طول تاریخ فقه اسلامی غالب بوده است. صاحب الذریعه، از متقدمان فقه امامیه، در این باره تصریح کرده است: وقوع نسخ جز با وقوع تعارض و تضاد ممکن نیست (علم الهدی، ۱۳۶۲ ص ۴۱۵: لایکون نسخاً الأَمعَ المُضادّه). برخی نویسندگان قول مخالفی در این موضوع نیافته‌اند و آن را مورد اتفاق فقیهان اسلامی دانسته‌اند (الباجی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۲۴).

۱. چنان‌که از رسول (ص) روایت شده است: کنت نهیتکم عن الشرب فی الظروف و ان ظرفاً لا یحل شیاً ولا یحرمه فاشربوا فیما شتمت ولا تشرّبوا مسکراً. مصطفی شیلی، ۱۹۸۶م، ص ۵۴۰. برای دیدن نمونه‌های دیگر احادیث ناسخ و منسوخ ر.ک. ابن شاهین، شیخ حافظ ابی‌حفص (۱۹۹۲م)، الناسخ و المنسوخ من الحدیث، تحقیق شیخ علی محمد معوض، بیروت: دارالکتب العلمیه.

۲. فقیه و صاحب کتاب اصول الفقه

بر این مبنا، مشهورترین مثال وقوع نسخ در احکام شرعی، حکم عده وفات است. در بیشتر مذاهب اسلامی اجماع فقیهان بر این قرار گرفته که آیه ۲۴۰ سوره بقره مشتمل بر ضرورت نگه داشتن یکسال عده از سوی زنی که شوهرش فوت کرده نسخ شده است و به جای آن در آیه ۲۳۴^۲ همان سوره عده وفات به مدت چهار ماه و ده روز مقرر شده است. در برخی کتاب‌های اصول فقه در مقام توجیه این نظر مشهور و به عنوان قاعده نوشته شده است: «هیچ فریضه و حکمی نسخ نمی‌شود، مگر اینکه به جای آن حکمی دیگر وضع شود» (شافعی، ۲۴۰ ق، ص ۱۱۰-۱۰۹)^۳. بر این اساس، در تعریف نسخ گفته شده است: «نسخ عبارت است از الغای حکم مندرج در خطاب متقدم به وسیله حکم مخالف که با خطاب متأخر تشریح شده است» (op cit, p.90).

با وجود این، هستند کسانی که مقهور شهرت نشده و از حقیقت نسخ غافل نمانده‌اند؛ چنان که از سویی، حکم هر دو آیه ۲۴۰ و ۲۳۴ سوره بقره را معتبر دانسته و در استدلال بر آن گفته‌اند: دو آیه یادشده در موضوع واحد حکم نکرده‌اند تا میان آن‌ها تعارض محقق شود؛ یکی (آیه ۲۴۰) الزام زوج بر وصیت به امتناع را مقرر کرده و دیگری (آیه ۲۳۴) به ضرورت تربص و نگهداشتن عده از سوی زوجه حکم کرده است (Burton, Op Cit, p.60؛ بارتن این عقیده را به طبری منسوب دانسته است). از سوی دیگر، برخی اصولیان به تبیین مفهوم حقیقی نسخ پرداخته‌اند. اگرچه همان‌گونه که اشاره شد، در کتاب الذریعه از ارتباط نسخ با تناقض و تضاد احکام یاد شده، اما در ادامه تصریح شده است: «وقوع نسخ منحصرأ به دو صورت متصور است: ۱. زوال حکم منسوخ بدون اثبات بدل؛ ۲. الغاء حکم با وضع حکمی متضاد یا متناقض. با وجود این، به نظر سید مرتضی، در فرض اخیر نیز آنچه ماهیت نسخ را تشکیل می‌دهد، نه اثبات حکم بدل و معارض که زوال حکم منسوخ است» (علم الهدی، ۱۳۶۲، ص ۴۱۷-۴۱۴). دیگر فقیهان واقع‌بین افزودند: «در شناخت کارکرد نسخ و قانون

۱. وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنكُم و يَذَرُونَ أَرْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَرْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِن خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيكُم فِى مَا فَعَلْنَ ... (بقره: ۲۴۰)

۲. وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنكُم و يَذَرُونَ أَرْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيكُم فِيمَا فَعَلْنَ ... (بقره: ۲۳۴)

۳. «و لیس یُسَخُّ فرضُ ابدأ الا اُثبت مكانه فرضاً ... و كل منسوخ في كتاب و سنه هكذا»

ناسخ همین کافی است که از طریق آن علم حاصل شود از تکلیف سابق نباید در آینده اطاعت شود. حال اگر بر 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» (مجاهد طباطبایی، ۱۳۲۹ق، حدُّ النسخ). با وجود این، چنان که گذشت، به علت کمیابی مصداق واقعی و عینی وقوع نسخ در احکام شرعی، این نظریه عقیم ماند و در برابر شهرت تاب نیاورد.

۴.۱. جدایی دو مفهوم نسخ و نسخ ضمنی قانون

۱.۴.۱. ناسازگاری مفهوم نسخ ضمنی با قواعد نسخ قانون

شرح دو قاعده قطعی و قاطع بودن نسخ گذشت. اکنون می‌افزاییم که تأمل در قواعد یادشده حقایق بیشتری را می‌نمایاند. از آن جمله است: روشن شدن ماهیت نسخ و به‌دست آمدن پاره‌ای دیگر از قواعد آن. به‌علاوه، با توجه به دو قاعده یادشده ضرورت تفکیک نسخ از نسخ ضمنی مسلم است.

بی‌گمان، سخن از قطعی بودن نسخ، فرع بر پذیرش قاطع بودن وقوع نسخ است؛ به این معنی که چنانچه قانونی به‌طور قاطع از نظام حقوقی زدوده نشده باشد، بحث از قطعیت نسخ و عدم بازگشت حکم منسوخ بیهوده است. درست به همین دلیل است که در صورت نسخ ضمنی، قاعده قطعی بودن نسخ جاری نیست؛ زیرا در این فرض اعتبار قانونی که منسوخ پنداشته می‌شود، به حقیقت زایل نشده تا بتوان از عدم امکان بازگشت آن سخن گفت. بر همین مبنا، الغای قانون و نسخ شدن آن به معنای حقیقی در فرضی محقق است که حکم منسوخ رجعت نکند، لیکن چنان که خواهد آمد، این حقیقت دربارهٔ نسخ ضمنی صادق نیست.

در میان نویسندگان حقوقی شایع و مشهور است که با تقسیم نسخ به دو قسم صریح و ضمنی گفته می‌شود: «نسخ صریح آن است که قانون‌گذار ضمن قانون جدیدی منسوخ بودن قانون قدیم را اعلام کند. لیکن نسخ ضمنی در فرضی محقق است که دو قانون در یک موضوع وجود داشته باشد و جمع میان آن‌ها میسر نشود. در این صورت قانون مؤخر به‌طور ضمنی کاشف از نسخ قانون مقدم است» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۳۵ و بعد. برای

دیدن عقیده مشابه ر.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ذیل واژه نسخ). به علاوه، تأکید شده است: «در تشخیص نسخ ضمنی قانون بیش از هر چیز باید به اراده قانونگذار توجه داشت. زیرا تنها اوست که می‌تواند قانون را نسخ کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۷۱).

نویسندگان حقوق فرانسه نیز از دو نوع نسخ صریح^۱ و نسخ ضمنی^۲ سخن گفته‌اند (Beudent, 1934, T. 1, p.167-168; Mazeaud, 2000, P.147; Dalloz, 1973, P.11) و رویه قضایی آن کشور، دکترین را در این زمینه تأیید کرده است: در رأی مورخ ۱۶ فوریه ۱۹۵۴ شعبه مدنی دیوان عالی کشور فرانسه، آمده است: «نسخ قانون محقق نمی‌شود مگر در صورتی که قانونی متأخر به صراحت آن را اعلام کند یا اینکه مقررات و مفاد قانون لاحق با قوانین سابق قابل جمع نباشد» (Dalloz, p.2743, N. 285). در حقوق انگلیس و ایالات متحده نیز از دو قسم نسخ صریح^۳ و نسخ ضمنی^۴ یاد شده و تعاریفی مشابه آنچه از حقوق فرانسه بیان شد، آمده است (Black's law dictionary, p.15,21,691& 888).

با وجود این، نباید فریفته این شهرت شد. بی‌گمان با الغای حکم بدون اثبات حکمی جایگزین، نسخ آن محقق است؛ زیرا چنان که گذشت، ماهیت نسخ یکی بیش نیست و آن عبارت است از: زوال حکم و یا از بین رفتن اعتبار قانون منسوخ. از این رو، وضع حکم جدید به جای حکم منسوخ، جزء مفهوم نسخ نیست. به علاوه، مفهوم نسخ ضمنی - چنان که از تعریف آن بر می‌آید - موضوعی تفسیری^۵ و از مباحث مرتبط با تفسیر قانون است (Kemp, 1970, p.474-475؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۴۲).

پذیرش این معنا که وقوع نسخ ضمنی همچون دیگر پدیده‌های مرتبط با عالم تفسیر، موضوعی کاملاً موردی و قاعده‌ناپذیر است، ماهیت حقوقی آن را آشکار می‌کند و تفکیک آن از نسخ به معنای حقیقی کلمه را ضروری می‌سازد. چنان که گذشت، نسخ در معنای واقعی آن زمانی محقق است که قانون منسوخ به گونه‌ای قاطع و بی‌هیچ اختلاف نظری

1. Abrogation Express
2. Abrogation Tacit
3. express abrogation or repeal
4. Implied repeal or abrogation
5. matter of construction

درباره آن، از نظام حقوقی زدوده شود. حال اگر در مقام تفسیر قوانین و رفع مغایرت از آنها همواره می‌توان با دلیلی قانع‌کننده از عقیده به نسخ دست برداشت و به این وسیله در جمع و اجرای دو قاعده کوشید، دیگر سخن گفتن از قاعده‌ای که مطابق آن همواره قانون متأخر ناسخ قانون متقدم است، از معنا تهی می‌شود و استناد به آن در عمل گرهی از کار نمی‌گشاید.

به دیگر سخن، در صورتی که برخی مفسران و مجریان قانون عقیده به نسخ ضمنی قانون معین داشته باشند، اعتبار آن از بین نمی‌رود و عقیده یادشده مانع از عمل و استناد به این قانون نخواهد بود؛ به‌ویژه که اظهار نظر یک نویسنده حقوقی یا تشخیص دادرس در احراز تعارض قوانین و اعلام نسخ ضمنی یکی از آن دو برای دیگران حجت نیست. به‌علاوه و مهم‌تر اینکه به دلیل نبود معیار قاطع و عینی درباره تشخیص مغایرت قوانین و به تبع آن، دشواری احراز نسخ ضمنی قانون، اطلاق عنوان نسخ بر آن را لغو و بیهوده می‌نماید. در نتیجه، پراکندگی و اختلاف نظرها در خصوص تفسیر و رفع تناقض قوانین و قاطع نبودن نظریه‌های تفسیری سبب می‌شود نسخ ضمنی از حقیقت نسخ و به‌ویژه دو ویژگی ذاتی آن یعنی قاطعیت و عینیت دور شود.

۲.۴.۱. مفهوم و جایگاه قاعده نسخ ضمنی در منطق حقوق

از آنچه گفته شد معلوم است که به حساب آوردن نسخ ضمنی به‌عنوان نوعی نسخ و قراردادن آن به‌عنوان قسمی برای نسخ صریح مبنای استواری ندارد؛ توصیف نسخ با ویژگی صریح نیز تأکیدی بیش نیست، زیرا وقوع نسخ را تنها از منطوق صریح کلام قانون‌گذار می‌توان دریافت و طریقی جز آن برای تحقق نسخ متصور نیست.

به دیگر سخن، تحقق نسخ قانون همانند وضع آن امری مرتبط با مقام قانون‌گذاری و انشای قانون است، لیکن نسخ ضمنی به‌واقع از قواعد تفسیری مرتبط با حل تعارض قواعد حقوقی و نمایانگر تأثیر مفهوم نسخ بر فن تفسیر قانون است. چنان‌که برخی نویسندگان دریافته‌اند (Dworkin, 1993, P.104)، قواعد حل تعارض قوانین در حقوق داخلی در بیشتر نظام‌های حقوقی از این قرار است، به‌موجب نخستین قاعده: «قانون مؤخرالتصویب بر

قانون معارض متقدم مرجح داشته می‌شود». مفهوم این قاعده همان است که در عبارت معروف «قانون لاحق ناسخ قانون سابق است» تجلی یافته و با عنوان نسخ ضمنی مشهور است. بی‌گمان، اثر نسخ ضمنی قانون، منحصر به این است که در پرونده‌ای معین به حکم آن استناد نشود و حداکثر اینکه قانون یادشده مطابق رویهٔ پراکنده میان دادرسان منسوخ پنداشته می‌شود. با وجود این، باید گفت: اعتبار قانونی که به نظر یک یا چند دادرس منسوخ پنداشته شده و به همین جهت کنار گذاشته شده است، از بین نمی‌رود؛ درحالی که بی‌تردید، نسخ قانون به دست قانون‌گذار اعتبار آن را زایل می‌کند.

به دیگر سخن، استنباط نسخ ضمنی در پی استدلال و تفسیر قانون حاصل می‌شود؛ قاضی پس از ثبوت موضوع دعوی در صدد یافتن حکم قضیه بر می‌آید و در مقام جستجوی قانون حاکم گاه با دو ماده قانونی متعارض و متهاافت برخورد می‌کند. بی‌گمان، ترتب دو حکم بر موضوع واحد عقلاً محال است؛ همچنین تاجایی که ممکن است نباید قانون‌گذار را به تناقض‌گویی متهم کرد. دادرس برای دفع این ایرادهای عقلی از دلیل عقل راهنمایی می‌گیرد؛ ابتدا به یاری قواعد تفسیر قانون کلام قانون‌گذار را بر معنایی حمل می‌کند که وقوع تعارض منتفی شود. در نبود چنین امکانی از نظر عقلی سه راه پیش پای او قرار دارد: تساقط دو حکم، تخییر یا انتخاب دلخواه یکی از آن دو، و اعتقاد به نسخ ضمنی قانون سابق. از این میان، راهی را بر می‌گزیند که به خودسری و استتکاف از اجرای قانون متهم نشود. از این رو، عقیده به نسخ ضمنی را بر می‌گزیند و بی‌محابا استدلال می‌کند که قانون متأخر ترجمان آخرین ارادهٔ قانون‌گذار، و تصویب قانون مغایر با مقررات موجود به منزلهٔ تغییر ارادهٔ پیشین است.^۱

حال آنکه در چنین مواقعی درواقع نسخی روی نداده است و عنوان نسخ ضمنی تنها سرپوشی بر عملکرد دادرسان می‌شود تا بر آنان ایراد نشود که خلاف قانون رأی داده‌اند.

۱. گفتنی است، ضرورت طی شدن مراحل یادشده مبنای قانونی نیز دارد. دادرس به حکم قانون مکلف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و نمی‌تواند به بهانهٔ اجمال یا تعارض قوانین موضوعه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع نماید همچنان که تکلیف یادشده به هنگام سکوت یا نقص قوانین ساقط نیست (ر.ک. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ش).

درست به همین دلیل نمی‌توان گفت عمل قاضیانی که با جمع قوانین به‌ظاهر معارض به حکم هر دو عمل کرده‌اند، پیروی از قانون منسوخ است. لیکن چنان که معلوم است، استناد به قانون منسوخ و رأی بر اساس آن روا نیست.

برابر دومین قاعده حل تعارض، قاعده حقوقی که از منابع برتر به‌دست می‌آید بر قاعده حاصل از منبع فروتر مرجح و مقدم داشته می‌شود. بر این پایه، قانون عادی توان معارضه با قانون اساسی را ندارد و نیز آیین‌نامه مغایر با قانون در دادگاه قابل استناد نیست (اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران). در تبیین این قاعده می‌توان گفت: چنین قاعده‌ای با مفهوم ابطال قانون مرتبط است، به همین دلیل می‌توان آن را به قیاس از قاعده پیشین، «ابطال ضمنی» نامید. پس چنانچه دادگاه آیین‌نامه‌ای را مخالف قانون عادی تشخیص دهد، بنابه اختیار حاصل از اصل ۱۷۰ قانون اساسی از ترتیب اثر دادن به چنان آیین‌نامه‌ای در دعوی معین که نزد او مطرح است، خودداری می‌نماید. لیکن بی‌گمان با چنین عملی اعتبار آیین‌نامه یادشده زایل نمی‌شود، زیرا اثر رأی دادگاه محدود به همان پرونده است و به حکم طبیعت خود، هیچ الزامی برای دادگاه‌های دیگر ایجاد نمی‌کند.^۱

بدیهی است اعتبار این آیین‌نامه زمانی از بین می‌رود که به‌موجب حکم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال آن اعلام شود. به همین دلیل است که اصل یادشده در ادامه می‌افزاید: «هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

سرانجام، قاعده سوم مقتضی آن است که قانون خاص همواره بر قانون عام مقدم داشته شود. این قاعده را نیز می‌توان قاعده تخصیص ضمنی نامید. در این فرض نیز چنانچه دادگاه به استناد قاعده «قانون خاص مخصص قانون عام است»، قانونی عام را در موضوع دعوی معین قابل استناد نشناسد و به اصطلاح تخصیص ضمنی قانون عام را بپذیرد، اعتبار قانون عام درواقع محدود نمی‌شود و این عقیده الزامی برای دیگر دادگاه‌ها ایجاد نمی‌کند. درحالی که تخصیص قانون به معنای حقیقی آن زمانی محقق می‌شود که قانون‌گذار به‌صراحت

۱. به همین دلیل در ماده ۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ ش مقرر است: «دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا به‌طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند».

برخی موضوعات مشمول قانون عام را از شمول آن مستثنا نماید و به این طریق تکلیف و الزام قانونی را از آن‌ها بردارد (برای دیدن مفهوم تخصیص و ارتباط آن با نسخ قانون، ر.ک. میرزائی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶-۱۵۹).

۳.۴.۱. مبنای تفکیک نسخ صریح از نسخ ضمنی

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، ماهیت حقیقی نسخ قانون را با قرار دادن آن در کنار مفهوم وضع قانون بهتر می‌توان فهمید. وجود مجالس قانون‌گذاری در همه نظام‌های حقوقی تأییدی بر این حقیقت است که وضع قانون یا نسخ آن جز با وجود نهادی صالح دشوار است. به‌علاوه در عمل، اقتدار وضع قانون به هیچ نهادی جز قوه مقننه داده نمی‌شود. اگر تغییر، اصلاح و نسخ قانون وظایفی توأم و مرتبط با اختیار تصویب قانون است، پرداختن به این مهم نیز فقط از قانون‌گذاران بر می‌آید.

از این رو، بی‌گمان، دادرسان و سایر مقامات رسمی و اجرایی کشور، حق وضع قاعده حقوقی و تصویب قانون را ندارند و درست به همین علت است که در موضع سکوت قانون سعی می‌شود که حکم استنادی از روح قانون، عرف یا منابع فقهی معتبر به‌دست آید. به همین قیاس باید پذیرفت که نسخ قانون نیز فراتر از اختیار آن‌ها است.

در مقابل، موافق با آنچه گذشت، شناخت مغایرت میان احکام و قوانین و عقیده به نسخ ضمنی، موضوعی تفسیری و در شأن مفسران و مجریان قانون است. اگرچه شارع و قانون‌گذار بی‌هیچ تردید، اقتدار نسخ احکامی را که خود وضع کرده است در دست دارد، اما مجتهد یا مفسر بی‌نصیب از چنان قدرتی، مکلف به تبعیت از حکم شرع یا قانون است. بنابراین، طبیعی است که فقیه و حقوق‌دان هنگام رویارویی با احکام به‌ظاهر متعارض با تکیه بر اصلی به استحکام اصل عدم نسخ و قاعده‌ای مشهور به «الجمع مهما ممکن اولی من الطرح» تا سرحد امکان باید به تمامی احکام و مقررات عمل کند و نتواند حکمی از احکام شرع و قوانین را به بهانه نسخ ضمنی کنار بگذارد. بر این مبنا، آن‌کس که به دستاویز اندک تعارض ظاهری دو قانون به نسخ یکی از آن دو حکم می‌دهد، خود را هم‌شأن شارع و

شریک قانون‌گذار قرار داده است.^۱

با وجود این، از آنجا که اعتقاد یک یا چند حقوق‌دان و فقیه مبنی بر تحقق تعارض میان احکام و پذیرش نسخ ضمنی برخی از آن‌ها الزامی برای دیگران ایجاد نمی‌کند، میبایست مفهوم نسخ ضمنی با حقیقت نسخ آشکار، و مجازی بودن اصطلاح یادشده ثابت می‌شود. چنان‌که هر قاضی صاحب نظر می‌تواند با استدلال قانع‌کننده در جمع میان احکام معارض بکوشد و از این طریق اعتبار حکم به‌ظاهر نسخ‌شده را باز گرداند؛ درحالی که استناد به قانون منسوخ و عمل به آن در دادگاه ممکن نیست.

اکنون بهتر می‌توان فهمید که چرا حکم قانون مبنی بر «کلیه قوانین مغایر نسخ می‌شود» که در پایان قوانین بنابر عادت مرسوم تکرار می‌شود، زاید و لغو است. زیرا نه تنها به‌موجب آن نسخ صریح واقع نمی‌شود، بلکه برای تحقق نسخ ضمنی نیز نیازی به حکم یادشده نیست. به این بیان که از طرفی، در فرض تعارض دو قانون و عدم امکان جمع آن‌ها نسخ قانون متقدم محقق نیست و قانون یادشده به دلایلی که گذشت اعتبار حقوقی خود را از دست نمی‌دهد.^۲ به‌علاوه و مهم‌تر اینکه وقوع نسخ بدون تعیین حکم منسوخ از سوی قانون‌گذار، سالبه به انتفای موضوع است. از طرف دیگر، چنان‌که برخی نویسندگان دریافته‌اند: تصریح قانونی پیش‌گفته از نظر تحقق نسخ ضمنی نیز زاید است، زیرا نسخ ضمنی بدون آن نیز صورت می‌پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۳۷-۳۳۶). به دیگر سخن، به‌مجرد وقوع تعارض میان قوانین و ناتوانی از جمع آن‌ها، به حکم عقل و منطق حقوقی، اعمال قاعده نسخ ضمنی ممکن است و تصریح به قاعده یادشده در قانون اثری جز تأیید حکم عقل ندارد. در حقوق فرانسه نیز عقیده مشهور همین است (Daloz, 1973, p.11).

۱. در خطبه ۱۸ نهج‌البلاغه در بیان این حقیقت که تشریح در شأن قرآن است نه مفسران، می‌فرماید: «تَرَدُّ عَلَىٰ أَحَدِهِم الْقَضِيَّةُ فِي حَكْمٍ مِنَ الْأَحْكَامِ فَيَحْكُمُ بِرَأْيِهِ ثُمَّ تَرَدُّ تِلْكَ الْقَضِيَّةُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ غَيْرِهِ فَيَحْكُمُ فِيهَا بِخِلَافِ قَوْلِهِ... وَاللَّهُمَّ وَاحِدٌ! وَ كِتَابُهُمْ وَاحِدٌ! أَقَامَرَهُمُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ بِالْاِخْتِلَافِ فَأَطَاعُوهُ! أَمْ نَهَاهُمْ عَنْهُ فَعَصَوْهُ! أَمْ أَنْزَلَ اللَّهُ دِينًا نَاقِصًا فَاسْتَعَانَ بِهِمْ عَلَىٰ اِتِّمَامِهِ! أَمْ كَانُوا شُرَكَاءَ لَهُ...».

۲. برای دیدن نظر موافق که این اعلام قانون‌گذار را که «کلیه قوانین مغایر ملغی است» مجازگویی می‌داند، ر.ک. Thornto, 1970, P. 291: *where is repeal not a repeal*

۵.۱. اصل وقوع نسخ صریح و مقایسه آن با اصل عدم نسخ ضمنی

۱.۵.۱. مقایسه اصل عدم نسخ ضمنی و اصل وقوع نسخ

در میان فقیهان، «اصل عدم نسخ» مشهور است. این اصل برای حقوق دانان نیز آشناست. در نوشته‌های فقهی در مقام تبیین اصل یادشده گفته می‌شود: «فقیه همواره باید به جمع میان احکام بیندیشد و بیهوده حکمی را کنار نگذارد، چون هریک از دو حکم معارض حکم خداوند است. بنابراین تا آنجا که امکان جمع هست نباید به قاعده نسخ توسل جست» (Burton, op cit, p.26). برخی نیز در تأیید این قول افزوده‌اند: «در صورت امکان جمع بین دو روایت، باید به هر دو عمل شود و گرنه کنار گذاشتن یکی از آنها مستلزم این است که از حجت و دلیلی قطعی بدون وجود دلیل و برهان تخلف شود» (الباجی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۲۸).

از این گفته‌ها می‌توان نتیجه گرفت که اصل عدم نسخ ضمنی با منطق حقوق سازگاری دارد و به همین دلیل قابل دفاع است. به علاوه، مراد از این اصل، عدم امکان وقوع نسخ به اراده مفسران و مجریان قانون است. همان گونه که گذشت، مجتهد و قاضی فقط مفسر و مجری قانون است؛ او اختیار کنار گذاشتن حکم شرع یا قانون را حتی به بهانه نسخ ضمنی آن ندارد، بلکه باید در جمع و اجرای دو قانون متعارض بکوشد. مراد از قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» بیان همین معنا است.

اما در خصوص اصل عدم وقوع نسخ باید میان دو موضع ثبوت و اثبات قانون تفکیک شود؛ در مقام وضع قانون، اقتدار قانون‌گذار در تغییر قوانین به عنوان یک قاعده و اصل بدیهی می‌نماید و محدود کردن این اختیار موجه نیست، زیرا فلسفه وجودی قوه مقننه در نظام حقوقی چیزی جز وضع و تغییر قوانین نیست. چنان که پیش‌تر اشاره شد، نهاد وضع‌کننده قانون همواره صلاحیت نسخ و تغییر آن را دارد و به همین دلیل در مقام ثبوت قانون، اصل بر وقوع نسخ است، نه عدم آن. به علاوه به مقتضای اصل جواز نسخ قانون، هر

۱. «إذا أمکن الجمع بین الخبرین کان اولی من إسقاط أحدهما علی وجه النسخ لأن کل واحد من الخبرین حجه فلا یجوز إسقاطه لِقَوْلِ لَيْسَ حُجَّةً».

قانونی قابل نسخ است و قانون‌گذار بدون هیچ منع و محدودیتی می‌تواند مقرراتی را که خود وضع کرده است، نسخ نماید.

بر این مینا، اگرچه به حکایت اصل ۱۷۷ قانون اساسی ما محتوای برخی اصول آن قانون تغییرناپذیر اعلام شده است، اما این اعلام را باید به‌منزله استثنای بر قاعده محسوب کرد؛ به‌ویژه که چنین اعلامی در مورد قوانین عادی رایج نیست و چنان‌که برخی نویسندگان اذعان کرده‌اند، کمترین پیامد نامطلوب جاودانه اعلام شدن قانون برانگیختن انقلاب و شورش عمومی است (Kemp, 1970, P.469).^۱

در مقابل، اصل عدم نسخ قانون به‌عنوان اصلی اثباتی به‌کار می‌آید؛ چنان‌که در مقام اختلاف میان مدعی منسوخ بودن قانون و منکر آن، اثبات ادعای نسخ با مدعی آن است و اصل عدم نسخ به‌عنوان یک اصل اثباتی به یاری منکر نسخ می‌آید. به استناد این اصل می‌توان گفت: آنکه ادعای نسخ قانونی را دارد، باید قانون‌نسخ را به دادگاه بیاورد. به‌علاوه، نمی‌توان به بهانه کهنه و قدیمی بودن قانون به نسخ آن نظر داد و تا زمانی که ثابت نشود قانون‌گذار نسخ قانونی را انشا کرده است، اعتبار آن استصحاب می‌شود.

۲.۵.۱. تأیید اصل جواز وقوع نسخ در فقه

چنان‌که برخی نویسندگان تصریح کرده‌اند جواز یا امکان وقوع نسخ در احکام شرعی محل اتفاق و اجماع فقیهان امامیه است و حتی از ضروریات شرع محسوب می‌شود (مجاهد طباطبایی، ۱۳۲۹ق، حدُّ النَّسخ)^۲. بر این اساس، نظریه‌ای که به دستاویز ایراد «بدا» امکان نسخ احکام شرعی را نمی‌پذیرد، از همان آغاز مطرود مانده است.

۱. در فقه اسلامی نیز این موضوع محل بحث است: برخی نویسندگان وقوع نسخ در احکام متضمن قید «ابدی بودن» را نپذیرفته‌اند (شلی، ۱۹۸۶م، ص ۵۳۶). از نظر اینان چنانچه شارع حکمی را همیشگی و دائمی اعلام کند، مانند اینکه مقرر کند «دوموا علی الصلاه یا صلوا ابدأ» نسخ آن ممکن نیست (قمی، ۱۳۷۳ق، مقصد الخامس فی النَّسخ)، ولی دیگران امکان نسخ حکم مؤبد را پذیرفته‌اند (مجاهد طباطبایی، همان).

۲. «جَوَازُ النَّسخِ مَجْمَعٌ عَلَيْهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بَلْ هُوَ ضَرُورِي الدِّينِ».

برابر آنچه برخی نویسندگان تبیین کرده‌اند، خلاصه نظریه «بدا»^۱ چنین است: «تحقق نسخ در احکام و قوانین الهی با یکی از دو محذور آتی در حق باریتعالی ملازمه دارد: از سویی سبب اعتقاد به فقدان حکمت حق تعالی می‌گردد و از سوی دیگر مرادف با عقیده به جهل خداوند است. بدین بیان که اگر بپذیریم تشریح احکام مبتنی بر حکمت و مصلحت است و جعل حکم بیهوده، منافی حکمت الهی است، وقوع نسخ و الغاء حکمی که پیش‌تر ثابت شده لامحاله از دو حال خارج نیست: یا شارع خلاف مصلحت و حکمت پیشین خود عمل می‌کند و به این کار خود آگاه است یا اینکه حقیقتی که سابقاً بر او پنهان مانده بود آشکار شده است. درحالی که این هر دو امر در حق باریتعالی محال است. چه او برخلاف قانونگذار بشری از این عیوب و نقایصی همچون جهل و پشیمانی بری است. درنتیجه نمی‌توان وقوع نسخ را در شریعت مقدس پذیرفت» (خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۳۰-۳۲۹).

به این ایراد پاسخ داده شده است: «از سویی، می‌دانیم که بسیاری احکام الهی امتحانی‌اند. اثبات و رفع این نوع احکام به تبعیت از حقیقت و ماهیت آنها، تابع مصلحت‌های متفاوت و متعدد است. به همین جهت تغییر آنها عین حکمت است. چه با سپری شدن دوران آزمایش هدف از تشریح حکم امتحانی برآورده است و نه نسخ آن که بقاء و نگاه‌داشتن چنان حکمی بی‌فایده و لغو می‌شود. از سوی دیگر احکام حقیقی و غیرامتحانی نیز دایره مصالح و مفاسدند. از آنجا که به تناسب مقتضیات زمان و مکان، مصلحت‌ها دگرگون می‌شوند، حکم ثابت در هر زمان نیز به مقتضای حال مقید، به زمان خاص و شرایط ویژه خود است و در زمان دیگر، حدوث مصلحتی جدید، اصرار بر بقای حکم پیشین را بیهوده می‌نماید. این تغییر مصلحت‌ها ملازمه‌ای با جهل باریتعالی ندارد. زیرا بی‌گمان در علم ازلی خداوند همه چیز روشن و معلوم است او می‌داند که احکام به تناسب زمان تغییر خواهد کرد. در حالیکه این نکته بر ما زمانی کشف می‌شود که زمان حکم پیشین به سرآمده و نسخ آن

۱. بدا در لغت به معنی آشکار شدن و مخالف خفا است و عرفاً دلالت بر پیدایش علم و اطلاع درباره چیزی است که قبلاً بر شخص مجهول مانده بود. بنابراین به حصول علم پس از جهل بدا اطلاق می‌شود. چنان‌که متکلمان گفته‌اند: پذیرش این معنی در حق باری تعالی ملازم با عقیده به تغییر علم ازلی و تبدیل اراده الهی و در نتیجه محال است (علی‌اصغر دادبه، «بدا»، چاپ‌شده در دایره‌المعارف شیعه، ذیل همان عنوان).

از سوی باری تعالی اعلام شده است. پس باید پذیرفت مفهوم و حقیقت نسخ احکام شرعی، در حق صاحب شریعت، نه رفع و الغاء حکم که بیان سرآمدن حکم است» (همان، ص ۳۳۲-۳۳۰).

این نظریه بر واقعیت منطبق است. از طرفی، آیه ۱۰۶ سوره بقره^۱ از وقوع نسخ احکام شرع خبر می‌دهد یا دست کم امکان وقوع آن را تأیید می‌کند. از طرف دیگر، برانگیخته شدن پیامبران صاحب شریعت و پی‌درپی آمدن کتاب‌های آسمانی، روشن‌ترین گواه وقوع نسخ در احکام الهی است. در میان فقیهان اسلامی نیز عقیده به وقوع نسخ در شریعت‌های پیش از اسلام و منسوخ شدن آن شرایع با شرع مقدس اسلام مورد اتفاق است (مجاهد طباطبایی ۱۳۲۹ق، حدالنسخ: «لَاخِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي نَسْخِ الشَّرَائِعِ»).

۲. شرایط وقوع نسخ

۲.۱. اختلاف آرا در شمار این شرایط

در کتاب‌های ناسخ و منسوخ و نوشته‌های اصول فقه به هنگام بحث از احکام نسخ ذیل عنوان شروط نسخ از عناصر مقوم این مفهوم سخن گفته شده است. نویسندگان به تفاوت تعداد این شروط را دو، سه، چهار و شش شرط دانسته‌اند. از نظر برخی، شروط نسخ عبارت است از: ۱- تأخر دلیل ناسخ از حکم منسوخ؛ ۲- منسوخ و ناسخ هر دو حکم شرعی [یعنی وضع شده] باشند (زرقانی، ۱۳۶۲ق، ص ۷۶). برخی دیگر گفته‌اند: شروط نسخ سه تا است: ۱- ناسخ و منسوخ حکم شرعی باشند؛ ۲- دلیل ناسخ متأخر از حکم منسوخ وارد شود؛ ۳- حکم منسوخ مستمر باشد (رحیم، بی‌تا، ص ۱۸۸؛ آمدی، ۱۹۸۵م، ص ۱۰۵). دیگران ارکان مقوم نسخ را چهار رکن دانسته‌اند: ۱- ناسخ و منسوخ حکم ثابت به خطاب شرعی باشد؛ ۲- حکم منسوخ تا آمدن حکم ناسخ ثابت باشد؛ ۳- حکم ناسخ موخر باشد؛ ۴- فعل از افعال قابل تغییر باشد (میثمی عراقی، ۱۳۰۵ق، ص ۲۹۲؛ غزالی، ۱۳۲۲ق «ب»، ص ۱۲۱: «فالشروطُ اربعة: الاولُ أنْ يَكُونَ المنسوخُ حکماً شرعياً... الثانی أنْ يَكُونَ النسخُ بخطاب... الثالث أنْ لا یَكُونَ الخطابُ المرفوعُ حکماً مقیداً بوقت... الرابع أنْ یَكُونَ الناسخُ متراخياً...»).

۱. «ما نسخ من آیه... نأتِ بخیر منها أو مئلها»

و سرانجام، برخی هم شمار این شروط را به شش شرط رسانده‌اند: ۱- ناسخ و منسوخ حکم شرعی باشند؛ ۲- ناسخ مترأخی و منفصل از منسوخ باشد؛ ۳- حکم منسوخ مقید به وقت معین نباشد؛ ۴- حکم منسوخ تا آمدن ناسخ مستمر باشد؛ ۵- منسوخ از احکام قابل تغییر باشد؛ ۶- ناسخ و منسوخ هر دو متواتر یا آحاد باشند، زیرا نسخ حکم متواتر با آحاد ممکن نیست (مجاهد طباطبایی، همان).

۲.۲. تعیین شرایط تحقق نسخ

اختلاف‌ها درباره تعیین شرایط نسخ همچون دیگر مسائل، طبیعی است. البته پیچیدگی مفهوم نسخ نیز در این میان بی‌تأثیر نبوده است. به‌هرحال، چنان‌که ملاحظه می‌شود، گذشته از اینکه برخی شروط در نظر نویسندگان مختلف تکرار شده‌اند، اما برخی از آن‌ها را در شمار قواعد نسخ آوردیم. به‌علاوه، متواتر یا آحاد بودن حکم نه از شرایط نسخ که از عوارض ادله احکام است. همچنان‌که پاره‌ای از شرایط یادشده نه از اوصاف نسخ که از ویژگی‌های احکام‌اند، مستمر بودن و موقت نبودن حکم یکی از خصوصیات آن است. به این بیان که اعتبار احکام و قوانین موقت به مدت مقرر در آن‌ها محدود است؛ به همین دلیل قانون یادشده با زوال مدت، خودبه‌خود لغو می‌شود و دیگر نیازی به نسخ آن نیست. در نتیجه، الغای قانون موقت یکی از ارکان نسخ یعنی دلیل ناسخ را به‌همراه ندارد و به همین علت، سخن از نسخ موقت آن موضوعاً منتفی است و نباید موقت بودن حکم را از شرایط سلبی نسخ قانون آورد.

به‌هرحال، به‌نظر می‌رسد، حد جامع نظریه‌های بالا و شروط نسخ را در سه رکن زیر می‌توان یافت:

- کارکرد نسخ فقط سلب اعتبار حقوقی است و تنها مجعولات یا نهاده‌های قانون‌گذار که از آن به حکم تعبیر می‌شود، قابل نسخ است. از آنجا که بیان احکام به صورت گزاره‌های هنجاری^۱ (صیغه امر و نهی) ظاهر می‌شود، تحقق نسخ تنها در مدلول این

1. prescriptive or normative statements

نوع گزاره‌ها ممکن است. لیکن در گزاره‌های توصیفی^۱ که از وقایع عالم خارج خبر می‌دهد، نسخ راه ندارد.

- وقوع نسخ تنها به‌موجب انشای متأخر از حکم منسوخ ممکن است. بر این مبنا، تأخر قانون ناسخ از قانون منسوخ شرط تحقق نسخ است. از این معنی نقش عنصر زمان در وقوع نسخ آشکار می‌شود. به عبارت دیگر، مفهوم نسخ پدیده‌ای زمان‌مدار^۲ (محور) است. در نتیجه باید پذیرفت، بدون گذشت زمان از تصویب قانون منسوخ، نسخ آن ممکن نیست؛ چه به حکم عقل تا زمانی که قانون وضع نشده است سخن از نسخ آن نباید گفت، همچنان که زوال یک پدیده فقط پس از وجود آن متصور است.

بر این اساس، سخن گفتن از تقدم زمانی دلیل ناسخ بر حکم منسوخ و حتی هم‌زمانی دو قانون ناسخ و منسوخ ممکن نیست. اثر این قاعده در نوشته‌های فقهی با افزودن قید «متأخر» در تعریف نسخ ظاهر می‌شود و از آن به‌عنوان یکی از ضروریات تحقق نسخ یاد شده و تصریح گردیده است: شرط است ناسخ مترأخی و منفصل از منسوخ باشد. به‌علاوه، به مقتضای این شرط، تخصیص، بیان، شرط، صفت، غایت و خلاصه، تمام مخصوص‌های متصل از تعریف نسخ خارج می‌شوند (الغماری، ۱۹۸۶م، ص ۱۶۳).^۳

- وقوع نسخ فقط به انشا و اعلام قانون‌گذار ممکن است؛ به این معنا که مقنن اعلام کند این یا آن قانون منسوخ است. چنین اعلامی در صلاحیت قاضیان و نویسندگان حقوقی نیست؛ چه اینان اقتدار نسخ قانون ندارند، همچنان که صالح در وضع قانون نیستند. از این رو، جز منطوق کلام قانون‌گذار راهی برای احراز وقوع نسخ نیست و به‌عبارتی، آنچه ناظر بر وقوع نسخ است، اعلام مستقیم قانون‌گذار و منطوق قانون است. اصطلاح «قانون ناسخ» ناظر به این دسته قوانین است؛ قوانینی که طی آن‌ها نسخ قانونی دیگر انشا و اعلام می‌شود.
اینک شروط یادشده به تفصیل مطالعه می‌شوند:

1. Descriptive statements

2. Chronologic

۳. «و النسخ... و هو الازالة فحده: الخطاب الدال على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم... مع تراخيه عنه... و لا يلزم ما أسقطه بكلام متصل كالاستثناء والغايه... فإنه ليس بنسخ، لأنه غير مترأخ عنه».

۳.۲. اختصاص مفهوم نسخ به حوزه تشریح و قانون گذاری

اگرچه امروزه درباره اینکه نسخ از مفاهیم مخصوص علم حقوق است کمتر تردید می‌شود، اما مطالعه تاریخ حقوق اسلامی نشان می‌دهد که این اندیشه به آسانی به دست نیامده است. به گزارش برخی نویسندگان، مسلمانان در قرن‌های اولیه با وقوف به اندک تعارض ظاهری میان آیات قرآن کریم عقیده به وقوع نسخ را اختیار می‌کردند (Burton, opCit, p.1-3). این عقیده بعدها و به علت ایراد مخالفان مبنی بر اینکه وقوع نسخ در آیات غیرتشریحی قرآن ممکن نیست، متروک ماند و به دنبال آن، بسیاری آیات قرآنی که از وقایعی در عالم امکان خبر می‌دهند از شمار آیات ناسخ و منسوخ بیرون آمدند. در تحکیم این عقیده استدلال شد که تحقق نسخ درباره آیات اخباری قرآن دشوار است، زیرا عقیده به ابطال خبر پیشین و کشف نادرستی آن با آمدن خبر جدید و متأخر معنایی جز تکذیب خبر متقدم و یا کاذب بودن یکی از دو خبر ندارد. بی‌گمان، این نتیجه‌گیری در حق باری تعالی محال است (الباجی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۹۹).

بر این مبنا، وقوع نسخ در قرآن به آیات حکمی یا تشریحی منحصر دانسته شد؛ آیاتی که بیانگر دستورها و احکام شارع است. با پذیرش اینکه احکام، مجعولات شارع هستند، نه تنها نسخ و معدوم ساختن این ماهیات اعتباری مستلزم هیچ محالی نیست، بلکه ضروری نیز است. شارع و قانون‌گذار حکمی را که خود وضع کرده‌اند نسخ می‌نمایند تا حکمی دیگر به جای آن انشا کنند؛ بنابراین، مفهوم نسخ چیزی جز معدوم ساختن احکام اعتباری و نهاده‌های قانونی نیست.

این تحول یک‌باره رخ نداد و زمینه وقوع آن در آثار فقیهان متقدم فراهم شد. اینان به درستی دریافته‌اند که فقیه از اوصاف و عوارض احکام شرعی سخن می‌گوید و نسخ حکم همچون وضع آن از مفاهیم مختص فقه و حقوق است؛ علم اصول فقه نیز در صدد است تا قواعد فکر و اندیشه فقهی را باز نماید. این علم را با امور خارج از عالم تشریح سروکاری نیست. به این ترتیب، گامی بزرگ در راه شناخت مفهوم و اصالت نسخ برداشته شد. عقیده به اختصاص این مفهوم به حوزه فقه و احکام شرعی ثمره اولین قدم است. با این گام

اساسی، تلاش‌ها در راه پیراسته شدن مفهوم نسخ از عناصر زاید آغاز شد و مبنای کار فقیهان قرار گرفت. چنان‌که همه پذیرفتند که وقوع نسخ را در گزاره‌های خبری نمی‌توان پذیرفت و دست‌کم بحث از تغییر در اخبار و پدیده‌های طبیعی و امکان وقوع نسخ در جهان مادی، از حیثه کاری و صلاحیت فقیهان و حقوق‌دانان بیرون است و اثبات یا نفی این موضوع در محدوده دانش کلام یا دیگر علوم باقی می‌ماند.

برخی اصولیان در مقام نتیجه‌گیری از این بحث معتقدند: «نسخ جائز نیست مگر در کلامی که مدلول و معنای آن امر یا نهی باشد؛ مدلول کلام بر چهار قسم است: امر، خبر، رغبت و استفهام. وقوع نسخ در سه قسم اخیر متصور نیست؛ رد و ابطال خبر را به «رجوع» از خبر تعبیر می‌کنند و به رجوع از کلام پرسشی «استدراک» اطلاق می‌شود. لیکن، هیچ‌یک از این مفاهیم و حالت‌ها قابل انتساب به خداوند نیست. همچنین، انکار کلام عاطفی سابق با عنوان «استقاله» مشهور است که سبب آن دگرگون شدن احوال انسان است. باریتعالی از این وصف نیز منزّه است. در نتیجه، تنها رجوع از امر که با صدور دستوری منافی و مغایر با امر پیشین واقع می‌شود، مستلزم محال نبوده و با هیچ محذور عقلی در حق خداوند روبه‌رو نیست. تحقق این معنی در اصطلاح فقه و حقوق «نسخ» نامیده می‌شود. به‌علاوه، ممکن است امر و نهی با صیغه خبر بیان شود. در این صورت نیز وقوع نسخ متصور است» (ابن حزم، ۱۳۴۶ق، ج ۲، ص ۷۲-۷۱؛ الباجی، همان: «وَالصَّحِيحُ أَنَّ النَّسْخَ لَا يَدْخُلُ فِي نَفْسِ الْخَبَرِ لَكِنْ إِذَا أُثْبِتَ بِهِ الْحُكْمُ جَازَ نَسْخُ ذَلِكَ الْحُكْمِ»).

۴.۲. تبیین شرط تأخر قانون ناسخ از قانون منسوخ

چنان‌که گذشت، قانون ناسخ^۱ باید با فاصله زمانی و پس از قانون منسوخ وضع شود، زیرا امحای شیء پیش از به‌وجود آمدن آن و یا هم‌زمان با ایجاد شیء ناممکن است. به‌این ترتیب، پدیده نسخ بر حسب ماهیت آن، با عنصر زمان پیوسته است و به همین دلیل، قانونی که امروز وضع می‌شود، انتظار نسخ آن را علی‌الاصول از فردا می‌توان داشت.

بر این مبنای ناممکن بودن نسخ یک ماده قانونی با ماده‌ای دیگر از آن، نه به علت

1. Repealing Act or Repealing Law

پیوستگی و ارتباط مواد به یکدیگر که به دلیل عدم تحقق ارکان و شرایط نسخ است. در نتیجه، زمانی می‌توان وقوع نسخ قانونی را پذیرفت که مدتی هرچند کوتاه از زمان تصویب آن گذشته باشد.

فقیهان نیز از این نکته غافل نمانده‌اند؛ از طرفی، برخی از آن‌ها گفته‌اند: «نسخ عبارت است از: ملغی شدن حکمی که در تاریخ معین وضع شده به وسیله حکمی دیگر که پس از آن وضع می‌شود» (علم الهدی، ۱۳۶۲، ص ۴۱۳) و از طرف دیگر، بسیاری از فقها با اذعان به این واقعیت که نزول آیات قرآن به گونه‌ای پاره‌پاره و در طول سال‌های نزول وحی بوده است، امکان نسخ برخی آیات با آیه‌های دیگر را ممکن دانسته‌اند. هرچند در مواردی که بر موضع خود مبنی بر نسخ حکمی معین اصرار داشتند، از این قاعده تخلف کرده‌اند. به این بیان که مشهورترین مثال وقوع نسخ در قرآن با قاعده تأخر قانون ناسخ از حکم منسوخ وفق نمی‌دهد. آیه ۲۳۴ سوره بقره ناسخ آیه ۲۴۰ همان سوره دانسته می‌شود؛ درحالی که در ترتیب مصحف، آیه ناسخ مقدم بر آیه منسوخ است. در رفع این اشکال گفته شده است: این احتمال هست که ترتیب فعلی آیات و سوره‌ها با ترتیب نزول آن‌ها کاملاً مطابق نباشد (Burton, Op Cit, p.).

۵.۲. امکان نسخ قانون پیش از اجرای آن

اگرچه در نوشته‌های فقهی در امکان وقوع نسخ پس از عمل به حکم تردید نشده، اما نسبت به امکان نسخ پیش از عمل به حکم از سوی برخی نویسندگان ایراد شده است. مبنای این نظر، عقیده به تحقق اجتماع حسن و قبح در چنین فرضی است که عقلاً نمی‌توان آن را پذیرفت. از این رو، به عقیده برخی فقیهان: «اگر امر به انجام عملی دلالت بر محبوبیت آن نزد شارع داشته باشد، این هدف فقط با عمل به حکم برآورده می‌شود و نسخ حکم قبل از عمل آن منافی این منظور است» (ابن حزم، ۱۳۴۶ق، ج ۲، ص ۱۰۶-۱۰۰ که در پایان نتیجه گرفته است: «هذا صفة كل نسخ، كل أمر مرتبط بكُل وقت» و نیز قمی، ۱۲۷۳ق، مقصدالخامس فی النسخ). لیکن مخالفان پاسخ داده‌اند: «از آنجا که تحقق نسخ تنها در صورتی ممکن است که دو حکم با فاصله زمانی از یکدیگر صادر شده باشند، همین

اختلاف زمانی کافی است تا مانع اجتماع حسن و قبح شود؛ چه منعی دارد که امری در زمان معین در نظر قانونگذار ناپسند آید و زمانی دیگر چنین نباشد. به ویژه که فعل مکلفان و عمل به حکم نیز دخالتی در تغییر حسن و قبح و تحقق مفهوم نسخ ندارد» (قمی، همان).

برخی فقیهان امامیه از این هم پیش تر رفته و نسخ حکم شرعی را حتی پیش از رسیدن وقت عمل به آن را به صراحت پذیرفته‌اند. استدلال صاحب قوامع الفضول در این باره قابل توجه است. به عقیده او: «همان گونه که پس از رسیدن وقت عمل به حکم ممکن است مصلحت عمل به آن زایل شود و در نتیجه نسخ آن لازم آید، همین طور عقلاً منعی نیست که مصلحت عمل به حکم معین پیش از رسیدن وقت عمل به آن منتفی شود» (میشمی عراقی، ۱۳۰۵ق، ص ۲۹۱ به بعد).^۱

به هر حال، از این بحث‌ها می‌توان نتیجه گرفت که نسخ قانون پیش از اجرا شدن آن نیز ممکن است؛ چنان که اصلاح و لغو موادی از قوانین بودجه پیش از صرف هزینه‌های مقرر در آن‌ها مرسوم است. از این قبیل است: قانون اصلاح قانون بودجه ۱۳۷۹، مصوب ۱۰ اسفند ۱۳۷۹.

۶.۲. سومین شرط وقوع نسخ و مفهوم قانون ناسخ

چنان که اشاره شد، قانون ناسخ قانونی است که به موجب آن قانونی دیگر نسخ می‌شود. به عبارت دیگر، نسخ شدن هر قانونی باید به موجب قانون دیگر انشا و اعلام گردد. چنین قانونی در اصطلاح حقوقی قانون ناسخ است؛ خواه قانونی مستقل باشد و فقط به این منظور تصویب شود یا اینکه در ماده معینی از قانون جدید چنان حکمی انشا شود.

به این ترتیب، ماده پایانی هر قانون که به اعلام نسخ قوانین سابق می‌پردازد، قانون ناسخ به شمار می‌رود. به علاوه، هیچ منعی نیست که قانونی مستقل به این منظور از تصویب مجلس بگذرد. گذشته از موارد پیش گفته، به عنوان نمونه‌ای از قوانین ناسخ در حقوق ما، می‌توان به ماده واحده مصوب ۲۷ بهمن ۱۳۵۸ اشاره کرد. قانون یادشده مقرر داشته است:

۱. «إذ كما جاز تبدل مقتضى الأمر بعده جاز تغيره قبله». با وجود این، مطابق نظر مشهور در فقه امامیه در مقام تخصیص و رفع تعارض دو حکم عام و خاص، رسیدن وقت عمل به حکم عام مؤثر دانسته می‌شود (ر.ک. خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۱۵ به بعد).

«از تاریخ تصویب این قانون قوانین زیر لغو می‌شود: ۱. قانون متحدالشکل نمودن البسه اتباع ایران... مصوب دیماه ۱۳۰۷؛ ۲. قانون تشدید مجازات اشخاص بدسابقه و شرور؛ ۳. قانون شکاربانهای شکارگاه‌ها مصوب ۱۳۵۰؛ ۴. قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درخت مصوب ۱۳۵۳؛ ۵. ماده ۳۹ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ و تبصره‌های آن.»

با دقت در موارد و نمونه‌های قوانین ناسخ، حقیقتی دیگر تأیید می‌شود؛ کارکرد قانون ناسخ مطابق مفهوم آن، برداشتن حکم قانونی و ایجاد اباحه است. به عبارت دیگر، با تحقق نسخ، موضوع قانون منسوخ بدون حکم حقوقی باقی می‌ماند و تصویب مقررات جدید و به اصطلاح وضع قانون جایگزین جزء مفهوم نسخ نیست.

این نکته مهم را نیز نباید از یاد برد که بی‌تردید، ناسخ حقیقی همان مقام انشاکنده نسخ قانون، یعنی قانون‌گذار است؛ بنابراین، اطلاق عنوان ناسخ بر قانون، از باب تقریب مطلب به ذهن است و نباید راهزن شود.^۱

همچنین در تبیین مفهوم قانون ناسخ باید افزود: می‌دانیم که در اصطلاح فقه، حکم شرعی عبارت است از تعلق اعتبار شرعی بر افعال مکلفان یا موضوعات (حکیم، ۱۹۶۳م، ص ۵۵؛ گرجی، ۱۳۷۵، ص ۱۶۸). از این رو، می‌توان «حکم» را معادل هنجار^۲ یا قاعده حقوقی^۳ دانست که به‌طور مستقیم (حکم تکلیفی) یا غیرمستقیم (حکم وضعی) به رفتار مکلفان مرتبط است. روشن است که این مفهوم در خصوص احکامی که کارکرد آن‌ها صرفاً اعلام نسخ احکام سابق است، صادق نیست؛ زیرا این دسته احکام نه ناظر بر فعلی از افعال مکلفان هستند و نه موضوع خارجی دارند، بلکه موضوع آن‌ها دسته‌ای دیگر از احکام است که منسوخ اعلام می‌شوند.

۱. این نکته از دید برخی فقیهان پنهان نمانده است: غزالی در این باره می‌نویسد: «فَاعْلَمْ أَنَّ أَرْكَانَ النَّسْخِ أَرْبَعَةٌ: النَّسْخُ وَالنَّاسِخُ وَالْمَنْسُوخُ وَالْمَنْسُوخُ عَنْهُ. فَإِذَا كَانَ حَقِيقَةُ النَّسْخِ رَفْعَ الْحُكْمِ فَالنَّاسِخُ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى وَالْمَنْسُوخُ هُوَ الْحُكْمُ الْمَرْفُوعُ وَالْمَنْسُوخُ عَنْهُ هُوَ الْمُكَلَّفُ وَالنَّسْخُ قَوْلُهُ النَّالُ عَلَى رَفْعِ الْحُكْمِ الثَّابِتِ وَقَدْ يُسَمَّى الدَّلِيلُ نَاسِخًا عَلَى سَبِيلِ الْمَجَازِ فَيُقَالُ هَذِهِ الْآيَةُ نَاسِخَةٌ لِتِلْكَ وَقَدْ يُسَمَّى حُكْمٌ نَاسِخًا مَجَازًا...» (۱۳۲۲ق «الف»، ص ۱۲۱).

2. Norm

3. Rule of law

بر این پایه، قانون ناسخ نه با مفهوم حکم یا هنجار که با مفاهیم مصوبه^۱ یا تصمیم^۲ معادل و منطبق است. به دیگر سخن، قانون ناسخ، مطابق تعریف آن، صرفاً ناظر به قوانین دیگر است و به اداره نظام حقوقی می‌پردازد و با هدایت رفتار افراد ارتباطی ندارد. به همین دلیل، فقیهان ما با هوشمندی تمام عنوان دلیل شرعی را بر آن اطلاق کرده‌اند تا به این وسیله تفاوت آن با حکم شرعی را نمایانده باشند.

تعریف مشهور اصولیان از نسخ بر همین پایه استوار شده است که مطابق آن «رفع حکم شرعی با دلیل شرعی متأخر» را نسخ گویند (مجاهد طباطبایی، همان). برخی حقوق‌دانان نیز از این حقایق غفلت نکرده‌اند. اینان نیز با توجه و تأکید بر تفاوت قانون ناسخ با سایر قوانین، ترجیح می‌دهند قانونی را که اثر آن منحصر به نسخ و الغای قوانین گذشته است، نه هنجار و قاعده، که مصوبه^۳ نام نهند (Raz, 1977, p.58-64).^۴

نتیجه

ارائه تعریف نسخ بر مبنای قواعد و شرایط حاکم بر آن

قانون‌گذار پیوسته در حال انشای قانون است. اثر این انشا گاه به صورت جعل موجودات اعتباری و ایجاد احکام جدید (وضع قانون) و گاه به شکل امحای نهاده‌های اعتباری پیشین و الغای قوانین موجود (نسخ قانون) ظاهر می‌شود. بنابراین، دو عمل وضع و نسخ قانون، هر یک مقتضی انشای مستقل و جداگانه است که هرچندگاه به صورت مقارن و توأم واقع می‌شوند. لیکن در چنین مواردی نیز واقعیت این است که قانون‌گذار در کنار تصویب قانون جدید، نسخ و بی‌اعتبار شدن قانون قدیم را نیز انشا می‌کند. بر این مبنای، این نحوه عمل قانون‌گذاران که ضمن تصویب قانون جدید، در ماده پایانی آن، نسخ قانون یا قوانین سابق را انشا و اعلام می‌کنند، موافق منطق حقوق است.

1. Enact

2. Statute

3. act or Statute

4. *There are good grounds to argue that in any case norms are repealed not by repealing- norms but by repealing acts.*

اگرچه معمولاً به هنگام نسخ قوانین کهنه و ناکارآمد، قواعد جدید نیز وضع می‌شود، اما هیچ معنی نیست که قانون‌گذار بتواند بدون تصویب قانون جانشین، قوانین پیشین را نسخ کند. چنان که بسیار دیده می‌شود که یک یا چند ماده از قانون حذف می‌شود. در نتیجه، ماهیت نسخ همانا الغا و حذف شدن حکم منسوخ است و این ماهیت با اراده و انشای قانون‌گذار واقع می‌شود؛ این انشای قانونی مستقل و یا ماده‌ای معین ظاهر می‌شود که از آن می‌توان با عنوان قانون ناسخ یاد کرد. به علاوه، قانون منسوخ قانونی است که نام و نشانی آن به طور مشخص در قانون ناسخ آورده می‌شود.

با روشن شدن ماهیت حقیقی نسخ، بیان تعریف آن ضروری است. بی‌گمان، به دست دادن تعریف جامعی از نسخ که تمامی قواعد و شرایط وقوع آن را بنمایاند، در یک یا چند عبارت کوتاه کاری بس دشوار است؛ به‌ویژه که مفهوم نسخ محل اختلاف بسیار نیز است.^۱ با وجود این، در مقام جمع‌بندی آنچه گذشت، می‌توان گفت: نسخ قانون لغو شدن اعتبار قانون است که به موجب انشا و اعلام متأخر از سوی قانون‌گذار واقع می‌شود. به دیگر سخن، نسخ حکم دلالت بر آن دارد که تکلیف سابق برداشته شده، از حکم منسوخ نباید در آینده پیروی کرد.

۱. فقیهان اسلامی بیش از بیست تعریف از نسخ به دست داده‌اند. برخی نویسندگان به جمع‌آوری آن‌ها همت گماشته‌اند. برای دیدن این تعریف‌ها، ر. ک. مجاهد طباطبایی، ۱۳۲۹ق، حدّ النسخ.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

قرآن کریم

نهج البلاغه

۱. آزمایش، علی (۱۳۵۱)، مسأله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۱۰ و ۱۱، ص ۱۷-۱.
۲. آمدی، سیف الدین (۱۹۸۵م)، *الاحکام فی اصول الاحکام*، بیروت: دارکتب العلمیه.
۳. ابن حزم، ابو محمد علی (۱۳۴۶ق)، *الاحکام فی اصول الاحکام*، تصحیح: احمد محمد شاکر، مصر: مطبعه السعاده.
۴. الباجی، ابوالولید سلیمان بن خلف (۱۴۰۷ق)، *احکام الفصول فی احکام الاصول*، بیروت: دارالغرب الاسلامی.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۷)، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: بنیاد استاد.
۶. جناتی، محمد ابراهیم (۱۳۷۰)، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، انتشارات کیهان.
۷. حکیم، محمد تقی (۱۹۶۳م)، *اصول العامه للفقہ المقارن*، طبعه الاولى، بیروت: دارالاندلس للطباعه و النشر.
۸. خویی، ابوالقاسم (۱۳۹۴ق)، *البیان فی تفسیر القرآن*، کتاب اول، به کوشش مرتضی الحکمی، چاپ سوم، قم: مطبعه العلمیه.
۹. _____ (۱۴۱۰ق)، *محاضرات فی اصول الفقه*، به کوشش محمد اسحاق فیاض، قم: دارالهادی للمطبوعات.
۱۰. رحیم، محمدحسین بن محمد (بی تا)، *فصول الغرویه فی اصول الفقهیه*، چاپ سنگی.
۱۱. زرکشی، بدرالدین محمد (۱۹۹۰)، *البرهان فی علوم القرآن*، جلد ۲، تحقیق: یوسف

- عبدالرحمن ۱۶. المرعشی، بیروت: دارالمعرفه.
۱۲. زرقانی، محمد عبدالعظیم (۱۳۶۲ق)، *مناهل العرفان فی علوم القرآن*، جلد ۲، بیروت: دار احیا التراث العربی.
۱۳. سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن (۱۴۲۱ق)، *الاتقان فی علوم القرآن*، جلد ۲، چاپ دوم، تحقیق: فواز احمد زمرلی، بیروت: دارالکتب العربی.
۱۴. شاطبی، ابی اسحاق (بی تا)، *الموافقات فی اصول الشریعه*، بشرح شیخ عبدالله دراز، مصر: المطبعه الرحمانیه.
۱۵. شافعی، ابن ادريس (۱۲۴۰ق)، *الرساله*، تصحیح احمد محمد شاکر، مصطفی البابی الحلبي، مصر.
۱۶. شبلی، محمد مصطفی (۱۹۸۶م)، *اصول الفقه الاسلامی*، بیروت: دارالنهضة العربیه
۱۷. شیرازی، ابو اسحاق ابراهیم ابن علی (۱۹۸۶م)، *شرح الاحادیث اللمع فی اصول الفقه*، طبعه الثانيه، تحقیق یوسف مرعسلی، بیروت.
۱۸. علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۶۲)، *الدریعه الی اصول الشریعه*، جلد اول، تحقیق ابوالقاسم گرجی، دانشگاه تهران.
۱۹. الغماری، عبدالله بن محمد (۱۹۸۶م)، *تخریج الاحادیث اللمع فی اصول الفقه*، تحقیق یوسف مرعسلی، بیروت.
۲۰. غزالی، امام محمد، *المستصفی من علم الاصول*، ج ۱ و ۲، مصر: المطبعه الامیریه.
۲۱. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۲۷۳ق)، *قوانین الحکمه*، چاپ سنگی.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. _____ (۱۳۷۹)، *کلیات حقوق: نظریه عمومی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. _____ (۱۳۸۲)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲۵. کلینی الرازی، ابوجعفر محمد، *اصول کافی*، جلد اول، ترجمه محمد باقر کمره‌ای، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۸.
۲۶. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۵)، *مقالات حقوقی*، جلد ۲، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. مجاهد طباطبایی، سید محمد (۱۳۲۹ق)، *مفاتیح الاصول*، چاپ سنگی.
۲۸. معرفت، محمد هادی (۱۳۷۹)، *علوم قرآنی*، تهران: سمت.
۲۹. _____ (۱۳۹۷ق)، *التمهید فی علوم القرآن*، جزء الثانی، قم: مطبعه مهر.
۳۰. میثمی عراقی، محمود بن جعفر (۱۳۰۵ق)، *قوامع الفضول عن وجوه حقایق الاصول*، چاپ سنگی.
۳۱. میرزائی، اقبال علی (۱۳۸۹)، *تخصیص قانون، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۲، دوره ۴۰، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶-۱۵۹.
۳۲. _____ (۱۳۹۰)، *اسلام اولین دین آخرین شریعت: تأملی تازه در دانش ناسخ و منسوخ در فقه اسلامی*، انتشارات دانشگاه شهرکرد.
۳۳. نصر، حامد ابوزید (۱۳۸۲)، *معنای متن، پژوهشی در علوم قرآنی*، ترجمه مرتضی کریمی‌نیا، تهران: طرح نو.
۳۴. هاشمی، محمد (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، حاکمیت و نهادهای سیاسی، جلد دوم، تهران: میزان.

ب) انگلیسی و فرانسه

35. Beudant, R. *Course de droit civil francis*, T. 1, Paris, 1934.
36. Burton, John, *The sources of Islamic law: Islamic Theories of Abrogation*, Edinburg universitypress, 1990.
37. Dalloz *encyclopedie Juridique*, Rrepertoire de droit civil, Tome IV, Paris, 1973.
38. Dworkin.Ronald,*The model of Rules*, in: Conard, Johnson, *Philosophy of law*, Macmillan, New york , 1993.

39. Hart, H.L.A (1997), *the concept of law*, second edition, oxford. U. Press.
40. Kemp, Allen, Carleton, *law in the making*, oxford, u. Press, 1970.
41. Marty, G. and Raynaud, P. *Droit civil*, T. 1: introduction general a l'etude Du droit, sirey, 1972.
42. Mazeand, Hanry and Jean, Chabas, Francois, *le course de droit civil* T. 1: introduction al'etud du droit civil, Paris, 2000.
43. McLeod, Ian, *legal method*, Macmillan Press, London, 1999.
44. Raz, Joseph, *the concept of a legal system*, oxford, 1977
45. Thornton, G. C. *legislative drafting*, London, 1970.